

MPMG

Ministério Público do Estado de Minas Gerais



ACESSAR
ÍNDICE
ANALÍTICO

Manual de

Atuação Funcional

do Ministério Público de Minas Gerais



MPMG

Ministério Público do Estado de Minas Gerais



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



Av. Álvares Cabral 1740 – 1º Andar
Santo Agostinho
30170-001 – Belo Horizonte / MG
<http://www.mp.mg.gov.br>
dipe@mp.mg.gov.br

M663m Minas Gerais. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça.
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 2.ª edição rev. e ampl. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010.
ISBN 978-85-61532-03-01

1. Ministério Público – atuação funcional – manual – Minas Gerais.
2. Ministério Público – organização – Minas Gerais
3. Ministério Público – atribuições – Minas Gerais.
4. Ministério Público – pessoal administrativo – normas gerais – Minas Gerais I. Título.

CDU 347.921.5



Edição anterior:
1.ª edição: 2008.
ISBN 978-85-61532-02-4
Editoração: Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional - CEAF
Diretoria de Produção Editorial - DIPE

DIPE ooo
Diretoria de Produção Editorial



MPMG

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO JURÍDICO

Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO ADMINISTRATIVO

Procurador de Justiça Evandro Manoel Senra Delgado

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO INSTITUCIONAL

Procurador de Justiça Waldemar Antônio de Arimatéia

CHEFE DE GABINETE

Promotor de Justiça Paulo de Társo Morais Filho

OUVIDOR

Procurador de Justiça Mauro Flávio Ferreira Brandão

SECRETÁRIO-GERAL

Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado

SECRETARIA ESPECIAL DE PLANEJAMENTO

Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

COORDENADORIA DE PLANEJAMENTO INSTITUCIONAL

Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira

COORDENADOR DA CENTRAL DE ATENDIMENTO ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA

Promotor de Justiça Flávio Alexandre Corrêa Maciel

DIRETOR-GERAL

Fernando Antônio Faria Abreu

CONSELHO EDITORIAL

Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior
Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento
Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes

CONSELHO CIENTÍFICO

Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandes Neto
Procuradora de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha
Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi
Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins
Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins
Promotor de Justiça Marcos Pereira Anjo Coutinho
Promotor de Justiça Sérgio Gildin

COORDENAÇÃO DO PROJETO DE CONFEÇÃO DO MANUAL DE ATUAÇÃO FUNCIONAL

A) Coordenação geral:

Procurador de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis
Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandes Neto
Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi
Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior
Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior
Promotora de Justiça Célia Beatriz Gomes dos Santos
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida
Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno
Promotor de Justiça Marcos Pereira Anjo Coutinho

B) Coordenação de Revisão:

Corregedoria-Geral do Ministério Público
Conselho Editorial

ELABORAÇÃO DOS TEXTOS – COLABORADORES DESTA 2ª EDIÇÃO

EVOLUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A ESTRUTURA DA SUA LEI ORGÂNICA

Procurador de Justiça aposentado Joaquim Cabral Netto
Promotor de Justiça Glauber Tatagiba
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves

PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DEVERES E ATRIBUIÇÕES

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida
Promotora de Justiça Célia Beatriz Gomes dos Santos
Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador-Geral de Justiça Alceu José Torres Marques
Promotor de Justiça Roberto Heleno de Castro Júnior

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA JURÍDICA

Procurador-Geral Adjunto Jurídico Geraldo Flávio Vasques

COORDENADORIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise
Procurador de Justiça João Batista da Silva
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA ADMINISTRATIVA

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo Evandro Manoel Senra Delgado

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA INSTITUCIONAL

Procurador de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis

CHEFIA DE GABINETE

Promotor de Justiça Paulo de Tarso Morais Filho

SECRETARIA-GERAL

Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado

SECRETARIA ESPECIAL DE PLANEJAMENTO

Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior
Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira
Marluce Metzker Silva Oliveira

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida
Fernando Soares Miranda
Alessandra de Souza Santos
Daniela Paula Alves Pena
João Paulo de Carvalho Gavidia
Patrícia Brandão Cordeiro
Rafael de Almeida Borges

COORDENADORIA DE INCLUSÃO E MOBILIZAÇÃO SOCIAL

Procurador de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis

COMISSÃO DE CONCURSO

Promotor de Justiça Eduardo Nepomuceno de Sousa

ATUAÇÃO FUNCIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sandra Helena Barbosa de Andrade

ESTAGIÁRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida
Andréia Ferreira Mattozinhos

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Corregedor-Geral do Ministério Público Márcio Heli de Andrade
Promotor de Justiça Luciano França da Silveira Júnior

ÓRGÃOS COLEGIADOS

Procurador de Justiça João Batista da Silva

OUIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ouvidor Mauro Flávio Ferreira Brandão

PROCURADORIAS DE JUSTIÇA

PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Procurador de Justiça José Alberto Sartório de Souza

PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE AOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS

Procurador de Justiça Elias Paulo Cordeiro

PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Procuradora de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha
Procurador de Justiça Luiz Carlos Teles de Castro
Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques
Procurador de Justiça Geraldo de Faria Martins da Costa

PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL

Desembargador Vítor Inácio Peixoto Parreiras Henriques (ex Procurador de Justiça)
Maria Aparecida Rodrigues Jabour
Marco Antonio Marques Parminondi

PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS CRIMINAIS

Procurador de Justiça José Alberto Sartório de Souza

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA - ATUAÇÃO PENAL

Promotor de Justiça Joaquim José Miranda Júnior
Promotora de Justiça Cláudia Ferreira Pacheco de Freitas
Promotor de Justiça Jorge Tobias de Souza
Promotor de Justiça Rodrigo Otávio Gonçalves e Silva
Promotor de Justiça Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Promotor de Justiça Marcelo Mattar Diniz
Promotor de Justiça Marco Antônio Picone Soares
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes
Promotor de Justiça Fernando Ferreira Abreu

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA - ATUAÇÃO CÍVEL

JUÍZO DE FAMÍLIA

Promotor de Justiça Renato Augusto de Mendonça

DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE

Promotora de Justiça Sandra Maria Silva Rassi

JUÍZO DA SUCESSÃO E AUSÊNCIA

Promotora de Justiça Denise Pinheiro Armond de Oliveira
Promotora de Justiça Hebe Regina de Guerra e Leite

JUÍZO DE REGISTROS PÚBLICOS

Promotor de Justiça Luis Eduardo Telles Benzi

JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA E EXECUÇÕES FISCAIS

Procuradora de Justiça Nadja Kelly Pereira de Souza Miller

ATUAÇÃO RESIDUAL NO CÍVEL

Promotora de Justiça Elida de Freitas Resende

ATUAÇÃO ESPECIALIZADA – PARTE 1

DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E APOIO COMUNITÁRIO

Promotor de Justiça Rodrigo Filgueira de Oliveira
Fabiana Mattoso Lemos
Aline Maria dos Santos

COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Promotora de Justiça Laís Maria Costa Silveira
Franciane Mary de Souza

CONFLITOS AGRÁRIOS/FUNDIÁRIOS

Procurador de Justiça Afonso Henrique de Miranda Teixeira
Procurador de Justiça Luís Carlos Martins Costa
Patrícia Guimarães Botelho
Raquel Dias de Souza

DIREITOS DO CONSUMIDOR

Promotora de Justiça Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino

DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Promotora de Justiça Andréa Mismotto Carelli

DIREITOS DO IDOSO E DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Promotora de Justiça Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick
Antônio Carlos Guedes Arouca
Daniel Augusto dos Reis
Evelange Leão Rabelo
Júnia Elizabeth dos Reis Rezende
Márcia Borges Freire
Márcia Dutra de Moraes
Silésia Batista Marinho

DIREITO AMBIENTAL - DEFESA DO MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO CULTURAL, URBANISMO E HABITAÇÃO

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini
Promotor de Justiça Alex Fernandes Santiago
Promotora de Justiça Marta Alves Larcher
Promotora de Justiça Luciana Imaculada de Paula
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda
Luciano José Alvarenga

ATUAÇÃO ESPECIALIZADA – PARTE 2

FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL

Procurador de Justiça Tomáz de Aquino Resende
Promotor de Justiça Marcelo Oliveira Costa

SAÚDE PÚBLICA

Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandes Neto
Promotor de Justiça Gilmar de Assis

DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Promotor de Justiça Geraldo Ferreira da Silva

DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E TURÍSTICO

Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda

ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA

Promotor de Justiça Rogério Filippetto de Oliveira

RECUPERAÇÃO DE EMPRESA E FALÊNCIA

Promotora de Justiça Sumaia Chamon Junqueira Moraes
Promotor de Justiça César Augusto da Glória Campos
Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno
Promotor de Justiça Marco Antônio Borges

COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Procurador de Justiça André Estêvão Ubaldino Pereira

ÁREA ELEITORAL

Promotor de Justiça Edson de Resende Castro

EQUIPE TÉCNICA

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Fernando Soares Miranda – Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

Alessandra de Souza Santos – Diretora de Produção Editorial

EDITORACÃO E NORMALIZAÇÃO TÉCNICA

Alessandra de Souza Santos – Diretora de Produção Editorial

Daniela Paula Alves Pena – Analista do Ministério Público

Patrícia Brandão Cordeiro – Oficial do Ministério Público

Camila Bicalho do Carmo – Oficial do Ministério Público

Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

REVISÃO

Daniela Paula Alves Pena – Analista do Ministério Público

Patrícia Brandão Cordeiro – Oficial do Ministério Público

Hugo de Moura – Revisor à disposição do Ministério Público

Beatriz Garcia Pinto Coelho (estágio supervisionado)

Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

EDITORACÃO E ARTE

João Paulo de Carvalho Gavidia – Analista do Ministério Público

CAPA

João Paulo de Carvalho Gavidia – Analista do Ministério Público

FOTOS

João Paulo de Carvalho Gavidia (Fotos: dinheiro, bandeira do Brasil,
bandeira de Minas Gerais, flor amarela)

Stock.XCHNG (todas as outras imagens)

DIAGRAMAÇÃO

João Paulo de Carvalho Gavidia – Analista do Ministério Público

Rafael de Almeida Borges – Analista do Ministério Público

PRODUÇÃO DA VERSÃO DIGITAL - CD

João Paulo de Carvalho Gavidia – Analista do Ministério Público

EDITORACÃO E DIAGRAMAÇÃO DO LIVRETO DA VERSÃO DIGITAL

João Paulo de Carvalho Gavidia – Analista do Ministério Público

TEXTO DA ORELHA DA 1ª EDIÇÃO



Direito é cultura. Seu resultado é consequência da evolução humana. Atualmente, em razão da evolução da doutrina dos direitos fundamentais, o Direito tem sido apontado como a espinha dorsal da Sociedade; e o Estado, uma organização inserida na Sociedade, deve atuar para garantir e efetivar os direitos conquistados, dando abertura para a construção de novos direitos.

São várias as teorias culturalistas do Direito. No caso do Brasil, o Constituinte de 1988 optou por uma concepção que tem no Direito um legítimo mecanismo de transformação social. É o que se extrai do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece, entre outras diretrizes, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

O Ministério Público está inserido nesse contexto de transformação social e seus novos desafios impõem mudanças fundamentais no seu perfil institucional. Uma delas está relacionada com a formação dos seus membros e a outra com a unidade de sua atuação. Há, na doutrina atual, quem proponha uma nova visão em torno da unidade, na condição de princípio institucional do Ministério Público. No lugar de uma instituição sob uma mesma chefia deve ser inserida a atuação planejada, programada e baseada em planos de atuação funcional que estejam ligados a uma estratégia de ação que contribua para transformação com justiça da realidade social.

Este Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais foi construído levando-se em conta os novos desafios do Ministério Público. Impulsionado pelo resultado positivo do manual prático anterior, ele procura abranger novos horizontes que vão além da atuação prática. Fomentar uma cultura de pesquisa e de estudos, condizentes com a grandeza dos compromissos que cercam o Ministério Público como instituição constitucional, está dentro do projeto e das diretrizes deste trabalho coletivo.

Não restam dúvidas de que não se trata de uma obra plena e acabada, mas de um trabalho que se inicia e que será aperfeiçoado e reconstruído, em novas edições, por intermédio da contribuição dos valorosos Membros e Servidores do glorioso Ministério Público mineiro.

Quero agradecer a todos que envidaram esforços na construção de um sonho que agora se torna realidade; ao Procurador-Geral de Justiça, Dr. Jarbas Soares Júnior, pela liderança e apoio incondicional; ao Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi, pelo incentivo ao projeto inicial; ao Marcos Anjo Pereira Coutinho, por ter me ajudado na construção do projeto inicial do Manual; a Célia Beatriz Gomes dos Santos, pelo empenho fundamental na construção e revisão deste trabalho; aos coordenadores gerais, aos membros do conselho editorial, pelas críticas que aperfeiçoaram o projeto inicial; aos coordenadores de capítulos e demais colaboradores, pelo trabalho consistente; aos servidores do CEAF, com destaque para Fernando Soares Miranda, Alessandra de Souza Santos,

Dalvanôra Noronha Silva, Cláudio Márcio Bernardes, Daniela Paula Alves Pena, Márcia Odete Corrêa da Silva, Samuel Gonçalves Alvarenga e também ao incansável trabalho das estagiárias Beatriz Garcia Pinto Coelho e Inara Lúcia Teixeira. Agradeço, por fim, aos servidores lotados em outras unidades administrativas: Carlos José Vieira, Diogo Mesquita Maia, Fabíola de Sousa Cardoso, Hugo de Moura e Nirley Aparecida de Oliveira, cuja ajuda foi imprescindível para a finalização dos trabalhos.

Gregório Assagra de Almeida

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

PREFÁCIO DA 1ª EDIÇÃO



Escrito pelo então Procurador-Geral de Justiça Jarbas Soares Júnior

Que a República Federativa do Brasil constitua um Estado Democrático de Direito, não há dúvida. Está dito lá, logo no art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988. O que não fica claro para muitos é o sentido de construção desse dispositivo. Por certo, o Estado Democrático de Direito é uma construção histórica, que tem na Carta Magna brasileira apenas um de seus marcos iniciais. A efetivação dos valores fundamentais associados à opção jurídico-política do constituinte faz-se ao longo de um processo histórico-social que envolve lutas, conquistas e transformações, tendo o Poder Público e a coletividade, em suas várias expressões, como atores principais.

Nesse caminhar, passados vinte anos desde a edição da Constituição em vigor, não se pode negar que muitas garantias jurídicas fundamentais ainda carecem de efetivação. Como reconhece a doutrina jurídica contemporânea, o grande desafio do Direito é transportar o conteúdo ético e os fins sociais dos direitos para o plano factual. Em outras palavras, converter direitos em realidade. A partir dessa perspectiva, apoiando-se nos conceitos de Beno Sander, os direitos devem ser reais, verdadeiros, capazes de causar efeito concreto e de responder às necessidades, sempre dinâmicas, expressas pela comunidade.

Mas, se ainda existem desafios no processo de implementação do princípio democrático e dos direitos fundamentais no Brasil, há, também, vários motivos para a sociedade brasileira se orgulhar. Um deles, sem dúvida, é o Ministério Público. De fato, a atuação do *Parquet*, impulsionada pelo Texto Constitucional de 1988, tem contribuído, e muito, para o atendimento das necessidades sociais, a concretização da democracia e para o amadurecimento do sentimento de respeito pela ordem jurídica brasileira.

Nessa atuação, membros e servidores do MP estão cada vez mais conscientes de que o adequado exercício de suas atribuições exige a conjugação das dimensões teórica e prática do conhecimento jurídico. Cada peça processual a cargo da Instituição, seja um parecer, uma ação civil pública, denúncia, um compromisso de ajustamento de conduta, entre outros, leva esta marca: a da articulação entre a técnica e a ciência do Direito e a realidade social.

E é sob o prisma dessa articulação, indispensável, que a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e com a colaboração de toda a comunidade institucional, tem a honra de publicar este Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Na obra, que amplia o antigo Manual Prático do Promotor de Justiça (Del Rey, 1997), vemos compiladas e amadurecidas as atividades técnicas e teóricas da Instituição, em seus multifacetados campos de atuação.

Congratulo todos aqueles que acreditaram e se dedicaram, cada um ao seu modo, à publicação deste livro. Agradeço, especialmente, à equipe de Coordenação e Edição da obra.

Que este Manual possa servir, enfim, não só para aprimorar e harmonizar a atuação institucional, mas também contribuir para a construção do Estado Democrático de Direito!



APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO

Escrito pela então Procuradora-Geral de Justiça Ajunta Jurídica Ruth Lies Scholte Carvalho

No ano de 1997, o Manual Prático do Promotor de Justiça veio atender os anseios de uma obra que auxiliasse, de forma efetiva, a atuação funcional de um Ministério Público essencialmente demandista.

Na última década, a consolidação do novo perfil Ministerial delineado pela Constituição de 88 e a total implementação dos novos seguimentos de atuação do Ministério Público trouxeram mais que um anseio, a necessidade premente de uma obra mais abrangente.

Além dos acréscimos de atualidade de conteúdo, tornou-se imprescindível que essa obra se debruçasse sobre a uniformização e organização de todos os seguimentos de atuação institucional, sobre a legislação em constante mutação e sobre as novas tendências dos Tribunais.

O Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais veio suprir, em tempo oportuno, essa necessidade.

Seu caráter prático e a leitura fácil não interferem na qualidade do trabalho, na forma profunda com que a obra traz aos leitores as matérias de interesse do *Parquet* mineiro, a experiência teórica, a técnica e a prática sedimentadas na Instituição mineira e nos demais Ministérios Públicos do país.

Ao contrário, imprime-lhe o indispensável caráter didático-científico.

Trata-se, assim, de instrumento efetivo para o exercício eficiente das múltiplas e díspares atividades funcionais, tanto no modelo demandista quanto no modelo resolutivo de Ministério Público.

PREFÁCIO



A efetivação dos valores fundamentais faz-se ao longo de um processo histórico-social que envolve lutas, conquistas e transformações.

Após mais de vinte anos da edição da Constituição de 1988, não se pode olvidar que muitas garantias jurídicas fundamentais ainda carecem de efetivação. Como reconhece a doutrina jurídica contemporânea, o grande desafio do Direito é transportar o conteúdo ético e os fins sociais dos direitos para o plano factual. O grande desafio da sociedade brasileira é converter esses direitos previstos na Magna Carta em realidade. É necessário causar efeito concreto e responder às necessidades, sempre dinâmicas, expressas pela comunidade.

Mas, se ainda existem desafios no processo de implementação do princípio democrático e dos direitos fundamentais no Brasil, há, também, vários motivos para a sociedade brasileira se orgulhar. Um deles, sem dúvida, é a atuação do Ministério Público, que impulsionada pelo Texto Constitucional de 1988, tem contribuído, e muito, para o atendimento das necessidades sociais, a concretização da democracia e para o amadurecimento do sentimento de respeito pela ordem jurídica brasileira.

Nessa atuação, membros e servidores do MP estão cada vez mais conscientes de que o adequado exercício de suas atribuições exige a conjugação das dimensões teórica e prática do conhecimento jurídico. Cada peça processual a cargo da Instituição, seja um parecer, uma ação civil pública, denúncia, um compromisso de ajustamento de conduta, entre outros, leva esta marca: a da articulação entre a técnica e a ciência do Direito e a realidade social.

E é sob o prisma dessa articulação, indispensável, que a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e com ampla colaboração institucional, tem a honra de publicar a segunda edição deste Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Na obra, que amplia o Manual lançado em 2008, vemos compiladas e amadurecidas as atividades técnicas e teóricas da Instituição, em seus multifacetados campos de atuação.

Congratulo todos aqueles que acreditaram e se dedicaram, cada um ao seu modo, à publicação da segunda edição desta obra, em especial, à equipe de Coordenação e aos servidores da Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Que este Manual possa servir, enfim, não só para aprimorar e harmonizar a atuação institucional, mas também contribuir para a construção do Estado Democrático de Direito!

Alceu José Torres Marques
Procurador-Geral de Justiça



APRESENTAÇÃO

Uma obra do porte e da relevância do Manual de Atuação Funcional nunca estará acabada. As mudanças pelas quais passa o Ministério Público para se adequar às transformações sociais impõem constante aperfeiçoamento da Instituição. Para atender a essas diretrizes e ao compromisso constitucional do Ministério Público, editou-se a Instrução Normativa Conjunta PGJ CEAF nº 1, de 23 de junho de 2009, que prevê revisão e aprimoramento periódicos da obra.

Esta segunda edição do Manual de Atuação Funcional veio para atender às exigências de mudança da Instituição e envolveu o esforço coletivo e incomensurável dos Coordenadores de área, que tiveram a função de aprimorar o texto da primeira edição, selecionando e sugerindo jurisprudência e obras de interesse, alterando o texto quando se fizesse necessário. Como sabemos, todo esse esforço representa muitas vezes um trabalho adicional, pois envolve pesquisa e dedicação.

Também demandaram muita dedicação as etapas de revisão do conteúdo e as etapas de editoração, necessárias para a publicação da obra.

Temos o orgulho de apresentar a segunda edição do Manual de Atuação Funcional com novo projeto gráfico e sistematização reformulada. O material é apresentado em CD, com o intuito de facilitar a leitura, a busca e o acesso à informação. Novas áreas foram abordadas nesta obra para que se reflita melhor a estrutura da Instituição. Houve, ainda, grande atualização em relação ao conteúdo da obra.

Agradeço a todos aqueles que participaram da confecção da segunda edição deste Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em especial aos Coordenadores de áreas, membros do Conselho Editorial e servidores envolvidos no projeto.

Gregório Assagra de Almeida

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

NOTA DO CONSELHO EDITORIAL



O novo Ministério Público

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um divisor de águas para o Ministério Público, que passou a assumir uma função nuclear na defesa do Estado democrático de direito, especialmente pelo compromisso que lhe foi atribuído de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e interesses individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CF/88). Pode-se dizer que o Ministério Público está inserido no ápice do sistema jurídico brasileiro como sendo uma das principais instituições de defesa dos interesses sociais e de promoção da mudança social.

O campo de atuação do Ministério Público brasileiro, nesse contexto, é multidisciplinar e também interdisciplinar, uma das características que configuram o próprio Direito na Pós-Modernidade. O Ministério Público passou a ser instituição de defesa da vida, do ambiente, da saúde pública, da educação, do consumidor, dos portadores de necessidades especiais, do idoso, da criança e do adolescente, das comunidades indígenas, dos grupos vulneráveis, das minorias étnicas, de outros interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 129, III, da CF/88), dos interesses individuais indisponíveis, da tutela penal (art. 129, I, da CF/88). Em síntese, onde houver tutela jurídica de interesse social ou de interesse individual indisponível, lá deverá estar o Ministério Público.

A última década, rica em modificações substanciais da atuação ministerial, trouxe novas atribuições aos órgãos de atuação e, por conseqüência, a necessidade de novas abordagens funcionais ligadas à atividade fim do Ministério Público, sublinhando a importância da uniformização e compilação de todos os segmentos de atuação funcional do Ministério Público mineiro. A sistematização dessas realidades, globalmente considerada, traz um estímulo à eficiência da complexa atuação institucional homogênea do Ministério Público, em atenção aos paradigmas dos planos de metas previstos na Constituição.

O manual prático do Promotor de Justiça

Tendo como paradigma o Manual Prático do Promotor de Justiça, excelente e inovadora obra da Corregedoria-Geral do Ministério Público, publicada pela editora Del Rey, no ano de 1997, aprovou-se em 2007 o projeto do novo manual pelo Conselho Editorial do CEAF, após parecer do Conselho Científico do mesmo Órgão da Instituição.

Buscou-se uma estruturação e contextualização que levasse em conta as últimas transformações ocorridas no âmbito do Ministério Público, especialmente por força do novo constitucionalismo que está, dia após dia, sendo consolidado no País. Portanto, pretendeu-se não só a atualização de conteúdos já sedimentados, ligados essencialmente ao cotidiano profissional dos órgãos de execução ministeriais, mas também a ampliação do objeto do trabalho, decorrente das modificações legislativas e jurisprudenciais significativas para o Ministério Público mineiro.

A primeira edição do Manual de Atuação Funcional

O Manual de Atuação Funcional, lançado em 2008 com o registro de ISBN 978-85-61532-02-4, foi dividido em nove capítulos: Capítulo I – Evolução do Ministério Público e a estrutura de sua Lei Orgânica; Capítulo II – Ministério Público: Garantias, deveres e atribuições; Capítulo III – Ministério Público: Procuradoria-Geral de Justiça, com todos os órgãos da Administração; Capítulo IV – Ministério Público: Corregedoria-Geral do Ministério Público; Capítulo V – Órgãos Colegiados; Capítulo VI – Ouvidoria do Ministério Público; Capítulo VII – Procuradorias de Justiça; Capítulo VIII – Promotorias de Justiça, com todas as áreas de atuação funcional; e Capítulo IX – Atuação funcional dos servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. A sua estruturação consiste em introdução, composta de considerações gerais e pontuais da temática do capítulo; técnica de atuação judicial e extrajudicial; jurisprudência de cortes internacionais, tribunais nacionais (STF e STJ etc.) e regionais (TJMG, TJSP, tribunais regionais federais, etc.); ementário de legislação pertinente constitucional e infraconstitucional; bibliografia específica recomendada, contendo doutrina nacional e internacional, teses, dissertações e artigos.

A obra foi muito bem aceita no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e encontra-se atualmente esgotada em formato impresso.

Segunda Edição da obra

Como se sabe, toda obra se constrói a partir de várias edições e de constante aprimoramento e participação de todos. Nesta segunda edição do Manual de Atuação Funcional, houve ampla participação da classe, através de sugestões, além para os coordenadores das áreas de atuação no Ministério Público.

Acrescentaram-se ao projeto original textos sobre a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Secretaria Especial de Planejamento, a Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Social, a Procuradoria de Justiça de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais e sobre os estagiários do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a nova lei de estágio.

A segunda edição do Manual de Atuação Funcional apresenta também novo projeto gráfico arrojado em meio digital, com o intuito de facilitar a consulta.

Essa constante atualização visa instrumentalizar os membros e servidores do Ministério Público na sua atuação funcional, levando-se em conta experiências teórico-práticas sedimentadas na Instituição mineira e em outros Ministérios Públicos do País.

De acordo com a Instrução Normativa Conjunta PGJ CEAF N° 1, de 23 de junho de 2009, o Manual de Atuação Funcional será atualizado a cada dois anos, devido à grande relevância institucional da obra e à constante necessidade de aprimoramento. Sugestões para melhoria da obra poderão ser encaminhadas por todos os membros da classe para o e-mail: dipe@mp.mg.gov.br / manualatuacao@mp.mg.gov.br

A não vinculação da Administração Superior e da Corregedoria-Geral do Ministério Público

O Manual de Atuação Funcional é uma obra que reflete a instituição pluralista e democrática que é o Ministério Público. As idéias contidas neste manual não são uniformes, sendo cada membro designado responsável por sua área. O conteúdo presente neste manual não vincula o posicionamento da Administração Superior e da Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Como consultar a obra

O índice analítico dessa obra visa facilitar a consulta ao material e a busca por determinado assunto. O arquivo digital disponível no CD-Rom está em formato PDF, e pode ser visualizado por meio do *software* gratuito Adobe Reader.

Para facilitar a navegação no arquivo digital, o índice analítico foi posicionado no início da obra, sendo as primeiras páginas a serem visualizadas. Seus títulos estão formatados como *links* de internet, possibilitando ao leitor clicar em um deles e ser imediatamente levado ao assunto em questão. Ao final de todas as páginas um outro *link* “voltar ao índice analítico” está disponível, possibilitando uma rápida alternância entre vários conteúdos.

Além disso, por meio do Acrobat Reader o leitor pode navegar diretamente para uma página específica, digitando seu número, ou utilizar a ferramenta “localizar” para buscar determinada palavra em todo o material.

Conselho Editorial e Coordenação do Manual

Sumário



I

EVOLUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A ESTRUTURA DE SUA LEI ORGÂNICA

1 - PRINCIPAIS PONTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO	38
1.1 - As raízes e o perfil de uma instituição.....	38
1.2 - Os primeiros anos do Ministério Público em Minas Gerais.....	40
1.3 - O novo caminho em Minas Gerais	42
1.4 - Os caminhos do futuro do Ministério Público.....	44
2 - A LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (LEI Nº 8.625/93).....	46
2.1 - Sugestão de leitura	50
3 - ESTRUTURA DA LEI ORGÂNICA ESTADUAL (LEI COMPLEMENTAR Nº 34/94): ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	51

II

PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DEVERES E ATRIBUIÇÕES

1 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DEVERES E ATRIBUIÇÕES À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	58
1.1 - Evolução constitucional do Ministério Público.....	58
1.2 - O Ministério Público brasileiro na Constituição Federal de 1988 e a sua nova natureza institucional...60	
1.3 - Os dois modelos do Ministério Público brasileiro: o demandista e o resolutivo.....	61
1.4 - O Ministério Público como <i>custos legis</i> para o Ministério Público como <i>custos societatis (custos juris)</i>	62
1.5 - Ministério Público e a nova <i>summa divisio</i>	62
1.6 - Alguns aspectos das atribuições e das garantias constitucionais do Ministério Público	64
1.7 - O Ministério Público e suas atribuições e garantias como cláusulas pétreas ou superconstitucionais...64	
1.8 - A multifuncionalidade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais e novas técnicas de atuação do Ministério Público.....	70
1.9 - O modelo constitucional sobre normas de direitos e garantias fundamentais adotado pela CF/88 e a necessária abertura do Ministério Público para a Sociedade.....	72
1.10 - Teoria Crítica do Direito: a diretriz filosófica mais adequada para amparar a atuação do Ministério Público como Instituição constitucional de transformação social.....	73
1.11 - Alguns fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público	84
1.12 - Revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.....	96
1.13 - Utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da Instituição	96
1.14 - Conclusões	97
1.15 - Referências bibliográficas	98
2 - PRINCÍPIOS, GARANTIAS E DEVERES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	100
2.1 - Princípios institucionais do Ministério Público.....	100
2.2 - Garantias constitucionais do Ministério Público.....	103
2.3 - Deveres dos membros do Ministério Público	104
2.4 - Ementário de legislação pertinente	104
2.5 - Referências bibliográficas	104
3 - AS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	104
3.1 - Modelo constitucional do Ministério Público	104
3.2 - Litisconsórcio entre Ministérios Públicos	106
3.3 - As funções institucionais do Ministério Público	107

III

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

1 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA.....	146
2 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA JURÍDICA	149
2.1 - Introdução.....	149
2.2 - Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade	150
2.3 - Ementário de legislação pertinente	164
2.4 - Jurisprudência	164
2.5 - Referências bibliográficas	165
2.6 - Técnicas de atuação.....	166
3 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA ADMINISTRATIVA.....	176
3.1 - Introdução.....	176
3.2 - Unidades.....	178
3.3 - Produtos e serviços.....	197
4 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA INSTITUCIONAL.....	210
5 - CHEFIA DE GABINETE	210
5.1 - Introdução.....	210
5.2 - Atribuições de Chefia de Gabinete previstas na Resolução PGJ nº 35/2005.....	210
5.3 - Atribuições correlatas	211
5.4 - Parâmetros de atuação	211
5.5 - Metas.....	211
6 - SECRETARIA-GERAL	211
6.1 - Introdução.....	211
6.2 - Unidades.....	212
7 - CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL	215
7.1 - Introdução.....	215
7.2 - Diretoria	216
7.3 - Legislação pertinente e atos normativos.....	225
8 - COORDENADORIA DE INCLUSÃO E MOBILIZAÇÃO SOCIAL - CIMOS	225
9 - COMISSÃO DE CONCURSO	225
9.1 - Natureza	225
9.2 - Composição.....	225
9.3 - Atribuições.....	227
9.4 - Finalidade	228
9.5 - Suspeição, impedimentos e incompatibilidades.....	228
9.6 - Remuneração.....	229
9.7 - Referências bibliográficas	229
10 - SECRETARIA ESPECIAL DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO.....	229
10.1 - Introdução.....	229
10.2 - Atuação	230
10.3 - Ementário de legislação pertinente	232
10.4 - Coordenadoria de Planejamento Institucional (Copli)	232
10.5 - Atuação	234
10.6 - Solicitação de serviços ao CESIN.....	239
10.7 - Ementário de legislação pertinente	239

11 - ATUAÇÃO FUNCIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	239
11.1 - O papel do servidor público: postura, direitos, deveres e proibições do servidor do Ministério Público ..	239
11.2 - Dos deveres	240
11.3 - Das proibições, sem distinção de cargo ou função.....	240
11.4 - Penalidades disciplinares.....	241
11.5 - Dos direitos	241
11.6 - Estágio probatório e avaliação de desempenho	244
11.7 - Plano de carreiras	244
11.8 - Gestão de recursos humanos no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais....	245
12 - ESTAGIÁRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS	246
12.1 - Resolução explicada nova Lei de Estágio/Estagiários de Direito	246

IV

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1 - INTRODUÇÃO.....	252
2 - CORREGEDOR-GERAL.....	252
3 - ESTRUTURA DE ACESSORAMENTO.....	253
4 - ESTRUTURA NORMATIVA INTERNA.....	254
5 - CONSOLIDAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS E ORIENTADORES.....	254
6 - REGIME DISCIPLINAR	256
7 - PROCESSO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO	258
8 - CONTROLE EXTERNO.....	259
9 - SUGESTÃO PARA APROFUNDAMENTO DO ASSUNTO	260

V

ÓRGÃOS COLEGIADOS DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

1 - INTRODUÇÃO.....	264
2 - ÓRGÃOS COLEGIADOS	264
3 - COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA	264
4 - CÂMARA DE PROCURADORES DE JUSTIÇA	266
5 - CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	268
6 - IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO NOS ÓRGÃOS COLEGIADOS.....	271
7 - SECRETARIA DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS	271

VI

OUVIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1 - INTRODUÇÃO	274
2 - BASE LEGAL	274
3 - NATUREZA	274
4 - PRINCÍPIOS	274
4.1 - Transparência	274
4.2 - Eficiência.....	274
5 - O OUVIDOR	274
6 - ESTRUTURA ADMINISTRATIVA	274
7 - ACESSO	274
8 - PROCEDIMENTOS	274
9 - LEGISLAÇÃO	275
9.1 - Constituição Federal.....	275
9.2 - Lei Complementar nº 94, de 10 de janeiro de 2007.....	275
9.3 - Resolução PGJ nº 27, de 5 de abril de 2008	276

VII

PROCURADORIAS DE JUSTIÇA

1 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL	284
1.1 - Estrutura da Procuradoria de Justiça Criminal e especializações nela existentes	284
1.2 - Peças jurídicas.....	286
1.3 - Recurso extraordinário e recurso especial.....	305
2 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE AOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS	305
2.1 - Foro privilegiado e o princípio da igualdade.....	305
2.2 - Competência dos tribunais para julgamento dos crimes envolvendo prefeitos	306
2.3 - Nas hipóteses de co-autoria e participação.....	307
2.4 - Quanto aos demais crimes da competência da Justiça Estadual	309
2.5 - Atribuição do Ministério Público para atuar nos casos de crimes envolvendo prefeitos	310
2.6 - Algumas nuances do procedimento previsto na Lei nº 8.038/90	311
2.7 - O Decreto-Lei nº 201/67 em face da Constituição Federal	323
3 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS	324
3.1 - A atuação do órgão de execução em segundo grau.....	324
3.2 - Direitos difusos – Direitos de terceira geração – Questões ainda controvertidas nos nossos tribunais	326
3.3 - Reconhecimento legal e a efetiva fruição individual de direitos metaindividuais.....	335
3.4 - Anotações sobre recurso especial e recurso extraordinário em ação civil pública	339
3.5 - Jurisprudência	341
3.6 - Referências bibliográficas	350
4 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL	352
4.1 - Normatização básica	352
4.2 - Natureza, estrutura e finalidade.....	353
4.3 - Racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil	354
4.4 - Atuação da Procuradoria de Justiça Cível.....	355

4.5 - Banco de dados	355
5 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS CRIMINAIS	355
5.1 - Introdução	355
5.2 - Recursos especial e extraordinário	355
5.3 - Medida cautelar para obtenção de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário.....	363
5.4 - Agravo de instrumento para o STJ ou para o STF.....	364
5.5 - Peças práticas.....	365
5.6 - Referências bibliográficas	366

VIII

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA: ATUAÇÃO PENAL

1 - ATUAÇÃO PENAL.....	370
1.1 - O recebimento de <i>notitia criminis</i>	371
1.2 - Recebimento de inquérito policial.....	373
1.3 - Fase processual.....	381
2 - ATUAÇÃO NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	389
2.1 - Alegações finais.....	389
2.2 - Recurso em sentido estrito – Pronúncia que não contempla a totalidade da pretensão deduzida na denúncia	389
2.3 - Absolvição sumária – Não existência de recurso de ofício – Sentença que decide sobre crimes conexos – Necessidade de recurso voluntário	389
2.4 - Desclassificação da imputação para outro crime de competência do juiz singular	389
2.5 - Intimação da sentença de pronúncia	389
2.6 - Providências após a sentença de pronúncia	389
2.7 - Fiscalização da lista anual de jurados.....	390
2.8 - Sessão de julgamento – Indumentária – Fiscalização do sorteio.....	390
2.9 - Recusa de jurado	390
2.10 - Causa de impedimento ou suspeição de jurado.....	390
2.11 - Não comparecimento do réu à sessão de julgamento	390
2.12 - Dispensa de testemunhas arroladas.....	390
2.13 - Incomunicabilidade das testemunhas.....	390
2.14 - Leitura de peças em plenário	390
2.15 - Fase de debates – Manifestação do Promotor de Justiça	390
2.16 - Presença de assistente da acusação	390
2.17 - Concessão de apartes	390
2.18 - Postura do Promotor de Justiça em plenário.....	391
2.19 - Uso de linguajar adequado nos debates	391
2.20 - Incidentes provocados no plenário	391
2.21 - Réplica	391
2.22 - Fiscalização da omissão ou defeito na redação dos quesitos	391
2.23 - Fase recursal	391
3 - ATUAÇÃO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS (TÓXICOS)	391
3.1 - Introdução.....	391
3.2 - Das preliminares mais comuns em processos envolvendo a Lei nº 11.343/2006	426
4 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL	437
4.1 - Da fiscalização das cadeias públicas e estabelecimentos prisionais	437
4.2 - Da execução da pena.....	437
4.3 - Da pena privativa de liberdade	438

4.4 - Da pena restritiva de direitos e suspensão condicional da pena.....	438
4.5 - Da comissão técnica de classificação.....	439
4.6 - Do exame criminológico.....	439
4.7 - Do trabalho do condenado.....	440
4.8 - Da progressão e da regressão do regime prisional.....	440
4.9 - Das autorizações de saída.....	441
4.10 - Da remição.....	441
4.11 - Do livramento condicional.....	441
4.12 - Do agravo em execução.....	442
4.13 - Sobre o indulto.....	442
4.14 - Da comutação.....	442
5 - ATUAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E NA TURMA RECURSAL.....	443
5.1 - Introdução.....	443
5.2 - Da suspensão condicional do processo.....	454
6 - ATUAÇÃO NO COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS.....	456
6.1 - Introdução.....	456
6.2 - Recomendações de atuação ao promotor público no combate aos crimes de internet.....	457
6.3 - Principais práticas delituosas – tipo de crime.....	457
6.4 - Práticas delituosas que exigem ação urgente visando a retirada imediata do conteúdo ofensivo da internet.....	458
6.5 - Projeto de lei em andamento no Senado Federal que versa sobre a tipificação dos crimes cibernéticos..	458
6.6 - Outros projetos.....	463
6.7 - Dicas para a comunidade.....	464
6.8 - Onde denunciar os crimes da internet.....	464
6.9 - Jurisprudência.....	464
6.10 - Apêndice.....	467
6.11 - Ementário de legislação pertinente à execução penal.....	479
6.12 - Referências bibliográficas.....	480
7 - ATUAÇÃO NA AUDITORIA MILITAR.....	481
7.1 - Escorço histórico.....	481
7.2 - Natureza da intervenção ministerial.....	481
7.3 - Competência da Justiça Militar.....	482
7.4 - Inquérito policial militar.....	482
7.5 - Processo criminal.....	483
7.6 - Instituto especial - Menagem.....	483
7.7 - Dos recursos em primeira instância.....	483
7.8 - Execução penal na Justiça Militar.....	484
7.9 - Aspectos práticos da atuação do Promotor de Justiça perante a Justiça Militar de primeira instância....	484
7.10 - Ementário da legislação pertinente.....	484
7.11 - Referências bibliográficas.....	484

IX

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA: ATUAÇÃO CÍVEL

1 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DE FAMÍLIA.....	488
1.1 - Separação judicial por mútuo consentimento.....	488
1.2 - Separação judicial litigiosa.....	489
1.3 - Divórcio direto litigioso.....	489
1.4 - Divórcio direto consensual.....	489

1.5 - Divórcio por conversão	490
1.6 - Ações cautelares	490
1.7 - Restabelecimento da sociedade conjugal.....	490
1.8 - A união estável.....	491
1.9 - Ação de alimentos	491
1.10 - Ação revisional de alimentos.....	491
1.11 - Execução de alimentos.....	492
1.12 - Alimentos gravídicos.....	496
1.13 - Tutela	497
1.14 - Curatela	497
1.15 - Guarda	498
1.16 - Investigação de paternidade.....	499
1.17 - A exclusão da paternidade	499
1.18 - Suprimento de idade para casamento/fundamento.....	500
1.19 - Suprimento de consentimento para o casamento/procedimento.....	500
1.20 - Ação de nulidade de casamento – requisitos da inicial	500
1.21 - Ação de anulação de casamento	500
1.22 - Pedidos de mudança de nome e sexo formulados por transexual.....	500
1.23 - União homoafetiva	501
1.24 - Mudança do regime de bens.....	501
1.25 - Central de conciliação.....	501
1.26 - Modelos de peças jurídicas	502
1.27 - Jurisprudência	566
2 - ATUAÇÃO EM DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE	609
2.1 - A filiação como elemento integrante da dignidade humana	609
2.2 - Atuação do Promotor de Justiça em declaratórias de paternidade/maternidade	611
2.3 - Referências bibliográficas	614
2.4 - Modelos de peças jurídicas	615
3 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DA SUCESSÃO E AUSÊNCIA	619
3.1 - Sucessão legítima.....	619
3.2 - A sucessão testamentária.....	620
3.3 - Jurisprudência	621
3.4 - Referências bibliográficas	626
4 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DE REGISTROS PÚBLICOS	626
4.1 - Introdução	626
4.2 - Princípios	626
4.3 - Retificação de registro civil.....	627
4.4 - Retificação de registro de imóveis.....	633
4.5 - Procedimento de dúvida	636
4.6 - Hipótese de não retificação de escritura pública através de provocação do juízo registral.....	637
4.7 - Procedimento de habilitação para o casamento	637
4.8 - Averbações.....	639
4.9 - Referências bibliográficas	639
5 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA E EXECUÇÕES FISCAIS	640
5.1 - Introdução.....	640
5.2 - Jurisprudência	646
5.3 - Ementário de legislação pertinente	646
5.4 - Referências bibliográficas	648
5.5 - Peças jurídicas.....	650

6 - ATUAÇÃO RESIDUAL NO CÍVEL.....	703
6.1 - Introdução	703
6.2 - Ação de usucapião	703
6.3 - Jurisdição voluntária	705
6.4 - Pedidos de sub-rogação de vínculos	705
6.5 - Ações de indenização por morte	706
6.6 - Homologação de acordo	706
6.7 - Ações anulatórias ou de nulidade de ato jurídico	706
6.8 - Posicionamentos advindos de discussões dos membros da promotoria cível da Capital	706
6.9 - Ementário de legislação pertinente	708
6.10 - Referências bibliográficas	708
6.11 - Jurisprudência	708
7 - APÊNDICE.....	709
7.1 - Carta das famílias.....	709
7.2 - Resolução PGJ nº 67, de 6 de outubro de 2010	712

X

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA: ATUAÇÃO ESPECIALIZADA PARTE 1

1 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E NO APOIO COMUNITÁRIO	718
1.1 - Evolução dos direitos humanos nos cenários internacional e nacional.....	718
1.2 - Discriminação racial	721
1.3 - Diversidade sexual.....	725
1.4 - Direito humano à alimentação adequada e à segurança alimentar	731
1.5 - Programa de proteção, auxílio e assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas – Provita.....	733
1.6 - Tortura	736
1.7 - A questão da violência arbitrária (art. 322 do CP), do exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350 do CP) e do abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65).....	742
1.8 - O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público	744
1.9 - Apoio comunitário.....	747
1.10 - Combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.....	748
1.11 - Referências bibliográficas	768
1.12 - Modelos de peças processuais concernentes a direitos humanos.....	770
1.13 - Ementário	831
1.14 - Jurisprudência	834
2 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS CONFLITOS AGRÁRIOS/FUNDIÁRIOS	838
2.1 - Introdução	838
2.2 - Síntese das atribuições	838
2.3 - Atuação na área cível	839
2.4 - Atuação na área penal	844
2.5 - Atuação na esfera dos interesses coletivos e individuais homogêneos	852
2.6 - Ementário de legislação pertinente	853
2.7 - Referências bibliográficas	860
2.8 - Técnica de atuação/peças	862
2.9 - Jurisprudência	890
3 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.....	901
3.1 - Introdução.....	901
3.2 - Considerações gerais.....	902

3.3 - O Ministério Público na defesa do consumidor.....	905
3.4 - Atuação no juízo criminal.....	906
3.5 - Atuação no juízo cível.....	908
3.6 - Atuação administrativa	909
3.7 - Atuação extrajudicial típica.....	910
3.8 - Atuação extrajudicial atípica.....	911
3.9 - Referências bibliográficas	914
4 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	914
4.1 - Introdução.....	914
4.2 - Breve história do direito da criança e do adolescente.....	915
4.3 - Alteração do paradigma do direito da criança e do adolescente.....	917
4.4 - Peculiaridades da atuação na área.....	930
4.5 - As primeiras atribuições do Promotor de Justiça da área da infância e da juventude.....	943
4.6 - O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos individuais da criança e do adolescente.....	945
4.7 - O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos coletivos e difusos	980
4.8 - O Promotor de Justiça e o ato infracional.....	1012
4.9 - O Promotor de Justiça como fiscal da lei.....	1020
4.10 - O Promotor de Justiça e os procedimentos não jurisdicionais	1022
4.11 - Considerações finais.....	1025
4.12 - Referências bibliográficas	1025
4.13 - Apêndice.....	1028
5 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DO IDOSO E DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA	1040
5.1 - Considerações introdutórias	1040
5.2 - Atribuições e legitimidade do Ministério Público na defesa do direito do idoso e da pessoa com deficiência.....	1040
5.3 - Acessibilidade	1047
5.4 - Transporte coletivo – gratuidade	1051
5.5 - Fiscalização de instituições de longa permanência para idosos	1054
5.6 - Direito à educação.....	1056
5.7 - Ementário de legislação pertinente	1062
5.8 - Jurisprudência	1062
5.9 - Referências bibliográficas	1068
6 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NO DIREITO AMBIENTAL – DEFESA DO MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO CULTURAL, URBANISMO E HABITAÇÃO (CAO-MA)	1069
6.1 - Mineração: considerações gerais sobre o tema.....	1069
6.2 - A defesa da ordem urbanística	1072
6.3 - Plano diretor.....	1074
6.4 - Técnicas de atuação: roteiro prático	1077
6.5 - Uso e ocupação do solo: parcelamento do solo urbano	1078
6.6 - As APPs urbanas.....	1085
6.7 - Reserva legal	1098
6.8 - Poluição em decorrência da disposição irregular de resíduos sólidos urbanos: aspectos jurídicos e atuação ministerial	1114
6.9 - Poluição em decorrência do lançamento em cursos d'água de esgotos sanitários sem prévio tratamento – aspectos jurídicos e atuação do Ministério Público	1124
6.10 - O Ministério Público e o licenciamento ambiental.....	1131
6.11 - Glossário de siglas – Licenciamento ambiental.....	1152
6.12 - Ementário de legislação pertinente	1152
6.13 - Roteiro básico para atuação dos Promotores de Justiça no Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM)	1153
6.14 - Improbidade administrativa e licenciamento ambiental	1157

6.15 - Agrotóxicos	1164
6.16 - Introdução	1164
6.17 - Agrotóxicos e o meio ambiente	1164
6.18 - Legislação aplicável	1165
6.19 - Conceito	1166
6.20 - Princípio da prevenção	1166
6.21 - Registro	1166
6.22 - Comercialização	1168
6.23 - Responsabilidade do usuário	1169
6.24 - Responsabilidade das empresas produtoras e comercializadoras	1169
6.25 - Conclusão	1169
6.26 - Referências bibliográficas	1170
6.27 - Jurisprudência	1171
6.28 - Referências bibliográficas	1172

XI

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA: ATUAÇÃO ESPECIALIZADA PARTE 2

1 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA EM FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL	1178
1.1 - Introdução	1178
1.2 - Associações	1178
1.3 - Fundações	1180
1.4 - Estrutura orgânica das entidades sem fins lucrativos	1189
1.5 - Responsabilidade dos dirigentes	1191
1.6 - Títulos, certificados e qualificações	1192
1.7 - Coletânea jurisprudencial	1193
1.8 - Modelo de estatuto	1198
1.9 - Bibliografia recomendada	1205
2 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA SAÚDE PÚBLICA	1205
2.1 - Introdução	1205
2.2 - Financiamento	1208
2.3 - Planejamento	1208
2.4 - Fiscalização dos instrumentos de gestão	1208
2.5 - Fiscalização do sistema de informações	1209
2.6 - Controle social	1209
2.7 - Sociedade civil	1209
2.8 - Ementário de pareceres emitidos pelo CAO-Saúde/2009	1209
2.9 - Dos consórcios públicos em geral	1211
2.10 - Da situação concreta do CISMIRECAR	1214
2.11 - Da improbidade administrativa	1215
2.12 - Conclusão	1215
2.13 - Ementário de pareceres	1216
2.14 - Ementário de legislação pertinente	1227
2.15 - Referências bibliográficas	1236
3 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO	1245
3.1 - Introdução	1245
3.2 - Improbidade administrativa	1246
3.3 - Ressarcimento ao erário	1251
3.4 - Prescrição	1251

3.5 - Aspecto penal	1254
3.6 - Extrajudicial	1255
3.7 - Judicial	1273
3.8 - Ementário de legislação pertinente	1297
3.9 - Referências bibliográficas	1298
3.10 - Jurisprudência	1299
4 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E TURÍSTICO.....	1306
4.1 - Introdução – Patrimônio cultural e meio ambiente.....	1306
4.2 - Evolução da tutela do patrimônio cultural no Brasil.....	1307
4.3 - Princípios informadores da tutela do patrimônio cultural	1310
4.4 - Instrumentos de proteção.....	1312
4.5 - Bens culturais em espécie	1320
4.6 - Técnica de atuação judicial – A ação civil pública na defesa do patrimônio cultural	1328
4.7 - Defesa do patrimônio turístico	1333
4.8 - Técnicas de atuação extrajudicial.....	1338
4.9 - Ementário de legislação pertinente	1342
4.10 - Jurisprudência	1344
4.11 - Referências bibliográficas	1357
4.12 - Modelos de quesitos.....	1359
5 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA.....	1368
5.1 - Introdução.....	1368
5.2 - Alguns apontamentos.....	1370
5.3 - Ação penal pública nos crimes contra a ordem tributária	1370
5.4 - Práticas fraudulentas comumente verificadas	1371
6 – ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA E FALÊNCIA	1372
6.1 - A questão da intervenção do Ministério Público sob a ótica da Lei nº 11.101/2005.....	1372
6.2 - As principais inovações introduzidas pela Lei nº 11.101/2005.....	1373
6.3 - Atuação do Ministério Público como <i>custos legis</i> na falência.....	1374
6.4 - Atuação do Ministério Público como autor no processo falimentar.....	1379
6.5 - Atuação do Ministério Público na recuperação judicial e extrajudicial	1379
6.6 - Atuação do Ministério Público na área criminal, de acordo com a Lei nº 11.101/2005	1381
6.7 - Atuação nos procedimentos decorrentes de intervenção ou liquidação extrajudicial e regime de administração especial temporária	1384
6.8 - Ementário de legislação pertinente	1387
6.9 - Jurisprudência	1388
6.10 - Referências bibliográficas	1389
7 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	1389
7.1 - Introdução.....	1389
7.2 - A resposta do Direito brasileiro às ações de organizações criminosas	1392
7.3 - Ementário de legislação pertinente	1398
7.4 - Referências bibliográficas	1398
8 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA ÁREA ELEITORAL	1398
8.1 - Introdução	1398
8.2 - Atuação no alistamento eleitoral.....	1399
8.3 - Atuação no controle das filiações partidárias.....	1399
8.4 - Atuação nas prestações de contas partidárias	1400
8.5 - Atuação na propaganda eleitoral extemporânea	1401
8.6 - Atuação no período de convenções partidárias	1401
8.7 - Atuação no registro das candidaturas	1402
8.8 - Atuação na propaganda eleitoral.....	1402

8.9 - Atuação no dia das eleições, na apuração e na totalização dos resultados	1404
8.10 - Atuação na diplomação dos eleitos	1405
8.11 - Atuação na fase pós-diplomação	1405
8.12 - Atuação no Direito penal eleitoral	1405
ÍNDICE ANALÍTICO	1407



I

Evolução do Ministério Público e a estrutura de sua Lei Orgânica



1 - PRINCIPAIS PONTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Procurador de Justiça aposentado Joaquim Cabral Netto

1.1 - AS RAÍZES E O PERFIL DE UMA INSTITUIÇÃO

A independência do Ministério Público do Brasil, com relação ao Ministério Público de Portugal, pode ser assinalada pela Lei. nº 261, de 3 de setembro de 1841, regulamentada pelo Decreto nº 120, de 21 de janeiro de 1843. Foram criadas as Promotorias de Justiça (expressão que encontramos na história da Instituição em Portugal apenas em brevíssimo *lapsus* temporal)¹. Seus membros então nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias por delegação daquele, e serviam enquanto era conveniente ao serviço público.

A carta imperial de 1824 não cuidou do Ministério Público, embora tenha sido em seu regime que o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional recebeu o *encargo de acusar no juízo dos crimes* os delitos que não fossem de competência da Câmara dos Deputados, sem ter, todavia, a categoria de Chefe da Instituição. Daí o porquê da observação de Pimenta Bueno: “Nosso Ministério Público é incompleto, sem centro, sem ligação, sem unidade e harmonia”.

O Código de Processo Criminal de 1832, reformado em 1841, diz Sérgio de Andréa Ferreira, “[...] colocou o *Parquet* em posição subalterna: os eleitores podiam ser jurados; os jurados podiam ser promotores; um analfabeto, que podia ser eleitor e jurado, estava apto, portanto, ser promotor”.²

A observação é correta; parece-nos, apenas, que alguns detalhes mínimos devam ser aduzidos. A citada lei, reformando o Código de Processo Criminal, fixou as atribuições dos Promotores de Justiça e, em seu art. 27, impediu que analfabetos pudessem ser eleitores. O art. 22 daquela lei, no entanto, estabeleceu uma situação no Ministério Público que seria causa de lutas em prol de seu aperfeiçoamento:

Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos juízes de Direito.

O Imperador nomeava e demitia, *ad nutum*, os Promotores de Justiça, *preferindo, para tanto, Bacharéis formados*, os quais *serviriam* pelo tempo

¹ Lembra Roberto Lira que o *título de promotor Público foi dado, com tratamento de Excelência, por um Alvará de 1700 e tantos*.

² FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Princípios institucionais do Ministério Público**. 3 ed. Rio de Janeiro, 1985. p.11.

que conviesse à autoridade Real. A inexistência de uma carreira foi a tônica do Ministério Público em todo período imperial e vigorou durante toda a Primeira República.

A inexistência de uma carreira e de concurso de ingresso no Ministério Público e a possibilidade de demissão *ad nutum* dos Promotores de Justiça acabaram criando, com o passar dos anos, diferentes espécies de Promotores: os nomeados para as sedes das comarcas, os adjuntos e até mesmo os nomeados *ad hoc* por Juízes de Direito.

O que se nota em relação ao Ministério Público no Brasil, até fins do século passado, e que era um organismo desordenado, incipiente, onde seus membros não gozavam de garantias nem havia definição de funções ou atribuições de seus membros! A sua existência, ao tempo do Império, era de tal modo opaco, que alguns autores a consideravam como ‘obra marcadamente republicana’.³

Chama a atenção o fato de que nenhum dos estadistas do império, nem o Conselheiro Nabuco de Araújo, nem Cotegipe, nem o Visconde de Ouro Preto, e nem mesmo Pimenta Bueno, se lembrou de conferir ao Ministério Público as mais elementares garantias de estabilidade: ao contrário, negavam-lhes.⁴

De início os Promotores de Justiça eram nomeados por tempo indeterminado e demissíveis *ad nutum*, porquanto estariam no exercício do cargo *enquanto bem servissem*.

O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, de lavra de M. Ferraz de Campos Sales, então Ministro da Justiça, iniciou a *mitigação* de tal posicionamento, dando aos Promotores da Justiça a garantia de inamovibilidade *durante os quatro anos em que servissem*. A despeito disso o Decreto nº 1.137, de 20 de dezembro de 1912, do Estado do Rio de Janeiro, dizia que “[...] os cargos do Ministério Público são de mera comissão do Governo”!

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de outubro de 1919, por meio de um voto histórico do Ministro André Cavalcanti, teve oportunidade de apreciar caso que se referia à demissão do Promotor de Justiça. Entendeu que exercendo o cargo há mais de vinte anos, “[...] não podia ser demitido sem processo administrativo ou sentença judicial [...]” tendo em vista que inexistia nos autos “[...] indicação de ato ou omissão do mesmo no exercício de seu cargo, e que pudesse resultar de prevaricação, falta de exceção, peita ou suborno”.⁵

³ VASCONCELOS, Fernando Antônio. Posição do Ministério Público na Constituição. In: **Anais do VI Congresso Nacional do Ministério Público São Paulo**. p. 65.

⁴ SALGADO, César *apud* INACARATO, Marco Antônio: **Revista de Informação Legislativa**, n. 29. p. 40.

⁵ Ap. nº 3.535, Ver. For. 34/74

O Ministro Pedro Lessa, em seu voto, observou que

[...] não podendo admitir a demissibilidade *ad nutum*, como alguns dos votos vencidos, nem lhe parecendo que a cláusula – enquanto bem servirem – possa jamais ter significação que lhe quer dar os que invocam o art. 22 do regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, por estar escrito no citado artigo que os chefes de polícia serão conservados enquanto bem servirem e o Governo julgar conveniente, o que é muito diverso do que está incluído nas leis e regulamentos atuais sobre a conservação dos promotores públicos, leis e regulamentos que só contêm a cláusula – enquanto bem servirem, sou obrigado a votar com o relator e 1º revisor.

Acompanharam o voto do relator os Ministros André Cavalcanti, Sebastião de Lacerda e Muniz Barreto. O Ministro Godofredo Cunha foi vencido, “[...] por entender que os membros do Ministério Público, são demissíveis” *ad nutum*, “[...] nos termos da Lei nº 280, de 29 de julho de 1895”.

A primeira Constituição Republicana (1891) não cuidou de forma sistemática do Ministério Público e somente fez menção ao Procurador-Geral da República, que seria designado pelo Presidente da República, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

Na Constituição de 1934, o Ministério Público, considerado como *um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais*, foi regulado em capítulo especial, com previsão de uma carreira para seus integrantes, sendo a nomeação decorrente de concurso público. No que diz respeito ao Ministério Público dos Estados, aquela Constituição deixou a eles a faculdade de legislar diretamente sobre o assunto, o que, segundo Mário Dias, foi a causa das diferenciações da instituição de Estado para Estado.⁶

Na Constituição de 1937, não houve nem mesmo referência ao Ministério Público, dizendo apenas que o cargo de Procurador-Geral da República seria de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República, devendo recair a escolha em “[...] pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal”.

Tal era o entendimento de que os Promotores deveriam ser *expressão da confiança direta do governo*, que

[...] houve o caso de um Promotor demitido sumariamente por ter apelado da decisão de um júri cujo resultado fora desfavorável ao réu, partidário do governo. Outros partidários conseguiram a interferência do chefe do Executivo estadual e um telegrama *ordenou* ao Promotor que não recorresse. Desatendido esse telegrama, outro foi

expedido demitindo o infrator cuja falta fora ter a coragem para obedecer às próprias convicções.⁷

Na Constituição de 1946, o Ministério Público voltou a ter posição de destaque e, pela primeira vez, passou a ser tratado em Título Especial. Com ela, um novo impulso à sistematização da Instituição foi dado, já que, como diz Ruy Junqueira F. Camargo⁸, a aplicação de certos princípios que gozava de ampla liberdade no âmbito estadual passou a ser obrigatória para todos os Estados:

A modificação trazida em 1946 introduziu a instituição da carreira, a obrigatoriedade de concurso de ingresso e o acesso escalonado de entrância a entrância. A estabilidade foi regulamentada só podendo a demissão ocorrer mediante sentença judiciária ou processo administrativo em que se facultasse ampla defesa do Promotor de Justiça. Os membros do Ministério Público Nacional passaram, por força da própria regulamentação constitucional à condição de inamovíveis, porque a remoção só seria admitida mediante representação motivada do chefe do *parquet*, com fundamento em conveniência de serviço. Vale dizer, as reclamações imotivadas, determinadas por desvio de poder, ou para atender interesse políticos subalternos, ou outros que não o da realização dos fins da Instituição, passaram a ter embargo no mandado de segurança.

A Constituição de 1967, reproduzindo quase que fielmente as disposições da Constituição de 1946, incluiu o Ministério Público no Capítulo do Judiciário, equiparou o cargo de Procurador-Geral do Estado-Membro ao cargo de Desembargador e estabeleceu regras sobre a aposentadoria e percepção de vencimentos.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1960, deslocou o Ministério Público para o Capítulo do Executivo, sem grandes modificações no seu texto.

A Emenda Constitucional nº 7, 1977, trouxe condições para a maior modificação do Ministério Público que já se fez no Brasil, ao estabelecer no parágrafo único de seu artigo 96 que “Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual [...]”.

A Constituição de 1988 inseriu o Ministério Público no Capítulo das *Funções essenciais à Justiça*, estabeleceu-lhe os seus princípios e garantias essenciais, impôs-lhe vedações e gizou suas funções institucionais.

⁷ PEREIRA, Vitalino C. Apontamentos e sugestões sobre a posição constitucional do Ministério Público. In: **Anais do III Congresso nacional do Ministério Público**. RS. p. 402-403.

⁸ Perspectiva do Ministério Público na conjuntura nacional brasileira. In: **Anais do III Congresso do Ministério Público Fluminense**. p.6.

⁶ O Ministério Público brasileiro.

Na evolução do Ministério Público no Brasil, não se pode esquecer que Campos Sales foi considerado o *precursor da independência do Ministério Público no Brasil*. Só muitos anos depois, outro Ministro da Justiça – Ibrahim Abi-Ackel – encaminhou projeto de lei ao Congresso Nacional, estruturando de uma forma homogênea os Ministérios Públicos dos Estados, sem perda das peculiaridades regionais. O projeto foi convertido na Lei Complementar nº 40/81, considerada a *Carta de Alforria do Ministério Público*.

1.2 - OS PRIMEIROS ANOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM MINAS GERAIS

A primeira Constituição do Estado de Minas Gerais surgiu em 1890⁹ e, sobre a organização do Ministério Público, apenas disse que ele, “[...] assim, no crime com no nível, será organizado por lei especial”.

Aquela *lei especial* seria, por quase cinquenta anos, a Lei de Organização Judiciária do Estado. Vale dizer: por quase meio século, o Ministério Público nada mais era do que um capítulo daquela Organização Judiciária.

As ingerências do Poder Judiciário, nos primeiros anos do Ministério Público mineiro, eram de tal ordem que, por longos anos, a posse dos Promotores de Justiça se dava diante de autoridade judiciária – os Juízes de Direito, nas comarcas do interior, e o Corregedor de Justiça, na Comarca de Belo Horizonte. Porém, antes mesmo da posse, seus títulos de nomeação teriam de ser registrados diante da autoridade da Magistratura.

Quando o *velho* Conselheiro Saraiva, nos anos de 1892 a 1894, assumiu o cargo de Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais – a primitiva denominação de nossa alta cúpula –, a primeira coisa que se notava é que o Ministério Público era chefiado por um Desembargador, como acontecia em todos os Estados da Federação, o mesmo acontecendo no Ministério Público da União, onde o cargo de Procurador-Geral da República era exercido por um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal!

A chefia do Ministério Público foi entregue sucessivamente a Desembargadores, Juízes de Direito e por fim a Advogados, até que, no final da década de 40, assumiram-lhe a chefia seus próprios integrantes, embora por mera liberdade dos Governadores do Estado.

Com o tempo, a Chefia do Ministério Público passou a ser exercida por Advogados, e, durante muitos anos, cada campanha político-partidária do velho Partido Republicano Mineiro acabava por se refletir no seio de nossa Instituição, pois nem sempre o escolhido reunia as condições ideais para o exercício do cargo.

Foi em razão disso que o *espírito de classe* do Ministério Público formou-se lentamente. Só os seus membros realmente vocacionados se importavam em estruturá-lo por meio de normais legais claras e precisas, na busca da sua modernização.

Como o ingresso no Ministério Público não era feito em razão de *concursos de ingresso*, as nomeações dos Promotores de Justiça eram de cunho político, e, para tanto, tinham preferência os *bacharéis*. Era comum, todavia, encontrarem-se nos seus quadros funcionais *cidadãos* no exercício de Promotorias de Justiça. E para piorar ainda mais a situação, a Lei nº 72, de 27 de julho de 1893, passou a não mais exigir-lhes, para nomeação, a prova de que tinham os requisitos necessários para a concessão da provisão de advogados!¹⁰

Não podemos esquecer que, ao seu início, o Ministério Público tinha absoluta falta de estrutura – administrativa, legislativa, física e de pessoal – e que os princípios que o animavam eram diferentes dos que hoje nele prevalecem.

O Promotor de Justiça era considerado como um *funcionário auxiliar da administração da justiça*, um *funcionário de ordem judiciária*, podendo ser não só removido como até demitido, por conveniência da ordem jurídica, mediante representação fundamentada do Procurador-Geral do Estado.

Pior ainda! Durante anos, nós não éramos nada mais, nada menos, do que *funcionários nomeados pelo governo, servindo enquanto bem servissem*. Nós éramos demissíveis *ad nutum* e só ficávamos no cargo enquanto agradássemos aos interesses do governo! Uma carreira para o Ministério Público ainda era um sonho, e o que então se queria era apenas alguma garantia temporal para o exercício do cargo!

Os promotores de justiça eram obrigados a cumprir as ordens e instruções do Procurador-Geral, solicitando deste – e até mesmo dos Juízes de Direito – instrução e conselho nos casos duvidosos.¹¹

As vantagens salariais dos Promotores de Justiça de então eram mínimas. Além de terem baixos vencimentos, ele recebiam 20% a menos do que os Juízes de Direito *junto aos quais funcionassem*.

A Lei nº 567, de 19 de setembro de 1914, em seu art. 12, chegou a determinar que “[...] os membros remunerados do Ministério Público que, durante os períodos das férias forenses se ausentassem da sede do seu exercício, perderão, quando subs-

¹⁰ Era então possível a concessão do título de *advogado provisionado*, vale dizer, não regularmente formado em uma Faculdade de Direito. Eram conhecidos com *rúbulas*.

¹¹ Conf. Relatório do Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais, 1892.

⁹ Decreto nº 226, de 31 de outubro de 1890.

tituídos, metade dos vencimentos que reverterão aos substitutos legais”. Noutras palavras: além de ganharem mal, ainda não podiam gozar suas férias fora da seda da comarca.

A partir de 1935 os Promotores de Justiça passaram a ter legitimidade para a cobrança da dívida ativa estadual.¹² Como eles perceberiam 20% sobre as importâncias por eles efetivamente arrecadadas, amigável ou judicialmente, naquelas comarcas em que a dívida ativa era razoável, muitos aí se deixaram ficar por anos a fio, e alguns deles só saíram para se aposentar em entrância mais elevada.

Para a instituição do Ministério Público, essa participação na cobrança da dívida ativa não foi positiva, pois possibilitou que o interesse pessoal sobrepujasse o coletivo, beneficiou uns poucos que serviam em comarcas cuja dívida ativa era alta e impediu maior rapidez na formação de um *sprit de corp* capaz de levar a uma evolução e a um aprimoramento do Ministério Público.

A Lei nº 738, de 12 de setembro de 1919, determinou a obrigatoriedade de residência do Promotor de Justiça na sede da comarca, sob pena de sanção pecuniária, “[...] que lhe será imposta mediante representação de qualquer cidadão, pelo presidente do Tribunal da Relação e pelos seus superiores hierárquicos, respectivamente, logo que tenham conhecimento do fato, sem prejuízo de outras penalidades em que possam incorrer!”

Em 1925, a Lei nº 912 estabeleceu que o Procurador-Geral do Estado poderia concorrer às vagas que se abrissem no Tribunal da Relação. Dessa forma, a Chefia do Ministério Público passou a se constituir em um possível degrau para ingresso naquele Tribunal, e disso se valeram vários Procuradores-Gerais para a nomeação posterior ao cargo de Desembargadores. Esse *sonbo dourado* – ou *vocação tardia* – só desapareceria em 1981, quando a Lei Complementar Federal nº 81 estabeleceu que só poderiam concorrer à vaga de Desembargador, no quinto constitucional do Ministério Público, os Procuradores-Gerais que tivessem se afastado do cargo um ano antes da elaboração da lista dos possíveis candidatos.

Eu me recordo do espanto, ao ler as palavras de um dos discursos publicados do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, o *velbo* Bilac Pinto, quando ainda deputado estadual no Estado de Minas Gerais, nos idos de 1936. Foi ele o primeiro homem em nosso Estado que, na sua Assembléia, dizia que o Ministério Público tinha de ter alguma garantia, ainda que a garantia fosse apenas quatro anos, porque por tal período que os Advogados eram nomeados para Promotor de Justiça. Ele pedia que pelo menos por esses quatro anos se lhes desse a garantia da inamovibilidade.

Enquanto ele lutava por isso, enquanto a nossa Assembléia relutava por modernizar o Ministério Público (porque nós de Minas temos uma resistência muito grande às transformações), os Estados do Amazonas, do Ceará, do Espírito Santo e de São Paulo já falavam em ingresso no Ministério Público mediante concurso, o que só veio a ser admitido em Minas Gerais, em 1946, pela Lei nº 616.

Uma observação deve ser feita com relação aos primeiros Concursos de Ingresso, estabelecidos na Constituição Federal de 1946. O provimento inicial da carreira passou a ser feito, no entanto, mediante concurso de títulos, sendo realizado “[...] perante comissão composta do Procurador-Geral, Advogado-Geral e Presidente da Secção da Ordem dos Advogados do Estado, sob a presidência do primeiro”.¹³

É verdade que a forma inicial do concurso – apenas apresentação de títulos – ou a constituição de sua comissão de ingresso, integrada por pessoas estranhas à carreira, são criticáveis. Porém, não se pode negar que começou a surgir um novo sistema, o qual acabaria por ser aperfeiçoado com o tempo.

Dessa forma, tal disposição constituiu um avanço institucional, pois o provimento inicial à carreira saiu do poder de escolha unipessoal do Governador do Estado. O Promotor de Justiça já não mais seria livremente nomeado pelo “[...] Presidente da Província, dentre doutores e bacharéis em Direito, e quaisquer cidadãos idôneos”, bem como não mais seria *de sua escolha e confiança*.

Pouco depois, a Constituição Mineira de 1947 modificou aquele sistema de ingresso, estabelecendo que ele ocorreria por meio de concurso de provas. Com isso, já não havia aprovação somente em razão de *títulos*. Esses, no futuro, seriam considerados apenas para efeito classificatório entre os candidatos já aprovados nas provas do concurso.

O espaço físico da Procuradoria-Geral de Justiça nos seus primeiros anos nunca foi estável e próprio. Quando de sua transferência da Capital do Estado de Ouro Preto para Belo Horizonte ela esteve sempre em pequenas dependências do Tribunal da Relação, depois Tribunal de Justiça. Mesmo no final do segundo quartel do século vinte, ela funcionava no último andar do vetusto e imponente edifício de nosso Tribunal de Justiça, debaixo de uma escada.

Por outro lado, para que se tenha uma noção de quão pequena era a estrutura administrativa da Procuradoria-Geral em 1929, basta que se diga que o seu quadro de pessoal constava de *um oficial, um amanuense, dois datilógrafos e um contínuo*. Para ilustrar também o quão lentamente crescia o próprio quadro dos membros da Instituição, somente em 1933 é que foi criada a 3ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte.

¹² Conf. Decreto nº 76, de 03 de junho de 1935.

¹³ Decreto-Lei nº 1.630 de 15 de janeiro de 1946, art. 66.

1.3 - O NOVO CAMINHO EM MINAS GERAIS

No início do segundo quartel do século XX, grande número dos integrantes do Ministério Público de Minas Gerais era, ainda, remanescente do *Velho* Ministério Público de Minas Gerais. Os Promotores de Justiça eram nomeados de acordo com interesses políticos locais, em que o filho do *chefe político*, quando se formava em Direito, já tinha a sua nomeação garantida para tal cargo! Foi assim que Ozanan Coelho foi Promotor de Justiça¹⁴ e chegou a Governador do Estado de Minas Gerais. Foi assim que Raul Soares tornou-se Promotor¹⁵ e também foi nosso Governador. Foi igualmente desse modo que Tancredo de Almeida Neves foi Promotor em sua terra natal¹⁶ e chegou à Governança do Estado e à Presidência da República.

Foi da mesma forma que se tornaram Promotores de Justiça em Minas Gerais os ex-Governadores (então Presidentes do Estado): Crispim Jacques Bias Fortes na Comarca de Barbacena, em 1871; Antônio Augusto de Lima, na Comarca de Sabará, em 1883; Venceslau Brás Pereira Gomes, que chegou à Presidência da República, na Comarca de Monte Santo de Minas, em 1891; Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, na Comarca de Ubá, em 1892; Fernando de Mello Vianna, na Comarca de Mar de Espanha, em 1901.

É verdade que jovens promissores, jurídica e culturalmente, tornaram-se Promotores de Justiça, como Nelson Hungria (Rio Pomba), Antônio Martins Vilas Boas (Patos de Minas), Afonso Arinos de Melo Franco (Belo Horizonte), Alphonsus Guimarães (Conceição do Serro), mas, na verdade, o cargo de Promotor de Justiça era o primeiro degrau político em Minas Gerais, o que ainda hoje persiste nos Estados Unidos da América, onde o cargo de Promotor de Justiça é objeto de uma eleição popular. No contexto daquele país, um dos aspectos que mais chamam a atenção, quando se visitam seus Estados, onde serão realizadas eleições para cargos públicos da área jurídica, são exatamente as propagandas feitas em *outdoors* para eleição de Promotores de Justiça.

Já observamos que os princípios e disposições relativos ao Ministério Público estavam, em Minas Gerais, inseridos em um capítulo da Lei de *Organização Judiciária do Estado*.

Podemos afirmar que o desenvolvimento do Ministério Público em Minas Gerais foi iniciado no final do segundo quartel do século XX. De fato, somente em 1946, ou seja, há menos de 50 anos, a estrutura do Ministério Público de Minas Gerais começou a mudar. Foi, nesse ano, graças a um dos maiores Procuradores-Gerais que nós tivemos, Onofre Men-

des Júnior, que conseguimos *separar* o Ministério Público da Magistratura. Na verdade com ele ocorreu uma *separação*, porque, até então, as disposições relativas ao Ministério Público não passavam de um *Capítulo* da *Lei de Organização Judiciária do Estado*. Um Ministério Público com uma lei própria, simbolizando e refletindo uma Instituição independente, só surgiu com ele. Foi ele quem nos retirou daquele capítulo e, com seu prestígio pessoal, conseguiu dar ao Ministério Público uma lei própria, a famosa Lei nº 616, na qual se estabeleceu o ingresso na Instituição através de concurso público, e se criou uma carreira para seus servidores.

Foi, pois, somente por meio da citada Lei nº 616 que o Ministério Público de Minas Gerais passou a ter um diploma legal próprio, dando azo ao início da mudança de todo o seu arcabouço institucional e ao início de uma nova filosofia de atuação.

Em 1955, surgiu a Lei Estadual nº 1.283, que veio substituir a Lei nº 616/50, e, em 1973, adveio a nova Lei Orgânica do Ministério Público do Estado, recebendo o número 6.276, fruto de estudos e experiências de muitos dos integrantes da Instituição. A Exposição de Motivos ao Governador Rondon Pacheco, encaminhando aquele trabalho que resultaria na Lei nº 6.276, realçou:

Está o Ministério Público Estadual ainda regendo-se pelo acanhado modelo da Lei nº 616, de 11 de setembro de 1950, alterada pela Lei nº 1.283, de 1º de setembro de 1955. Velha de mais de vinte anos, essa lei não comporta a instituição e esta contribuindo para enfraquecê-la no eficiente exercício de seus graves deveres, impedindo o seu crescimento natural.

Sua modificação visa repará-la para o exercício das novas atividades impostas pela estrutura geopolítica, marcada pela crescente utilização das técnicas científicas.

Os órgãos do Ministério Público constituem uma classe especial de servidores do Poder Executivo com funções distintas das demais classes de funcionários deste ou de outro Poder, mas que a equiparam – sem confundir – aos membros do Poder Judiciário, em cuja área atua preponderantemente como fiscal da execução da lei e protetor dos direitos humanos, para fins da Justiça Social.

Basta ver-se – para comprovar a assertiva – a sua atuação nos processos de *habeas corpus* e mandado de segurança, nos quais o órgão do Ministério Público age com irrestrita liberdade de convencimento moral, mesmo conta a posição dos agentes ordinários de qualquer dos três Poderes, acusados de abuso de função.

Instituição de tão relevante importância ao perfeito funcionamento do regime, precisa ser convenientemente aparelhada, funcional e materialmente, para cumprir as tarefas que lhe cometem a Constituição e as leis [...]

¹⁴ Foi Promotor de Justiça na Comarca de Bom Sucesso.

¹⁵ Foi Promotor de Justiça na Comarca de Carangola.

¹⁶ Foi Promotor de Justiça na Comarca de São João Del Rei.

A criação da Corregedoria-Geral do Ministério Público foi uma das criações inovadoras daquela lei, sendo o Corregedor e os seus substitutos eleitos para um período de dois anos.

De igual forma, o preenchimento das vagas nos Tribunais, 33 vagas pelo quinto constitucional, relativas ao Ministério Público, passou, pela primeira vez, a ser disciplinado: “O membro do Ministério Público, se de carreira, de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos de exercício, poderá ser indicado para compor o quinto do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Alçada.”

Com a escolha do Procurador-Geral dentre os membros da carreira, prática iniciada somente no final da década de 1950, é que passaram os integrantes do Ministério Público a efetivamente ocupar as vagas destinadas à instituição no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Deve-se registrar, para efeito histórico, que foi naquela lei que, pela primeira vez, reconheceu-se a existência de um órgão de classe do Ministério Público em nível estadual – a Associação Mineira do Ministério Público, *dela fazendo parte os membros do Ministério Público em atividade, disponibilidade e aposentados*.

Foi, todavia, somente com o advento da Lei Estadual nº 8.222, editada em cumprimento a disposição da Lei Complementar Federal nº 40/81 que foi alterada a nomenclatura de Procurador do Estado para Procurador de Justiça, “[...] a fim de equipará-la à de Promotor de Justiça, já tradicional na legislação histórica”.

O papel da Lei Complementar Federal nº 40/81 foi fundamental na evolução do Ministério Público dos Estados. Com a inexistência no País de um tratamento especial para o Ministério Público, seja em nível constitucional, seja em nível de legislação federal, a traçar contornos assemelhados para a Instituição nas suas unidades federativas, o Ministério Público dos Estados não tinha uma unidade organizacional e, assim, cada um deles o organizava conforme suas conveniências sociais, políticas e econômicas.

Essa situação mudou quando, em 14 de dezembro de 1981, foi promulgada a Lei Complementar Federal nº 40, estabelecendo, pela primeira vez, *normas gerais a serem adotadas na Organização do Ministério Público Estadual*.

As disposições daquela lei criaram uma nova dinâmica para o Ministério Público do Brasil, dando-lhe instrumentos para rápida evolução, não somente em decorrência dos seus princípios, mas também pelas denominações e estruturas de órgãos e quadros que traçou para os Estados da Federação.

As primeiras grandes mudanças estruturais da instituição, em nível nacional, viriam, dessa forma, somente por meio de tal lei. De fato, com ela surgiram as linhas mestras para o Ministério Público de todo o País, pois passou a ser exigência o Procurador-Geral ser membro da carreira; desapareceu o adjunto de promotor; criaram-se o Conselho Superior e o Colégio de Procuradores de Justiça. Nos Estados com mais de quarenta Procuradores de Justiça, as atribuições do Colégio de Procuradores passaram a ser exercidas por um órgão especial (que em Minas Gerais chamou-se Câmara de Procuradores). Criaram-se o cargo de Corregedor do Ministério Público e a obrigatoriedade da nomeação dos candidatos aprovados nos concursos de ingresso por meio da sua classificação.

Mantendo seus princípios de unidade e indivisibilidade, estabeleceu, como novidade para o Ministério Público, a sua autonomia funcional. Essa independência funcional tratada pelo legislador como um dos princípios institucionais do Ministério Público pressupõe sua insubmissão a qualquer outra instituição. Ademais, se a independência funcional tornou o órgão independente de diretrizes externas à Instituição, a autonomia administrativa, como decorrência daquela, deu-lhe também o poder de autogestão administrativa.

Aquela lei complementar abriu o caminho para toda uma nova estrutura do *Parquet*, que acabaria por influenciar o próprio Ministério Público federal. De fato, poucos anos depois, ele iria provocar o aparecimento de uma nova lei que produziria condições de criação de uma bifurcação naquele Ministério Público quando, com a criação da Advocacia Geral da União, remeteria ao *Parquet* federal exercer com exclusividade em nível federal as funções de defensor dos interesses da sociedade.

Por outro lado, ao torná-lo permanente, ficou estabelecido o princípio da impossibilidade de seu desaparecimento. A função jurisdicional do Estado não poderá existir nem funcionar sem a sua existência. E, ao considerá-lo essencial à ordem jurídica, ficou estabelecido que não se poderá prescindir de sua atuação, sob pena de nulidade, nos feitos em que a lei deu-lhe competência para atuar.

Como observou Hugo Mazzili, “[...] a Lei Complementar nº 40 deu ao Ministério Público um perfil nacional mais uniforme, com conceituação, princípios, funções, garantias, vedações, instrumentos e organizações básicas comuns”.

A Constituição Federal de 1988 consolidou os anseios e os avanços do Ministério Público nacional. Nela foram incorporadas todas as conquistas até então conseguidas, acrescidas de outras advindas de princípios constantes da chamada *Carta de Curitiba*, elaborada em 1986. Ao final, pela primeira vez no Brasil, viu-se um Ministério Público com

Capítulo próprio e tratamento especial numa Constituição, assumindo uma posição que nenhum outro Ministério Público já conseguiu. Muitos podem perguntar por que e como surgiram as idéias e os trabalhos para a implementação do atual Ministério Público.

Na história administrativa do Brasil, uma das Instituições que mais cresceu, neste século, foi o Ministério Público. E esse desenvolvimento assentou-se em dois princípios: *democratização* e *atualização*.

Partindo do princípio de que a *perpetuação* de pessoas em cargos-chave contribui para dificultar o arejamento das idéias de evolução institucional, entendeu-se que deveria a Instituição ser dirigida por pessoas que fossem *eleitas, com mandato certo*, vedada, ou limitada, a sua recondução. Ainda: procurou-se entregar a condução dos destinos do Ministério Público não apenas ao Procurador-Geral, mas também a órgãos colegiados, com competências definidas e com poder, inclusive, de rever e reformar determinados atos do próprio Procurador-Geral.

A primeira conseqüência disso foi o *arejamento* constante da Instituição, eis que o sistema passou a propiciar que as mais variadas idéias pudessem contribuir para modificações da sua filosofia e a sua estrutura. Por outro lado, isso propiciou o acesso à alta cúpula do Ministério Público de novas gerações, o que se transformou em estímulo à evolução na carreira. Na verdade, quando isso ocorre, as pessoas, via de regra, *agarram-se* aos cargos e dificultam aquele *arejamento de idéias* tão necessário à evolução das instituições.

A conseqüência dessa *democratização* no Ministério Público levou à outra conseqüência, responsável por seu desenvolvimento: a sua *atualização*. Essa atualização foi responsável pela *modernização* que a Instituição passou a experimentar: não apenas no aspecto material mas, principalmente, no filosófico.

Hoje ele computadorizou os seus serviços, não apenas no nível da sua segunda instância mas também no da primeira; dotou todas as suas Procuradorias e Promotorias de Justiça de moderna tecnologia computadorizada e, por meio dela, agilizou a atuação de todos os seus membros. Por outro lado, ele começa a mudar sua imagem institucional, ampliando suas atividades a campos de atividade que não se inseriam em suas atribuições: a proteção e a defesa do meio ambiente, dos direitos humanos, do patrimônio artístico e cultural, das contas públicas dos acidentados em trabalho, o controle externo da atividade policial e a defesa do consumidor.

Essa sua visão de participação na formação, ou criação, de uma nova sociedade dá-lhe a motivação para um aprimoramento constante, no sentido de dinamizar sua atuação, a fim de acompanhar as

modificações sociais. E a sua filosofia de uma *hierarquia relativa* entre seus integrantes dá-lhe uma flexibilidade de atuação maior, e mais rápida, do que a existente em outras instituições.

Em decorrência dessa postura e da consciência de sua participação no gerenciamento do equilíbrio social, vê-se que ele luta no nível legislativo não buscando direitos e vantagens econômicas mas atribuições e garantias para a realização dessas atribuições. E mais: a consciência de que *é fiscal da lei e de sua exata aplicação e de que só a ela deve obediência*; o respeito às autoridades constituídas, com as quais deverá ter o melhor entrosamento e o zelo pela sua independência funcional e administrativa, tudo isso marca ainda mais o seu perfil.

1.4 - OS CAMINHOS DO FUTURO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público do futuro é um exercício da imaginação. Há dois caminhos indicando o futuro do Ministério Público. O primeiro deles aponta que o sucesso do futuro está estreitamente ligado ao fincar âncoras nas conquistas alcançadas e através delas, sem esquecer das dificuldades do passado, procurar obter novas conquistas. O segundo caminho indica que se os mais antigos membros da instituição não conseguirem transmitir aos mais jovens a realidade passada e a necessidade de se lutar pela manutenção das conquistas atuais, a instituição Ministerial, como qualquer outra instituição que não tenha história, não tenha passado, estará fadada ao fracasso.

O Promotor de Justiça novato deve saber que a evolução da instituição foi alcançada através de muita luta, muita compreensão, muito diálogo, e, sobretudo, respeito às autoridades municipais e estaduais, com as quais o Ministério Público buscou ter, sem descuidar de sua independência, um bom relacionamento. E tudo isso foi um trabalho de idéias, plantadas, evidentemente, por homens bem intencionados, que viam no Ministério Público a grande instituição capaz de representar, defender o povo brasileiro.¹⁷

Hoje, tão logo se encerra um concurso, e se forma uma lista de classificação dos aprovados, as nomeações se lhe seguem por ordem de classificação. Mas isso só passou a ocorrer, como direito defluente de lei, a partir de 1981, ou seja, de decorrência da Lei Complementar Federal nº 40!

E todos nós ainda nos lembramos: quando se encerrava um concurso de ingresso, na hora das nomeações, pouco importava a classificação! Quantas e quantas vezes, a santa ira da revolta se debruçava sobre nosso coração quando se via que o primeiro colocado de uma turma era relegado a um plano secundário, e os nomeados para as melhores comarcas eram, não raro, os últimos colocados aprovados no concurso.

¹⁷ VARTULLI, Vagner. **AMMP em Notícias**, nov/94 a fev/95.

A ingerência de fatores políticos no Ministério Público também ocorria na ocasião das promoções, a partir do momento em que se criou uma carreira dentro da Instituição.

Moacir Navarro, que viveu aquela época, relembra:

[...] sem pistolão político ninguém era promovido. Era preciso uma carta, ou um cartão, do Deputado da região recomendando o candidato ao Governador do Estado à Promoção. Sem o beneplácito do Deputado da região, nada feito! Mas este para dar-lhe o apoio tinha de consultar suas bases: os Prefeitos, Vereadores e chefetes políticos de seus partidos nas respectivas Comarcas.

Quanto mais cartas, maior se tornava a possibilidade de promoção. Era mais do que constrangedor, era até mesmo humilhante: o Promotor de Justiça tinha de ir às comarcas para pedir a várias pessoas, que nem sequer conhecia, que abonassem a sua promoção por merecimento! O merecimento era então mais do que uma ilusão, raiava à farsa!

Como ato final de uma tragédia funcional ou opereta bufa, o Secretário da Justiça verificava os *trunfos* de cada um e levava as respectivas pastas para o despacho do Governador, que não queria se indispor com o Deputado regional de seu partido!

Hoje alijamos do Ministério Público a influência político-partidária nas nomeações iniciais ou nas promoções da carreira. Quem escolhe a comarca inicial são os próprios candidatos aprovados, por meio dos seus méritos e da sua classificação. Quem promove os membros do Ministério Público somos nós mesmos, mediante de um colegiado, mas um colegiado que muda de ano em ano, impedindo-se que aqui se formem grupos ou *igrejinbas* para proteger ou para perseguir alguém.

Não se pode fazer nenhuma previsão de uma perspectiva de futuro, de qualquer área da atividade humana, sem se atinar para o fato de que o poder vai, lentamente, saindo da esfera política para ficar sob a influência da econômica. É evidente que isso também irá produzir conseqüências jurídicas, pois, num acentuado processo de globalização, também o Direito e suas formas de aplacação tendem a ser globalizados.

Dentro dessa colocação, os tipos penais bem como a busca de sua apuração e a procura de marginais ficarão, numa primeira etapa, sob uma orientação ou uma política de grupos culturais internacionais para, a longo prazo, subsumirem-se a uma ordem global.

A condução político-sociológica dos povos apontam para um efetivo sistema democrático no mundo do futuro. Mas, mesmo nas democracias, há interesses econômicos predominantes.

Esses interesses forçarão, lentamente, uma união legislativa crescente, sobre vários ramos do Direito: aduaneiro, fiscal e tributário. Como os tipos penais de cunho econômico tendem a se ampliar, também o Direito Penal sofrerá influência dessa globalização legislativa. Igualmente, como os tipos devem ser apurados em processo regular, também o Direito Processual Penal será influenciado por tais modificações.

É evidente que o Ministério Público bem como a Magistratura sofrerão influência desse processo. Afinal os operadores do Direito não são colocados em posição alheia aos fenômenos da vida numa sociedade mundial.

Ao longo de toda a história, o Ministério Público tem-se caracterizado pela busca constante de novos espaços para o trabalho, sem qualquer campo para fisiologismos. Essa, talvez, seja a grande razão da real consolidação institucional, visualmente alcançada em todas as unidades da Federação.

O Ministério Público é uma instituição que, na verdade, ainda está dando seus primeiros passos de afirmação social.

A figura do homem de dedo em riste, dizendo *eu acuso*, tem os seus dias contados! Não que ela vá desaparecer, mas porque ao lado desse homem, há de surgir, e já está aparecendo, uma nova dinâmica social para o Ministério Público, transformando-o, na verdade, no velho *Tribunal da Plebe!*

Hoje ele é, e ainda mais o será, aquele que defende o meio ambiente, o desvalido, o patrimônio histórico e artístico, a comunidade contra os avanços econômicos dos grandes cartéis.

Não há nenhuma instituição no Brasil em que os seus membros elejam uma lista tríplice, para que dela seja escolhido o seu Chefe, com mandato certo, pelo Chefe do Poder Executivo. Não há nenhuma instituição na qual seus integrantes elejam, anualmente, os membros de seu Conselho Superior, ou seja, os integrantes do órgão responsável pela carreira de seus membros, eis que responsável pela formação de listas de promoções ou remoções destes, vedada a recondução de seus membros enquanto todos os demais integrantes do Colégio de Procuradores não compuserem aquele Conselho. Isso se chama *democratização!*

O Ministério Público será uma instituição que a cada avanço legislativo, a despeito de ocasionais retrocessos, irá adaptar-se ao meio social e avançar. E como irá crescer ainda mais em deveres e responsabilidades, é preciso que essa visão seja feita aquém de estritas vantagens materiais. Estas são conseqüência de espaços ocupados e atividades efetivamente prestadas ao meio social. Se vantagens materiais resolvessem os problemas, algumas instituições não estariam tão desmoralizadas!

Uma instituição que seja meramente corporativista não gera nem respeito nem confiabilidade e cria em torno de si uma crescente rejeição.

Ao Poder Executivo, que tem o dever da segurança pública do Estado, caberá o comando dos órgãos de repressão social, mas o Ministério Público do futuro, não tenho dúvidas, terá dentro de seus quadros a polícia judiciária – que não raro tem de agir até mesmo contra agentes do Poder Executivo. Para essa mudança, haverá muita resistência, muitas vezes em razão de incompreensões ou receio de perda de *poder de atuação*, mas a evolução social acabará por assim determinar.

Nenhuma mudança social é feita para os dias em que se vive: algumas são produto de dezenas, ou centenas, de anos de vivenciamento.

As conquistas de nossa instituição ocorrem de forma tão acelerada que nós mesmos nos esquecemos de quanto temos evoluído. O que não podemos é nos esquecer que essas conquistas têm um preço: honestidade pessoal e funcional, atualização profissional e respeito aos direitos humanos em todos os momentos de nossa atuação!

2 - A LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (LEI Nº 8.625/93)¹⁸

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves¹⁹

O Decreto nº 5.618, de 02 de maio de 1874 (artigo 18), é apontado como o diploma legal que empregou, pela primeira vez no Brasil, a expressão “Ministério Público”. Mesmo assim, a Constituição de 1891 não cuidou, sistematicamente, da Instituição, limitando-se, no artigo 58 § 2º, a estabelecer que o presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, com as atribuições definidas em lei.

Ao longo dos anos, a Instituição foi-se aperfeiçoando em termos legislativos e, no final da década de oitenta, ao ser retomada a democracia em nosso País, o Ministério Público ganhou novo *status*, sendo a Instituição mais prestigiada pela Constituição de 1988.

¹⁸ O presente texto é um trecho extraído da obra *Ministério Público*: Lei nº 8.625/93, publicada por Leonardo Barreto Moreira Alves e Marcelo Zenkner, em 2009, pela editora JusPODIVM.

¹⁹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Civil pela PUC/MG. Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Professor dos cursos Praetorium BH/SAT e Aprobatum. Professor convidado da Pós-Graduação em Ciências Criminais do IEC/PUC Minas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Conselho Editorial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). *Site* pessoal: www.leonardomoreiraalves.com.br.

Deixou de ser um organismo público cujo posicionamento constitucional nem sequer era bem definido e cuja preocupação primordial era com a delinquência, e assim mesmo de forma reflexa da atividade de polícia judiciária, para se fortalecer e se tornar uma das instituições de maior credibilidade na sociedade brasileira. Abandonou uma tímida atuação no âmbito cível (ausentes, incapazes, “menores”, acidentados do trabalho, trabalhadores dispensados, falências e concordatas e outros setores em que presidia o interesse público secundário) e a representação do Estado em juízo, que passou a ser confiada à Advocacia Pública (CF, artigos 131 e 132), para assumir uma posição de destaque na sociedade política, a teor das novas atribuições da referida carta constitucional, como agentes políticos por excelência.

Assim é que a Constituição Federal, no seu artigo 127, *caput*, estabeleceu que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A esse respeito, segundo Hugo Nigro Mazzilli,

[...] ao afirmar seu caráter permanente, o poder constituinte originário vetou, implicitamente, que o poder constituinte derivado suprimisse ou deformasse a Instituição ministerial, pois, caso contrário, haveria forma indireta de burlar o princípio (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107).

Ainda de acordo com Mazzilli, afirmar que o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado significa cometer dois erros, pois

[...] diz menos do que deveria (o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização de fundações e prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, na direção de inquérito civil, no atendimento ao público, nas funções de *ombudsman*) e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, diz mais do que deveria (pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e sim, normalmente, apenas naqueles em que haja algum interesse indisponível, ou, pelo menos, transindividual, de caráter social, ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da lide) (*Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109).

Com relação à defesa da ordem jurídica, Emerson Garcia ensina que tal dever

[...] pressupõe a aferição de todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, podendo ajuizar as medidas necessárias à coibição de abusos ou ilegalidades, sempre buscando mantê-los adstritos

aos limites da Constituição e do Direito. – Ordem jurídica não guarda similitude com a lei, mas, sim, com o Direito, sendo noção eminentemente mais ampla” (*Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49).

Desse modo, deve ser abandonado o designativo de “*custos legis*”, pois é mais apropriada a expressão “*custos iuris*” para explicitar a missão do Ministério Público de defender o ordenamento jurídico a partir das bases estabelecidas na Constituição Federal.

Noutro giro, para Hugo Nigro Mazzilli, a defesa do regime democrático pelo Ministério Público deve ser realizada em dois níveis:

a) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito ‘sob forma concentrada’ (especialmente por meio da proposição de ações diretas de inconstitucionalidade, de representações interventivas e de algumas ações civis públicas para defesa de interesses difusos); b) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito ‘sob forma difusa’, caso a caso, impugnando-se as medidas e atos concretos que violem uma norma constitucional (especialmente por meio da ação penal, do inquérito civil e da ação civil pública para defesa de interesses sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de outros mecanismos de fiscalização e controle afetos à Instituição) (*Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático*. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 95).

No que tange à defesa dos interesses sociais, há de se ressaltar que os direitos (ou interesses) sociais estão expressamente enumerados no artigo 6º da Constituição Federal e assim são reconhecidos a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Tais direitos – fundamentais de 2ª geração – constituem prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade, como ensina José Afonso da Silva (*Direito Constitucional Positivo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 289). Desse modo, cumpre observar, inclusive com base na expressiva lição de Jorge Miranda (Os Direitos Fundamentais – sua dimensão individual e social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – CDCCP – n° 1, 1992, p. 200*), que, por meio dos direitos sociais, se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, a qual

apenas pode ser alcançada com a superação das desigualdades e não por meio de uma igualdade sem liberdade.

No que concerne à defesa dos interesses individuais indisponíveis, é preciso esclarecer que indisponível, de acordo com Ricardo Pieri Nunes (*Manual de princípios institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2001. p. 117/118),

[...] é o interesse que, pela sua precípua relevância para a coletividade, se apresenta como indispensável à manutenção da integridade do corpo social e, por conseguinte, à própria existência do Estado. Diante desta magnitude, os interesses indisponíveis são tutelados por normas cogentes, imperativas ou de ordem pública, que jamais podem ser afastadas por convenção das partes, incidindo obrigatoriamente quando determinada situação concreta se amolda ao seu preceito abstrato.

É o que ocorre, por exemplo, numa ação de investigação de paternidade, na qual o Ministério Público atua em favor do direito de filiação do autor-investigante em vista do comando constitucional que proíbe quaisquer designações discriminatórias ou mesmo incorreções a esse respeito (artigo 227, § 6º).

Reforçando ainda mais o Ministério Público, a Carta Magna Federal consagrou, no seu art. 127, § 1º, os princípios institucionais deste órgão, a saber, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Pelo princípio da unidade, “[...] entende-se que o Ministério Público se constitui de um só organismo, uma única Instituição. Quando um membro do *Parquet* atua, quem na realidade está atuando é o próprio Ministério Público” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 43). É por isso que os membros da Instituição não devem ser identificados de forma individualizada, já que são componentes de um único organismo em nome do qual exercem suas atribuições.

Em relação ao princípio da indivisibilidade, há uma dificuldade natural de conceituação em razão de estar ele diretamente atrelado ao da unidade. Exatamente por esse motivo, alguns autores, ao tratarem do princípio em comento, fazem referências no sentido de que, como o Ministério Público constitui um só corpo, seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, sem solução de continuidade das funções institucionais, não arbitrariamente, mas segundo a forma estabelecida em lei.

Tal explicitação, entretanto, melhor se afina com o princípio anteriormente analisado (unidade), lembrando muito bem Emerson Garcia que esse é o motivo pelo qual, ao ser apresentada uma peça processual em juízo, há a indicação de que é o Ministério Público que está atuando, seja como

agente ou interveniente, e não o Promotor ou o Procurador de Justiça que a elaborou e assinou (*Ministério Público – organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62). O princípio da indivisibilidade, em verdade, deve ser compreendido no sentido de que não se deve admitir a atuação simultânea e transversal, em um mesmo processo, de dois órgãos do Ministério Público com a mesma função.

Sobre o princípio da independência funcional, trata-se, em verdade, de uma prerrogativa constitucional afeta a cada membro da Instituição, que não fica sujeito a qualquer orientação ou determinação dos órgãos da Administração Superior em sua atuação funcional e deve prestar contas, apenas e tão-somente, à sua própria consciência e à ordem jurídica.

Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro,

[...] é o princípio maior da Instituição, que se traduz no direito de o Promotor ou Procurador de Justiça oficial livre e fundamentadamente de acordo com sua consciência e a lei, não estando adstrito, em qualquer hipótese, à orientação de quem quer que seja.

Como se vê, o Texto Constitucional criou uma instituição profundamente sólida, incumbida de missões das mais relevantes, caracterizando-a, pois, como o principal instrumento de defesa da sociedade. Por consequência, setores destacados desta mesma sociedade, notadamente governantes, políticos, agentes detentores do poder econômico e parte da imprensa, passaram a fiscalizar (para não falar perseguir) de perto a atuação dos membros do Ministério Público, o que, a princípio, poderia inibi-los.

Desse modo, embora o regramento do *Parquet* feito pela Constituição Federal fosse robusto e aplicável de forma imediata, sentiu-se a necessidade de se disciplinar com riqueza de detalhes a atuação dos membros do Ministério Público em todos os seus vieses. A Constituição Federal, por sua própria natureza, não comportaria essa disciplina. Sem dúvida alguma, o instrumento normativo mais adequado para este fim seria a Lei Infraconstitucional.

Nesse contexto, é de se lembrar que a própria Constituição Federal, no seu art. 61, § 1º, inciso II, alínea “d”, já previa a criação de uma lei que organizasse a carreira do Ministério Público. Não obstante, essa lei somente foi publicada em 12 de fevereiro de 1993, vindo a ser conhecida como a *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público* (LONMP).

Esta lei, no seu art. 84, revogou o antigo diploma legal aplicado ao Ministério Público, qual seja, a Lei Complementar nº 40/81. Esta última lei, inclusive,

foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como se lei ordinária fosse, daí porque foi possível a sua revogação por uma lei ordinária. Ressalte-se, contudo, que algumas matérias da Lei Complementar nº 40/81 ainda podem ter ultra-atividade, pois o art. 29, § 3º, do ADCT assegurou expressamente aos membros ingressos na Instituição antes de 1988 a opção pelo regime jurídico anterior.

Nesse trilhar, como já afirmado alhures, impende asseverar que a Lei nº 8.625/93 tem natureza de lei ordinária. De acordo com Hugo Nigro Mazzilli,

[...] invocando-se tradição legislativa de só admitir como lei complementar a que foi prevista nessa qualidade pela própria Constituição, o entendimento que acabou predominando no governo e no Congresso Nacional foi o de que deveria ser ordinária a lei que estipulasse as normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, como vinha referida no art. 61, § 1º, II, *d*, da Constituição de 1988. A análise sistemática do problema demonstra ter sido incorreto o entendimento adotado, o que deu ensejo a absurdos: a) como uma lei ordinária federal poderia fixar normas gerais para os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios, que é organizado por lei complementar federal? Ou seja, como poderia uma ‘lei ordinária’ ser de observância obrigatória para ‘lei complementar federal’ que deveria organizar o Ministério Público da União? b) como poderia uma ‘lei ordinária federal’, sem expressa autorização da Lei Maior, fixar normas gerais de observância obrigatória para o ‘constituinte estadual’ e para a ‘legislação complementar’ à Constituição estadual? Escolheu-se inadequadamente, pois, a natureza de lei ordinária para a nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (*Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 357/358).

De outro lado, a Lei nº 8.625/93 constitui uma norma que apresenta apenas e tão-somente normas gerais sobre a organização do Ministério Público dos Estados, sendo que cada Estado-membro, no exercício de sua autonomia, pode disciplinar com pormenores o respectivo órgão ministerial por meio de lei complementar estadual (art. 2º da lei). No caso particular do Estado de Minas Gerais, a lei que regulamenta o *Parquet* mineiro é a Lei Complementar nº 34/94.

Além disso, nos termos do seu art. 80, a Lei nº 8.625/93 determina a aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados das normas previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União, que é a Lei Complementar nº 75/93.

Essa aplicação subsidiária é de extrema importância, pois a Lei nº 8.625/93, por estipular apenas normas gerais (art. 61, § 1º, II, “d”, CF), a serem integradas pelas leis orgânicas estaduais, é

omissa em determinadas matérias, enquanto que a Lei Complementar nº 75/93, por não necessitar ser complementada por nenhuma outra legislação, é extensa e trata expressamente de temas não contemplados naquele diploma legal.

Mas é preciso muita cautela nessa aplicação subsidiária, para que a Lei Complementar nº 75/93 não acabe substituindo a Lei nº 8.625/93. Por isso, entende-se que apenas é possível tal aplicação nas questões relacionadas à atuação funcional propriamente dita, o que envolve, por exemplo, as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público, os instrumentos de sua atuação etc.

Não obstante os eventuais equívocos cometidos pela Lei nº 8.625/93, alguns deles mencionados de passagem acima, certo é que esse diploma legal traz inúmeros avanços para a instituição.

Assim, por exemplo, o detalhamento da autonomia funcional, administrativa e financeira realizado pelos artigos 3º e 4º; a definição dos órgãos de execução (art. 7º) e dos órgãos auxiliares (art. 8º) do Ministério Público; a delimitação das funções dos órgãos de administração, a saber, da Procuradoria-Geral de Justiça (artigos 9º a 11), do Colégio de Procuradores de Justiça (artigos 12 e 13); do Conselho Superior do Ministério Público (artigos 14 e 15), da Corregedoria-Geral do Ministério Público (artigos 16 a 18); das Procuradorias de Justiça (artigos 19 a 22) e das Promotorias de Justiça (artigos 23 e 24); a disciplina das funções dos órgãos de execução, quais sejam, o Procurador-Geral de Justiça (art. 29), o Conselho Superior do Ministério Público (art. 30), os Procuradores de Justiça (art. 31) e os Promotores de Justiça (art. 32); a discriminação das funções dos órgãos de execução, sendo eles, os Centros de Apoio Operacional (art. 33), a Comissão de Concurso (art. 34), o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (art. 35), os órgãos de apoio administrativo (art. 36) e os estagiários (art. 37).

Sobreleva destacar ainda o fato de que o diploma legal em questão consagra no seu art. 38 importantes garantias, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos vencimentos, fundamentais para um independente exercício das funções ministeriais.

Em complemento, os artigos 40 a 42 da lei elencam relevantes prerrogativas dos membros do Ministério Público, as quais não são propriamente atributos destinados à pessoa do agente ministerial, mas sim uma proteção ao cargo e ao exercício profícuo das suas funções a fim de viabilizar a independência funcional daqueles membros.

Nesse cenário, registre-se que as “garantias” indicadas no art. 38 não se confundem com as “prerrogativas” insculpidas nos artigos 40 a 42: enquanto aquelas dizem respeito ao membro do Ministério Público, estas referem-se ao cargo e à função exercida pelo mesmo, ambas irrenunciáveis.

Conveniente também que a lei esclareça e delimite os deveres e as vedações dos membros do Ministério Público, o que é feito com detalhes, respectivamente, nos artigos 43 e 44.

Nos artigos 45 a 58, são apresentados os vencimentos, vantagens e direitos dos membros do *Parquet*. Na sequência, é desenhada a carreira do Ministério Público (artigos 59 a 68), desde o concurso público para o seu ingresso, passando pelo estágio probatório, até as remoções e promoções por antiguidade ou merecimento, este último critério, como é cediço, na prática, tendendo cada vez mais a se configurar de forma objetiva.

Dentre as disposições finais e transitórias (artigos 69 a 84), merece destaque a previsão contida no art. 82 de fixação do dia 14 de dezembro como Dia Nacional do Ministério Público. A título de curiosidade, esclareça-se o motivo da escolha desta data: a antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Complementar nº 40/81, estipulava, no seu art. 61, que o dia da sanção dessa lei seria tratado com Dia Nacional do Ministério Público, o que veio a ocorrer em 14 de dezembro de 1981; como tal diploma legal é reconhecido como um verdadeiro marco na história da Instituição, preferiu-se conservar a tradição.

Não obstante, como a Lei nº 8.625/93 possui apenas normas gerais, a serem complementadas pelas leis orgânicas estaduais, é possível que cada Estado escolha a data que entenda mais interessante para os festejos. No caso particular do Estado de Minas Gerais, elegeu-se o dia 11 de setembro como Dia do Ministério Público mineiro.

Aliás, atendo-se agora à situação do *Parquet* de Minas Gerais, é de se destacar que a sua lei orgânica estadual, Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, traz disposições extremamente relevantes, que marcam o perfil da instituição e interferem na atuação prática dos seus membros, a saber: apenas os Procuradores de Justiça com no mínimo dez anos de carreira podem candidatar-se ao cargo de Procurador-Geral de Justiça, em votação que contará com a participação de toda a classe (art. 5º, §§ 1º e 2º); o substituto do Procurador-Geral de Justiça, nos casos de afastamentos, ausências e impedimentos temporários, será o Procurador-Geral de Justiça adjunto, sendo certo, porém, que, nos casos de suspeição e de vacância do cargo nos últimos 6 (seis) meses do mandato, a substituição será feita pelo membro mais antigo, o decano (art. 9º, § 2º); o Colégio de Procuradores possui um órgão especial, denominado Câmara de Procuradores, formado por 10 (dez) Procuradores de Justiça mais antigos e 10 (dez) integrantes eleitos pelos Procuradores de Justiça, além do Procurador-Geral e do Corregedor-Geral, membros natos, para mandato de 2 (dois) anos (art. 23); o Conselho Superior é composto pelo Procurador-Geral de

Justiça, seu presidente, pelo Corregedor-Geral e por 10 (dez) Procuradores de Justiça, escolhidos por todos os membros da carreira, para mandato de 1 (um) ano, não admitida a recondução, salvo se suplente, com exercício inferior a 6 (seis) meses (artigos 27 e 28); o Corregedor-Geral é eleito pelos Procuradores de Justiça, sendo assessorado por Subcorregedores-Gerais, que não se afastam das suas atribuições usuais, salvo durante inspeções e correções (art. 42, parágrafo único).

Voltando-se a mirar as atenções para a Lei nº 8.625/93, impende registrar a sua importância para a experiência profissional prática do cotidiano dos membros do Ministério Público, no sentido de que ela funciona como base legal de sustentação de diversos institutos utilizados na atuação extrajurisdicional e jurisdicional dos mesmos (art. 23, § 1º, da LONMP), como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual (art. 25, inciso I); a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios (art. 25, inciso II); a ação penal pública (art. 25, inciso III); o inquérito civil, os procedimentos administrativos e a ação civil pública (artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I); a intervenção apenas em feitos que demandem a sua participação, o que denota a ideia de racionalização das suas funções (artigos 25, inciso V, e 26, inciso VIII); a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes, ou pessoas portadoras de deficiência (art. 25, inciso VI); a ação de improbidade administrativa em defesa do patrimônio público (art. 25, inciso VIII); os recursos perante o STF e o STJ (art. 25, inciso IX), os quais, no entanto, devem ser oferecidos por Procuradores de Justiça (art. 31); a requisição para instauração de investigações criminais (art. 26, inciso IV), o que, por força da teoria dos poderes implícitos e com fundamento na Resolução nº 13/06 do CNMP, implica a possibilidade de presidência de investigação criminal pelo próprio órgão de execução ministerial; a recomendação ministerial (art. 26, inciso VII); as audiências públicas (art. 27, parágrafo único, inciso IV); o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes (art. 32, inciso I).

Ademais, no exercício de todas essas funções, o agente ministerial poderá expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei (art. 26, inciso I, alínea "a"); requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 26, inciso I, alínea "b"); promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades anteriormente referidos (art. 26, inciso I, alínea "c"); requisitar diretamente informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que ofício, mesmo aqueles de caráter sigiloso, envolvendo dados bancários e fiscais. Afinal de contas, o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo (artigo 26, inciso II e § 2º).

Relembre-se, porém, que as notificações e requisições acima mencionadas, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça (art. 26, § 1º).

Não se pode esquecer ainda que o diploma legal em referência consagra princípios da mais alta relevância para a atuação dos Promotores e Procuradores de Justiça, notadamente o princípio do promotor natural (art. 24).

Em suma, este é, em linhas gerais, o perfil da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instrumento normativo que, em essência, visa estruturar adequadamente a instituição e valorizar os seus membros para que as funções constitucionais atribuídas ao Ministério Público, agente de transformação social no Estado Democrático de Direito, possam ser realizadas com a máxima eficiência possível.

2.1 - SUGESTÃO DE LEITURA

Para um estudo mais aprofundado deste marcante diploma legal, sugere-se a leitura das seguintes obras:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público**: lei nº 8.625/93. Salvador: JusPODIVM, 2009.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

3 - ESTRUTURA DA LEI ORGÂNICA ESTADUAL (LEI COMPLEMENTAR Nº 34/94): ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Promotor de Justiça Glauber Sérgio Tatagiba do Carmo

Só é possível à concretização ou materialização de uma instituição se houver dispositivo infraconstitucional que regulamente sua existência e seu funcionamento. Apesar de a nossa Constituição Federal dispor que o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é imprescindível existir dispositivo legal que dê vida a essa Instituição.

O Ministério Público, que teve como momento marcante de fortalecimento a legitimação para a proposição da ação civil pública em defesa de direitos difusos e coletivos, consagrou-se com o advento da Constituição Federal de 1988, o qual reconheceu a sua independência em dois momentos distintos: ao tratá-lo em capítulo à parte e ao prescrever que é sua função institucional “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [...]” (art. 129, II), esclarecendo que o Ministério Público não é órgão de nenhum dos três Poderes públicos, mas sim órgão do Estado e da Sociedade.

Como bem observou Vianna Lopes²⁰, com a independência e autonomia do Ministério Público romperam-se definitivamente seus laços institucionais de subordinação com os poderes constituídos, produzindo dois efeitos importantíssimos para a Instituição: o seu fortalecimento, em face de pressões de natureza política e econômica, e a imprescindibilidade da busca de legitimidade na sociedade, como fundamento de sua existência institucional. Com a independência institucional, a legitimidade²¹ deixou de ser dada, tornando-se necessário construí-la.

A construção dessa legitimidade passa necessariamente pela existência de um corpo normativo que dará vida à Instituição. Esta foi a finalidade da Lei federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), e dispôs sobre normas gerais para a sua organização. *O DNA da Instituição* está justamente na lei que determina sua existência e seu funcionamento. Assim, a lei federal, apesar de editada pela União, não só dispôs sobre o Ministério Público Federal, mas também estabeleceu normas básicas estruturais e funcionais as quais deveriam ser obedecidas pelos legisladores estaduais na organização dos Ministérios Públicos estaduais.

²⁰ LOPES, Júlio Aurélio Viana. **Democracia e cidadania: O novo Ministério Público brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 203.

²¹ A legitimidade tratada aqui é aquela correspondente a legalidade acrescida de sua valoração, exercida em conformidade com crenças, valores e princípios ideológicos contidos em determinado regime político, no nosso caso, o democrático.

Com base no princípio da autonomia dos entes federativos, as normas gerais devem se limitar em delinear apenas princípios básicos e diretrizes que orientarão a regulamentação da Instituição no âmbito estadual, sem adentrar em pormenores ou regular exaustivamente matérias a ponto de aniquilar a iniciativa dos Estados.

Embora o art. 61, § 1º, II, “d”, da Constituição Federal disponha que são de iniciativa privativa do Presidente da República lei sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, o art. 24 prescreve que a União se limitará a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados. Destarte, não havendo normas gerais sobre determinado ponto, caberá aos Estados o exercício pleno dessa competência, legislando sobre normas gerais de matérias não discriminadas na LONMP, que permaneceram eficazes até posterior regulamentação por norma de âmbito nacional.

Além da iniciativa do Presidente da República, o art. 128, § 5º, da CF/88 prevê a iniciativa concorrente do Procurador-Geral da República para a proposição de lei complementar e, nos Estados dos Procuradores-Gerais também para a edição de leis complementares a fim de estabelecer “a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros”.

Na esfera federal, tal dispositivo veio em desencontro com o disposto no art. 61, § 1º, II, “d”, da CF/88, o qual prevê a existência de lei ordinária dispoendo sobre organização do Ministério Público da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Recentemente o problema foi enfrentado, pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 262.178-DF, no qual o relator Ministro Sepúlveda Pertence explicitou que:

Nem convence a réplica, com vistas ao problema específico da organização do Ministério Público local, de que uma lei ordinária federal não se poderia impor à observância da Constituição e da lei complementar estaduais: ao contrário do aforismo de Bryce, divulgado entre nós por Rui, a questão da prevalência entre normas infraconstitucionais emanadas da União e o direito estadual não se resolve por critérios de hierarquia, mas sim de competência (v.g., Victor Nunes, Leis Federais e Leis Estaduais, em Problemas, cit., I/109, 125; Gonçalves de Oliveira, Hierarquia das Leis e Competência Legislativa da União e dos Estados, ArgMJ 3/42): portanto, se a matéria é da competência legislativa da União, o princípio federativo não obsta a que, no trato dela, a lei federal ordinária se imponha a leis complementares ou à própria Constituição dos Estados²².

²² RE 262.178-DF. Acórdão publicado no DJU de 24/11/2000.

Com base nas normas gerais estatuídas pela LONMP, o legislador estadual promulgou a nossa Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, pormenorizando a existência e o funcionamento do Ministério Público no Estado de Minas Gerais. O detalhamento fica claro ao cotejarmos as duas leis: enquanto a Lei Federal contém 84 artigos, a Lei Estadual inclui 282.

A Lei Orgânica Estadual do Ministério Público foi alterada pelas Leis Complementares nº 61, de 12 de julho de 2001; nº 66, de 22 de janeiro de 2003; nº 80, de 9 de agosto de 2004, e, recentemente, pela Lei nº 99, de 14 de agosto de 2007.

A Lei Complementar nº 61/01 trouxe profundas alterações à Lei Orgânica: aumentou as funções passíveis de delegação do Procurador-Geral de Justiça; diminuiu o número de membro do Conselho Superior do Ministério Público, de 10 para 9; deu nova denominação às promotorias de Justiça, sobretudo as do Cidadão; tratou da adequação da carreira à nova classificação das entrâncias, com a supressão da intermediária; criou novas promotorias; criou a Secretaria das Promotorias de Justiça; tornou dever a integração de escala de plantão em finais de semana e feriados; legalizou a indenização pelas férias não gozadas e a remoção para outra comarca com o interstício de menos de ano e criou, na estrutura do Ministério Público, o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - Procon-MG.

A Lei Complementar nº 66, de 22 de janeiro de 2003, criou o Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (FEPDC), e deu nova estrutura à Procuradoria-Geral Adjunta, subdividindo-a em Jurídica, Administrativa e Institucional.

Já a Lei Complementar nº 80/2004 dispôs sobre o Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (FUNEMP), e o procedimento administrativo investigatório, vinculando sua regulamentação a ato do Procurador-Geral de Justiça.

A LC nº 94/07, em obediência ao disposto no art. 130-A, § 5º, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, criou a Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, órgão autônomo dentro da estrutura institucional, com o objetivo de [...] contribuir para elevar continuamente os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades dos membros, órgãos e serviços auxiliares do Ministério Público. O Órgão sem relação hierárquica dentro da estrutura administrativa, foi regulamentado pela Resolução nº 27, de 5 de abril de 2008, da Procuradoria-Geral de Justiça.

Por derradeiro, a nefasta LC nº 99, de 14 de agosto de 2007, produzida ao largo dos interesses institucionais, pois o projeto enviado pelo Procurador-Geral de Justiça tratava exclusivamente da gratificação por cumulação de atribuições e indenização

por plantões além de algumas reformulações nas promotorias, e posteriormente, após mais de setenta emendas parlamentares, foi aprovada, alterando profundamente a Lei Complementar nº 34/94.

Dentre as alterações inseridas indevidamente, estão algumas que macularam de forma absoluta as garantias e os princípios basilares da Instituição, como a previsão da alternância obrigatória no exercício das promotorias cíveis e do cidadão; a imposição do pagamento de despesas processuais nas causas em que o MP for vencido; a restrição da fiscalização a entidades públicas e a determinação do afastamento imediato do membro da Instituição que não portasse cópia da publicação, no órgão oficial do Estado, da portaria de abertura de inquéritos civis ou procedimento investigatório.

Por ter a Constituição Federal atribuído ao Procurador-Geral de Justiça a iniciativa de propor projetos de lei complementar que verse sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público estadual (art. 128, § 5º, da CF/88), garantia básica da independência institucional, e por não guardar as emendas apresentadas pertinência temática ao projeto original, os efeitos da LC nº 99/07 foram suspensos em liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na cautelar deferida em 12 de setembro de 1997, na ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar (Adin nº 3.946-6) ajuizada pelo Procurador-Geral da República²³.

Apesar de técnica e consoante os cânones legais, a decisão da Suprema Corte também exprime a importância da lei organizadora do Ministério Público como estrutura básica legitimadora da Instituição e expressão maior do legislador constituinte na garantia da independência e autonomia do Ministério Público.

É lógico que a legitimação da atividade do Ministério Público e a manutenção de suas atribuições dependerão diretamente do sucesso de sua práxis e da capacidade em empreender suas metas. Essa legitimidade estará a cargo do próprio procedimento político e jurídico que a Instituição tomar²⁴, tanto na sua regulamentação interna, quanto no exercício de suas funções finalísticas.

²³ A ementa possui o seguinte teor: *PROJETO - INICIATIVA - EMENDAS - MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL. Surge a relevância da matéria veiculada e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo questionado quando encerre alteração substancial, mediante emenda parlamentar, de projeto reservado a certa iniciativa. PROJETO - MINISTÉRIO PÚBLICO - EMENDA. Mostra-se relevante pedido de suspensão de eficácia de diploma legal quando notada modificação substancial do projeto inicialmente encaminhado pelo Procurador-Geral de Justiça, a implicar, até mesmo, aumento de despesa.*

²⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: FERRAZ, A. A. M. de C. (Coord.). **Ministério Público: Instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 36-63.

É grande hoje a preocupação com o futuro da instituição e o enxugamento de suas inúmeras atribuições, canalizando seus esforços para uma finalidade comum, abandonando, mormente, intervenções em prol de interesses privados e individuais. Com essa mesma preocupação, João Lopes Guimarães Júnior escreveu que:

O formato do Ministério Público não é determinado por nenhuma estratégia definida. Vivemos o *Laissez faire*, dormindo em berço esplêndido. A falta de definição de um formato ideal para a instituição, eleito a partir da consciência de seu papel político e do acompanhamento das mudanças na sociedade, poderá comprometer sua importância nos próximos anos ²⁵.

Entretanto, a preocupação com um formato básico da Instituição inspirou o legislador na estruturação da nossa lei orgânica, que, de forma didática, pode ser dividida nos seguintes tópicos: a) Órgãos da Administração; b) Órgãos de Execução; c) Órgãos Auxiliares; d) Garantias e Prerrogativas; e) Deveres e Vedações; f) Vencimentos e Vantagens; g) Carreira; h) Regime e Processo Disciplinar, todos devidamente dissecados no presente manual.

Desses tópicos, o único que não consta da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) é o relativo ao regime e processo disciplinar. Isso porque o legislador federal tratou apenas dos casos de perda do cargo para os membros vitalícios, deixando para as leis estaduais as demais questões disciplinares.

A lei orgânica estadual, seguindo as diretrizes da LONMP, tem como princípio básico o controle e a divisão das decisões *interna corporis*, mesmo as concernentes a carreira ou a membro da instituição, dificilmente são ultimadas por uma só pessoa ou por um só órgão. Talvez este sistema, como num processo dialético, tenha pretendido superar a subserviência ou dependência existente outrora, quando não existia *certa liberdade institucional*.

Ainda quanto ao controle das decisões *interna corporis*, interessante observarmos que o art. 10, XI, da LONMP dispôs ser tarefa do Procurador-Geral de Justiça “decidir processo disciplinar contra membro do Ministério Público, aplicando as sanções cabíveis”, deixando para as leis estaduais estabelecerem as sanções a serem aplicadas pelo Corregedor-Geral, ao prescrever que a CGMP, além de instaurar e presidir os procedimentos administrativos, poderá aplicar “[...] as sanções administrativas cabíveis, na forma da Lei Orgânica” (art. 17, V, da LONMP). Caso silencie a respeito, caberá apenas ao PGJ aplicar sanções disciplinares.

Apesar das severas críticas sobre a possibilidade de o Corregedor aplicar sanções disciplinares²⁶, a nossa lei orgânica optou por um sistema misto, dispondo que a única sanção aplicada pelo Corregedor será a advertência. A censura será aplicada pelo Procurador-Geral, enquanto a remoção e a disponibilidade compulsória pelo Conselho Superior do Ministério Público (por voto de 2/3 de seus membros), assim como a exoneração (determinada pelo Procurador-Geral, após decisão da maioria absoluta do Conselho Superior do Ministério Público).

Portanto, a CGMP não é um órgão de punição *por excelência*, mas de orientação (edição de normas) e fiscalização (inspeção e correição), conforme preceitua o art. 38 da lei orgânica estadual.

Apesar de caber ao Conselho Superior do Ministério Público a decisão no caso de infrações de maior gravidade, ainda preceitua a nossa lei orgânica a possibilidade de recurso para a Câmara de Procuradores de Justiça, que funciona como uma casa revisora de determinadas decisões de outros órgãos superiores, sobretudo do Conselho Superior e da Corregedoria, julgando recursos, *verbi gratia*, contra decisões condenatórias em processo disciplinar administrativo.

Portanto, verifica-se que uma única decisão sobre aplicação de penalidade administrativa pode passar pelo crivo de 31 membros (dez do Conselho Superior e vinte e um da Câmara de Procuradores de Justiça, em ambas as casas exclui-se da votação o Corregedor, que é membro nato e interessado direto).

Aí está um exemplo claro do controle excessivo de decisões *interna corporis*, algumas de conteúdo estritamente técnico, como as referentes a movimentação na carreira, as quais, do mesmo modo, ficam sujeitas a este controle desmedido, tendente a aniquilar certas iniciativas, sobretudo, as de caráter punitivo.

Isso possui a seguinte explicação. O Conselho Superior do Ministério Público, dentro da estrutura institucional, é um órgão relativamente novo; foi previsto pela primeira vez na Lei Orgânica Estadual nº 6.276/73, o que também ocorreu com a Corregedoria.

Ao que parece, um dos objetivos da criação do Conselho Superior, órgão eleito por todos os Promotores de Justiça, com o número de integrantes seis vezes maior que a Câmara de Procuradores, foi retirar das mãos da administração certas decisões, evitando, assim, atitudes tendenciosas e autocráticas. Pois bem, com o passar do tempo, o cargo

²⁵ GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. O Futuro do Ministério Público – O desafio da profissionalização. In: XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Recife 17 a 20 de outubro de 2000.

²⁶ “Teratologia que ainda persistiu no sistema da LONMP e da LOEMP é a de que o corregedor é o mesmo órgão que acusa, preside a instrução e, em certos casos, ainda pode até mesmo impor a pena”.(Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 175).

de Conselheiro é também utilizado, com alguma frequência, como forma de oposição à administração, por pretensos candidatos ou componentes da *oposição*, apesar das limitações impostas pela própria lei orgânica estadual (art. 29). Daí a chamada interferência *política* em determinadas decisões, facilitando o corporativismo em detrimento dos verdadeiros interesses em busca de um aprimoramento institucional.

Outra importante forma de participação popular nas decisões *interna corporis* que não foi prevista na lei orgânica estadual é a possibilidade do Colégio de Procuradores rever, mediante requerimento de legítimo interessado, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária (art. 12, XI, da LONMP).

Assim, dos três órgãos colegiados - Colégio, Câmara e Conselho, o único com atribuição de órgão de execução expressa é o Conselho Superior do Ministério Público, qual seja a de rever o arquivamento do inquérito civil (art. 70).

É sabido por todos que a partir da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público teve sua autonomia reconhecida e independência administrativa, podendo dispor de sua carreira como bem entender, de forma desvinculada do Poder Judiciário, *ex vi* do art. 129, § 4º, c/c art. 93, II, da CF/88, pois, até recentemente, pelo fato de o Ministério Público ter se desenvolvido ao lado do Poder Judiciário, ele adotava também a mesma divisão administrativa, a saber a classificação das entrâncias²⁷.

Apesar da liberdade conferida pela LONMP, a qual, ao dispor sobre a carreira, exigiu apenas que se observasse a promoção de “[...] uma para outra entrância ou categoria ou da entrância ou categoria mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça [...]” (art. 61), o nosso legislador agiu com certa prudência, evitando em pormenorizar, a divisão administrativa da carreira, como preferiram outros Estados. Entretanto, utilizou-se em inúmeras passagens, de expressões como *primeira entrância*, *entrância especial* e, ainda, *da mais elevada entrância*.

Com isso, permitiu-se certa adaptação às mudanças e aos interesses, tanto da instituição como da sociedade, mas limitada ainda a existência de *castas* internas nos moldes do Poder Judiciário, embora já não mais comungue da mesma finalidade e estrutura. Andaria melhor o legislador se estipulasse divisões administrativas próprias (classe ou categoria, por exemplo), segundo critérios mais rela-

cionados com a natureza do Ministério Público, ou ainda se delegasse à lei própria a função de especificar a divisão administrativa. Nesse diapasão, foi a conclusão do trabalho elaborado pela Associação Paulista do Ministério Público: “O crescimento do Ministério Público, a ampliação de sua legitimidade, de seus poderes de ação e, sobretudo, o perfil de agente político que lhe foi conferido reclamam outro tipo de estrutura, inteiramente diferente²⁸”.

A legitimação, enquanto justificativa do poder concedido à Instituição, deve sempre ser reconstruída e adequada às novas exigências, passando, necessariamente, pela revisão do procedimento e da regulamentação interna, com vistas a alçar o Ministério Público à couraça protetora da sociedade na garantia dos direitos a ele confiado.

²⁷ Alguns Estados já iniciaram um processo de adequação administrativa da carreira, como foi o caso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que adota um modelo diferente do Poder Judiciário.

²⁸ FERRAZ, A.A.M.C. (Coord.). **Um novo modelo de gestão para o Ministério Público**: base de uma necessária reengenharia institucional. São Paulo: APMP, 2003. p. 31.

II

Princípios, Garantias, Deveres e Atribuições



1 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DEVERES E ATRIBUIÇÕES À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida¹

“O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições”.

Paulo Bonavides²

1.1 - EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1.1 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824

A Constituição Imperial de 1824 não dispunha sobre o Ministério Público como instituição, tanto que, no capítulo reservado ao Senado (Capítulo III), previa o seu art. 48: “No Juízo dos crimes cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa, e Soberania Nacional.”

1.1.2 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1891

A primeira Constituição da República, que é a de 1891, também não tratava do Ministério Público como instituição, dispondo sobre a matéria o Título I, na Seção III, reservada ao Poder Judiciário, estabelecendo no seu art. 58, § 2º: “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.” Nas suas disposições gerais, art. 81, § 1º, previa a CF/1891: “A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador Geral da República.”

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas. Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Civil e Doutor em Direito Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Comissão de Juristas do Ministério da Justiça encarregada de elaborar o Anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública. Professor e Coordenador do Curso de Mestrado da Universidade de Itaúna. Coordenador Editorial do MPMG Jurídico. Presidente do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – DE JURE. Autor de vários livros.

² *Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo*. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al (Coord.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 350.

1.1.3 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição a dispor sobre o Ministério Público em dimensão nacional³, conferindo-lhe seção própria, porém inserida entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Título I, Capítulo VI, Seção I, arts. 95 a 98). O Ministério Público estava incluído ao lado do Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos. Dispunha o art. 95 da CF/34: “O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.” Os § 1º, § 2º e § 3º do art. 95 consagraram as primeiras garantias constitucionais do Ministério Público. Em relação aos subsídios, a equiparação aos Ministros, no plano do Ministério Público Federal e, aos Desembargadores, no plano do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, somente era estendida aos *Chefes do Ministério Público*, os quais não precisavam ser de carreira. Em relação aos demais membros nomeados mediante concurso público, dispunha o § 3º do art. 95: “Os membros do Ministério Público criado por lei federal e que sirvam nos juízos comuns serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes seja assegurada a ampla defesa.”

1.1.4 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição Federal autoritária de 1937 é apontada por Hugo Nigro Mazzilli como um severo retrocesso em relação ao Ministério Público. Somente alguns artigos esparsos do capítulo reservado ao Supremo Tribunal Federal (arts. 97 a 102) faziam menção a escolha e demissão do Procurador-Geral da República e competência para o seu julgamento.

1.1.5 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição democrática de 1946 tornou a conferir caráter nacional ao Ministério Público, disciplinando-o no Título III — *Do Ministério Público* (arts. 125 a 128). Previa o art. 125: “A lei organizará o Ministério Público da União junto à justiça comum, à militar, à eleitoral e à do trabalho.” O art. 127 inseria, no plano constitucional, várias garantias ao Ministério Público:

Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. p. 38.

processo administrativo em que lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

Entretanto, a chefia do Ministério Público continuava a ser um cargo de livre nomeação do Chefe do Executivo.

1.1.6 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1964

A CF/1967, promulgada sob o golpe militar de 1964, inseria o Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário (art. 137 a 139), contudo manteve, em geral, as garantias do Ministério Público conferidas pelas Constituições de 1934 e 1946. Previa o art. 137: “A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais.” O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.

1.1.7 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1969

A Carta Constitucional de 1969 inseria o Ministério Público no Capítulo do Executivo, mantendo, em linhas gerais, as garantias e as atribuições anteriores, aumentando, porém, as atribuições do Procurador-Geral da República. O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.

1.1.8 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EMENDA Nº 7/77

A previsão de criação de Lei Complementar para o estabelecimento de normas gerais a serem seguidas pelo Ministério Público Estadual representou um avanço decorrente da Emenda Constitucional nº 7 de 1977⁴.

1.1.9 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A CONSAGRAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Foi, entretanto, somente com a CF/88 que o Ministério Público se consagrou como uma instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Ele foi inserido na Magna Carta de 1988, no Título IV - *Da Organização dos Poderes* porém em capítulo separado dos demais Poderes do Estado, intitulado *Das Funções Essenciais à Justiça*, dentro do qual lhe é deferida uma seção própria (art. 127 usque art. 130 da CF/88).

O perfil constitucional do Ministério Público está estabelecido no art. 127, *caput*, da Constituição,

que o define como “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” O art. 129 da CF/88 confirma o perfil social e democrático da Instituição, pelo rol das atribuições conferidas a ela.

Com a CF/88, o Ministério Público passou a ser instituição permanente, de caráter nacional, una, indivisível, instituída para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses fundamentais da sociedade. Assim, se o Ministério Público é defensor do regime democrático e, se a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Todas as diretrizes do Estado Democrático de Direito, tais como a priorização da tutela jurídica preventiva, a tutela jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, a transformação da realidade social, entre outras, são os legítimos parâmetros que delineiam o Ministério Público no contexto constitucional atual⁵.

Foi realmente a partir da CF/88 que a instituição Ministério Público passou a ser legítima defensora dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, direitos esses protegidos constitucionalmente como cláusulas pétreas.

1.1.10 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público, inserindo na CF/88 o art. 130-A, sendo que suas atribuições e compromissos constitucionais devem ter como parâmetros o Ministério Público e suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas pétreas.

Embora muitas das mudanças impingidas à Instituição Ministerial tenham sido descritas no capítulo da Constituição que trata do Poder Judiciário, essas inovações também se aplicam, em regra, no âmbito do Ministério Público, tendo em vista a cláusula constitucional de reciprocidade e simetria expressamente prevista entre essas duas importantes instituições no § 4º do art. 129 da Lei Fundamental.

As mais importantes mudanças ou readequações do modelo estrutural ministerial constantes nessa emenda foram: 1) vedação do exercício de atividade político-partidária, tendo em vista a incompatibilidade entre essas duas funções e como forma de prestigiar uma atuação mais centralizada do membro do Ministério Público nas suas atribuições

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro** - um novo ramo do direito processual. p. 506/508.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. p. 39.

constitucionalmente previstas; 2) distribuição imediata de processos, privilegiando o acesso à justiça como garantia constitucional; 3) proibição do exercício da advocacia por três anos no juízo onde exerceu o seu mister, contados do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração, como forma de se evitar qualquer forma de discriminação ou favorecimentos ilegítimos ou não tolerados pela lei; 4) criação do Conselho Nacional do Ministério Público⁶, órgão responsável por zelar pela autonomia administrativa e financeira da instituição, além de instância revisora dos processos disciplinares instaurados contra membros do Ministério Público e de órgão com atribuição originária para receber reclamações contra órgãos e membros do Ministério Público; 5) criação do sistema de súmula vinculante, com o objetivo de racionalizar o acesso à Justiça, em cujos procedimentos de criação, alteração ou cancelamento deverá constar obrigatoriamente a participação fundamentada do Ministério Público brasileiro, aí representado pela figura do Procurador-Geral da República; 6) criação de ouvidorias do Ministério Público nos âmbitos estadual e federal, o que denota a nítida preocupação em trazer a população para dentro da Instituição; 7) novo formato ao concurso de ingresso na carreira do Ministério Público, o qual visará à seleção de candidatos mais experientes e mais preparados, haja vista a previsão da exigência de atividade jurídica para a inscrição no certame e de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e vitaliciamento dos membros do Ministério Público; 8) proibição de férias coletivas, possibilitando uma atividade jurisdicional ininterrupta, o que também prestigia a dimensão fundamental do acesso à Justiça; 9) obrigatoriedade de o membro do Ministério Público residir na comarca em que atua, salvo por autorização do Chefe da Instituição⁷, como forma de deixar, com o desempenho de suas atribuições, o órgão ministerial mais próximo da população diretamente atendida.

⁶Sobre o poder normativo primário do Conselho Nacional do Ministério Público, vale a pena conferir o excelente trabalho de Emerson Garcia intitulado de *Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco*. In: **MPMG Jurídico** – Boletim Jurídico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 4 ed., fev./mar. de 2006, p.10/14.

⁷No texto constitucional anterior, não havia a possibilidade de o Chefe da Instituição autorizar o membro do Ministério Público a residir fora da comarca. Nesse sentido, para disciplinar a matéria nesse particular, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público veio regulamentar, com a Resolução nº 26, de 17 de dezembro de 2007, a forma pela qual o Procurador-Geral poderá conceder tal autorização, em caráter excepcional e por meio de ato devidamente motivado, desde que o membro, já vitaliciado, esteja regularmente em dia com o seu serviço. Não obstante, dispõe o art. 4º do citado ato normativo: “Art. 4º. A autorização é de caráter precário, podendo ser revogada a qualquer momento por ato do Procurador-Geral, quando se tornar prejudicial à adequada representação da Instituição ou pela ocorrência de falta funcional por parte do membro do Ministério Público.”

1.2 - O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SUA NOVA NATUREZA INSTITUCIONAL

O Ministério Público está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no Título IV — *Da Organização dos Poderes* —; porém, em seção própria (arts. 127 a 130 da CF/88), dentro do capítulo *Das Funções Essenciais à Justiça*. Está, portanto, separado dos demais Poderes do Estado.

O perfil constitucional do Ministério Público está estabelecido pelo art. 127, *caput*, da Constituição, que o define como “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. É, portanto, instituição permanente e, em assim sendo, é cláusula pétrea, instituída para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses fundamentais da sociedade, individuais indisponíveis e sociais.

No Direito Comparado, diferentemente do que acontece no Brasil atualmente, a melhor doutrina não vê no Ministério Público um legítimo e seguro defensor dos interesses e direitos massificados e aponta como óbices a *falta de independência* e de *especialização dessa Instituição* e, como consequência, as *ingerências políticas espúrias*. Todavia, o próprio Mauro Cappelletti, como crítico da outorga dessa espécie de atribuição ao Ministério Público, já ressaltou que esses obstáculos não se apresentam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que a sua independência foi assegurada pela Constituição de 1988.

Após o advento da Constituição de 1988, que representa a maior conquista do Ministério Público brasileiro, outras leis vieram no sentido de possibilitar a efetividade das tarefas constitucionais da Instituição, explicitando suas atribuições e legitimando-a expressamente para a atuação na tutela, especialmente, das pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei nº 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89), da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90), do consumidor (Lei nº 8.078/90), do patrimônio público (Lei nº 8.429/92 e Lei 8.625/93), da ordem econômica e da livre concorrência (Lei nº 8.884/94), do idoso (Lei nº 10.741/03) etc.

Como escreve Antônio Alberto Machado, a evolução histórica permite observar a *vocação democrática* do Ministério Público⁸, o qual hoje, com o

⁸Escreve ainda Antônio Alberto Machado: “[...] a instituição do Ministério Público parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua *ratio*; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibiaza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário”. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. Belo

papel que lhe é reservado pela Constituição, é instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Há quem sustente que o Ministério Público estaria atrelado ao Poder Legislativo, a este incumbida a elaboração da lei e ao Ministério Público, a fiscalização do seu fiel cumprimento. Há quem defenda que a atividade do Ministério Público é eminentemente jurisdicional, razão pela qual estaria ele atrelado ao Poder Judiciário. E há, ainda, quem afirme que a função do Ministério Público é administrativa, pois ele atua com o fim de promover a execução das leis e estaria atrelado ao Poder Executivo⁹.

Nenhuma dessas concepções encontra respaldo perante o Texto Constitucional de 1988 que, além de ampliar muito o campo de atribuição do Ministério Público, conferiu-lhe *autonomia administrativa e funcional* (art. 127, § 2º, da CF/88), colocou-o em capítulo separado dos outros Poderes do Estado, traçou os seus princípios institucionais (art. 127, § 1º, da CF/88) e, ainda, conferiu garantias funcionais aos seus órgãos de execução para o exercício independente do mister constitucional (art. 127, § 5º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”).

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da *sociedade política*, como órgão repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade¹⁰. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a *social*, que se originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a *sociedade* no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a *política*, que foi surgindo com a vocação da Instituição para a defesa da *democracia* e das *instituições democráticas*. A terceira seria a *jurídica*, que se efetivou com a Constituição de 1988, que concedeu ao Órgão autogestão administrativa e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.

Em verdade, o deslocamento do Ministério Público da *sociedade política* para a *sociedade civil* é muito mais *funcional* que *administrativo* pois, administrativamente, o Ministério Público ainda permanece com estrutura de instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e ven-

Horizonte: Del Rey, 2000. p. 140.

⁹ Sobre a polêmica, consultar Hugo Nigro Mazzilli. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 19-20.

¹⁰ É o entendimento de Marcelo Pedrosa Goulart (In: **Ministério público e democracia** - teoria e práxis, p. 96) e de Antônio Alberto Machado (**Ministério público**: democracia e ensino jurídico. p. 141-142).

cimentos advindos do Estado, o que é fundamental para que ele tenha condições de exercer o seu papel constitucional em pé de igualdade com os Poderes estatais por ele fiscalizados.

Escreve Marcelo Pedrosa Goulart:

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do ‘processo democrático’, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do ‘projeto democrático’¹¹.

1.3 - OS DOIS MODELOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: O DEMANDISTA E O RESOLUTIVO

Dentro deste novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedrosa Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O Ministério Público *demandista*, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados¹². O Ministério Público *resolutivo* é o que atua no plano extrajurisdicional, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Marcelo Goulart ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público *resolutivo*, levando-se às últimas conseqüências o *princípio da autonomia funcional* com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados¹³. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, as audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo.

Portanto, nesse contexto, a atuação extrajurisdicional da Instituição é fundamental para a proteção e a efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na

¹¹ **Ministério público e democracia** - teoria e práxis, p. 96. No mesmo sentido, Antônio Alberto Machado, **Ministério público**: democracia e ensino jurídico, p. 141-142.

¹² *Op. cit.* nota anterior, p. 119-123.

¹³ *Op. cit.* notas anteriores, p. 120-121.

forma e no rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade.

Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve:

[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global –, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da ‘sociedade civil planetária’; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)¹⁴.

O Ministério Público *resolutivo*, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais¹⁵.

1.4 - O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO *CUSTOS LEGIS* PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO *CUSTOS SOCIETATIS (CUSTOS JURIS)*

Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assume agora, pelas razões já expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel

¹⁴ *Op. cit.* notas anteriores, p. 121-122.

¹⁵ Mais uma vez colhem-se as lições de Goulart: “Do ângulo político, só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico”. *Op. cit.* notas anteriores, p. 98.

de guardião do próprio direito (*custos juris*), conforme ensinamento de Cláudio Souto ¹⁶.

É dentro dessa concepção de *custos societatis* e *custos juris* que o Ministério Público, no seu papel demandista, é hoje o *principal legitimado ativo* no plano das ações coletivas.

Essa hegemonia da Instituição, como legitimada ativa para a defesa dos interesses massificados, decorre certamente de dois fatores básicos. O primeiro está fundamentado no seu próprio perfil constitucional como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais* (art. 127, *caput*, da CF/88). O outro fator decorre do próprio exercício prático de suas atribuições constitucionais.

Gustavo Tepedino ressalta esse novo papel outorgado pelo Constituinte de 1988 ao Ministério Público, alçado como o principal agente de promoção dos valores e dos direitos indisponíveis, o que lhe conferiu, nas palavras do autor mencionado, *função promocional*, especificada no art. 129 da CF/88¹⁷.

Assim, é hoje público e notório que o Ministério Público é a instituição que mais tem atuado para a defesa dos interesses e direitos massificados, seja no campo extrajurisdicional, seja no jurisdicional, especialmente por intermédio do inquérito civil e do ajuizamento de ações civis públicas. Antônio Augusto de Camargo Ferraz faz essa observação ao afirmar que mais de 90% dos casos de atuação jurisdicional na defesa dos interesses massificados no País decorrem da iniciativa do Ministério Público, o que para o autor é motivo de preocupação com essa tímida atuação dos demais legitimados ativos, já que tal situação é efeito da *fragilidade de nossa democracia* ¹⁸.

Apesar de todos esses avanços e conquistas da Instituição, entendemos que é o momento de o Ministério Público passar por mais uma mudança de paradigma para cumprir com mais eficiência e legitimidade o seu compromisso de defensor do regime democrático.

1.5 - MINISTÉRIO PÚBLICO E A NOVA *SUMMA DIVISIO*

A *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio*

¹⁶ **O tempo do direito alternativo** – uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997. p. 84-87.

¹⁷ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 300.

¹⁸ Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: **Ação civil pública**. Lei nº 7.347/85 - 15 anos. Obra conjunta, coord. Édís Milaré. São Paulo: RT, 2001. p. 64.

constitucionalizada no País é *Direito Coletivo e Direito Individual*. O texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais —, sobre os *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*¹⁹.

Para o novo constitucionalismo democrático, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular. A partir dessas premissas, no contexto do sistema jurídico brasileiro, a dicotomia Direito Público e Direito Privado não mais se sustenta. Outros argumentos de fundamentação, tanto no viés constitucional quanto no aspecto teórico, dão embasamento a essa assertiva.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do Direito Coletivo brasileiro, não sustentamos a sua interpretação na condição de novo ramo do Direito; como não entendemos que o Direito Individual, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no País, seja outro ramo do Direito. Na verdade, o Direito Coletivo e o Direito Individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No Direito Coletivo existem ramos do Direito, tais como o Direito do Ambiente, o Direito Coletivo do Trabalho, o Direito Processual Coletivo e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de *Direito Público*, que estaria dentro do Direito Coletivo, existindo, contudo, exceções. Da mesma forma, no Direito Individual há vários ramos do Direito, como o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Individual do Trabalho, o Direito Comercial etc.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), está inserido na sociedade²⁰, regido pela Constituição, com a função de proteção e de efetivação tanto do Direito Coletivo quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo²¹. Com isso, conclui-se que existem

¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁰ No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, ZIPPELIUS, Reinhold: “A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão de um soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à noção de que o Estado constituía uma realidade autônoma em face à sociedade”. **Teoria geral do Estado**, p. 158.

²¹ ZIPPELEUS, Reinhold: “[...] no processo de formação da vontade estadual cada indivíduo surge, perante os

dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de *Direito Público* também no Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil, de concepção individualista²².

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, o Direito Constitucional está acima, no topo da nova *summa divisio* constitucionalizada. O Direito Constitucional representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

Ademais, a visão atual em torno do acesso à Justiça e da efetividade dos direitos, atrelada ao plano da titularidade, confirma a nova *summa divisio* adotada na CF/88. A titularidade e a proteção estarão sempre relacionadas a direito individual ou a direito coletivo amplamente considerado²³.

O Ministério Público atua na defesa da Constituição e dos dois planos da nova *summa divisio*. Além de guardião da Constituição, na sua condição de Lei Fundamental da ordem jurídica, a Instituição Ministerial atua na defesa de todos os direitos coletivos em geral, bem como na defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, e art. 129, III, da CF/88).

A partir da nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil, especialmente em razão da inserção dos direitos coletivos no plano dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), é que poderemos desenvolver e sedimentar um constitucionalismo brasileiro que sirva de modelo para outros países²⁴.

outros, na posição de igual e livre. Mas a orientação do Estado não tem de ser marcada pelo egoísmo dos interesses particulares que domina a vida social, mas em vez disso — deve-se concluir — pelo justo equilíbrio daqueles interesses”. Teoria geral do Estado, p. 159.

²² É inquestionável que a Constituição contém tanto normas de *Direito Público* quanto de *Direito Privado* e, assim, não é tecnicamente nem metodologicamente adequado o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, conforme o faz a *summa divisio* clássica.

²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

1.6 - ALGUNS ASPECTOS DAS ATRIBUIÇÕES E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A CF/88 valorizou o Ministério Público, suas atribuições e garantias constitucionais, da mesma forma que valorizou os direitos constitucionais fundamentais arrolados no seu Título II, com especial destaque para o Capítulo I. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no art. 129. A leitura do art. 129 deve estar atrelada à do art. 127, que é a cláusula-mãe do Ministério Público, sendo que a leitura do art. 127, por sua vez, está atrelada à do art. 1º da CF, que estatui o Estado Democrático de Direito.

A vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público, prevista no art. 129, IX, da CF/88, configura limitações às atribuições da Instituição que, indireta e reflexamente, fortalece a dimensão do Ministério Público como legítimo defensor da sociedade e da ordem jurídica democrática.

É de se consignar que a norma de encerramento prevista no art. 129, IX, da CF/88, que permite que sejam conferidas ao Ministério Público novas atribuições compatíveis com sua finalidade, é norma constitucional que mantém perfeita sintonia com o art. 127, *caput*, e, especialmente, com a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais, prevista no art. 5º, § 2º, da CF/88.

Da mesma forma, a CF/88 conferiu ao Ministério Público inúmeras garantias, com especial destaque para os arts. 127 e 128. Logo no § 1º do art. 127, a Constituição consagra a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional do Ministério Público como princípios institucionais. O § 2º do mesmo artigo assegura ao Ministério Público sua autonomia funcional e administrativa. Adiante, no art. 128, § 5º, estão previstas as principais garantias do Ministério Público, sendo elas: vitaliciedade após dois anos de exercício; inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, e irredutibilidade de subsídios.

As vedações, que em verdade são garantias indiretas e reflexas da própria Instituição, estão no § 5º do art. 128 da CF/88, a saber: não receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; não exercer a advocacia, salvo exceção constitucionalmente prevista no ADCT; não participar de sociedade comercial, salvo na forma da lei; não exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; não exercer atividade político-partidária e não receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

O estudo, a interpretação ou concretização das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público dependem, fundamentalmente, da análise das respectivas normas constitucionais no plano das cláusulas pétreas ou superconstitucionais.

1.7 - O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ATRIBUIÇÕES E GARANTIAS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS OU SUPERCONSTITUCIONAIS

1.7.1 - O PAPEL CONSTITUCIONAL DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

As cláusulas pétreas exercem papel de suma importância em uma Constituição democrática e cidadã como é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nelas estão assentadas todas as garantias máximas da sociedade, as quais são protegidas contra o poder reformador.

A Constituição Federal de 1988 arrola as cláusulas pétreas ou superconstitucionais no § 4º do art. 60, onde consta:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I- a forma federativa de Estado;
- II- o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III- a separação dos Poderes;
- IV- os direitos e garantias individuais.

A respeito do assunto, escreveu Oscar Vilhena Vieira:

No Brasil um amplo grupo de cláusulas superconstitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos por força do art. 60, § 4º e incisos, da Constituição constitui uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas superconstitucionais, foram sistemática e institucionalmente violados. A adoção dessas cláusulas limitadoras do poder de reforma também parece corresponder a uma alteração do próprio modelo constitucional adotado em 1988. A Constituição de 1988 é uma das representantes mais típicas do constitucionalismo de caráter social ou dirigista [...] ²⁵.

A interpretação das cláusulas pétreas não pode ser conduzida por métodos interpretativos fechados, de forma que a interpretação meramente gramatical é rechaçada. A interpretação constitucional adequada, consoante melhor entendimento doutrinário, é aquela que possa retirar do rol das cláusulas pétreas a sua melhor e mais legítima eficácia social. Com isso, a interpretação dessas cláusulas superconstitucionais é aberta, flexível, no sentido

²⁵ A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, p. 26.

ampliativo. Por exemplo, na leitura do inciso IV do § 4º do art. 60 devem estar incluídos os direitos coletivos, tendo em vista que esses direitos estão, ao lado dos direitos individuais, inseridos no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Nesse sentido, já sustentamos: “Assim, apesar das concepções em sentido contrário, o melhor entendimento tem sustentado que o art. 60, § 4º, da CF/88, não deve ser interpretado restritivamente. O Direito Coletivo, como direito constitucional fundamental, beneficia-se do sistema constitucional das cláusulas pétreas e está protegido contra as reformas constitucionais. Ademais, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/88), a tutela jurídica é integral, a Direito Coletivo e a Direito Individual, não havendo razão para qualquer discriminação que represente restrição a um ou a outro”²⁶.

Oscar Vilhena Vieira, ao apresentar estudo sobre a *Constituição e sua Reserva de Justiça*, afirma que não deve prevalecer a interpretação literal do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 pois, para a compreensão dos direitos fundamentais, deve levar-se em conta os elementos indispensáveis à realização da dignidade humana e “[...] não como um conjunto finito de direitos positivados com uma ou com outra denominação, ou, ainda, numa ou outra posição dentro do texto constitucional [...]”. Conclui o autor que a supremacia dos direitos como cláusulas superconstitucionais não decorre de classificações arbitrárias, mas da sua exigibilidade para a realização da dignidade²⁷.

²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito coletivo brasileiro: autonomia metodológica e a superação da summa divisio direito público e direito privado pela summa divisio constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual*, p. 629. Nesse sentido, afirmou SARLET, Ingo Wolfgang: “Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente [...] não há como negligenciar o fato de que a nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incs. I, III, e art. 3º, incs. I, III e V. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado na nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional [...]”. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 403-404.

²⁷ E acrescenta: “Assim, aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e reacionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habilitem a democracia, como procedimen-

Escreve Uadi Lammêgo Bulos sobre as cláusulas pétreas:

[...] são aquelas que possuem um supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso dos incisos I a IV, *infra*. Daí não poderem usurpar os limites expressos e implícitos do poder constituinte secundário. Logram eficácia total, pois contêm uma força paralisante de toda a legislação que vier a contrariá-las, de modo direto ou indireto²⁸.

1.7.2 - PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

a). *Pós-positivismo*. Afirma Luís Roberto Barroso que a abertura do caminho para um amplo conjunto, ainda inacabado, de reflexões sobre o Direito, sua interpretação e sua função social, decorreu da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo. O pós-positivismo jurídico pretende superar a legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Sem recorrer a categorias metafísicas, a nova concepção teórica procura estabelecer uma leitura moral do Direito. A teoria da justiça é que inspiraria a interpretação e a aplicação do ordenamento Jurídico, excluindo, contudo, voluntarismos e personalismos, especialmente os judiciais. Nesse conjunto de concepções ricas e heterogêneas, ainda em construção, estão a atribuição de normatividade aos princípios e a fixação de suas relações com os valores e as regras. Há uma necessária reaproximação entre o Direito e a Filosofia, impondo-se também, entre as várias diretrizes de mudança paradigmática, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a implementação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais a partir da dignidade humana²⁹.

A expressão *pós-positivismo*, porém, é equívoca e poderá guardar vários significados, tendo em vista a sua ampla abertura conceitual. Contudo, a doutrina que tem enfrentado o tema faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídico-democrática. O *pós-positivismo* abrangeria todas as concepções de

to para a tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como superconstitucionais – estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o que é expressamente admitido pelo § 2º do art. 5º da Constituição”. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, p. 245-6.

²⁸ **Constituição Federal Anotada**, p. 775.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, p. 133

pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores. As concepções mais atuais em torno do *neoconstitucionalismo* estão inseridas dentro do gênero *pós-positivismo*^{30, 31}.

Antonio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti esclarecem que o *pós-positivismo jurídico* constitui, em linhas gerais, um novo paradigma no plano da teoria jurídica, que objetiva contestar as *insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional*. Afirmam que o próprio termo *pós-positivismo*, que também é conhecido como *não-positivismo ou não-positivismo principiológico*, é detentor de um *status* provisório e genérico, na sua categoria terminológica, e a sua utilização não é pacífica, inclusive entre os autores que partilham de suas teses axiais. Esclarecem, ainda, que as suas bases filosóficas são ecléticas e compõem uma constelação de autores, os quais mantêm ponto de contato com concepções de um tardio Gustav Radbruch e passam pelas influências da teoria da justiça de John Rawls, além de incorporarem elementos da filosofia hermenêutica e as bases da teoria do discurso de Habermas. No quadro da concepção pós-positivista, afirmam que seriam destacáveis cinco aspectos: 1º) o *deslocamento da agenda*, com ênfase na importância dos princípios gerais do Direito e na dimensão argumentativa na compreensão da funcionalidade do direito no âmbito das sociedades democráticas atuais, bem como o aprofundamento no papel que deve ser desempenhado pela hermenêutica jurídica; 2º) a *importância dos casos difíceis*; 3º) o *abrandamento da dicotomia*

³⁰ A respeito, formulando crítica ao positivismo e demonstrando sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo, escreveu STRECK, Lenio Luiz: “Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que emerge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ‘ideologia política’ menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico [...]”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, p. 155.

³¹ No mesmo sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**, p. 35-40.

descrição/prescrição; 4º) a *busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico*; 5º) o *papel dos princípios na resolução dos casos difíceis*³².

Diz a doutrina, ao estudar o tema, que o *pós-positivismo* não visa à desconstrução da ordem jurídica, mas à superação do conhecimento convencional com base nas idéias de justiça e de legitimidade, inserindo, para tanto, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como a síntese dos valores consagrados na ordem jurídica³³. A nova concepção tem influenciado decisivamente na criação de uma hermenêutica constitucional inovadora.

A própria concepção de sistema jurídico sofre transformações: de sistema jurídico fechado e auto-suficiente para sistema jurídico aberto, móvel e composto de valores³⁴.

O *pós-positivismo* coloca o *constitucionalismo* em substituição ao *positivismo legalista*, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário³⁵.

A metodologia do *pós-positivismo* inseriu a *hermenêutica* como o capítulo mais relevante para o *novo*

³² Pós-positivismo, in BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.), **Dicionário de filosofia do direito**, p. 650-4.

³³ Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto: “[...] o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, in BARROSO, Luís Roberto (org.), **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, p. 28.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, in BARROSO, Luís Roberto (org.), **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, p. 34-5.

³⁵ Nesse sentido, ALEXY, Robert, que acrescenta: “A *polêmica entre constitucionalistas e legalistas subyacen profundas diferencias sobre la estructura del sistema jurídico. Por ello, una respuesta bien fundamentada a la cuestión acerca de quién tiene razón puede ser respondida sólo sobre la base de una teoría del sistema jurídico [...]*”. A polêmica entre constitucionalistas e legalistas subjazem profundas diferenças sobre a estrutura do sistema jurídico. Por isso, uma resposta bem fundamentada a essa questão acerca de quem tem razão pode ser respondida somente com fundamento em uma teoria do sistema jurídico (tradução livre pelo autor). **El concepto y la validez del derecho**, p. 159-61.

direito constitucional, iniciando-se a superação da metodologia clássica, que pregava a *interpretação-subsunção*, por uma nova interpretação constitucional criativa: a *interpretação-concretização*³⁶.

Paulo Bonavides arrola as principais conquistas resultantes da *nova hermenêutica do constitucionalismo* da segunda metade do século XX: a) elaboração científica de um novo Direito Constitucional; b) criação de uma teoria material da Constituição diversa da sustentada pelo jusnaturalismo ou pelo positivismo formalista; c) superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do “direito público”; d) uma nova interpretação, mais ampla, da Constituição e uma nova interpretação, mais restrita, dos direitos fundamentais, ambas autônomas e em recíproca sintonia; e) inserção do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com a ampliação da incidência do direito constitucional para todas as áreas do direito; f) conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com eficácia normativa; g) elaboração de uma concepção de *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais, antes concebidos somente no plano da *subjetividade*; h) expansão normativa do direito constitucional para todas as áreas do Direito; i) consagração da tese mais importante, “[...] *de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e de outros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico*”³⁷.

b) Neoconstitucionalismo. Já o novo constitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social³⁸.

O *neoconstitucionalismo* objetiva superar justamente essas barreiras interpretativas impostas pelo

*positivismo legalista*³⁹. Lenio Luiz Streck entende que a superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três frentes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte — a Constituição passa a ser fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração na teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos; c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo, para passar do paradigma da *interpretação para compreensão* para a *compreensão para a interpretação*⁴⁰.

Luís Roberto Barroso esclarece que o *neoconstitucionalismo* pode ser estudado em três aspectos. Primeiro, pelo *aspecto histórico*, com a análise das transformações do direito constitucional depois da 2ª Grande Guerra Mundial, especialmente por força da Lei Fundamental de Bonn (1949) e das Constituições da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Também merece ser citada a Constituição Federal do Brasil de 1988. Segundo,

³⁹ Adverte SARMENTO, Daniel que os adeptos do neoconstitucionalismo embasam suas concepções em ramificações teóricas bem heterogêneas, abrangendo, assim, entre outros, os pensamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino: “[...] nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Por outro lado, tanto entre os referidos autores com entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade de uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quando, não é tarefa singela definir neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que talvez justifique sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, in LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**, p. 11-2.

³⁶ BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**, 18. ed., p. 592.

³⁷ **Curso de direito constitucional**, 18. ed., p. 583-4.

³⁸ SARMENTO, Daniel: “A palavra ‘neoconstitucionalismo’ não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, principalmente depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada ‘Neoconstitucionalismo (s)’, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha e 2003”. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, in LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**, p. 11.

⁴⁰ Escreve STRECK, Lenio Luiz: “[...] Da incidibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro lingüístico-hermenêutico. Esse ‘linguistic turn’, denominado também de giro ‘lingüístico-ontológico’, proporcionou um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo. Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca (va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, p. 159.

pelo *aspecto filosófico*, o que deve ser realizado pelo estudo das vertentes teóricas que compõem o *pós-positivismo jurídico*. Terceiro, pelo *aspecto teórico*, o qual engloba o estudo da *força normativa da Constituição*, da *expansão da jurisdição constitucional* e do *desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional*⁴¹. No mesmo sentido, também são os ensinamentos de Eduardo Cambi, o qual aponta o *neoprocessualismo* como decorrência do neoconstitucionalismo⁴².

O *neoconstitucionalismo* propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 3º, 5º, 6º etc.). Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados⁴³. Propõe-se também a concepção da Constituição como sistema aberto de valores, dinâmico em suas estruturas e transformador da realidade social.

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central

⁴¹ Acrescenta BARROSO, Luís Roberto: “Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais”. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 129-73.

⁴² Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, in FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coordenadores). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, p. 664-72.

⁴³ Nesse sentido, escreve STRECK, Lenio Luiz: “[...] Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedoura’ (persuasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, p. 160. Com abordagem sobre o neoconstitucionalismo, com inclusive inúmeros artigos e texto de capa nesse sentido, cf. (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições, in **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 2, 2004; também CARBONEL, Miguel (org.), **Neoconstitucionalismo** (s).

para o *neoconstitucionalismo*. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos que superem as amarras construídas em um passado de repressão e até mesmo de indiferença do Estado em relação aos reais problemas sociais.

A própria interpretação do texto constitucional no plano do *neoconstitucionalismo* deve ser compreendida a partir da sua aplicação (efetivação). Como disse Lenio Luiz Streck, a Constituição será o resultado de sua interpretação, que tem o seu conhecimento no plano do ato aplicativo como produto da intersubjetividade dos juristas que emerge da complexidade das relações sociais⁴⁴. No *neoconstitucionalismo*, a interpretação da Constituição é também *aberta e pluralista* e a idéia que gira em torno da construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, conforme fundamenta Peter Häberle⁴⁵, corresponde às novas posturas constitucionalistas, o que mantém perfeita sintonia com a principiologia do *Estado Democrático de Direito*, implantada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º etc.).

⁴⁴ Diz ainda STRECK, Lenio Luiz: “Ora, a construção das condições para a concretização da Constituição implica o entendimento da ‘Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas, isto porque a norma é sempre produto da atribuição de sentido do intérprete, o que ocorre sempre a partir de um ato aplicativo, que envolve toda a historicidade e a faticidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/intérprete. Por isto, Gadamer vai dizer que o entender contém sempre um fator de ‘applicatio’. Entender sem aplicação não é um entender”. Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (coords.). **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**, p. 541.

⁴⁵ Escreveu HÄBERLE, Peter: “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tornam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmäßige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*...weil Verfassunginterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und Von ihr Konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, p. 13.

Convém destacar que deve ser considerada a advertência feita por determinado setor da doutrina, no sentido da necessidade de uma visão mais equilibrada em torno do neconstitucionalismo, de sorte a evitar posturas radicais que possam colocar em risco a democracia, a segurança jurídica e outros valores inerentes ao Estado Democrático de Direito⁴⁶.

As cláusulas superconstitucionais no *neoconstitucionalismo* devem ser protegidas contra o poder reformador e devem, ainda, ser efetivadas e concretizadas materialmente, assumindo uma função ativa. Constituem, assim, ao mesmo tempo, função de proteção e função de efetivação/concretização da Constituição e é dentro desse contexto que devem ser interpretadas.

Nesse sentido, concluiu Oscar Vilhena Vieira:

O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito e, ao mesmo tempo, é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas superconstitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo [...]⁴⁷.

1.7.3 - O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULA PÉTREIA

O art. 127, *caput*, da CF/88, diz expressamente que o Ministério Público é *instituição permanente*. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a Instituição é cláusula pétrea que recebe proteção total contra o poder reforma-

⁴⁶ Nesse sentido, optando por uma concepção mais moderada em torno do neoconstitucionalismo, manifestou SARMENTO, Daniel: “Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo”. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, in LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang, **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho, p. 49.

⁴⁷ **A Constituição e sua reserva de justiça**, p. 227.

dor, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental. Nesse sentido, aduziu Cláudio Fonteles: “Se o Ministério Público é instituição *permanente*, enquanto existir a concepção constitucional do Estado brasileiro, como posta na chamada *Carta-cidadã* – a Constituição Federal de 1988 – ele *jamais* poderá ser extinto”⁴⁸.

Não bastasse isso, observa-se que o Ministério Público tem o dever de defender o regime democrático, conforme está expresso no próprio art. 127, *caput*, da CF/88. O regime democrático, na sua condição de regime do Estado da cidadania brasileira, é cláusula pétrea, com previsão, inclusive, no art. 60, § 4º, incisos II e IV, da CF/88. Ora, se a Instituição ministerial é defensora do regime democrático, torna-se inquestionável a sua inserção no plano das cláusulas pétreas.

Nesse sentido, manifestou Emerson Garcia: “Além da necessária adequação material que deve existir entre referido preceito e a legislação infraconstitucional, o fato de o Constituinte originário ter considerado o Ministério Público uma Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado traz reflexos outros, limitando, igualmente, o próprio poder de reforma da Constituição. Com efeito, partindo-se da própria natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como insita no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 61, § 4º, IV, da CF/1988)”⁴⁹.

Ademais, o Ministério Público também é instituição essencial à Justiça, outra cláusula superconstitucional. Se o Ministério Público é essencial à Justiça e se a Justiça é cláusula pétrea, ele também é cláusula pétrea.

1.7.4 - OS PRINCÍPIOS, AS ATRIBUIÇÕES E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULAS PÉTREAS OU SUPERCONSTITUCIONAIS: A IMPOSSIBILIDADE DE SUA ELIMINAÇÃO OU RESTRIÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SUA AMPLIAÇÃO

Os princípios, as atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público conferem a própria dimensão constitucional da Instituição, além de revelar o seu verdadeiro e legítimo papel social. A

⁴⁸ O art. 127 da Constituição Federal: reflexões. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão *et al* (coords.). **Ministério Público e a ordem social justa**, p. 1.

⁴⁹ **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico, p. 47.

supressão ou a restrição desses princípios e dessas atribuições representam a supressão e a restrição do próprio Ministério Público em sua dimensão substancial.

O Ministério Público, como instituição constitucional, é cláusula pétrea. Como consequência, os seus princípios e as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, podem ser ampliadas. As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, situando-se no âmbito das cláusulas superconstitucionais, podem ser ampliadas, mas não restringidas ou eliminadas da Constituição.

Da mesma forma, o caráter nacional do Ministério Público e a sua indivisibilidade, unidade, independência funcional, orçamentária e administrativa também são cláusulas superconstitucionais.

Tais diretrizes interpretativas vinculam o legislador constitucional e infraconstitucional, o administrador, o particular e todos os operadores do Direito, bem como as instituições de fiscalização do Ministério Público. Não fosse isso, ainda impõem, pela intensa carga de concretização normativa que carregam, a efetivação concreta da Constituição e das suas instituições democráticas, dentro das quais se insere o Ministério Público.

Essas assertivas são reforçadas com os ensinamentos de Emerson Garcia:

Por ser inócua a previsão de direitos sem a correspondente disponibilização de mecanismos aptos à sua efetivação, parece-nos que a preservação da atividade finalística do Ministério Público está associada à própria preservação dos direitos fundamentais, o que reforça a sua característica de cláusula pétrea e preserva a unidade do texto constitucional.

Conclui o autor:

Além disso, a limitação material ao poder de reforma alcançará, com muito maior razão, qualquer iniciativa que, indiretamente, busque alcançar idêntico efeito prático (v.g.: redução das garantias e prerrogativas de seus membros e supressão da autonomia da Instituição, tornando-a financeiramente dependente do Executivo e, com isto, inviabilizando a sua atuação, que é o elemento indicativo de sua própria existência)⁵⁰.

Esse mesmo posicionamento é reforçado pelas substanciais considerações do jurista Eduardo Ritt:

⁵⁰ **Ministério Público:** organização, atribuições e regime jurídico, p. 48.

[...] considerando que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 60, § 4º, inciso I, erigiu, como cláusula pétrea, a forma federativa, cujo contexto engloba, constitucionalmente, o regime democrático, tanto em relação às regras constitucionais para sua consecução, quanto às regras constitucionais para a sua fiscalização, e considerando, ainda, que o Ministério Público foi colocado como fiscal do regime democrático e da ordem jurídica, também neste sentido o Ministério Público torna-se cláusula pétrea, assim como as prerrogativas e garantias dos seus membros⁵¹.

Todavia, não é razoável interpretar as garantias e princípios constitucionais do Ministério Público para servirem de barreira que impeça a eficácia social da atuação da Instituição. Com isso, as prerrogativas do órgão da Instituição não podem ser utilizadas para o benefício particular do seu próprio titular. Nesses casos, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade se destinam a proteger o cargo contra investidas arbitrárias, quaisquer que sejam elas. O membro do Ministério Público não poderia, por exemplo, utilizar-se da independência funcional para deixar de cumprir atribuição constitucionalmente estabelecida; da mesma forma, a inamovibilidade não pode servir de óbice à redistribuição de atribuições em determinada comarca ou unidade de serviço quando patentemente injusta e desproporcional.

A interpretação, portanto, das garantias e das atribuições do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais deve ser direcionada para proteger a Instituição, de modo a fortalecer os seus compromissos constitucionais com a sociedade e com os valores que compõem o regime democrático.

1.8 - A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS E NOVAS TÉCNICAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os direitos e as garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto *dimensão subjetiva*, a qual se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares dos direitos, quanto *objetiva*, constituindo, nesse caso, parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito.⁵²

⁵¹ **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**, p. 184.

⁵² Como assinalou Antonio E. Perez Luño, os direitos fundamentais, no horizonte do constitucionalismo atual, desempenham dupla função: a) no *plano subjetivo*, eles seguem atuando como garantias das liberdades individuais, sendo que a esse papel clássico soma-se agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade; b) no *plano objetivo*, eles assumem uma dimensão institucional a partir da qual seus conteúdos devem funcionar visando a consecução dos fins e valores proclamados constitucionalmente. **Los derechos fundamentales**, p. 25.

Nesse sentido, escreveu Konrad Hesse que as circunstâncias referentes à singularidade, à estrutura e à função dos direitos fundamentais não só garantem *direitos subjetivos* dos indivíduos como também revelam *princípios objetivos* básicos para o ordenamento jurídico constitucional e para o Estado Democrático de Direito. Essas circunstâncias dos direitos fundamentais revelam, portanto, os fundamentos do Estado Constitucional, por meio dos referidos direitos subjetivos e do respectivo ordenamento jurídico objetivamente considerado. O duplo caráter dos direitos fundamentais, o *subjetivo* e o *objetivo*, demonstram que os diferentes níveis de significação, respectivamente, condicionam-se, apoiam-se e complementam-se, de forma que os direitos fundamentais atuam legitimando, criando e mantendo o consenso. Eles garantem a liberdade individual, limitam o poder estatal e são imprescindíveis para os processos democráticos do Estado de Direito. Em síntese, os direitos fundamentais influem sobre todo o ordenamento jurídico em seu conjunto, satisfazendo uma parte decisiva da função de integração, organização e de direção jurídica da própria Constituição como Lei Fundamental.⁵³

Entre as principais diretrizes principiológicas e interpretativas, relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, decorrentes da dupla conjugação de caráter *subjetivo* e *objetivo*, destacam-se a imprescritibilidade; a aplicabilidade imediata; a imunidade em relação ao poder reformador constituinte derivado; a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional; o caráter pétreo desses direitos;⁵⁴ a interpretação aberta e extensiva; a

⁵³ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (Org.). **Manual de derecho constitucional**. p. 90. 2. ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. Em outra oportunidade, escreveu HESSE, Konrad: "Nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significado. Por outro lado, eles são 'direitos subjetivos', direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (por exemplo, arts. 3º, 4º, 5º, 8º e 9º da Lei Fundamental), mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de seu âmbito de vida (por exemplo, arts. 6º, alínea 1, 14, alínea 1, e 5º, alínea 3, da Lei Fundamental). Por outro, eles são 'elementos fundamentais para a ordem objetiva' da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (por exemplo, art. 7º, alínea 1, alínea 3, frase 1 e 2, alínea 5º, da Lei Fundamental). Vale também para aqueles direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos". **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 228-9.

⁵⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**, p. 79-96.

não-taxatividade ou não-limitação; a proteção integral etc.⁵⁵

A *multifuncionalidade* dos direitos e garantias fundamentais adquire, também nas ações coletivas em geral e, assim, na atuação do Ministério Público, um papel de destaque seja para impor a sua aplicabilidade imediata, seja para garantir a sua interpretação ampliativa, seja para impor a adoção de mecanismos que garantam a tempestividade da tutela coletiva.⁵⁶ Essa multifuncionalidade também impõe ao Ministério Público a adoção de novas técnicas de atuação, principalmente na tutela coletiva, como, por exemplo, a utilização de projetos sociais como mecanismos de atuação da Instituição visando a transformação social.

Como efeito dessa multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, verifica-se, por exemplo, que ação civil pública, na condição garantia constitucional fundamental, possui aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88), não lhe sendo compatível interpretação restritiva. Está também inserida entre as cláusulas superconstitucionais e, assim, não poderá ser restringida ou eliminada da Constituição (Título II, Capítulo IV, arts. 127, *caput*, e 129, III, da CF/88). Possui prioridade na tramitação processual em razão da relevância social dos bens e valores jurídicos por ela tuteláveis. O seu objeto material, por se tratar de direito fundamental (Título II, Capítulo I, da CF/88), no caso os direitos coletivos em geral, deverá rece-

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang: "Consoante ficou devidamente comprovado no item anterior, a dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que estes exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das consequências atreladas à faceta jurídico-objetiva, quanto da circunstância de existir um leque de posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram a assim denominada perspectiva subjetiva. Além disso, há que levar em conta, neste contexto, o fato de que o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos [...]". **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 170-1.

⁵⁶ Não obstante as divergências existentes e outros países, a doutrina e a jurisprudência no Brasil caminham no sentido seguro da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, conforme orientação consagrada na Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel: "No direito brasileiro, não há maiores dificuldades processuais para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, diante do exercício, por todos os juízes, da jurisdição constitucional. Não obstante, é importante destacar que, corroborando a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência admitem que entidades privadas figurem no pólo passivo de remédios constitucionais voltados para a tutela desses direitos, como o 'habeas corpus', o 'habeas data', a ação popular e a ação civil pública". **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 376.

ber interpretação aberta e flexível, o que tem plena incidência sobre a causa de pedir e o pedido nela formulado.⁵⁷

E mais: a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva deve ser conferida à ação civil pública e às ações coletivas em geral, com a admissibilidade de formulação de todos os pedidos e causas de pedir, desde que compatíveis com o direito material coletivo a ser discutido, assegurado ou efetivado pela via jurisdicional. A máxima utilidade da tutela jurisdicional coletiva, com a possibilidade da sua transferência *in utilibus* para o plano individual, também tem incidência na coisa julgada coletiva, favorável à sociedade, formada em decorrência do ajuizamento de uma ação civil pública. Além disso, a imprescritibilidade formal e substancial da ação civil pública é outra consequência da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Todas essas diretrizes interpretativas, decorrentes da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, deverão ser respeitadas no plano do estudo, da aplicação e das reformas legislativas, relacionados com a atuação constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais.

1.9 - O MODELO CONSTITUCIONAL SOBRE NORMAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ADOTADO PELA CF/88 E A NECESSÁRIA ABERTURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A SOCIEDADE

Em relação aos *modelos constitucionais* e a sua análise no contexto dos direitos e das normas de direitos fundamentais, tanto em sua dimensão formal quanto material, a doutrina aponta a existência de três modelos.⁵⁸

O *primeiro* é o *modelo puramente procedimental*, no qual Constituição só dispõe sobre *normas de organização e de procedimento*. A Constituição não chega a excluir, diretamente, conteúdos possíveis ao direito positivo. O que é criado de acordo com os procedimentos e as formas previstas compõe o direito positivo. A influência da Constituição na criação do direito positivo é somente mediata. O legislador tem liberdade para dispor sobre quaisquer espécies de conteúdo de direito positivo. A tal modelo, corresponderia uma teoria dos direitos fundamentais que parte da concepção na qual os *direitos fundamentais* não têm força vinculante

contra o legislador. Na concepção deste modelo, afirma Robert Alexy, *é nula a importância material* dos direitos fundamentais.⁵⁹

O *segundo*, totalmente oposto ao *modelo puramente procedimental*, é o *modelo puramente material*. Nesse modelo, a Constituição contém exclusivamente normas materiais, de acordo com as quais, por intermédio de operações metódicas e independentemente de qual seja a sua configuração, torna-se possível obter o conteúdo de cada norma do sistema jurídico. Enquanto no *modelo puramente procedimental* as questões devem ser solucionadas por intermédio de uma decisão proposta pela disciplina regulatória da Constituição, no *modelo puramente material* a obtenção de soluções se dá com o conhecimento do conteúdo da Constituição.⁶⁰

O *terceiro* modelo constitucional é o *misto, conciliatório ou eclético*, no qual há uma junção entre os modelos *puramente procedimental* e *puramente material*. Neste modelo misto, há elementos materiais que determinam, em relação aos direitos fundamentais, os objetivos do Estado, bem como elementos procedimentais, cujo núcleo contém normas sobre o procedimento legislativo.⁶¹ A Lei Fundamental alemã de 1949, a Constituição brasileira de 1988, entre outras, seguem o *modelo constitucional misto*.

Assinala Robert Alexy que o fato de estarem reciprocamente vinculados em uma Constituição elementos procedimentais e materiais traz consequências para o sistema jurídico, em sua totalidade, pois há conteúdos do sistema jurídico que, do ponto de vista da Constituição, são meramente possíveis, há também alguns conteúdos constitucionalmente necessários e outros, impossíveis. Portanto, no modelo constitucional misto, à *fundamental formal*, soma-se a *fundamentação material*. Os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais seriam materialmente fundamentais tendo em vista que, a partir delas, tomam-se decisões a respeito da estrutura normativa básica do Estado e da Sociedade. Aqueles que conferem pouco conteúdo à Constituição acabam conferindo muito conteúdo ao legislador. As questões referentes à liberdade e à igualdade não teriam incidência parcial, mas em todos os âmbitos do sistema jurídico. Nas diretrizes das teses da fundamentação formal e material se tem dito que as normas de direito fundamental exercem um papel central no sistema jurídico.⁶²

⁵⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Edis. *A ação civil pública após 25 anos*, p. 268-270

⁵⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed., 3. reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 503-6.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 503-4.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 503-4.

⁶¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 505.

⁶² *Ibid.*, p. 505-6.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 segue, como afirmado, o *modelo misto, eclético ou conciliatório*, mas com algumas peculiaridades importantes. A primeira delas decorre do compromisso constitucional com a transformação da realidade social, manifestado em um conjunto de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, muito bem delineado em seu art. 3º. A segunda é fruto da inserção, inédita em nossa história, dos direitos ou interesses coletivos como direitos fundamentais, que passam a compor o núcleo principal, com eficácia irradiante máxima, do sistema jurídico brasileiro, conforme previsto no Título II, Capítulo I, da CF/88.⁶³ Sobressai aqui o papel de destaque conferido ao sistema de tutela coletiva, também integrante do núcleo central da ordem jurídica brasileira e diretamente ligado à transformação da realidade social.

Nesse contexto, é destacado o projeto constitucional conferido ao Ministério Público, um dos principais protagonistas da tutela coletiva do País (arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da CF/88). Na prática, doutrina e jurisprudência reconhecem esse papel de destaque do Ministério Público brasileiro no plano da tutela coletiva. Entretanto, é fundamental que a Instituição avance e aperfeiçoe a sua atuação, com planejamento institucional, unidade de atuação coordenada e sistematizada. É importante, também, uma mudança cultural que fomente entre membros e servidores um diálogo aberto em torno das questões institucionais primordiais, especialmente as relativas à proteção e à efetivação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais e coletivos.

Outro aspecto extremamente relevante refere-se à necessária abertura do Ministério Público para a Sociedade, principalmente para os movimentos sociais que representam as pessoas mais carentes e marginalizadas, até porque o compromisso constitucional com a transformação da realidade social é de todos que integram a República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88): Sociedade Política, Sociedade Civil e Sociedade Econômica. Um excelente exemplo dessa abertura foi a criação recente, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, da Coordenadoria da Inclusão Social, idealizada pelo Procurador de Justiça Fernando Antonio Fagundes Reis e encampada pelo atual Procurador-Geral de Justiça Alceu José Torres Marques.

Nos dois últimos cursos dos novos Promotores de Justiça, um dos painéis foi a discussão entre líderes de movimentos sociais, o que serviu para preparar os novos membros da Instituição para esses hori-

zontes complexos que envolvem a defesa da Sociedade pelo Ministério Público.

Grandes desafios existem para que o novo Ministério Público brasileiro consiga sedimentar a sua identidade política, jurídica e social. Para que a Instituição caminhe no rumo certo, é fundamental que os seus membros e servidores não se esqueçam de duas questões básicas: a) a função constitucional do Ministério Público deve ser compreendida, explicada e planejada a partir dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, em observância ao modelo constitucional adotado na CF/88 (Título II); b) todo poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição (parágrafo único do art. 1º da CF/88).

A abertura para a sociedade e, em especial, para os movimentos sociais organizados, é fator de legitimação social da Instituição e, ao mesmo tempo, mecanismo para o exercício direto da soberania popular, como ocorre nas audiências públicas realizadas pelo Ministério Público.

Também a ocupação de espaços sociais vazios, onde não há a atuação de instituições de defesa social, é fundamental para a realização de direitos fundamentais consagrados na CF/88, com destaque, neste aspecto, para a tutela coletiva na área dos direitos das famílias (Cartas das Famílias do Ministério Público do Estado de Minas Gerais), para a tutela do transporte coletivo etc., conforme tem sinalizado o Ministério Público mineiro.

1.10. TEORIA CRÍTICA DO DIREITO: A DIRETRIZ FILOSÓFICA MAIS ADEQUADA PARA AMPARAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

1.10.1 - TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E VERTENTES DO PENSAMENTO CRÍTICO

A *teoria crítica do Direito* é um movimento de pensamento aberto e composto de várias correntes teóricas que têm, como causa comum, a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou possam impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais.⁶⁴

Ao escrever sobre as vertentes do pensamento crítico, diz Luiz Fernando Coelho que a *teoria crítica*

⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 14.

⁶⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. p. 266.

do *Direito* não pretende ser inovadora. Sua finalidade é o redirecionamento e até mesmo a reunificação dos esforços e empreitadas que foram realizados em diferentes campos do conhecimento, os quais levam, de modo lento, mas seguro, ao núcleo do pensamento crítico: *adesão ao real, descoberta da verdade pela recusa de negar, distorcer ou omitir a realidade*. Essa ruptura com o senso comum teórico, levada a efeito pela *dialética da participação*, não representa um salto quantitativo do *formalismo ao concretismo, do idealismo ao realismo, do metafísico ao histórico*, mas o longo processo de construção teórica, composto de várias etapas importantes para a formação da *teoria crítica do direito*, sendo que as categorias com que ela trabalha foram constituídas no plano de um contexto interdisciplinar cujo ponto de convergência é uma visão crítica da sociedade. Afirma Coelho que a seleção das vertentes da *teoria crítica do Direito* pode conduzir ao risco da omissão, mas as principais concepções que influenciaram a construção do pensamento jurídico crítico estariam situadas no campo da *epistemologia*, da *semiologia*, da *sociologia* e da *psicanálise*, sem excluir os antecedentes no campo da própria jusfilosofia.⁶⁵

A *epistemologia crítica* propôs-se responder à necessidade de um novo paradigma, capaz de combater e ultrapassar os obstáculos relativos à objetividade das ciências sociais, de forma a contribuir para a solução dos grandes problemas da humanidade, muitos relacionados a uma neutralidade científica falsa. Assim, como esclarece Luiz Fernando Coelho, a epistemologia passa a constituir a vertente do pensamento crítico em dois momentos. O *primeiro*, com o questionamento sobre a pretensão de verdade estabelecida no paradigma neopositivista.⁶⁶ O *segundo*, por intermédio da constatação de que o critério da objetividade simplesmente elidia os significados brotados da produção social que não pudessem ser reduzidos ao plano de uma ob-

jetividade empírica ou analítica, *mas não tinha o condão de destruí-la como verdade*.⁶⁷

A constatação de que as interações sociais são envolvidas pela *expressão comunicativa* foi fundamental para o pensamento crítico. A dimensão comunicativa do existir humano passou a ser enfatizada pela filosofia contemporânea e, com isso, conferiu à linguagem e à comunicação social espaço privilegiado, causando uma revolução linguística. É o que muito bem ressalta Luiz Fernando Coelho, destacando que a dimensão pragmática do discurso científico produziu efeito na ciência do direito, proporcionando a fundamentação lógica e semiótica da nova hermenêutica das normas jurídicas, abrindo as portas para as concepções contemporâneas da *nova retórica*, tais como a de Perelman, a *tópica de Vibeweg* e a lógica do concreto. Com esta, inicia-se a *teoria crítica do Direito*.⁶⁸

A concepção *psicanalítica* de Sigmund Freud também contribuiu para a formação do pensamento crítico, especialmente em razão de Freud ter ampliado seus estudos para explicar os fenômenos culturais.⁶⁹

⁶⁷ Afirma também COELHO, Luiz Fernando (p. 64): 'A epistemologia crítica responde, portanto, no plano objetivo da sociedade como objeto de um saber, à proposta marxiana da undécima tese: 'Os filósofos não fizeram mais do que interpretar o mundo de forma diferente: trata-se, porém, de modificá-lo'. Só que essa modificação exige o engajamento teórico e prático do cientista, sua inserção consciente no seu próprio meio social, sua 'participação'. Muito mais do que a procura de um modelo metodológico ou científico, a pretensão do pensamento crítico é evitar o aprisionamento por quaisquer estereótipos e, assim, abandonar-se ao livre fluir da criatividade. Mais importante do que fazer ciência é conscientizar-se do papel criador e transformador do cientista, tanto na natureza quanto na sociedade. Mais importante do que o padrão metodológico é o projeto político, e mais importante do que a descrição do projeto é a sua realização'. (*Teoria crítica do Direito*, p. 63-64).

⁶⁸ *Teoria crítica do Direito*, p. 71.

⁶⁹ Acrescenta COELHO, Luiz Fernando: "No universo teórico que procura explicar as origens das instituições sociais, destaca Freud as observações antropológicas que levaram à crença de que a origem dos homens é marcada pelo convívio sob o que se convencionou denominar 'hordas', cada uma delas sob a dominação de um macho violento e ciumento, déspota absoluto e senhor de todas as fêmeas, dono da vida e da morte de seus filhos, vistos como rivais. Estes se revoltam, matam o pai e o devoram. Após o parricídio, arrependem-se, interiorizam o remorso, nem-se fraternalmente e renunciam à posse sobre as mulheres de seu pai. Esta é a origem da exogamia e da proibição do incesto, bem como o início da obediência às leis, a qual apenas a forma de expiar o complexo de culpa pela extinção do pai, uma forma de reconciliação com ele. A identificação é, pois, inicialmente explicada como consequência da expiação, o que, embora antropológicamente questionável à luz de estudos posteriores, vale como interpretação da metáfora. A organização social, as restrições morais e a religião estariam destarte relacionadas com a refeição totêmica, uma repetição e uma comemoração daquele ato horrendo: ao devorar o pai, o filho com ele se identifica

⁶⁵ Diz ainda COELHO, Luiz Fernando: "É ilusório pretender que as grandes realizações da humanidade sejam produto de súbita invenção, espécie de luz interior a iluminar a consciência e provocando com isso a descoberta da verdade. O acaso a que muitas vezes se atribuem as criações científicas somente o é na aparência, pois o simples fato de estar o cientista engajado num trabalho, que tem seu aspecto prático e o propriamente teórico, voltado para uma tentativa de descoberta ou para elaboração de algo desconhecido, já destrói o fator 'acaso', e os espíritos intuitivos, que adquirem a capacidade de 'ver' fora dos estereótipos metodológicos, não são seres auto-suficientes e muito menos autocriados, mas produzidos por fatores genéticos, socioculturais e ambientais". (*Teoria crítica do Direito*, p. 53-55).

⁶⁶ Conclui COELHO, Luiz Fernando: "[...] se a verdade pode ser definida como a correspondência com os fatos, também os fatos podem ser definidos como a correspondência com a verdade, o que é o mesmo que asseverar que a realidade, tal como a concebemos, é construída pelo saber".

Afirma Luiz Fernando Coelho que o pensamento jurídico dogmático tem resistência às concepções de Freud, tendo em vista que a psicanálise releva que a norma jurídica seria um produto da própria natureza humana e não o resultado de uma criação racional. Há, com isso, uma mudança de paradigma epistemológico quanto aos planos da autonomia e da racionalidade do Direito, os quais orientam o pensamento jurídico desde Platão e Sócrates.⁷⁰

A *vertente fenomenológica*, apesar de voltada para uma metafísica que a afasta da realidade, ajudou a ampliar os horizontes do pensamento crítico, seja em razão de ter aberto as portas para uma aproximação ao conceito de estrutura social, na sua condição de objeto que envolve o sujeito que a ela conhece, seja por ter influenciado a criação das categorias importantes do pensamento crítico, principalmente a conceituação de práxis.⁷¹

Outras vertentes contribuíram para a construção do pensamento crítico, conforme destaca Luiz Fernando Coelho.⁷²

A *sociologia da compreensão*, especialmente por força do pensamento de Max Weber, ao estabelecer o conceito de *tipo-ideal* como conceito *histórico-concreto*, contribuiu para a ampliação de novos horizontes ao pensamento crítico.⁷³

A *filosofia marxista* desenvolveu as bases do *neohumanismo* a partir da concepção que tem o ser humano como a manifestação do ser social. A criação do pensamento teórico crítico de dimensão social e adquire parte de sua força". (**Teoria crítica do Direito**, p. 72-73).

⁷⁰ Afirma também COELHO, Luiz Fernando: "[...] Freud caracteriza a funcionalidade do social, cria a perplexidade diante do direito e iguala os processos de representação". (**Teoria crítica do Direito**, p. 78).

⁷¹ Nesse sentido, COELHO, Luiz Fernando, o qual acrescenta: "Quanto à fenomenologia, dela já se tratou como havendo inspirado alguns conceitos incorporados à noção de categoria crítica como instrumento de um saber prospectivo e construtivo; entretanto, considerando que o caráter de imanência atribuído à dialética, como princípio inerente ao ser social, é outra noção que repercute no conceito de sociedade como estrutura total e dinâmica, a fenomenologia passa a ser vertente da crítica social, pois se trata de elaborações que receberam seus contornos mais nítidos através da fenomenologia". (**Teoria crítica do Direito**, p. 88; 95).

⁷² **Teoria crítica do Direito**, p. 87-110.

⁷³ Ressalta COELHO, Luiz Fernando: "É a partir da metodologia da compreensão, com a qual a sociologia se distancia das ciências naturais, que Weber estabelece seu conceito de tipo-ideal ('idealtypus'), entendido não como produto de conceituações generalizadoras, à maneira da tradicional sociologia durkheimiana, mas como 'conceito histórico-concreto', a partir da abstração de particularidades nos fenômenos que estuda". (**Teoria crítica do Direito**, p. 99-100).

cial, formado sem preconceitos e dogmas, sofreu forte influência da filosofia marxista. O *marxismo* e a concepção teórica crítica, dele decorrente, produziram dois resultados fundamentais para o desenvolvimento do pensamento crítico: a) a demonstração de que o mais relevante não é a teoria em si, mas o resultado por ela produzido; b) o esclarecimento, ligado à *dialética da participação*, na qual a sociedade não deve ser compreendida como um objeto no sentido positivista, mas como *complexidade, totalidade que se autoinstitui como transdisciplinariedade objetiva*.⁷⁴

A *teoria crítica da sociedade*, desenvolvida pela Escola de Frankfurt, especialmente por força dos estudos de Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor Adorno, Hebert Marcuse e Jürgen Habermas, constitui também uma das grandes vertentes de constituição do pensamento jurídico crítico. A referida escola de pensadores alemães procurou desenvolver estudos críticos em relação às repercussões sociais sobre o modo pelo qual é concebida e manipulada a ciência no âmbito da sociedade capitalista contemporânea.⁷⁵

Contudo, há na doutrina quem destaque alguns momentos na história de expressão do pensamento crítico, especialmente no âmbito da produção acadêmica. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que, especialmente nas décadas de 70 e 80 do século XX, houve significativa manifestação, com produção na área acadêmica, do pensamento crítico, enfatizando a *Critique du Droit*, na França, o movimento *Critical Legal Studies*, nos Estados Unidos e, anteriormente, a Escola de Frankfurt, que lançou na Alemanha as bases para construção de uma teoria crítica.⁷⁶ Antonio Carlos Wolkmer tam-

⁷⁴ É o que ressalta COELHO, Luiz Fernando, aduzindo também: "[...] dentro do contexto interdisciplinar que as inspirou, as categorias críticas têm no marxismo um ponto de convergência, um denominador comum que vai propiciar a criação de novos conceitos e a modificação de antigos com vistas aos projetos teórico e prático da crítica social. E assim, ele permeia os estudos sobre a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis, o que nos leva a estudar a filosofia marxista ao tratarmos desses temas, naqueles pontos que com ela mais diretamente se relacionam". (**Teoria crítica do Direito**, 103-104).

⁷⁵ É o que esclarece COELHO, Luiz Fernando, acrescentando: "O núcleo de suas teses é o questionamento do axioma positivista da separação entre a ciência e ética e os desastrosos efeitos dessa separação num mundo de tecnologia moderna. Dentro desse espírito, propuseram-se estabelecer as articulações entre o conhecimento dos processos sociais e as investigações empírico-analíticas, com a racional organização do comportamento sociopolítico". (**Teoria crítica do Direito**, p. 105-106).

⁷⁶ Aduz BARROSO, Luís Roberto: "O pensamento crítico teve expressão na produção acadêmica de diversos países, notadamente nas décadas de 70 e 80. Na França, a 'Critique du Droit', influenciada por Althusser, procurou atribuir caráter científico ao Direito, mas uma ciência de

bém indica a origem filosófica contemporânea da *teoria crítica do Direito* na Escola de Frankfurt.⁷⁷ Todavia, Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe apontam que o pensamento crítico contemporâneo teve início nas Universidades francesas, na década de 70 do século XX.⁷⁸

Em síntese, a *teoria crítica do Direito* pretende questionar o pensamento jurídico tradicional em vários pontos de suas premissas básicas, tais como a neutralidade, completude, cientificidade e, com isso, destacar o caráter ideológico do Direito, buscando a sua equiparação à Política, dentro de um discurso que, estabelecido com base em uma prática libertária e transformadora, objetiva combater

base marxista, que seria a única ciência verdadeira. Nos Estados Unidos, os 'Critical Legal Studies', também sob influência marxista – embora menos explícita – difundiram os fundamentos de sua crença de que 'law is politics', convocando os operadores jurídicos a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários. Anteriormente, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt lançou algumas das bases da teoria crítica, questionando os postulados positivistas da separação entre ciência e ética, completando a elaboração de duas categorias nucleares – a ideologia e a práxis –, bem como identificando a existência de duas modalidades de razão: a instrumental e a crítica. A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas, terá sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica". (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, p. 15-16).

⁷⁷ Escreveu WOLKEMER, Antonio Carlos: "Os principais integrantes da Escola de Frankfurt (Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas) buscam distanciar-se do marxismo ortodoxo, mas sem deixar de compartilhar metodologicamente do ideário utópico, dialético, crítico, revolucionário e emancipador. Na verdade, a articulação de uma teoria crítica, como categoria e fundamento de legitimação, representada pela Escola de Frankfurt, encontra toda sua inspiração teórica na tradição nacionalista hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do materialismo histórico marxista". (**Introdução ao pensamento jurídico crítico**, p. 5).

⁷⁸ Afirmando WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos: "O movimento começou nas universidades francesas, na década de 70. Um grupo considerável de professores marxistas, sentindo-se ameaçados em seus cargos acadêmicos, decidiram criar uma associação crítica do Direito e publicar uma revista chamada 'Procès'. No primeiro volume, datado de 1978 (publicado pela editora Maspéro) aparece o 'Manifesto para uma teoria crítica do Direito'. Esse trabalho coletivo pretendia questionar as idéias aceitas sobre o Direito em nossa sociedade, assim como ele é ensinado na universidade. Os mais conhecidos representantes dessa associação são Michel Miaille e Antonine Jeammaud. A associação logo se estendeu para a Bélgica, Alemanha, Portugal, Espanha, Inglaterra, tendo, na América Latina, seus principais ecos no México, Brasil, Venezuela e Argentina". (**Filosofia do direito**: uma introdução crítica, p. 63-64).

o uso do Direito como técnica e instrumento de manutenção da hegemonia da classe dominante.⁷⁹ Como escreve Michel Miaille, a *teoria crítica do Direito* permite não apenas o descobrimento das diferentes dimensões escondidas em relação a uma realidade que se encontra em movimento mas também abre, principalmente, os caminhos para uma nova dimensão: a da *emancipação*.⁸⁰

Em uma concepção crítica em torno da doutrina clássica sobre o humanismo abstrato, Joaquín Herrera Flores ressalta a importância de uma filosofia crítica em torno dos direitos humanos como produtos culturais, apontando como benefícios imediatos a movimentação de consciências e a denúncia do horror da tortura, da discriminação, da indiferença diante do ser humano e da destruição ecológica.⁸¹

1.10.2 - OBJETO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

A *teoria crítica do Direito* tem como principal objeto de sua análise outras concepções teóricas tradicionais e, nesse contexto, ela procura integrar as seguintes funções: a) *deontológica*,⁸² palco da preocupação predominante do *jusnaturalismo*; b) *ontológica*,⁸³ para onde se volta o *positivismo jurí-*

⁷⁹ Nesse sentido, escreve BARROSO, Luís Roberto: "Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou jurista". (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, p. 13-3).

⁸⁰ Afirma também MIAILLE, Michel: "Porque, em definitivo, trata-se de saber porque é que dada regra jurídica, e não dada outra, rege dada sociedade, em dado momento. Se a ciência jurídica apenas nos pode dizer com essa regra funciona, ela encontra-se reduzida a uma tecnologia jurídica perfeitamente insatisfatória. Temos direito de exigir mais dessa ciência, ou melhor, de exigir coisa diversa de uma simples descrição de mecanismos". (**Introdução crítica do direito**, p. 23).

⁸¹ **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto, p. 119.

⁸² A conotação deontológica, como ensinam WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos, decorre da investigação que visa esclarecer os valores supremos em relação aos quais se vincula o direito e dessa função nasce a filosofia do direito como teoria da justiça. (**Filosofia do direito**: uma introdução crítica, p. 40).

⁸³ Esclarecem WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos que a função ontológica estuda o ser e a natureza fundamental do direito, com a preocupação de responder à pergunta sobre sua essência. (**Filosofia do direito**: uma introdução crítica, p. 41).

dico; c) a *fenomenológica*,⁸⁴ centro de preocupação do *realismo jurídico*.⁸⁵ Essa integração é feita de forma desmistificadora e emancipadora, como é próprio da natureza de um pensamento crítico que não se satisfaz com a mera descrição da realidade social ou com a simples interpretação fechada da norma e ou do sistema jurídico.⁸⁶ Portanto, não se trata de uma concepção teórica pronta e acabada em torno do Direito e do próprio fenômeno jurídico.⁸⁷

Escrevem Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe que: a) no plano *deontológico*, a *teoria crítica do direito* teria a justiça como uma instância específica da ideologia reinante e, nesta dimensão, visa demonstrar que os problemas de valoração jurídica são opiniões ou crenças de uma visão de mundo da classe dominante; b) no plano *ontológico*, a *teoria crítica do direito* combate a neutralidade gnoseológica do positivismo jurídico para demonstrar o íntimo relacionamento existente entre o saber jurídico e o poder e, ao mesmo tempo, destacar que, apesar das tentativas de controle epistemológico, o conhecimento jurídico está política e ideologicamente determinado; c) no plano *fenomenológico*, a *teoria crítica do direito* defende a possibilidade de uso emancipatório do Direito e renega uma sociologia do direito do tipo positivista, de modo a demonstrar os benefícios de uma abordagem dialética do processo histórico-social do Direito. Como defensores de uma postura crítica em relação ao Direito, Warat e Bastos Pêpe afirmaram que os filósofos do Direito têm o dever

⁸⁴ Assinam WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos que a função fenomenológica visa pensar o direito enquanto ação na realidade social. (**Filosofia do direito**: uma introdução crítica, p. 43).

⁸⁵ Nesse sentido, WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica, p. 45.

⁸⁶ Nesse sentido, escreveu MIAILLE, Michel: “Um pensamento crítico já não pode contentar-se em descrever dado acontecimento social, tal e qual ele se oferece à observação: ele não pode deixar de o reinscrir na totalidade do passado e do futuro da sociedade que o produziu. Desenvolvido assim, em todas as suas dimensões, esse acontecimento perde o caráter chão, unidimensional, que a mera descrição lhe conferia: torna-se preme de todas as determinações que o produziram e de todas as transformações possíveis que podem afectá-lo”. (**Introdução crítica ao direito**, p. 23).

⁸⁷ Nesse sentido, WARAT, Luís Alberto e PÊPE Albano Marcos Bastos afirmam: “O que se chama de teoria crítica é tão-somente um conjunto de abalos e complicitades contra as teorias dominantes. Seu objetivo assemelha-se a uma guerra de guerrilhas, isto é, infinitas estratégias teóricas que visam minar os alicerces da fortaleza do dogmatismo jurídico. Um espaço teórico bastante fragmentado, nada monolítico e cheio de promessas. [...] Os discursos críticos do Direito, assim entendidos, estão desvinculados do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica”. (**Filosofia do direito**: uma introdução crítica, p. 65).

moral de denunciar os *graus crescentes de uma injustiça cada vez mais tolerada pela indiferença dos seres homens absorvidos pelo consumo e as trivialidades do dia a dia das grandes cidades*.⁸⁸

1.10.3 - A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

No plano da filosofia da hermenêutica jurídica, a *teoria crítica do Direito* propõe a superação da *dogmática jurídica clássica*, em suas versões *legalista, conceptualista e analítica*.⁸⁹ Propõe, também, a superação da *zetética*,⁹⁰ nas suas dimensões *teleológica, sociológica, axiológica, realista e culturalista*.⁹¹ Assim, para a teoria crítica, tanto na

⁸⁸ **Filosofia do direito**: uma introdução crítica, p. 46.

⁸⁹ Ensina COELHO, Luiz Fernando: “Na dogmática legalista, o princípio jurídico dogmatizado é a ‘lei’. A dogmática conceptualista procura preservar os conceitos gerais’ subentendidos nas normas positivas de toda espécie e delas racionalmente inferidos. A dogmática analítica, por sua vez, identifica o princípio com a vontade do Estado e privilegia a racionalidade dos métodos hermenêuticos para discernimento do princípio jurídico aplicável, não abrindo espaço para a intuição ou quaisquer formas de sentimentalismo. Ocorre, assim, uma dogmatização do método, na medida em que os procedimentos decorrentes da ciência da lógica passam a catalisar a investigação científica no campo das ciências jurídicas, concentradas na análise do direito”. (**Aulas de introdução ao direito**, p. 326-327).

⁹⁰ Explica COELHO, Luiz Fernando: “A palavra ‘zetética’ vem do grego ‘zetein’ – indagar, pesquisar, perguntar – e, em oposição ao dogmatismo, identifica a busca da verdade mediante o questionamento constante, recusando as respostas prontas e acabadas”. Acrescenta o autor: “Por interpretação, zetética é a atitude hermenêutica que preconiza a prevalência do conteúdo da lei sobre o significado aparente das palavras. Envolve, de modo geral, as correntes do pensamento hermenêutico que colocam em primeiro plano o conteúdo social e ideológico do direito. Essas escolas não aceitam acriticamente o princípio jurídico e, algumas com maior intensidade, outras menos, subordinam a lei, o conceito e o método às situações reais e sempre cambiantes da vida social. A tese basilar da atitude zetética é que o direito não é imóvel, nem vazio, mas essencialmente mutável, devendo se adaptar às condições sempre renovadas da sociedade. O direito existe para solucionar problemas sociais concretos e não para manter dogmas, teorias e princípios abstratos, afastados da realidade da vida”. (**Aulas de introdução ao direito**, p. 333-334).

⁹¹ Explica, novamente, COELHO, Luiz Fernando: “A zetética teleológica abrange a teleologia de Ihering e jurisprudência de interesses de Heck. A sociológica compreende a escola da livre investigação científica, a escola do direito livre e a escola norte-americana de jurisprudência sociológica. A axiológica reúne as correntes culturalistas, escolas que postulam a prevalência dos valores na experiência jurídica e sua realização nos atos decisórios. E a zetética realista orienta os trabalhos hermenêuticos levando em conta como o direito se apresenta na realidade histórica – como decisão, linguagem ou objeto cultural. Compreende três expressões do realismo jurídico: o psicológico, o linguístico e o culturalista”. (**Aulas de introdução ao direito**, p. 334).

concepção *dogmática*⁹² quanto na *zetética*,⁹³ o *direito continua sendo instrumento de dominação*.

Como afirmou Antônio Alberto Machado, a *teoria crítica do Direito* objetiva combater o mito da neutralidade do Direito, de modo a demonstrar que a interpretação e a aplicação da lei, realizadas de forma *supostamente* neutra e distante da realidade social, é uma manutenção servil dos interesses das classes superiores, consagrados na norma jurídica. Torna-se, assim, fundamental a estratégia que busca um *pluralismo jurídico* mais democrático, explorando as contradições, fissuras do ordenamento jurídico positivo.⁹⁴

Lênio Luiz Streck defende uma *nova crítica do Direito*. Essa nova concepção, diz ele, procura contrapor a experiência, a historicidade e a faticidade e representa um importante passo para a definição do pensamento jurídico como pensamento prático, como pensamento orientado à coisa mesma. A finalidade é contribuir para que o jurista se dê conta de que nas situações da vida existe similitude, porém não há identidade. Os traços caracterizadores da situação particular não podem ser desconsidera-

dos por força do caráter *abstrato* da pauta geral.⁹⁵ A tarefa de uma *nova crítica do Direito* será a de estabelecer condições para o plano da reflexão jurídica, permitindo a compreensão da crise do Direito e do Direito como crise, de modo a possibilitar a construção de fatores necessários para a sua superação.⁹⁶

1.10.4 - CATEGORIAS DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Esclarece Luiz Fernando Coelho que, no plano epistemológico, a *teoria crítica do Direito* possui categorias próprias, as quais não constituem um *a priori* formal ou material e sim estruturas de pensamento que foram construídas para o fenômeno jurídico como seu objeto reflexivo. São, assim, categorias da teoria crítica: *sociedade; ideologia; alienação e práxis*.⁹⁷ O Direito, assim, passa a ser compreendido em função da sociedade, da ideologia, da alienação e da práxis, diversamente da concepção positivista. Elas não são estudadas como objeto do Direito; este é que é estudado pelo ponto de vista da *sociedade*, da *ideologia*, da *alienação* e da *práxis*. A sociedade não é concebida como ordem e progresso, mas como movimento social.⁹⁸ A *ideologia* é compreendida como uma imagem manipulada que a sociedade tem sobre ela mesma.⁹⁹ A *alienação* é o próprio produto da ideologia dominante, configurando-se como situação de inconsciência da grande maioria dos integrantes da socie-

⁹² Afirma COELHO, Luiz Fernando: “No que tange às escolas de orientação dogmática, a crítica revela que, deixando de considerar os aspectos éticos da ordem social e jurídica, garantida e legitimada pelo princípio jurídico, elas na verdade colocam o direito e a jurisprudência a serviço, não da paz, da ordem, da segurança, da liberdade e da justiça, mas das pessoas que se beneficiam de uma ordem social que deve ser mantida e a cujos interesses convém que permaneça inalterada. Isso se dá em detrimento das grandes massas de pessoas alijadas dos benefícios da cultura e da civilização, as quais têm interesse não na manutenção do ‘status quo’, mas em sua transformação no sentido de uma distribuição mais equânime dos bens, pelo menos daqueles considerados essenciais à sobrevivência e à dignidade”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 367).

⁹³ Pondera COELHO, Luiz Fernando: “Quanto à hermenêutica de orientação zetética, a crítica revela que suas diversas escolas, embora subordinem declaradamente o princípio dogmático a considerações sociopolíticas, acabam por reduzir-se a um dogmatismo encoberto. Em outras palavras, seus pressupostos são dogmáticos, pois nenhuma dessas escolas consegue desligar o direito da ideia de ordem vinculada à estatização da sociedade nem da noção idealista, anacrônica e evidentemente falsa do Estado como entidade situada acima da ordem social e neutralmente responsável por ela”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 367).

⁹⁴ Acrescenta MACHADO, Antônio Alberto: “O conhecimento crítico do direito supõe, naturalmente, um saber anti-dogmático em concreto diálogo com as determinantes sociais desse fenômeno. Portanto, o pensamento crítico parte da constatação de que o idealismo jurídico do universo teórico tradicional, limitado pelo conhecimento lógico-formal e meramente descritivo de normas e instituições, tal como positivadas pelo legislador racional, jamais responderá às necessidades empírico-dialéticas de um direito articulado com a base material da sociedade e concebido como instrumento de sua transformação”. (*Ministério Público, democracia e ensino jurídico*, p. 67).

⁹⁵ *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 287-288.

⁹⁶ Diz STRECK, Lenio Luiz: “[...] Esse processo implica a fusão de horizontes entre o novo (tornado visível ‘como’ novo – o Estado Democrático de Direito e seu perfil transformador) e o velho (compreendido ‘como’ velho, a partir do dar-se conta das crises de paradigmas antes delineadas). A crise ocorre exatamente nessa transição: o velho não morre, e o novo não nasce; o velho obnubila o novo, pois!”. (*Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 873).

⁹⁷ Assim, afirma COELHO, Luiz Fernando: “São significantes que se reportam a seus referenciais semânticos – a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis –, mas que ao mesmo tempo constituem pontos de vista especiais, instrumentos para pensar o direito. Daí a denominação categorias do pensamento crítico ou ‘categorias críticas’”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 384).

⁹⁸ COELHO, Luiz Fernando: “A sociedade é vista não como ordem e progresso, mas como movimento social, ou seja, organização dos movimentos sociais de grupos marginalizados que tendem à ascensão social, em conflito com indivíduos e grupos que tendem à manutenção do ‘status quo’.” (*Aulas de introdução ao direito*, p.384).

⁹⁹ COELHO, Luiz Fernando: “A ideologia é a imagem que a sociedade projeta dela mesma e dos indivíduos e agrupamentos que a integram, imagem geralmente inconsciente, manipulada por meio dos instrumentos de que dispõem os segmentos dominantes, no sentido de induzir comportamentos que atendam a seus interesses. Entre esses instrumentos, destacam-se a mídia, a educação e a indústria cultural”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 384).

dade sobre o papel que nela desempenham bem como sobre seus direitos fundamentais.¹⁰⁰ Por fim, a práxis, apresentada como a dimensão ética da teoria crítica do Direito, seria a união do saber com o fazer, visando, precipuamente, à transformação da realidade social.¹⁰¹

Com efeito, a teoria crítica do Direito, por intermédio de uma visão libertadora e emancipadora, construtiva e prospectiva, propõe a revisão e a superação da hermenêutica jurídica tradicional.

Em relação ao que foi analisado, observa-se que a *teoria crítica do Direito* é uma concepção teórica aberta e flexível. Ela propõe uma visão teórica emancipadora, livre de preconceitos ou de barreiras artificiais da racionalidade, bem como uma práxis transformadora da realidade social. Teoria e práxis são compreendidas em conjunto. A *dialética da participação* é sua proposta metodológica, a qual exige uma interação interdisciplinar efetiva, que tenha o condão de abranger várias dimensões teóricas num compromisso não só de compreender e interpretar mas também, principalmente, compreender e interpretar para transformar a realidade.¹⁰²

¹⁰⁰ COELHO, Luiz Fernando: “A alienação é o produto da ideologia, e significa a inconsciência dos membros da coletividade acerca do papel que realmente desempenham na sociedade. Ou seja, existem atitudes, crenças e comportamentos induzidos pela ideologia e aceitos como legítimos, mas que ocultam e dissimulam a atuação verdadeira; por exemplo, o representante político que se diz defensor do povo, mas que na verdade defende interesses particulares, ou o advogado que se julga honesto defensor de seus clientes, mas que se vale da corrupção e da mentira, o industrial que se julga criador de empregos e riqueza do país, mas que contribui para a miséria de populações inteiras na medida em que polui os rios e se entrega a práticas oligopolistas, e o magistrado ‘dogmático’ que se declara defensor das leis, em nome da certeza jurídica e da segurança jurídica, e ao mesmo tempo ignora as exigências da justiça material e os valores mais altos que pairam acima das leis, o juiz que se isola em sua solidão e não se mistura com o povo, em nome de falsa neutralidade ideológica”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 384-5).

¹⁰¹ COELHO, Luiz Fernando: “Finalmente, a práxis é a união entre o saber e o fazer. Equivale à dimensão ética da teoria crítica e importa a irrenunciável tarefa de engajamento político do jurista na defesa dos direitos fundamentais do homem, como ser humano e como cidadão, e a utilização das expressões históricas do direito para construção e reconstrução da sociedade e do próprio direito como justiça”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 385).

¹⁰² Nesse sentido, COELHO, Luiz Fernando: “[...] a dialética da participação exige a elaboração de categorias que só ganham sentido enquanto instrumentos de uma realidade histórica concreta, a qual por sua vez também só ganha sentido quando assumida pelos agentes envolvidos, de modo consciente, na práxis transformadora: ou seja, as categorias elaboradas por essa dialética da transformação não são apenas intérpretes da realidade, mas indicadores de uma estratégia política que catalisa o saber articulado com o fazer. São as categorias do pensamento crítico, ou ‘categorias críticas’.” (*Teoria crítica do Direito*, p. 45-46).

A partir da *teoria crítica do Direito* como uma das diretrizes reflexivas, propôs-se uma nova leitura constitucional, superadora de uma visão clássica em torno da *summa divisio Direito Público e Direito Privado*, que não corresponde ao Estado Democrático de Direito brasileiro e, por ainda prevalecer, tem impedido a transformação da realidade social.¹⁰³

Há, dentre outros, quatro grandes fundamentos que negam a *summa divisio clássica*. *Primeiro*, por ela partir de uma visão autoritária que impõe privilégios ao poder público, contrariamente aos direitos e interesses individuais e coletivos. *Segundo*, porque a *summa divisio* clássica pressupõe, pelo menos em tese, a separação entre o Estado e a Sociedade, dualismo esse incompatível com a concepção de Estado Democrático de Direito, pois todo poder emana do povo e em seu nome deverá ser exercido (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Na verdade, o Estado Democrático de Direito é a dimensão organizacional da própria sociedade. *Terceiro*, porque, em uma concepção crítica, de dimensão transformadora e na concepção do novo constitucionalismo, não basta o reconhecimento do Direito; torna-se fundamental também a sua proteção e efetivação concreta. Portanto, são imprescindíveis a compreensão e o enquadramento metodológico do Direito no plano de sua proteção e de sua efetivação, não sendo suficiente a natureza jurídica ou a qualidade de parte como parâmetros de enquadramento metodológico. *Quarto*, porque, no caso precisamente do Brasil, a Constituição Federal consagrou expressamente uma nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada: *Direito Coletivo e Direito Individual*, inserindo-a no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), que compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, e, por isso, impõe as vadeiras diretrizes para enquadramento metodológico dos modelos explicativos do sistema jurídico.

Não é de admitir, portanto, nenhuma concepção fechada que não faça da Constituição um constituir transformador da realidade social. Da mesma forma, não podem ser aceitas concepções fechadas que têm o Direito como *mera técnica* – ou como *mera técnica de dominação*. O Direito é instrumento de transformação com justiça da realidade social e deve ser compreendido como tal. O Direito é ciência e não mera técnica jurídica.

O Direito como mera técnica de manutenção do poder não tem, como muito bem enfatizou Rosa

¹⁰³ ALMEIDA, Gregório Assagra de: “[...] o modelo da *summa divisio* clássica Direito Público e Direito Privado, que ganhou corpo no Estado Absolutista e se consagrou no Estado Liberal de Direito, é atualmente um dos principais obstáculos ao combate à pobreza e às desigualdades sociais”. (*Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 415).

Maria de Andrade Nery, compromisso nem com o ser humano, nem com os seus valores, como aconteceu com o massacre humanitário provocado pelo nazismo alemão, em que havia técnica jurídica, mas não havia valores, nem a identificação do Direito como ciência.¹⁰⁴

1.10.5 - TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E O ACESSO À JUSTIÇA

O enfoque sobre o acesso à justiça *como movimento de pensamento* constitui atualmente um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, que ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia do seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social.

Não há como pensar no Direito, hoje, sem pensar no acesso a uma ordem jurídica adequada e justa. Direito sem efetividade não faz sentido. Da mesma forma, não há democracia sem acesso à justiça, que é o mais fundamental dos direitos, pois dele, como manifestaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth,¹⁰⁵ é que depende a viabilização dos demais direitos. Com efeito, a problemática do acesso à justiça é, atualmente, a pedra de toque de reestruturação da própria ciência do Direito.

1.10.6 - UM NOVO CONCEITO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

O estudo do acesso à justiça pressupõe a compreensão dos problemas sociais. Não é mais aceitável o enfoque meramente dogmático-formalista. Cappelletti, um dos estudiosos mais autorizados a falar sobre a matéria, esclarece que o dogmatismo jurídico é uma forma degenerativa do positivismo jurídico, que conduziu a uma simplificação irrealística do próprio Direito ao seu aspecto normativo, deixando de lado outros valores não menos importantes, relacionados aos sujeitos, às instituições, aos procedimentos, aos deveres e responsabilidades das partes, dos juízes e dos próprios juristas.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Acrescenta ANDRADE NERY, Rosa Maria de: "A estrutura técnico-normativa do Estado nazista autorizava muitas das condutas hoje identificadas como repugnantes e aviltantes do homem e de sua dignidade. A estrutura técnico-normativa do nazismo era técnica, mas não científica". (*Noções preliminares de Direito Civil*, p. 22-23).

¹⁰⁵ Acesso à justiça, p. 11-2.

¹⁰⁶ Concluiu CAPPELLETTI, Mauro: "Nesta impostação formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do 'resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado', com a 'doutrina do silogismo judicial segundo a qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo [...]'. Não menos importante é o fato de que nesta impostação formalística, acaba por haver uma identificação do direito positivo com a justiça, ou seja, que é o mesmo, uma recusa de avaliar

A atenção dos juristas, antes voltada para a ordem normativa, hoje somente tem sentido se também direcionada para a realidade social em que esta ordem normativa está inserida;¹⁰⁷ está voltada para a efetividade dos direitos, principalmente para os direitos constitucionais fundamentais.

Assinala Roberto Omar Berizonce que a transformação do pensamento jurídico passa, fundamentalmente, por duas vertentes: a) *uma renovação metodológica*, caracterizada pela utilização da investigação sociológica e análise histórico-comparativa dos estudos dos problemas e, sobremaneira, pelas propostas de soluções de política legislativa; b) a concepção do ordenamento jurídico como um verdadeiro *instrumento de transformação social*, visão esta superadora das tradicionais missões de proteção e sanção.¹⁰⁸

Novamente Cappelletti ressalta que o aspecto normativo do Direito não é renegado, mas visto como um dos elementos em relação aos quais devem ser observadas em primeiro plano as pessoas, as instituições e os processos, pois é por intermédio deles que o Direito vive, forma-se, desenvolve-se e impõe-se.¹⁰⁹

Cappelletti chega a propor, para substituir a *concessão unidimensional*, limitada à análise da norma, uma *concessão tridimensional do Direito e da sua análise*, que se constitui: a) na análise do problema da necessidade social que um determinado setor do direito deverá resolver; b) na análise da resposta ou solução prevista para a hipótese nos planos normativo, institucional e processual; c) na análise crítica dos resultados, dentro do plano social *lato sensu* (econômico, político etc.), que

o direito positivo tendo como base os critérios de justiça, sociais, éticos, políticos, econômicos". (O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, n. 61, p. 144).

¹⁰⁷ Nesse sentido, BERIZONCE, Roberto Omar. *Efectivo acceso a la justicia*: prólogo de Mauro Cappelletti, p. 11.

¹⁰⁸ *Efectivo acceso a la justicia*: prólogo de Mauro Cappelletti, p. 11-2.

¹⁰⁹ Acrescenta CAPPELLETTI, Mauro: "Em outras palavras, o direito é visto não como um sistema separado, autônomo, auto-suficiente, 'autopoético', mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social, onde isto não se pode fazer artificialmente isolado da economia, da moral, da política: se afirma, assim, aquilo que foi chamada a Concessão 'Contextual' do direito. Para dar um exemplo, não há mais sentido estudar, ou conceber ou ensinar o direito processual exclusivamente em seus aspectos normativos: estes vão integrar, afirmo, na visão de alguns destes atores (partes, juiz, testemunhas etc), das instituições e dos procedimentos examinados sob os aspectos sociais, éticos, culturais, econômicos, a 'acessibilidade', em suma, do fenômeno processual ao indivíduo, aos grupos, e à sociedade". (Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, n. 61, p. 146).

deverão ser produzidos, concretamente, no âmbito da sociedade.¹¹⁰

1.10.7 - O ACESSO À JUSTIÇA PARA ALÉM DO JUDICIÁRIO

Essa visão de acesso à justiça não representa apenas o acesso ao Judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o Ministério Público, a Arbitragem, a Defensoria Pública etc. Até no plano jurisdicional, o direito de acesso à justiça não é só o direito de ingresso ou o direito à observância dos princípios constitucionais do processo, mas também o Direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). A decisão que se projeta para fora, atingindo as pessoas, como resultado da prestação jurisdicional, deverá ser constitucionalmente adequada e justa.¹¹¹

1.10.8 - O ACESSO À JUSTIÇA COMO MÉTODO DE PENSAMENTO

A concepção democrática do Direito impõe a união entre teoria e práxis, entre teoria e resultado, entre Direito e sua efetividade material. Os modelos teóricos explicativos devem atentar para esse binômio: Direito-efetividade.

A própria *ciência jurídica* é atualmente concebida como uma *ciência prática*, voltada para casos concretos, e abrange as três dimensões da dogmática jurídica: a *analítica*, a *empírica* e a *normativa*. A conjugação dessas três dimensões revela o caráter integrativo e pluridimensional da ciência jurídica como ciência prática, que se desenvolve para a resolução de casos reais. Nesse sentido, Robert Alexy afirma que, por mais abstratos que possam ser os

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro: “A análise do jurista torna-se, desta forma, extremamente mais complexa, mas também mais fascinante e infinitamente mais realística; essa não se limita mais a acertar, por exemplo, que para promover o início de um processo ou para levantar uma impugnação, se devam observar certos procedimentos formais, mais implica, em outras palavras, em uma análise do ‘tempo’, necessário para obter o resultado desejado, dos ‘custos’ a afrontar, das ‘dificuldades’ também psicológicas a superar, dos ‘benefícios’ obtidos, etc.” (Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, n. 61, p. 146).

¹¹¹ A respeito da importância da justiça do caso concreto e sustentando a idéia do formalismo-valorativo com uma nova fase do direito processual, escreveu com precisão OLIVEIRA, Carlos Alberto de: “O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, idéias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual”. (Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo, p. 3).

enunciados ou as teorias da ciência jurídica, eles estão sempre ligados à solução de casos, mais precisamente à fundamentação de juízos jurídicos concretos do dever-ser.¹¹²

A *velha hermenêutica*, que tinha a *interpretação não-valorativa da lei* como a essência relativa à aplicação do Direito, é superada pela *nova hermenêutica constitucional*, cuja construção tem início após a Segunda Grande Guerra Mundial. Na nova *hermenêutica*, afirma Paulo Bonavides, *concretizam-se preceitos constitucionais*, de modo criativo, com a ponderação de valores, especialmente no plano dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, em relação aos quais a aplicabilidade imediata e a eficácia irradiante vinculatoria geral são uns dos seus traços característicos.¹¹³

Por outro lado, o *pensamento sistemático*, construído e desenvolvido pelo *positivismo legalista*, tornou-se o principal responsável pela elaboração de modelos classificatórios ou de enquadramento teórico meramente abstratos, fechados, autossuficientes, dentro dos quais não havia preocupação com a efetividade dos direitos ou com a realidade social e concreta. Atualmente, passa-se por um momento em que devem ser considerados também os problemas, as situações concretas e, fundamentalmente, o plano da proteção e da efetivação dos direitos, como condições legitimantes do próprio Direito. O período atual é de transição, de mudança de paradigma e nele assume relevância extraordinária o *pensamento problemático* que vê o Direito também como problema. Theodor Viehweg foi um dos grandes responsáveis pelo *início da virada* de paradigmática quando revisitou, com sua inserção no contexto da era atual, a tópica como técnica do pensamento que se orienta para o problema.¹¹⁴

¹¹² *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 33.

¹¹³ Explica BONAVIDES, Paulo: “[...] na Velha Hermenêutica ‘interpretava-se’ a lei, e a lei era tudo, e dela todo podia se retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, ‘concretiza-se’ o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional”. (*Curso de direito constitucional*, 18. ed., p. 633).

¹¹⁴ Escreveu VIEHWEG, Theodor: “Aristóteles introduziu em seu próprio trabalho filosófico o estilo mental dos sofistas e dos retóricos, sobretudo quando teve que tratar de uma minuciosa discussão de problemas. As investigações sobre as aporias no livro terceiro da *Metafísica* são um bom exemplo disso. Nasceu assim seu famoso método de trabalho aporético (1), que é exemplar para a filosofia moderna (24). O termo *aporia* designa precisamente uma questão que é estimulante e inludível, designa a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar, e que Boécio traduziu, talvez de modo frágil, pela palavra latina ‘dubitatio’. (2). A tópica pretende for-

1.10.9 - O ACESSO À JUSTIÇA COMO PARADIGMA PARA OS MODELOS EXPLICATIVOS DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS CONSAGRADOS NA CF/88

Essas mudanças de paradigma encontram amparo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e exigem novos modelos explicativos de enquadramento metodológico que levem em conta o Direito não só em relação ao que ele é, mas como ele *deve ser* para transformar a realidade social, como compromisso central do Direito e do próprio Estado Democrático de Direito. É fundamental a consideração da teoria e da práxis para que haja uma relação legítima e adequada de correspondência entre elas.

Na esteira desse raciocínio, defendeu-se um novo modelo explicativo, tomando em consideração duas das principais dimensões da nova concepção em torno do Direito no contexto do Estado Democrático: a) a dimensão da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no País, especialmente a diretriz constante no capítulo I do Título II da CF/88, que consagra uma nova *summa divisio*; b) a dimensão da proteção e da efetivação dos direitos, de forma que a proteção ou será ao Direito Individual ou ao Direito Coletivo.¹¹⁵

No plano do Direito processual, só existem dois tipos de processos: processo de tutela jurídica de direito individual e processo de tutela jurídica de direito coletivo. Em verdade, isso ocorre porque somente existem dois grandes blocos do Direito: Direito Individual e Direito Coletivo.

Ora, se as formas e os meios de proteção e de efetivação dos Direitos ou são coletivas ou são individuais, impõe-se um novo modelo de *summa divisio* superador do modelo clássico *Direito Público e Direito Privado*, o qual não leva em conta o plano da proteção ou da efetivação do Direito, mas outros valores que não são legítimos para um sistema constitucional democrático e servem apenas como bloqueio na construção de novos modelos que possibilitem ao Direito tornar-se realmente instrumento de transformação da realidade social.

Norberto Bobbio dizia que não adianta só reconhecer direitos ou declará-los formalmente. O mais importante atualmente é saber como efetivá-los, como garanti-los, evitando-se, assim, que sejam vio-

necer indicações de como se comportar em tais situações, a fim de não se ficar preso, sem saída. É, portanto, uma técnica do pensamento problemático". (*Tópica e jurisprudência*, p. 33).

¹¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 280-287.

lados continuamente.¹¹⁶ Essa efetivação constitui a problemática do acesso à justiça, novo método de pensamento que confere à ciência jurídica uma nova dimensão conceitual e impõe uma revisão completa nos modelos clássicos de enquadramento conceitual e metodológico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra preocupação quanto à proteção e efetivação dos direitos, ao consagrar o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXX), ao conferir dignidade constitucional a um rol enorme de ações constitucionais, individuais e coletivas, especialmente coletivas (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII, e art. 129, III, etc.) e, também, ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, § 1º).

A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é garantia constitucional fundamental e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem incidência tanto em relação aos direitos e garantias constitucionais fundamentais individuais quanto aos coletivos.

Consideraram-se essas diretrizes na sistematização da nova *summa divisio*, bem como para a fixação das regras e dos princípios de interpretação e aplicação do Direito Material Coletivo, em suas diversas dimensões.¹¹⁷

A exigência de efetividade dos direitos é diretriz que traça o espírito da CF/88; sua incidência alcança todos os planos do exercício do poder. A própria exigência de *eficiência* da administração pública, na condição de princípio da administração pública (art. 37, *caput*, da CF/88), decorre dessa visão principiológica em torno da efetividade dos direitos.

A própria compreensão da Constituição somente tem sentido se for levado em consideração o plano da sua aplicação. Pela nova hermenêutica constitucional, fala-se em interpretação-concreção da Constituição como lei fundamental. Portanto, o verdadeiro sentido da Constituição prende-se à sua concretização.¹¹⁸

¹¹⁶ Disse BOBBIO, Norberto: "Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados [...]". (*A era dos direitos*, p. 25).

¹¹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 284-7.

¹¹⁸ Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz: "A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das significações. Por isso, a interpre-

A discussão atual em torno da proteção e da efetivação dos direitos, propondo a implantação de novas formas, novos meios de solução de conflitos, é realmente o ponto mais importante para fazer do Direito instrumento legítimo de transformação, com justiça, da realidade social. Não adianta somente a interpretação constitucional e a formulação de novas diretrizes teóricas. Os resultados concretos são essenciais e a explicitação de meios e canais, para o cumprimento dos compromissos assumidos no pacto constitucional, depende de uma visão crítica, como afirmou Konrad Hesse.¹¹⁹

Por outro lado, a discussão em torno dos pontos de tensão entre segurança jurídica e efetividade deve ser superada por uma pauta de análise que leve em conta, acima de tudo, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais,¹²⁰ principalmente aqueles que compõem as necessidades humanas básicas.¹²¹

tação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é – parafraseando Radbruch – ‘o resultado do seu resultado’, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que ‘cercam’ desde sempre o intérprete”. (Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MOARES, Filomeno. (Coord.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte, p. 541).

¹¹⁹ Ressaltou HESSE, Konrad: “[...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado”. (**A força normativa da Constituição**, p. 27).

¹²⁰ Para OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de., estamos agora em quarta-fase do direito processual, a do formalismo-valorativo, onde o processo: “[...] é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o segurança, dão lugar a direitos humanos, com características de normas principais. A técnica passa segundo plano, como mero meio para atingir o valor”. (**Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, p. 3).

¹²¹ GUSTIN, Miracy B. S.: “Afirma-se, de antemão, que as necessidades humanas básicas diferem dos interesses e desejos. Enquanto as necessidades parecem referir-se aos constrangimentos à obtenção ou ao atingimento de objetivos ou fins específicos que são geralmente aceitos como naturais e/ou morais, os interesses e desejos dizem respeito à esfera precípua da volição. Portanto, justificam-se em razão de fins individuais, contrariamente às necessidades, que são generalizantes”. (**Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito, p. 9).

1.10.10 - A IMPORTÂNCIA DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como analisar a relação entre a concepção crítica do Direito e as funções constitucionais do Ministério Público?

O Ministério Público brasileiro assumiu função social primordial com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 127/129 c/c o art. 1º, o art. 3º e o Título II). Passou a ser instituição de defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tornando-se instituição detentora de função promocional de mudança da realidade social.

Nesse contexto, não seria compatível com o papel constitucional do Ministério Público uma visão meramente fechada e unidimensional do fenômeno jurídico. É fundamental que se compreenda a Instituição e o seu compromisso constitucional por intermédio de uma visão pluridimensional do fenômeno jurídico. Essa visão deverá abranger a fenomenologia, a deontologia e a ontologia, contrapondo-as e desmistificando-as, de forma a extrair as diretrizes fundamentais para a atuação da Instituição na promoção efetiva da mudança da realidade social.

Para tanto, a Teoria Crítica do Direito, por englobar o Direito como *aquilo que é e aquilo que deve e pode ser* – isso em uma visão abrangente, emancipadora e transformadora –, contribui, e muito, para que o Ministério Público, como instituição fundamental de defesa social, possa melhor compreender e melhor exercer as suas funções constitucionais dentro do processo de democratização da sociedade brasileira e de suas instituições fundamentais.

As categorias do pensamento crítico (sociedade, ideologia, alienação e práxis), acima analisadas, devem estar presentes em todas as reflexões que envolvam a atuação do Ministério Público e os seus compromissos constitucionais, principalmente os que estão diretamente relacionados com o princípio da transformação social, consagrado no art. 3º da CF/1988. Por intermédio dessas diretrizes teóricas e reflexivas, a Instituição e seus membros terão melhores condições para compreender adequadamente o próprio Direito e os desafios que existem para a garantia do acesso à justiça como um dos mais básicos e importantes direitos fundamentais.

1.10.11 - CONCLUSÕES

1. *A teoria crítica do Direito* é um movimento de pensamento integrado por várias correntes teóricas que possuem como causa comum a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma

realidade socialmente injusta ou que possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais.

2. O enfoque sobre o acesso à justiça *como movimento de pensamento* a partir da teoria crítica do direito constitui, atualmente, um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, permitindo a análise do direito, especialmente dos direitos fundamentais, no plano da sua efetivação, o que é fator imprescindível para a mudança da realidade social, especialmente para atender, no caso do Brasil, que ainda não passou por uma transformação social, as diretrizes fixadas no art. 3º da CF/88.

3. Nesse contexto, o acesso à justiça deve ser concebido e compreendido nos dois planos do Direito: o plano dos direitos individuais e o plano dos direitos coletivos, conforme exigência da teoria dos direitos e garantias fundamentais adotada na CF/88 (Título II, Capítulo I).

4. A teoria crítica do direito é a diretriz filosófica mais adequada para a compreensão e a implementação dos compromissos constitucionais do Ministério Público.

1.11 - ALGUNS FATORES CONSTITUCIONAIS DE AMPLIAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.11.1 - A IMPORTÂNCIA DA PREOCUPAÇÃO COM A LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Afirmamos em tópicos anteriores que o Ministério Público brasileiro passou a ser, a partir da CF/88, uma grande instituição de promoção social, com atribuições constitucionais para atuar em todas as áreas relacionadas com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essas diretrizes constitucionais demonstram a importância da preocupação com a legitimação social do Ministério Público como instituição.

O fato de os membros do Ministério Público não serem, nos termos do modelo constitucional brasileiro, escolhidos diretamente pelo povo não impede, porém, que a Instituição tenha legitimação social. Primeiro porque o acesso à Instituição se dá após um disputado concurso de provas e títulos, exigido constitucionalmente; depois porque a verdadeira legitimação social do Ministério Público deverá advir da sua efetiva e eficiente atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88).

Não é, contudo, qualquer tipo de atuação que irá constituir-se em fator de ampliação da legitimação social do Ministério Público; daí a importância em se compreender o verdadeiro perfil constitucional da Instituição e suas dimensões no novo constitucionalismo.

Partindo dessa nova leitura constitucional dos compromissos e desafios do Ministério Público brasileiro, apresentaremos, na seqüência, alguns fatores constitucionais importantes para a ampliação da sua legitimidade social; outros existem, mas escolhemos mostrar aqueles que consideramos mais relevantes nesta etapa de maturação e de construção do Ministério Público como instituição constitucional.

1.11.2 - PRIORIZAÇÃO DA ATUAÇÃO PREVENTIVA¹²²

O Ministério Público brasileiro já passou por alguns grandes momentos históricos. O primeiro deles pode ser apontado como o de reconhecimento como instituição, o que aconteceu com o advento da república, durante o Governo Provisório, por força do trabalho do então Ministro Campos Salles. O segundo pode ser indicado como sendo o decorrente da Lei Complementar Federal nº 40/81, que foi a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assim considerada porque definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público nacional e dispôs sobre as suas principais atribuições, garantias e vedações. Um terceiro grande momento ocorreu com o advento da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa dos interesses e direitos difusos e coletivos, além de ter criado o inquérito civil. O Ministério Público começa a ter aqui função promocional de transformação da realidade social. Um quarto momento pode ser apontado com o advento da CF/88, o mais significativo e transformador de todos, conforme motivos já aduzidos acima.

Agora entendemos que resta a construção de um quinto grande momento histórico. No entanto, ele não ocorrerá do dia para a noite, nem se dará com simples alteração da lei ou da Constituição. Ele se dará com a mudança cultural no seio da Instituição e com a elaboração de técnicas e estudos que possam fazer com que o Ministério Público possa priorizar a mais significativa e importante tutela jurídica do Estado Democrático de Direito: a tutela preventiva.

¹²² Sobre o tema, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: **MPMG Jurídico**. Ano I, n. 1, setembro 2005, p. 13-16. Também, ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. p. 151-154.

A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF/88).

Por intermédio da tutela jurídica preventiva, poderá ser atacado diretamente, em uma das suas dimensões, o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é objeto da tutela jurídica repressiva, mais precisamente a ressarcitória.

Ocorre que muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente, a saúde do consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação *in natura*. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88).

Ora, se ao Ministério Público como Instituição incumbe a defesa do regime democrático, a ele incumbe prioritariamente a defesa preventiva da sociedade, pois é essa, repita-se, a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito.

Contudo, como é cediço, a atuação da Instituição no País é predominantemente repressiva, que se dá em grande parte nos momentos patológicos da conflituosidade social. A prova disso é a atuação criminal, que por natureza é repressiva.

O que adianta punir criminalmente sem compreender, por intermédio de estudos e de dados estatísticos, as causas dessa criminalidade? São justamente essas causas que devem ser atacadas com prioridade. A exigência de políticas públicas específicas nesses casos é fundamental.

Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao erário. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público.

Em vez de esperar a aplicação de lei inconstitucional com danos sociais, é mais recomendável que se priorize o controle da constitucionalidade para que seja evitada a aplicação da lei ou do ato normativo inconstitucional.

Essa mudança de paradigma é uma exigência do Estado Democrático de Direito brasileiro, na sua condição de Estado da Justiça material, de Estado da transformação da realidade social.

O Estado Democrático de Direito, diferentemente das outras formas de Estado, tem um compromisso nuclear: transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e a outros valores. Essa transformação da realidade social com justiça também é compromisso do Ministério Público como defensor do regime democrático (art. 1º e art. 127, *caput*, ambos da CF/88).

Portanto, o papel do Ministério Público resolutivo, na defesa dos interesses sociais, deve ser exercido de forma efetiva em todas as suas esferas de atuação. Na área criminal, é imprescindível a sua inserção no seio social, para que venha a se inteirar das verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas públicas específicas do Poder Público, além de atuar diretamente nas investigações das condutas criminosas que mais abalam a sociedade, de forma a combater com rigor e eficiência o crime organizado e permitir que o Direito penal tenha eficácia social.

Na área coletiva, o Ministério Público deverá priorizar a atuação preventiva para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater de modo articulado e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados¹²³.

Na sua atuação extrajurisdicional, como grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, o Ministério Público assume função social-pedagógica, mediante a educação da coletividade para o exercício da cidadania e das organizações sociais. E isso a Instituição poderá fazer pelas recomendações, pelas audiências públicas e também pelo termo de ajustamento de conduta.

É de se destacar que a forma mais legítima de realização do direito não vem da capacidade de decidir e de fazer imperar decisões, mas do diálogo, da interpretação negociada da norma jurídica.

Mesmo para o Ministério Público demandista a priorização da atuação preventiva é fundamental, principalmente quanto ao ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória, evitando-se assim a prática do ilícito, sua continuidade ou repetição.

¹²³ A respeito desse novo perfil constitucional do Ministério Público, escreve TEPEDINO, Gustavo: “[...] o Ministério Público deixa de atuar simplesmente nos momentos patológicos, em que ocorre lesão a interesse público, sendo convocado a intervir de modo permanente, promovendo o projeto constitucional e a efetividade dos valores consagrados pelo ordenamento”. **Temas de direito civil**, p. 300.

1.11.3 - EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PEDAGÓGICA DA CIDADANIA: UM COMPROMISSO CONSTITUCIONAL SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, 3º, 6º, 127, CAPUT, E 205 DA CF/88)

Um dos grandes problemas educacionais no Brasil, talvez um dos mais graves, decorre do fato de nosso ensino ser muito formal e distante dos direitos da cidadania. O aluno, no ensino primário e secundário, é obrigado a estudar e a aprender matemática, química e física, mas não aprende o mais importante para a sua convivência social: os direitos e deveres para o exercício da cidadania e da convivência democrática. Ele sai do ensino médio sem saber quais são os seus direitos políticos, os seus principais direitos fundamentais, os seus direitos como trabalhador, como segurado da previdência social, como consumidor etc. Ele nem sabe quais são as vias legítimas de acesso a esses direitos. Grande parte dos cidadãos brasileiros ainda pensa que o Promotor de Justiça está subordinado ao Juiz. Essa grande massa popular não conhece o Ministério Público, não conhece o Poder Judiciário e nem tem noção dos seus compromissos constitucionais e, assim, não consegue exercer a fiscalização legítima e necessária dessas e de outras instituições constitucionais.

O ensino no País contribui para a exclusão de um grande contingente popular do processo democrático e não cumpre os objetivos e princípios informadores da educação, estabelecidos no art. 205 da CF/88, especialmente o *pleno desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania*¹²⁴. Até que haja a reestruturação do ensino médio no Brasil, a imprensa e as instituições de defesa social, como o Ministério Público, têm um compromisso, imposto constitucionalmente, de contribuir para a divulgação dos direitos e deveres inerentes à cidadania, possibilitando que um maior número de cidadãos participem efetivamente do processo de democratização da sociedade brasileira e, com isso, não fiquem dispersos e sujeitos a manobras imorais e espúrias do poder político e econômico¹²⁵.

¹²⁴ Estabelece o art. 205 da CF/88: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Ao comentar o dispositivo, escreveu SILVA, José Afonso da: "O art. 205 prevê três objetivos básicos da educação: (a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; (c) qualificação da pessoa para o trabalho. Integram-se, nestes objetivos, valores antropológico-culturais, políticos e profissionais". **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 784-785.

¹²⁵ Ao sustentarem a necessidade de um pensamento complexo, escreveu MORIN, Edgar: "O conhecimento deve certamente utilizar a abstração, mas procurando construir por referência do contexto. A compreensão dos dados particulares necessita da ativação da inteligência geral e

Esse compromisso com a *função pedagógica da cidadania*, além de fundamentar-se no parágrafo único do art. 1º da CF/88, onde está estabelecido que "Todo o poder emana do povo, exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", também é desmembramento do *princípio da solidariedade coletiva*, presente no art. 3º, I, da CF/88, constituindo-se, também, em *direito social fundamental* (arts. 6º e 205, ambos da CF/88), fundado na própria *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF/88).

Assim, o exercício da função pedagógica da cidadania está enquadrado no âmbito do rol das matérias de *interesse social*, inserindo-se como um dos deveres constitucionais do Ministério Público, presente no art. 127, *caput*, da CF/88.

Além das cartilhas cidadãs, da divulgação e da transparência em relação às medidas e às ações da Instituição, o mecanismo da audiência pública é um legítimo canal para que o Ministério Público, em pleno diálogo com a sociedade, possa exercer, efetivamente, essa função pedagógica da cidadania, ampliando a sua legitimação social.

1.11.4 - REALIZAÇÃO PERIÓDICA DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS¹²⁶

O mecanismo da audiência pública é um forte canal de ampliação e de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público, seja por permitir um diálogo mais direto com a sociedade, seja por permitir que a Instituição estabeleça seu programa de atuação funcional a partir das propostas e das reclamações da própria sociedade.

A *audiência pública* encontra-se fundamentada no *princípio constitucional do exercício direto da*

a mobilização dos conhecimentos de conjunto. Marcel Mauss dizia: 'É preciso recompor o todo'. Acrescentemos: é preciso mobilizar o todo. Certamente, é impossível conhecer tudo do mundo, bem como apreender suas transformações multiformes. Mas, por mais aleatório que seja, o conhecimento dos problemas-chave do mundo deve ser perseguido, sob pena da imbecilidade cognitiva. Tanto mais que hoje o contexto de todo conhecimento político, econômico, antropológico, ecológico constitui o próprio mundo. É o problema universal para todo cidadão: como adquirir a possibilidade de articular e organizar as informações sobre o mundo. Mas para articulá-las e organizá-las é preciso uma reforma do pensamento". O pensamento complexo, um pensamento que pensa. In: MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Lê. Tradução de Nirimar Maria Falcí. **A inteligência da complexidade**. 3 ed. São Paulo: Peirópolis, 2000. p. 207-208.

¹²⁶ Nesse sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. *Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público*. In: **MPMG Jurídico**. Ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 9-15.

soberania popular, estabelecido no art. 1º, parágrafo único, da CF/88. Prevê o referido dispositivo constitucional que “Todo o poder emana do povo, exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Constitui-se, assim, mecanismo de exercício direto da soberania popular, pois o cidadão, por si, ou por seus entes sociais representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas adotadas ou a serem adotadas pelas autoridades públicas¹²⁷.

Com efeito, a audiência pública é desmembramento *direto do princípio democrático*, estatuído no art. 1º, *caput*, da CF/88, que tem a cidadania como um dos seus fundamentos (art. 1º, I, da CF/88)¹²⁸.

Faz-se importante ressaltar que o *direito à democracia* é apontado por Paulo Bonavides, ao lado dos *direitos à informação e ao pluralismo*, como direito fundamental de *quarta dimensão (geração)*, configurando-se como forma de democracia direta que marca o futuro da cidadania e a própria *liberdade de todos os povos*¹²⁹.

Assim, *audiência pública* é o mecanismo constitucional por intermédio do qual as autoridades públicas e os agentes públicos em geral abrem as portas do poder público à sociedade para facilitar o exercício direto e legítimo da cidadania popular, em suas

várias dimensões, permitindo-se a apresentação de propostas, a apresentação de reclamações, a eliminação de dúvidas, a solicitação de providências, a fiscalização da atuação das instituições de defesa social, de forma a possibilitar e viabilizar a discussão em torno de temas socialmente relevantes.

O Ministério Público pode (e deve) realizar audiências públicas com periodicidade definida. Na condição de instituição de defesa social e de promoção da transformação, com justiça, da realidade social (arts. 1º, 3º, 127 e 129, todos da CF/88), o Ministério Público deve permitir a participação direta da sociedade na elaboração dos seus Programas de Atuação Funcional, bem como esclarecer os cidadãos e seus entes representativos sobre as medidas adotadas pela Instituição, conduzindo o *princípio participativo*, desmembramento natural do *princípio democrático*, ao seu grau máximo de efetivação e concretização.

Não há um dispositivo expresso na Constituição que exija a realização de audiências públicas pelo Ministério Público¹³⁰, contudo, há um conjunto de direitos, garantias e princípios constitucionais, expressos e implícitos, que impõem a ampliação e a facilitação do exercício direto da democracia pela participação popular, o que deve ser fomentado pelas instituições democráticas de defesa social, como é o caso do Ministério Público.

Entretanto, o fato de a audiência pública estar fundamentada no direito político de participação não significa que ela somente se dirige ao cidadão em seu sentido restrito. Os seus entes representativos bem como outras pessoas jurídicas dela também podem participar. É o que esclarece Hugo Nigro Mazzilli:

Além do membro do Ministério Público, que a presidirá, dos funcionários desta instituição, que darão suporte e apoio ao primeiro, e das pessoas que forem nominalmente convidadas para o evento, ainda poderão participar da audiência, sem caráter taxativo: a) representantes de associações civis interessadas; b) as autoridades públicas interessadas ou que tenham competência para analisar a questão em exame; c) as entidades sindicais relacionadas com o objeto da audiência; d) as universidades ou faculdades, bem como entidades acadêmicas que tenham conhecimento técnicos sobre o tema em questão; e) especialistas, peritos e técnicos, que compareçam sob convite ou espontaneamente; f) qualquer pessoa que tenha interesse geral na questão objeto da audiência¹³¹.

É o que também dispõe a Resolução PGJ nº 43/2006, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

¹²⁷ Sobre o exercício do poder diretamente pelo povo, aduz SILVA, José Afonso: “O poder que o povo exerce diretamente. O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo. As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos ‘democracia semidireta’, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como: a iniciativa popular, pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao legislativo de lei ao Legislativo; o referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo Legislativo devem ser subjetivos à vontade popular; o plebiscito é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere porque este ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida [...]”. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40-1.

¹²⁸ Sustenta RODRIGUES, Geisa de Assis: “A audiência pública é um importante instrumento do Estado democrático de Direito construído a partir da extensão do princípio da audiência individual [...]”. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 94.

¹²⁹ Afirma BONAVIDES, Paulo: “A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema [...]”. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 525-526.

¹³⁰ O art. 58, § 2º, da CF/88, prevê a realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional.

¹³¹ **Inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 330.

Art. 3º A audiência é aberta a todos os interessados, pessoas físicas, pessoas jurídicas e demais entidades, que deverão assinar lista de presença, sendo que a participação dar-se-á na condição de expositor ou de colaborador, os quais poderão apresentar informações ou propostas orais ou por escrito quanto aos temas a serem abordados.

No plano infraconstitucional, a realização de audiência pública pelo Ministério Público tem amparo em texto expresso de lei. É o que prevê o art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

Art. 27 Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

[...]

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no 'caput' deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

A Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, não tem previsão expressa sobre a realização de audiência pública pelo Ministério Público da União; porém, isso não impede que os Ministérios Públicos da União a realizem, conforme muito bem ponderou o Procurador da República, Alexandre Amaral Gavronski:

Verdadeiro mecanismo de 'participação' [democracia participativa] do cidadão na tomada de decisões de interesse coletivo, decorrência natural do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), a audiência pública não depende de lei ou regulamento para ter cabimento; esta só é necessária para fazê-la obrigatória. Por tal razão, assume pouca relevância a omissão da Lei Complementar nº 75/93 sobre o assunto, diferentemente da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que inclui explicitamente dentre as funções da Instituição 'promover audiências públicas para, no exercício da defesa dos direitos assegurados na Constituição, garantir-lhes o respeito por parte dos poderes públicos, concessionários e permissionários de serviço público e entidades que exerçam função delegada (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8625/903). Assim, tratando-se de colaboração da cidadania ao Ministério Público, cabe ao membro com atribuição para a matéria decidir se cabe ou não sua realização¹³².

A audiência pública é mecanismo constitucional fundamental de participação democrática, decorrente do exercício direto da soberania pelo povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/88) e que se sujeita a vários princípios orientadores. Alguns desses princípios merecem especial destaque.

a) *Princípio democrático* (art. 1º da CF/88). O princípio democrático é o mais importante de todos os princípios; é a cláusula-mãe das audiências públicas, por força do qual se impõe a fomentação da participação popular e, ao mesmo tempo, proíbem-se atitudes restritivas em relação ao acesso à audiência pública.

b) *Princípio da publicidade ampla, irrestrita e popular* (art. 5º, LX, e 37, *caput*, da CF/88). À audiência pública deve ser conferida a máxima publicidade, com sua divulgação por todos os meios legítimos, tais como editais, convites e outros veículos de comunicação.

c) *Princípio do retorno ou da resposta à sociedade ou ao cidadão ou da prestação de contas das medidas e dos resultados* (art. 5º, XXXIV, *a*, da CF/88). Por força desse princípio, as autoridades públicas devem prestar contas das medidas tomadas bem como, em sendo possível, de quais foram os seus resultados. Esse princípio é desmembramento do direito de petição, na sua condição de garantia constitucional fundamental.

d) *Princípio da periodicidade*. A audiência pública, como é mecanismo constitucional de exercício direto da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF/88) e condição legitimadora das instituições democráticas de defesa social, deve ser realizado com periodicidade, atendendo-se as peculiaridades dos interesses sociais de cada região do País.

e) *Princípio da solenidade relativizada*. A audiência pública sempre deve ser presidida por uma ou mais autoridades e deve procurar observar, em prol da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88), um procedimento que lhe permita ter um início, um meio e um fim. Daí o seu caráter solene. Contudo, não se deve imprimir à audiência pública um caráter solene e formal que venha constranger o cidadão e impedir ou dificultar o exercício direto de sua soberania.

f) *Princípio da não-taxatividade em abstrato ou da não-limitação em abstrato do objeto da audiência pública*. O rol dos direitos e garantias constitucionais é meramente exemplificativo (art. 5º, § 2º, da CF/88). Em relação ao Ministério Público, especialmente, incidem os princípios da não-limitação ou da não-taxatividade da defesa dos direitos ou interesses individuais indisponíveis e dos direitos ou interesses difusos e coletivos (arts. 127, *caput*, e art. 129, III, ambos da CF/88). Com

¹³² GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Tutela coletiva**: visão geral e atuação extrajudicial. Brasília: ESMPU Manual de

base nisso e em outras diretrizes constitucionais, não é permitida a limitação em abstrato do objeto da audiência pública, a qual poderá ser designada para discutir questões relativas tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos. Essa orientação não impede a designação de audiência extraordinária para discutir fatos ou temas determinados, tais como um dano ambiental, o funcionamento de um certo hospital etc.

g) *Princípio do prévio agendamento e da escolha adequada de dia, local e horário que facilite o acesso do público diretamente interessado.* A audiência pública deverá ser designada com uma relativa antecedência da data de sua realização. Com isso, os interessados podem agendar seus compromissos e comparecer ao evento público. A escolha de dia, local e horário tem de ser criteriosa para permitir e facilitar o acesso do público diretamente interessado, em maior número possível¹³³.

h) *Princípio da oralidade e da informalidade.* A audiência pública, não obstante seja ato complexo com relativa dose de solenidade decorrente da presença de uma ou mais autoridades que a presidem, é regida pelo princípio da oralidade e da informalidade, impostos como forma de facilitar a ampla participação e o debate do público interessado, o que não significa que não deve haver o registro formal dos atos da audiência.¹³⁴ A gravação da audiência, com a subsequente transcrição da fita, é medida que se impõe.

Por tudo que foi dito, percebe-se que existem múltiplas finalidades das audiências públicas. Entre elas convém destacar o debate sobre fato determinado, a coleta de propostas ou reclamações, a divulgação de medidas e resultados e o exercício da função pedagógica da cidadania.

Geisa de Assis Rodrigues aponta as funções da audiência pública:

¹³³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral demonstra, com muita precisão de raciocínio, a necessidade de expedição de convite ao público com a antecedência necessária e a escolha do local que facilite o acesso dos interessados. **Tutela coletiva:** visão geral e atuação extrajudicial. Brasília: ESMP Manual de atuação, 2006, p. 92.

¹³⁴ A respeito da oralidade e da informalidade da audiência pública, explica RODRIGUES, Geisa de Assis: “O que caracteriza a audiência pública é a existência do debate oral e informal, embora ordenado pelo órgão que a preside, sobre uma medida administrativa qualquer que tenha repercussão social. Na audiência pública, ao mesmo tempo que se informa o ter e implicações da medida administrativa analisada, se consulta a opinião sobre o assunto, sem contudo haver a vinculação da vontade do administrador, posto que na audiência pública se tem voz mas não voto. Não se confunde com os atos de colegiados públicos nos quais só participa quem é formalmente autorizado. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática”. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 95.

[...] a audiência pública tem as seguintes funções: a) permite ao administrado verificar objetivamente a razoabilidade da medida administrativa; b) é um mecanismo idôneo de formação de consenso da opinião pública a respeito da juridicidade e conveniência de uma atuação do Estado; c) garante a transparência dos procedimentos decisórios do Estado; d) é um elemento de democratização do exercício do poder; e) é um modo de participação cidadã na gestão da Coisa pública, concretizando os princípios políticos e constitucionais de democracia participativa; f) tem uma importante função preventiva, pois pode evitar os prejuízos causados por uma intervenção administrativa inadequada¹³⁵.

Lei infraconstitucional, decisões judiciais ou medidas administrativas não podem limitar, em abstrato, o objeto da audiência pública, tendo em vista a fundamentação constitucional dos seus princípios orientadores, como os acima expostos.

E mais: poderão ser realizadas audiências públicas com periodicidade previamente determinada ou audiências públicas extraordinárias, voltadas para o debate de questões e fatos específicos.

Como mecanismo constitucional que é, a realização de audiência pública poderá se dar de ofício pelos órgãos das instituições democráticas de defesa social bem como mediante provocação de interessado ou interessados.

Em relação ao Ministério Público, a audiência pública poderá ser realizada também no curso ou no final do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo assim como fora deles para, entre outras finalidades, colher elementos para a elaboração de programas de atuação funcional da Instituição, gerais, regionais ou locais ou ainda para a divulgação de medidas e resultados dos trabalhos institucionais.

Precisamente no âmbito da tutela coletiva pelo Ministério Público Federal, aduziu Alexandre Amaral Gavronski:

Como já referido, a tutela coletiva põe o membro do Ministério Público Federal frente a questões de grande interesse social, estranhas ao Direito e relacionadas a uma conflituosidade que, não raro, importa em difíceis opções, diante da necessária ponderação entre valores contrapostos e de grande significação para a sociedade. Para atuar nessas questões, a audiência pública é um excelente instrumento a nosso dispor se o objetivo for buscar informações gerais junto à comunidade envolvida sobre a violação a direitos coletivos que se apura (espécie de danos que vem causando, sua amplitude e decorrências), identificar a aspiração e as necessidades coletivas em dada questão, repartir com a comunidade interessada a responsabilidade quanto às decisões que se impõem ao mem-

¹³⁵ **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 95.

bro do Ministério Público Federal (ajuizar ou não uma ação, firmar compromisso de ajustamento de conduta nos termos aceitos pelo infrator ou optar pela discussão judicial, por exemplo) ou mesmo buscar o entendimento entre contendores cuja controvérsia vem afetando a comunidade. Para esta última finalidade, todavia, às vezes uma reunião reservada é mais proveitosa, dependendo do número de pessoas que influenciam na decisão e do grau de belicosidade existente entre os cidadãos afetados e os responsáveis pela violação dos direitos coletivos¹³⁶.

Hugo Nigro Mazzilli, ao escrever sobre o objeto das audiências públicas realizadas pelo Ministério Público, conclui:

Já no que diz respeito às audiências públicas a cargo do Ministério Público, o objeto não é, naturalmente, o mesmo das audiências públicas de caráter político-governamental; as audiências públicas cometidas ao Ministério Público são apenas um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e, mais especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo do interesse público e na defesa de interesses metaindividuais (como o efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, o adequado funcionamento dos serviços de relevância pública, o respeito ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos direitos dos consumidores, aos direitos das crianças e adolescentes, à produção e programação das emissoras de rádio e televisão, etc.)¹³⁷.

Inúmeras são as finalidades das audiências públicas que poderão ser realizadas pelo Ministério Público¹³⁸. Todavia, duas delas merecem especial destaque. A primeira é a elaboração dos Programas de Atuação Funcional. Com base nas propostas e reclamações colhidas em audiências públicas, o Ministério Público irá elaborar os seus Programas de Atuação Funcional (geral, regional e local), de forma a atuar em sintonia com as reais necessidades sociais. A segunda é a função pedagógica da cidadania a ser exercida pelo Ministério Público perante os cidadãos e seus entes representativos.

Por intermédio da audiência pública, os órgãos do Ministério Público podem dialogar com a so-

¹³⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Tutela coletiva**: visão geral e atuação extrajudicial. Brasília: ESMU Manual de atuação, 2006. p. 89-90.

¹³⁷ **Inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 326-7.

¹³⁸ Afirma MAZZILLI, Hugo Nigro: "Por meio das audiências públicas, o Ministério Público não se submete a uma assembléia popular, nem nelas se votam opções ou linhas de ação para a instituição, e sim por meio delas intenta o Ministério Público obter informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas, para haurir com mais legitimidade o fundamento de sua ação institucional". **Inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 327.

cidade, divulgando seus direitos e deveres, especialmente os constitucionais fundamentais, de forma a permitir a sua compreensão e ampliar o seu exercício pelo cidadão comum que não teve oportunidade de passar por uma instrução que siga os princípios informadores constantes do art. 205 da CF/88¹³⁹.

1.11.5 - COMBATE ARTICULADO E SISTEMATIZADO DAS CAUSAS GERADORAS DE DESIGUALDADES SOCIAIS (ART. 3º E ART. 127, CAPUT, DA CF/88): DA PERÍCIA PARA AS ESTATÍSTICAS E OS INDICADORES SOCIAIS – NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO INSTITUCIONAL E FISCALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

A promoção social está no núcleo do novo perfil constitucional do Ministério Público. A defesa do regime democrático e dos interesses sociais confirma o compromisso do Ministério Público com a transformação, com justiça, da realidade social (art. 127, *caput*, combinado com os arts. 1º e 3º, todos da CF/88).

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão a criação de uma sociedade livre, justa, solidária, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. Tendo em vista que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e que o Ministério Público é defensor do regime democrático, todos esses objetivos, elencados expressamente no art. 3º da CF/88, também vinculam o Ministério Público.

Para Marcelo Pedroso Goulart:

Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no 'movimento catártico' que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do 'momento corporativo' e particularista para o 'momento ético-político' de modificação do real¹⁴⁰.

Todavia, adverte Goulart que o Ministério Público ainda não conseguiu superar muitas barreiras: a velha Instituição (pré-88) morreu; porém o novo Ministério Público (pós-88) ainda não se firmou:

¹³⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público. In: **MPMG Jurídico**. Ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 13-14.

¹⁴⁰ Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In: **Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público**. Salvador: CONAMP, 2007. p. 713.

No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o 'momento corporativo', fato que impõe a aceleração do 'movimento catártico interno'. Do contrário, a 'passividade' poderá tomar conta da Instituição, levando-a à 'impotência objetiva', ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição. Esse tipo de 'comportamento passivo-impotente' poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público¹⁴¹.

Portanto, para o Ministério Público cumprir essa sua tarefa constitucional não mais se sustenta o modelo institucional antigo que ainda se arrasta pelo País. É preciso avançar no planejamento funcional e nas estratégias de atuação. A atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional.

A atuação repressiva, amparada geralmente nas espécies clássicas de prova (prova pericial, prova testemunhal etc.) deve ceder espaço para a atuação a partir das estatísticas e dos indicadores sociais¹⁴².

Para tanto, é imprescindível que o Ministério Público, em todos as suas esferas, constitua núcleos de estudos e estatísticas de atuação funcional e ainda realize parcerias importantes com centros de

¹⁴¹ Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In: **Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público**. Salvador: CONAMP, 2007. p. 713-714.

¹⁴² A respeito do surgimento dos indicadores sociais e da sua importância para demonstrar que crescimento econômico não é evidência certa da melhoria das condições de vida das pessoas, escreve JANNUZZI, Paulo Martino: "O aparecimento e o desenvolvimento dos indicadores sociais estão intrinsecamente ligados à consolidação das atividades de planejamento do setor público ao longo do século XX. Embora seja possível citar algumas contribuições importantes para a construção de um marco conceitual sobre os indicadores sociais nos anos 20 e 30, o desenvolvimento da área é recente, tendo ganhado corpo científico em meados dos anos 60 no bojo das tentativas de organização de sistemas mais abrangentes de acompanhamento das transformações sociais e aferição do impacto das políticas sociais nas sociedades desenvolvidas e subdesenvolvidas. Nesse período começaram a se avolumar evidências do descompasso entre crescimento econômico e melhoria das condições sociais da população em países do Terceiro Mundo. A despeito do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), persistiam altos os níveis de pobreza e acentuavam-se as desigualdades sociais em vários países. Crescimento econômico não era, pois, condição suficiente para garantir o desenvolvimento social [...]". **Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil**. In: <<http://comciencia.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>>, p. 1, acesso aos 03/06/2008.

estudos e pesquisas bem como com universidades que possam fornecer-lhe elementos que dêem a ele condições adequadas para atacar, racionalmente, as causas geradoras das graves injustiças sociais¹⁴³.

Torna-se imperioso, também, que o Ministério Público acompanhe e fiscalize a elaboração e o cumprimento dos orçamentos públicos, garantindo a aplicação das verbas públicas necessárias para atender aos ditames constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, especialmente os elencados no já referido art. 3º e nos arts. 5º e 6º, todos da CF/88. A atuação da Instituição, nesse âmbito, poderá ser extrajurisdicional e jurisdicional. No plano extrajurisdicional, o Ministério Público deverá acompanhar a votação orçamentária, participando das propostas de inserção de políticas públicas específicas, socialmente necessárias, além da utilização dos mecanismos da recomendação e do TAC visando à realização de políticas públicas a serem contempladas nos orçamentos públicos. Poderá, ainda, realizar audiências públicas para colher reclamações e propostas objetivando o controle orçamentário. No plano jurisdicional, o Ministério Público poderá mover ações coletivas com pedidos de tutelas específicas, especialmente o de tutela inibitória, para garantir o cumprimento orçamentário adequado. Contudo, a falta de previsão orçamentária não poderá ser obstáculo à atuação do Ministério Público, especialmente no âmbito dos direitos coletivos, inseridos na CF/88 como direitos fundamentais de aplicabilidade imediata (Título II, Capítulo I, art. 5º, § 1º). Nos casos de políticas públicas específicas e socialmente necessárias, o Ministério Público tem o dever constitucional, em razão do seu compromisso com os interesses sociais (art. 127, *caput*, da CF/88), de atuar para garantir a sua implementação tempestiva e adequada.

¹⁴³ Esclarece JANNUZZI, Paulo Martino: "Diferentemente de outros países latino-americanos, no Brasil, as estatísticas sociais, econômicas e demográficas usadas para construção dos indicadores são produzidas, compiladas e disseminadas por diferentes agências, situadas em âmbito federal ou estadual. Através de uma rede capilarizada pelo território nacional, com delegacias estaduais e agências municipais, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) cumpre seu papel de agente coordenador do Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas, como produtor de dados primários, compilador de informação proveniente de ministérios e como agente disseminador de estatísticas. As agências estaduais de estatísticas também compilam uma ampla variedade de dados administrativos produzidos pelas secretarias de Estado e, em alguns casos, também produzem dados primários provenientes de pesquisas amostrais. Alguns ministérios e secretarias estaduais também têm órgãos encarregados da produção ou organização de seus dados administrativos. Assim, o IBGE, agências estaduais de estatísticas e ministérios/secretarias integram, pois, o Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas no Brasil". **Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil**. In: <<http://comciencia.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>>, p. 3, acesso aos 03/06/2008.

Nesse sentido, já aduzimos:

Falta de norma regulamentadora ou a alegação de ser norma programática não são obstáculos à aplicabilidade imediata e à vinculação geral dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. A simples alegação de impossibilidade jurídica não é admitida como cláusula impeditiva da realização de direitos e garantias constitucionais fundamentais. A impossibilidade, que poderá servir como impedimento, é somente a real, amparada em elementos e circunstâncias fáticas, e mesmo assim deve ser sopesada concretamente.¹⁴⁴

O combate articulado e efetivo à sonegação fiscal, extrajurisdicional e jurisdicional, também é um caminho útil para garantir a ampliação das receitas do Estado e o cumprimento orçamentário.

A respeito do controle orçamentário pelo Ministério Público, aduziram Jayme Weingartner Neto e Vinícius Diniz Vizzotto:

O Ministério Público tem papel importante na manutenção do Estado Democrático de Direito, conforme prevê a própria Constituição em seu art. 127, *caput*. Nesta senda, uma das vertentes mais importantes para a concretização deste Estado Democrático de Direito é a utilização, de modo transparente, conforme os ditames da Boa Governança, do orçamento público [...]. Destarte, o Ministério Público tem importante atuação no campo atinente ao Orçamento Público, uma vez que ele atua tanto (i) na questão da captação de receita (fiscalização da sonegação, assinatura de termos de compromisso de ajustamento de conduta para regularizar situações potencialmente ilícitas), bem como na (ii) indução da 'boa' despesa, seja em âmbito institucional interno ou junto a outros órgãos públicos, tanto na esfera do Executivo (indução de políticas públicas), do Legislativo (indução de processos legislativos tendentes à promulgação de leis com temática específica) ou do Judiciário (utilização dos meios e instrumentos judiciais para concretizar disposições orçamentárias e legais).¹⁴⁵

Portanto, não mais se sustenta a predominância de uma atuação repressiva condutora da continuidade das injustiças sociais. É importante combater, por exemplo, as reais causas geradoras da criminalidade, o que deverá ser feito a partir dos indicadores sociais e de diagnósticos sociais específicos, os quais necessitam ser realizados com periodicidade pela Instituição por intermédio de suas parcerias.

¹⁴⁴ Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 334.

¹⁴⁵ WEINGARTNER NETO, Jaime; VIZZOTTO, Vinícius Diziz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e 'reserva do possível', p. 292-293.

Só assim o Ministério Público conseguirá assumir e exercer, efetivamente, a sua mais nobre função constitucional: a promoção da justiça social.

Nesse sentido, conclui Marcelo Pedroso Goulart:

De acordo com a vontade popular explicitada na Constituição da República, o Ministério Público deve constituir-se em um dos mais importantes 'agentes da vontade política transformadora', cabendo-lhe a tarefa de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade, objetivando a construção do projeto constitucional de democracia (a sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos). Essa é a 'estratégia institucional'¹⁴⁶.

1.11.6 - PROVOCAÇÃO ARTICULADA E SISTEMATIZADA DO CONTROLE JURISDICIONAL (ABSTRATO/CONCENTRADO E DIFUSO/INCIDENTAL) E EXTRAJURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE

Na condição de guardião da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público na proteção da Constituição, o que se dá tanto no controle concentrado e abstrato quanto no controle difuso e incidental da constitucionalidade. Também é fundamental a atuação da Instituição no controle extrajurisdicional da constitucionalidade, que poderá ocorrer pela expedição de recomendação para provocar, perante o Poder Legiferante, o autocontrole da constitucionalidade, bem como por intermédio da tomada de Termo de Ajustamento de Conduta, que é, também, um excelente mecanismo para viabilizar o controle extrajurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos.

No plano da proteção em abstrato da constitucionalidade, a Constituição Federal prevê expressamente um sistema de controle concentrado, que é exercido pelo STF (art. 102, I, "a", § 1º e § 2º, e art. 103, ambos da Constituição Federal/88), na sua condição de Corte Constitucional Nacional, ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, os quais funcionam como Cortes Constitucionais Regionais (art. 125, § 2º, da Constituição Federal/88). Esse mecanismo processual de proteção em abstrato e concentrado contra a inconstitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante as Cortes Constitucionais, não exclui a existência de outras formas de controle, tais como os exercidos pelos próprios Poderes Legiferantes, por intermédio do autocontrole da constitucionalidade, ou pelo Chefe do Poder Executivo, neste caso

¹⁴⁶ *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In: **Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público**: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP 2007. p. 713.

por meio do exercício do poder do veto. O referido mecanismo não exclui, ainda, o controle difuso e incidental da constitucionalidade, que possui natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal/88)¹⁴⁷.

Assim, em sendo possível, é até mais recomendável o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante – seja por intermédio da revogação, seja por intermédio da alteração, para adequação ao sistema constitucional, de lei ou ato normativo apontado como inconstitucional.

Com efeito, é mais razoável provocar, primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade perante a Corte Constitucional competente.

O Ministério Público é um dos principais legitimados ativos para controle abstrato e concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos perante as Cortes Constitucionais pátrias, consoante se extrai dos arts. 103, VI, e 129, IV, ambos da Constituição Federal/88, e dos arts. 6º, I, II e III, da Lei Complementar Federal/93, e 25, I, da Lei Federal nº 8.625/93. Contudo, essa atribuição do Ministério Público não exclui a utilização de outros mecanismos pela Instituição, especialmente quando voltados para assegurar o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente. Portanto, quando desrespeitados os direitos constitucionais, especialmente os de dimensão social, não há dúvida que é dever do Ministério Público promover as medidas necessárias à garantia desses direitos (art. 129, III e IX, da Constituição Federal/88).

Um dos fortes mecanismos de atuação do Ministério Público, que decorre da Constituição e está previsto expressamente no plano infraconstitucional, é a *Recomendação*, que poderá ser dirigida aos Poderes Públicos em geral e até mesmo aos particulares, a fim de que sejam respeitados os direitos assegurados constitucionalmente¹⁴⁸.

¹⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. p. 690-691.

¹⁴⁸ Sobre o assunto: PARISE, Elaine Martins; ALMEIDA, Gregório Assagra; LUCIANO, Júlio César; ALMEIDA, Renato Franco. O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade. In: **MPMG Jurídico**. Belo Horizonte, setembro 2005. p. 16-17. Também, ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. p. 770-773.

O vício da inconstitucionalidade é o mais grave no âmbito de uma ordem jurídica democrática que valoriza a Constituição como a base do sistema. É por intermédio do controle da constitucionalidade que se faz observar a supremacia e a rigidez constitucionais, impedindo que leis e atos normativos infraconstitucionais possam colocar em risco os valores primaciais da sociedade, já consagrados constitucionalmente.

Daí a importância da priorização, do planejamento e da sistematização dessa atribuição constitucional pelo Ministério Público na sua função de guardião da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CF/88)¹⁴⁹.

1.11.7- AMPLIAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DO MODELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: NECESSIDADE DE SISTEMATIZAÇÃO E MAIOR INVESTIMENTO NA ATUAÇÃO EXTRAJURISDICIONAL

O modelo tradicional e antigo do Ministério Público, de caráter demandista, ainda é o que prevalece. Em inúmeras situações, os membros do Ministério Público, com destaque para as comarcas do interior, estão sufocados de atribuições processuais em demandas judiciais.

Nessas hipóteses, a atuação resolutiva, no plano extrajudicial, acaba sendo prejudicada, impedindo a devida inserção social da Instituição ministerial. E o pior: o Poder Judiciário vive uma verdadeira crise de efetividade, o que acaba por recair também sobre o Ministério Público e, nesses casos, em dose muito pesada, principalmente em razão do interesse social, que está quase sempre presente nas demandas judiciais que justificam a sua atuação.

A atuação extrajudicial por intermédio das recomendações, dos inquéritos civis, das audiências públicas, dos termos de ajustamento de conduta, é uma via necessária e muito eficaz para o Ministério Público cumprir os seus compromissos constitucionais perante a sociedade e ter ampliada a sua legitimidade social.

Por isso, é imprescindível a sistematização e a ampliação do investimento para estender e fortalecer a atuação extrajudicial do Ministério Público. A mudança cultural interna para a compreensão do modelo de Ministério Público resolutivo faz-se necessária, especialmente com o preparo dos seus membros e servidores para o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos sociais.

¹⁴⁹ Nesse sentido, cabe destacar que foi criada, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade (Resolução PGJ-MG nº 75/2005), com as finalidades apresentadas acima.

1.11.8 - ATUAÇÃO VINCULADA À ESPECIFICAÇÃO FUNCIONAL DA INSTITUIÇÃO

O novo modelo constitucional implantado na CF/88 para o Ministério Público vincula sua atuação e revela a real dimensão da sua especificação funcional. O art. 127, *caput*, da CF/88 é a cláusula-mãe de toda e qualquer atribuição do Ministério Público, seja no plano da sua normatização em abstrato, seja no da sua aferição concreta. A cláusula aberta de encerramento das atribuições institucionais previstas no art. 129, IX, da CF/88, deve ser lida em perfeita sintonia com o art. 127, acima citado.

Com efeito, a base da especificação funcional do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qualquer espécie de atuação institucional deve estar atrelada a essas diretrizes constitucionais. As atribuições arroladas no art. 129 da CF/88 estão em perfeita correlação com o art. 127, *caput*, desta Carta Magna.

Lei infraconstitucional não poderá conferir ao Ministério Público atribuição que não esteja seguindo essas diretrizes principiológicas. Leis anteriores à Constituição de 1988 que se divorciavam do novo modelo constitucional não foram recepcionadas. Tudo isso decorre da força normativa e irradiante da Constituição, nos termos apresentados pelo neoconstitucionalismo.

Convém destacar que o membro do Ministério Público e a Instituição em si devem tomar o cuidado necessário para não desvirtuarem, em suas atuações estratégicas, essa especificação funcional estabelecida na Lei Fundamental. Por exemplo, os *problemas de caixa* do Governo e as dificuldades administrativas do Poder Público em geral não podem servir de parâmetro para justificar a não-atuação do Ministério Público; caso contrário, a Instituição estaria desvirtuando a sua especificação funcional ao levar em conta, para justificar sua omissão, problemas que estão relacionados com a especificação funcional de outra instituição, no caso o Poder Executivo.

1.11.9 - O ACOMPANHAMENTO DA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL E A FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

Para o jurista Marcelo Zenkner, o Ministério Público precisa ingressar em uma nova fase, em que são fundamentais os resultados adequados e efetivos da sua atuação funcional. Em palestra proferida no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, afirmou Zenkner que não é suficiente que o membro da Instituição simplesmente ajuíze a ação e passe para o Poder Judiciário o problema. Torna-se cogente, comofator de ampliação da sua legitimação social, que ele também acompanhe efetivamente a tramitação processual e tome medidas para garan-

tir o rápido e adequado andamento processual bem como a execução dos provimentos jurisdicionais, especialmente no que tange aos processos coletivos, em razão dos seus impactos sociais¹⁵⁰. Estamos de pleno acordo com o talentoso jurista, que tem dedicado parte dos seus estudos para aprimorar a efetividade da atuação do Ministério Público¹⁵¹. Em tempos atuais, a leitura do direito não mais se sustenta no plano abstrato; o plano da concretização é fundamental para compreensão do direito no neoconstitucionalismo.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam a importância do acesso à Justiça como novo método de pensamento para a revisão da filosofia do direito e da própria teoria geral do direito:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos¹⁵².

É importante também que o membro da Instituição acompanhe toda a instrução do processo e diligencie para a produção necessária das provas a fim de alcançar o resultado adequado da prestação jurisdicional. Nos tribunais, é relevante o acompanhamento dos recursos e das ações de competência originária pelo órgão da Instituição, que deverá até mesmo fazer sustentação oral nas hipóteses cabíveis.

1.11.10 - ADEQUAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PLANEJAMENTO FUNCIONAL ESTRATÉGICO DA INSTITUIÇÃO

O planejamento estratégico da atuação funcional deve vincular todos os órgãos do Ministério Público. Não pode o órgão de execução alegar a independência funcional para deixar de cumprir as estratégias de atuação funcional da Instituição, presentes nos seus planos e programas de atuação.

¹⁵⁰ A palestra foi proferida na Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, no dia 22 de janeiro de 2008, às 14h, para o curso de formação dos novos Promotores de Justiça do XLVII Concurso, com o seguinte título: *Inquérito civil: técnicas de investigação em improbidade administrativa, formalização de TAC e de Recomendação*.

¹⁵¹ Vale a pena destacar a seguinte obra do autor: **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁵² **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 1988. p. 11-12.

Nesse sentido, Marcelo Pedroso Goulart propõe uma revisitação à leitura dos princípios institucionais do Ministério Público. Diz ele que, no âmbito do seu objetivo estratégico de promoção da transformação social, o Ministério Público deve definir políticas públicas nos seus *Planos e Programas de Atuação Institucional*, com a fixação de metas prioritárias que orientem a atuação dos órgãos de execução e até mesmo da Administração Superior. Essas metas prioritárias devem ser seguidas pela Instituição e por seus membros como decorrência do *princípio da unidade* institucional. Para o autor, o *princípio da unidade* ganhou na CF/88 conotação política que supera as dimensões meramente administrativas presentes em sua concepção clássica, passando a informar e a orientar a própria atuação político-institucional do Ministério Público¹⁵³. Afirma, também, Marcelo Goulart que o princípio da independência visa a garantir ao órgão da Instituição o exercício independente das suas atribuições funcionais:

[...] tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito¹⁵⁴.

A independência funcional seria, nesse sentido, uma garantia da própria sociedade antes mesmo de ser uma garantia do membro do Ministério Público, conforme conclui Marcelo Goulart:

O Ministério Público concretiza o objetivo estratégico abstratamente previsto na Constituição por meio da execução das metas prioritárias dos Planos e Programas de Atuação. Essas metas decorrem de imposição constitucional, portanto, contemplam hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público¹⁵⁵.

¹⁵³ Conceitua GOULART, Marcelo Pedroso: "PRINCÍPIO DA UNIDADE - a atuação dos membros do Ministério Público deve estar voltada à consecução da estratégia institucional, qual seja: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República". Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In: *Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público*: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007. p. 714.

¹⁵⁴ Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In: *Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público*: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007. p. 715.

¹⁵⁵ Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In: *Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público*: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007.

1.11.11 - FORMAÇÃO HUMANISTA, MULTIDISCIPLINAR E INTERDISCIPLINAR DOS MEMBROS E DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Para que haja a concretização do novo Ministério Público, constitucionalmente delineado, faz-se necessária uma mudança cultural de mentalidade atrelada aos valores éticos e humanos que compõem o núcleo do direito no pós-positivismo jurídico. A vida e sua existência com dignidade, em todos os seus planos, devem ser fatores de direcionamento da atuação institucional do Ministério Público.

Conforme bem ressaltou Jorge Alberto de Oliveira Marum:

[...] democracia não significa apenas liberdade, requerendo também justiça social e busca da igualdade material, ou seja, condições de vida, saúde, moradia, educação e alimentação adequadas, o que se realiza mediante a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Daí a profunda ligação entre o regime democrático, que cabe ao Ministério Público defender, e os direitos humanos¹⁵⁶.

Os cursos de ingresso, de vitaliciamento, de promoção na carreira e outros cursos que visem ao aperfeiçoamento funcional dos membros e dos servidores do Ministério Público devem ser tratados a partir de uma visão humanística, fundada na solidariedade coletiva e no direito à diferença. Os próprios editais dos concursos públicos para ingresso na Instituição devem exigir o conhecimento sobre direitos humanos.

Por outro lado, a formação multidisciplinar e interdisciplinar é fundamental para que os membros e os servidores do Ministério Público tenham uma visão mais holística da realidade social e das estratégias de atuação funcional da Instituição.

Uma das características principais dos novos direitos, especialmente os de dimensão coletiva, é a sua extrema complexidade. O operador do direito tem dificuldade para compreender e interpretar adequadamente os direitos coletivos somente com fundamento nas diretrizes estabelecidas pela ordem jurídica. Esses direitos, em geral, exigem um grau de conhecimento que se baseie em outras áreas de conhecimento, tais como a Engenharia, a Biologia, Agronomia, Sociologia, Economia, Ciência Política, Geologia etc.

A interpretação fundada no diálogo multidisciplinar e interdisciplinar é o melhor caminho para a

p. 715-716.

¹⁵⁶ *Ministério Público e direitos humanos*: um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos. Campinas: Bookseller, 2006. p. 395.

boa e adequada compreensão dos novos direitos de dimensão massificada. A tendência é no sentido de ampliação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e o revigoramento do próprio Direito como instrumento de justiça e de transformação da realidade social.

A compreensão das diretrizes do novo constitucionalismo, com destaque para a nova *summa divisio* constitucionalizada no País¹⁵⁷, já apresentada neste texto, bem como a consciência crítica das verdadeiras causas geradoras dos problemas sociais devem estar presentes nos cursos, seminários e eventos do Ministério Público.

Sustentando a necessidade de uma formação crítica e transdisciplinar do órgão do Ministério Público, afirma Antônio Alberto Machado:

Pensamos que a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro, sobretudo a partir da Constituição de 1988 e legislação subsequente, institucionalizando conflitos coletivos e operando instrumentais com caráter jurídico-político, 'na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais', apesar de sua cultura formalista e unidimensional, está em condições de fazer do 'Promotor de Justiça' um operador do direito consciente de suas funções não só jurídicas, mas também políticas e sociais, pelo relacionamento transdisciplinar que doravante estará forçado a fazer entre a estrutura normativa do direito que aplica e as estruturas sociopolíticas que estão na gênese dos conflitos coletivos¹⁵⁸.

1.12 - REVISITAÇÃO DA ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NO PROCESSO CIVIL COM BASE NA TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

É fundamental a releitura e a reestruturação da atuação do Ministério Público no processo civil como órgão interveniente, com base na teoria dos direitos fundamentais, especialmente naquilo que se relaciona com o direito à vida e sua existência com dignidade, núcleo básico e irradiante do sistema constitucional.

Considerando que os direitos ou interesses coletivos também são direitos fundamentais, conforme previsto no Título II, Capítulo I, da CF/88, cabe destacar também as hipóteses de presença de interesse social, tais como as situações em que esteja presente, no processo civil, a necessidade de aferição da função social da propriedade, da função social

do contrato e da função social da empresa. Nessas hipóteses, também é necessária a participação interveniente do Ministério Público no processo civil (art. 127, *caput*, da CF/88).

1.13 - UTILIZAÇÃO DOS PROJETOS SOCIAIS COMO NOVOS MECANISMOS DE ATUAÇÃO DA INSTITUIÇÃO

O rol dos instrumentos de atuação do Ministério Público não é exaustivo, o que também ocorre em relação às suas atribuições constitucionais, consoante se interpreta do art. 129, IX, da CF. Ademais, os direitos e garantias constitucionais fundamentais são consagrados tanto em dimensão formal quanto em dimensão material, nesse caso pela adoção da cláusula aberta prevista no § 2º do art. 5º da CF/88. Com efeito, tudo isso impõe uma atuação criativa do Ministério Público, tanto no plano jurisdicional quanto no extrajurisdicional, sendo que neste a Instituição assume verdadeira função resolutiva.

Além do inquérito civil, da recomendação e do termo de ajustamento de conduta, que possuem amparo no texto constitucional e no infraconstitucional, outros mecanismos legítimos, fundamentados no interesse social, poderão ser utilizados pelo Ministério Pública para a defesa da sociedade (art. 1º, 3º, 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, todos da CF/88). Com base na multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, as técnicas de atuação devem ser flexibilizadas para atender as necessidades do direito material. Outras técnicas legítimas de atuação também poderão ser utilizadas para atender às necessidades dos direitos e das garantias fundamentais, mesmo que não previstas expressamente em lei, como ocorre com a utilização de projetos sociais como legítimos mecanismos de atuação social pelo Ministério Público.

Os projetos sociais são verdadeiros mecanismos legítimos que poderão potencializar e qualificar a atuação social do Ministério Público, especialmente na promoção da transformação da realidade social de forma resolutiva e cooperativa (art. 3º, art. 127, *caput*, e art. 129, todos da CF/88).

Nesse sentido foi pautado o belíssimo trabalho teórico, amparado em experiências concretas, desenvolvido pelo Promotor de Justiça, em seu mestrado, Paulo César Vicente Lima. O referido promotor de justiça coordenou vários projetos sociais junto à Bacia do Rio São Francisco, com excelentes resultados concretos, utilizando-os como mecanismo de atuação do Ministério Público, acabando por desenvolver sua pesquisa científica a partir dessas experiências concretas¹⁵⁹.

¹⁵⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹⁵⁸ **Ministério Público**: democracia e ensino jurídico, p. 194.

¹⁵⁹ O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco. 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social). Universidade Estadual de Montes Claros.

Foi elaborada, recentemente, a Carta das Famílias, como resultado do I Simpósio dos Direitos das Famílias, realizado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na qual consta a utilização de Projetos Sociais como um dos mecanismos de atuação na tutela coletiva no direito das famílias, conforme registra um dos seus enunciados:

Enunciado 4. O órgão do Ministério Público com atribuição na área da tutela do Direito das Famílias poderá instaurar inquérito civil, expedir recomendações, tomar termo de ajustamento de conduta, coordenar projetos sociais e ajuizar ações coletivas, entre elas a ação civil pública (arts. 3º, 127, *caput*, 129, III, da CF/1988 e art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985). (aprovado por unanimidade).

Essa mesma orientação está presente no inciso XV do art. 4º da Resolução PGJ nº 67, de 6 de outubro de 2010, que criou, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias.

1.14 - CONCLUSÕES

1. O neoconstitucionalismo, surgido a partir das concepções filosóficas que compõem do pós-positivismo jurídico, coloca a Constituição no centro do sistema jurídico, conferindo-lhe força normativa vinculatória e irradiante sobre toda ordem jurídica.

2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inserida no novo constitucionalismo, adotou uma nova *summa divisio* no Título II, Capítulo I, colocando os direitos coletivos no plano da teoria dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais.

3. Todas as diretrizes principiológicas e interpretativas do neoconstitucionalismo devem servir de parâmetros para a aferição do novo perfil constitucional do Ministério Público brasileiro.

4. O Ministério Público brasileiro na Constituição Federal de 1988 passou a ser instituição de promoção da transformação da realidade social, assumindo natureza institucional autônoma que o retira da Sociedade Política e o insere, no plano da sua atuação funcional, na Sociedade Civil.

5. Com a CF/88 passaram a existir nitidamente dois modelos constitucionais do Ministério Público: o demandista, de atuação jurisdicional, e o resolutivo, de atuação extrajurisdicional.

6. A partir da CF/88, o Ministério Público abandonou a função de mero *custos legis* para assumir a função *custos societatis* e guardião da ordem jurídica (*custos juris*).

7. O Ministério Público é instituição permanente, de forma que ele e as suas atribuições, princípios e garantias constitucionais são cláusulas pétreas (superconstitucionais).

8. Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas (superconstitucionais) poderão ser ampliados, mas não poderão ser eliminados ou restringidos.

9. A multifuncionalidade da teoria dos direitos e das garantias fundamentais deve exercer enorme influência nas técnicas de atuação do Ministério Público, especialmente para que a Instituição consiga atuar de modo a promover a transformação social. Assim, o Ministério Público deverá ter criatividade para se utilizar de novas técnicas procedimentais para cumprir sua missão constitucional, como, por exemplo, a via dos projetos sociais como novos mecanismo de atuação funcional.

10. No que tange aos direitos e às garantias constitucionais fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 segue o *modelo misto, eclético ou conciliatório*, mas com algumas peculiaridades importantes: primeira delas decorre do compromisso constitucional com a transformação da realidade social, manifestado em um conjunto de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, muito bem delineado no art. 3º da CF/88; a segunda é fruto da inserção, inédita em nossa história, dos direitos ou interesses coletivos como direitos fundamentais, que passam a compor o núcleo principal, com eficácia irradiante máxima, do sistema jurídico brasileiro, conforme previsto no Título II, Capítulo I, da CF/88¹⁶⁰ - sobressai aqui o papel de destaque conferido ao sistema de tutela coletiva, também integrante do núcleo central da ordem jurídica brasileira e diretamente ligado à transformação da realidade social. Nesse contexto, é destacado o projeto constitucional conferido ao Ministério Público, um dos principais protagonistas da tutela coletiva do País (arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da CF/88).

11. Existem vários fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público, sendo que a preocupação com esses fatores é muito importante para a concretização do novo perfil constitucional da Instituição, especialmente no que tange à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF).

12. Entre outros, seriam fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público: a) a priorização da atuação preventiva; b) o exercício da função pedagógica da cidadania; c) a realização periódica de audiências públicas; d) o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais, especialmente por intermédio da fiscalização orçamentária e) a

¹⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 14.

provocação articulada e sistematizada do controle da constitucionalidade; f) a ampliação e a estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo; g) a atuação vinculada à especificação funcional da Instituição; h) o acompanhamento da tramitação processual e a fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais; i) a adequação da independência funcional do órgão do Ministério Público ao planejamento funcional estratégico da Instituição; j) a formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público; k) revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais; l) utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação constitucional da Instituição.

1.15 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Noções preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed., 3. reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. **Direito coletivo brasileiro – autonomia metodológica e a superação da *summa divisio* direito público e direito privado pela *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual**. *Tese de Doutorado*, sob a orientação do professor doutor Nelson Nery Junior, defendida junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: Saraiva, 2003. Partes 1 e 2, p. 842.
- _____. PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In **MPMG Jurídico**, ano I, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, edição 001, setembro 2005, p. 13-6.
- _____. SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público. In **MPMG Jurídico**, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 9-15.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 58:129-73, 2007.
- BERIZONCE, Roberto O. **Efectivo acceso a la justicia: prólogo de Mauro Cappelletti**. La Prata: Librería Editora Platense, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.
- _____. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. In MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão *et al* (Coords.), **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: 2002.
- CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa Latina**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1974.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro Campos. **Revista de Processo**, São Paulo: n. 5, p. 128-159, 1977.

_____. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p. 144-160, 1991.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONEL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FAVRETO, Rogério, GOMES JÚNIOR, Luiz MANOEL. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais alterações. In **Revista de Processo**: Revista dos Tribunais, v. 176:174-94, ano 34, outubro, 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. O poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. In **MPMG Jurídico**. 4 ed. Belo Horizonte: CEAJ, 2006.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Tutela coletiva**: visão geral e atuação extrajudicial. Brasília: ESMPU Manual de atuação, 2006.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editora de direito, 1998.

_____. Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In **Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público**: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713-16.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

JANNUZZI, Paulo Martino. **Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil**. Disponível em: <<http://comciência.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>>, p. 1, Acesso aos 03.06.2008.

LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Paulo César Vicente. **O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável**: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco. 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social). Universidade Estadual de Montes Claros.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACHADO, Antonio Alberto. **Ministério público**: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica do direito**. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Ministério Público e direitos humanos**: um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/85 — 15 anos. São Paulo: RT, 2001.

_____. (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORIN, Edgar. O pensamento complexo, um pensamento que pensa. In MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade**. 3. ed. Trad. Nirimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 207-8.

MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão, ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (Coord.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARISE, Elaine Martins; ALMEIDA, Gregório Asagra; LUCIANO, Júlio César; ALMEIDA, Renato Franco. O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade. In **MPMG Jurídico**. Belo Horizonte: edição 001, setembro 2005, p. 16-7. Também acessível no endereço eletrônico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: www.mp.mg.gov.br (Boletins MPMG).

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2002.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUTO, Cláudio. **O tempo do direito alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. (Coord.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996.

WOLKEMR, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Trad. Antônio Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

2 - PRINCÍPIOS, GARANTIAS E DEVERES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Promotora de Justiça Célia Beatriz Gomes Santos

2.1 - PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 127, § 1º, da Constituição da República elenca como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Tais princípios também estão contemplados no parágrafo único do art. 1º do Estatuto Orgânico do Ministério Público mineiro.

Sempre importante assinalar que a observância de tais princípios é obrigatória e, conseqüentemente, qualquer ato que deles desvirtue será inválido, confirmando a idéia adotada pela moderna doutrina de que os princípios “[...] a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta com seus ditames, denotando o seu caráter normativo (dever ser)”.¹⁶¹

2.1.1 - PRINCÍPIO DA UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A concepção mais tradicional do princípio da unidade limita-se ao conceito de que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe¹⁶². Registra-se que esta unidade não se estende aos integrantes dos Ministérios Públicos diversos, já que essas instituições possuem estruturas organizacionais diferentes, com autonomia garantida, sendo reflexo da forma federal consagrada na Constituição.

No entanto, a visão contemporânea do princípio da unidade vai além dos aspectos administrativos e estruturais que compõem a doutrina conservadora.

O Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Marcelo Pedrosa Goulart, em tese apresentada no XVII Congresso Nacional do Ministério Público, afirma que

O princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, por meio do conjunto de seus membros – de seus órgãos de execução e de Administração Superior – deve estar voltado à consecução do seu objetivo estratégico: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República (a construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento deve estar voltado, necessariamente, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem comum).¹⁶³

Com efeito, o contorno da unidade institucional está claramente definido no texto constitucional.

No campo prático, compete a cada Ministério Público traçar as metas que permitam a realização dos objetivos que foram abstratamente estabelecidos pela Constituição, de forma transparente e democrática.

¹⁶¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁶² MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001

¹⁶³ GOULART, Marcelo Pedrosa. **Princípios Institucionais do Ministério Público: A necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. Livro de teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público – CONAMP**, 2007.

ca, levando em conta as peculiaridades regionais e locais, a experiência dos órgãos de execução bem como a vontade da sociedade, que pode ser percebida por meio de realização de audiências públicas.

Assim, com a participação de todos os seus integrantes, cada um desempenhando o papel que lhe foi conferido (órgão de execução na promoção de medidas que permitam a concretização dos objetivos delineados no texto constitucional e Administração Superior no fornecimento da estrutura necessária para tal fim e com firmeza para fiscalizar o real cumprimento das metas instituídas), o Ministério Público estará garantindo a sua unidade institucional.

Apenas como curiosidade, registra-se que o mestre Roberto Lyra já sinalizava que o princípio da unidade merecia uma interpretação mais avançada. Em sua obra *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, ele consignou que a unidade era uma *tese sem sentido definido* e explicou que

[...] desde que os órgãos do Ministério Público, nos atos de ofício, dispõem de liberdade de consciência, afigura-se impossível uniformizar o critério de apreciação do fato e do direito. Mas, se em espécie, assim acontece, os representantes do Ministério Público estão ligados pelo sentimento comum da causa pública, pela identidade do programa e da finalidade, dos deveres cívicos e das responsabilidades funcionais.¹⁶⁴

2.1.2 - PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A mescla entre os princípios da unidade (em sua acepção tradicional) e o da indivisibilidade é praticamente reconhecida por todos os autores que cuidam do tema.

Contudo, é possível identificar o princípio da indivisibilidade com um viés mais procedimental, no sentido de que, observados os preceitos legais, um membro do Ministério Público poderá substituir o outro quando tal se fizer necessário. Essa substituição não acarreta traumas na atuação ministerial, uma vez que, invocando-se o princípio da indivisibilidade, é a Instituição quem pratica determinado ato e não o seu agente. Como decorrência desse princípio, insiste-se que, na produção de peças processuais ou na elaboração de qualquer ato, evite-se a pessoalização do documento e que se indique como autor da respectiva peça o Ministério Público e não o Promotor ou o Procurador de Justiça.

Vale ressaltar que as *substituições* mencionadas referem-se a férias, licenças, impedimentos e outras hipóteses semelhantes. Não há que se cogitar, via de regra, que Promotor de Justiça com atribuição em seara criminal possa oferecer representação

¹⁶⁴ LYRA, Roberto. **Teoria e Prática da Promotoria Pública**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

por prática de ato infracional. Como já assinalado, o princípio da indivisibilidade encontra limitações nos ordenamentos que cuidam da definição das atribuições dos membros ministeriais, não sendo possível olvidar do princípio do promotor natural.¹⁶⁵

Questão que merece ser pontuada relaciona-se à aplicação do princípio da indivisibilidade diante do reconhecimento da incompetência do juízo.

Existem decisões no sentido de autorizar que o ato praticado pelo Promotor de Justiça prevaleça, mesmo quando praticado perante juízo incompetente.

Nesse sentido: “Oferecida à denúncia em juízo incompetente, não há necessidade de sua ratificação ou de oferecimento de outra no juízo competente”.¹⁶⁶

Todavia, o melhor entendimento segue a tese oposta e determina que outra manifestação ministerial seja colhida (a manifestação do Promotor de Justiça que tenha atribuição para atuar perante o juízo que foi tido como competente) a fim de se preservar a estrutura organizacional da instituição e de se respeitar os comandos legais que regem a matéria.

2.1.3 - PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Dos princípios estabelecidos na Constituição, o da independência funcional é o que mais instiga os doutrinadores, tanto pela sua importância ao garantir uma atuação ministerial absolutamente desvinculada de qualquer interesse que não seja o de cumprir com fidelidade o ofício destinado à Instituição, como pela polêmica relativa à extensão dessa independência.

Sem dúvida, os Promotores e Procuradores de Justiça, no exercício de suas tarefas, somente devem obediência ao ordenamento jurídico e às suas consciências. Nesse sentido: “Goza o órgão do Ministério Público da prerrogativa de independência funcional (art.127,§ 1º, CF/88), caracterizada pelo direito de atuar de acordo com a sua consciência e a lei, não havendo subordinação hierárquica no desempenho de suas funções”.¹⁶⁷

Entretanto, essa liberdade de atuação não pode ser ilimitada, sob pena de se descaracterizar a própria razão de ser do princípio, que é o de permitir o exercício da atividade finalística dos agentes ministeriais com foco, apenas, na satisfação do interesse da sociedade.

Em artigo publicado na Revista dos Tribunais, Hugo Nigro Mazzili é categórico ao reconhecer a necessidade de, em certas situações concretas, temperar-se na dimensão do princípio da independência funcional:

Admitir limites à independência funcional não significa negá-la, e sim assegurar seu efetivo exercício dentro de padrões legais, fundados em supostos éticos e lógicos, sob pena de não o fazendo, subvertermos as premissas da destinação constitucional do MP. Por isso que o inciso V do art.41 da Lei nº 8625/93, referindo-se às prerrogativas dos membros da instituição, sublinha sua inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentais, nos limites de sua independência funcional. Se fosse absolutamente ilimitada a independência funcional, também seria ilimitada a possibilidade de abuso. Em si mesma, a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investidas; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica.¹⁶⁸

Com efeito, os membros do Ministério Público não podem ficar à mercê de censuras oportunistas nem de patrulhamento ideológico. Há que se garantir liberdade e serenidade para que os agentes ministeriais possam defender suas teses e suas convicções jurídicas.

Contudo, devaneios desarrazoados ou, o que é pior, defesa (que também pode se manifestar por omissão) de interesses dissociados dos previstos constitucionalmente não podem ser justificados com a invocação de um princípio tão nobre como é o da independência funcional. A ponderação de valores, no caso, é imprescindível para se assegurar a concretização daqueles mais significativos e que devem prevalecer.

Útil, ainda, fazer uma correlação entre o princípio da unidade e o da independência funcional.

Partindo do conceito mais moderno de unidade institucional, que, como já consignado, entende que esta se verifica quando o Ministério Público elege prioridades e estabelece metas que permitam o desempenho do papel que lhe foi conferido na Constituição. Os órgãos de execução não poderão levantar o princípio da independência funcional para deixar de atender ao que foi democraticamente deliberado. Não há como os agentes ministeriais se desvincularem das orientações que permitirão o cumprimento do objetivo constitucional. A independência funcional está inserida nesse contexto, uma vez que no cumprimento dessas orientações,

¹⁶⁵ Cf. acórdão proferido nos autos do Recurso em *Habeas Corpus* 18257-PE 2005/0139296-6-STJ.

¹⁶⁶ RT 500/319

¹⁶⁷ Recurso em Mandado de Segurança 12.479-SP. 2000/0109039-9 STJ.

¹⁶⁸ RT 715/571

o exercício livre e independente das atribuições estará sempre garantido.

No que diz respeito à independência funcional dos membros ministeriais, o Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Robson Renault Godinho, entende que a independência funcional existe para garantir a atuação e não para servir de escudo para quem não quer atuar.

Anota-se, por fim, que no tocante às atividades administrativas da Instituição, o cumprimento das regras traçadas é determinante para a sua efetiva organização e o eventual desleixo do membro para com essas ordens poderá caracterizar falta funcional.

2.2 - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Neste ponto, abordaremos as garantias expressamente previstas no § 5º, inciso I, letras a, b, c do art. 127 da Constituição.

É sempre importante destacar que as garantias constitucionais não podem ser confundidas com privilégios. Privilégio não se encaixa em um Estado Democrático de Direito. Assim, as garantias concedidas ao Ministério Público (e a seus agentes) só podem ser admitidas como instrumentos hábeis a permitir que a Instituição se desincumba de sua destinação constitucional com eficiência e resolutividade.

2.2.1 - VITALICIEDADE

Após dois anos de exercício na carreira, o membro do Ministério Público só perderá seu cargo em razão de sentença judicial transitada em julgado. Tal sentença poderá ser cível ou penal.

Antes de decorrido tal lapso temporal, existe a possibilidade de o Promotor de Justiça perder seu cargo por decisão administrativa.

Considerando que alcançar a vitaliciedade é um marco na carreira de um agente ministerial, a Instituição, durante esse biênio inicial, avalia, de forma mais acentuada, alguns requisitos relativos aos aspectos pessoais e profissionais do Promotor de Justiça iniciante.

É evidente que comportamento pessoal adequado e conduta profissional ilibada sempre devem nortear a vida de um membro do Ministério Público, independentemente do tempo de carreira que possuam.

Contudo, é absolutamente razoável (sendo até recomendável) que, antes de se garantir a vitaliciedade, o Promotor de Justiça comprove que está apto a servir uma Instituição tão digna e que realmente tem condições de desempenhar as relevantes tarefas que lhe foram atribuídas.

2.2.2 - INAMOVIBILIDADE

A inamovibilidade assegura ao agente a sua permanência no órgão em que se encontra lotado. A modificação da titularidade só ocorre, em regra, por vontade do membro. A movimentação compulsória é excepcional e depende da constatação de interesse público que a justifique.

Mais do que uma garantia para os Promotores e Procuradores de Justiça, a inamovibilidade assegura à sociedade uma atuação livre e independente do membro ministerial, evitando que ele fique sujeito a ingerências no exercício de suas atribuições.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o quorum exigido para a deliberação do Conselho Superior a respeito da caracterização de *interesse público* que autorizasse a remoção do Promotor de Justiça de forma compulsória. Antes da modificação, reclamava-se que a decisão fosse tomada pela maioria de dois terços dos integrantes do colegiado; atualmente, a remoção poderá verificar-se com a deliberação da maioria absoluta dos membros.

Vale ressaltar que a inamovibilidade não abrange, apenas, o aspecto físico ou geográfico no sentido de impedir que o Promotor de Justiça seja removido da comarca *x* para a comarca *y*. Sua extensão é muito mais profunda. Essa garantia não permite que as atribuições ministeriais sejam suprimidas no decorrer do exercício da titularidade, pois de nada adiantaria manter o Promotor de Justiça em determinada comarca e retirar dele as funções que foram previamente definidas. Admitir tal possibilidade é burlar o mandamento constitucional. Hugo Nigro Mazzilli resume com precisão essa idéia: “A garantia da inamovibilidade se liga ao exercício das funções do promotor, e não à sua presença física na promotoria”.¹⁶⁹

Por outro lado, não se pode confundir alteração do exercício das funções ministeriais (que é inconstitucional) com reestruturação das atividades. Essa é possível e desejável, uma vez que a Instituição, sempre obediente ao princípio da legalidade, deve velar pela eficiência na prestação dos serviços que lhe são inerentes. Endossando o raciocínio: “Administrativo. Promotor de Justiça. Reestruturação do Ministério Público. Extinção de circunscrições. Garantia da Inamovibilidade. Violação. Não Ocorrência”.¹⁷⁰

2.2.3 - IRREDUTIBILIDADE DE SUBSÍDIO

A Emenda Constitucional 19/98 modificou toda a sistemática remuneratória dos agentes públicos, estabelecendo dois sistemas o subsidial e o vencimental.

¹⁶⁹ RT 494/269

¹⁷⁰ Recurso Ordinário em MS 7770-SC 1996/0065366-6-STJ.

No caso do Ministério Público, seus membros são remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

O Promotor de Justiça do Estado de Rondônia Alexandre Jésus de Queiroz Santiago, discorrendo sobre o tema, assevera que

[...] no aspecto remuneratório, uma das pretensões da nossa Lei Suprema foi diminuir as diferenças. [...] entre os agentes políticos da mesma espécie, consagrando a inexistência real de uma hierarquia funcional, ao atribuir o mesmo quilate ao suor de todos os membros do poder ou Instituição.¹⁷¹

No tocante à característica de irredutibilidade do subsídio, o citado Promotor de Justiça entende que essa não é apenas nominal, mas, sim, real, garantindo-se eventuais reposições de perdas salariais verificadas em períodos de inflação.

Ressalta-se que apenas a irredutibilidade real do subsídio permitirá que o objetivo motivador dessa garantia constitucional seja alcançado: “[...] evitar que, como forma de intimidação ou mesmo de retaliação, os membros do Ministério Público sofram perdas financeiras sempre que contrariem os interesses dos detentores do poder”.¹⁷²

2.3 - DEVERES DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art.110 da Lei Complementar nº 34/94 enuncia alguns dos deveres a serem cumpridos pelos membros ministeriais. A enumeração é meramente exemplificativa, uma vez que em dispositivos distintos identificam-se outras obrigações a serem desempenhadas pelos agentes da Instituição.

O eventual descumprimento dos deveres impostos pode acarretar, após tramitação de processo disciplinar administrativo, a incidência das penas de advertência ou censura (art. 211 e 212 da Lei Complementar nº 34/94).

Há deveres que só se aplicam aos membros do Ministério Público em exercício, como o de fundamentar seus pronunciamentos processuais. Todavia, alguns deveres acompanham também os agentes que se encontram afastados ou em disponibilidade, como o dever de guardar sigilo funcional.

¹⁷¹ SANTIAGO, Alexandre Jésus de Queiroz. Promotor de Justiça: agente político ou funcionário público?. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7149>>. Acesso em: 17 abr. 2008.

¹⁷² GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Destacam-se, por fim, as vedações constitucionais que são impostas aos agentes do Ministério Público. Emerson Garcia ensina que as “[...] vedações visam a assegurar o correto exercício da atividade funcional, proibindo a prática de condutas que, de forma direta ou indireta, possam comprometê-lo”.¹⁷³

As vedações destinadas aos Promotores e Procuradores de Justiça estão previstas no art.128, § 5º, II, “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, e respectivo § 6º da Constituição.

Assim, com essas sucintas considerações sobre aspectos tão relevantes do Ministério Público, vale registrar a reflexão do sempre citado Emerson Garcia: “O membro do Ministério Público deve ser, não pensar ou aparentar que é”.¹⁷⁴

2.4 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Constituição Federal de 1988;
Lei Federal nº 8625/93;
Lei Complementar do Estado de Minas Gerais nº 34/94.

2.5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

GOULART, Marcelo Pedroso. **Princípios Institucionais do Ministério Público: A necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional**. *Livro de teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público – CONAMP*. 2007.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.
MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTIAGO, Alexandre Jésus de Queiroz. **Promotor de Justiça: agente político ou funcionário público?**. Disponível: em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7149>. Acesso em: 17 abr. 2008.

3 - AS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno

3.1 - MODELO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sem a pretensão de buscar a origem histórica do Ministério Público ou mesmo sua gênese no Direito brasileiro, fato é que a Constituição

¹⁷³ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁷⁴ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Federal promulgada em 1988 inaugurou a fase mais moderna e profícua do Ministério Público brasileiro, quer do ponto de vista estrutural, quer sob a ótica funcional, disciplinando a Instituição vocacionada para a tutela dos interesses sociais.

Inspirada por uma Assembléia Nacional Constituinte com ideais progressistas, libertários e humanistas¹⁷⁵, mesmo sobre influências contrárias e pressões de alguns segmentos sociais que defendiam interesses menos nobres, eclodiu o Ministério Público brasileiro delineado na Carta Maior com autonomia, independência e unidade funcionais, apartado dos Poderes do Estado, voltado à defesa dos interesses maiores da sociedade. Enfim, veio a lume o desenho constitucional de uma instituição que, seguramente, reconhecer-se-ia em momento posterior, um dos maiores avanços sociais concebidos pelo Poder Constituinte originário.

A magnitude da tarefa constitucional atribuída ao Ministério Público encontra diretriz no artigo 127 da Constituição Federal, tendo sido concedido à Instituição o caráter permanente e a essencialidade de sua função na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Constituição da República dispôs sobre normatização fundamental do Ministério Público no Título IV, do Capítulo IV, que cuida das Funções Essenciais à Justiça.

Assim, para a salvaguarda dos interesses sociais e individuais mais caros, caberá ao Ministério Público, no desempenho de seu mister, utilizar-se dos instrumentos processuais dispostos pelo legislador, não apenas como mecanismo de atuação da Instituição, mas como garantia conferida à sociedade, de molde a viabilizar ou potencializar a tutela social com que a Instituição se vê compromissada.

Preleciona Emerson Garcia, estribado em Renato Alessi,¹⁷⁶ que “[...] toda a função estatal denota o dever de o agente praticar determinados atos, valendo-se dos poderes que a lei lhe confere, visando à consecução do interesse da coletividade”¹⁷⁷.

Assim, na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, tarefa constitucional compreendida

¹⁷⁵ Sobre o Ministério Público na Constituição Federal de 1988, RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público – Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57-67.

¹⁷⁶ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milão: Guiffè, 1960, p. 2.

¹⁷⁷ GARCIA, Emerson. In: *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48.

em seu sentido mais amplo, abarcando a noção do próprio Direito, contempla-se, por exemplo, a legitimidade para deflagrar o controle da constitucionalidade das leis (art. 103, I e § 4º da CF/88).

Extraindo uma interpretação sistemática do artigo 127 da Constituição da República, reproduzida pelo legislador infraconstitucional no artigo 1º da Lei n. 8.625/93, é de todo razoável asseverar que, no desempenho da atribuição constitucional fica afastada a idéia de que toda e qualquer ordem jurídica merece ser tutelada pelo Ministério Público. Como ensina ainda Emerson Garcia, somente deve ser tutelada a

[...] parcela que aglutine os interesses tutelados pelas denominadas normas de ordem pública, que abarcam, além dos interesses sociais, os individuais, ainda que disponíveis, que gerem reflexos relevantes e imediatos na própria coletividade (v.g.: as hipóteses contempladas no artigo 82, I e II, do Código de Processo Civil)¹⁷⁸.

Malgrado a história registrar em regimes totalitários a existência de Ministério Público forte, notou-se sua fragilidade quanto a sua independência funcional.

A defesa do regime democrático compreende, pois, que o Ministério Público se apresente como efetivo instrumento de transformação social em ambiente político permeado pela democracia plena, eis que fadado a servir à sociedade, e não ao autoritarismo.

O Estado democrático, preleciona Hugo Nigro Mazzilli¹⁷⁹, escorado no ensinamento de Ataliba Nogueira, é aquele em que o povo, de acordo com o seu entender livre, toma decisões concretas em matéria política ou, ao menos, decide quais hajam de ser as linhas diretivas a que se deve ater a ação dos que são colocados no governo.¹⁸⁰

Ensina Hugo Nigro Mazzilli, *verbis*:

[...] Ora, para tornar concreto o mandamento constitucional de que o Ministério Público está a serviço da defesa do regime democrático, mister é que tome ele, por exemplo, a iniciativa de propor mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, como a falta de regulamentação da participação popular nas decisões políticas, quer pelo plebiscito, quer pelo referendo, quer pela iniciativa do processo legislativo; necessário é que

¹⁷⁸ *Op. cit.*, nota anterior, p. 48.

¹⁷⁹ *Regime Jurídico do Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 136.

¹⁸⁰ *Teoria geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1966, p. 67.

proponha ações diretas de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional; preciso é que intervenha na fiscalização de todo o processo eleitoral, bem como nas hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos, e no zelo do livre funcionamento dos partidos políticos.¹⁸¹

Assim, na dicção do artigo 127 da CF/88 e do artigo 1º, *caput*, da Lei n. 8.625/93, será legítima a tutela ministerial nas questões que tenham por objeto interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como interesses difusos ou coletivamente considerados.

Os interesses sociais transbordam o terreno da individualidade para atingir os interesses maiores da sociedade, podendo versar sobre direito disponível desde que tenham expressão para toda a coletividade. Daí a noção de direito individual homogêneo reconhecidamente existente no ordenamento jurídico pátrio. Nota-se, portanto, que será legítima a tutela de interesses individuais, ainda que disponíveis, desde que a defesa manejada busque proteção coletiva, haja vista inexistir previsão constitucional que permita ao Ministério Público que sua atuação se volte à defesa de direito individual disponível.

Mais uma vez vale o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli:

[...] o objeto da atenção do Ministério Público resume-se nesta tríade: a) ou zela para que não haja disposição alguma de interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição daquele interesse seja feita conformemente com as exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução do problema¹⁸².

A Constituição da República, com inarredável reflexo do modelo federativo que inspirou o Estado Brasileiro, estabeleceu os ramos do Ministério Público sob a forma dicotômica: da União e dos Estados, inexistindo entre ambos elos funcionais, administrativo ou hierárquico.

O Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o Militar, o do Trabalho e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Afastada, pois, o ramo do Ministério Público Eleitoral, compreensível este na medida do exercício das funções junto à Justiça Eleitoral.

Chefiado o Ministério Público da União pelo Procurador-Geral da República, as demais carreiras que o integram são independentes entre si, tendo cada uma delas organização própria, recaindo a

¹⁸¹ *Op. cit.*, nota anterior, p. 136-137.

¹⁸² *Op. cit.*, notas anteriores, p.139.

chefia em seus respectivos Procuradores-Gerais que, por força da Lei Orgânica do Ministério Público da União, e para reverter a omissão constitucional, poderão exercer, exclusivamente, atribuições especialmente delegadas pela Lei Complementar nº 75/93¹⁸³.

No âmbito Estadual, cabe ao Procurador-Geral de Justiça exercer a chefia institucional (§§ 3º e 4º do art. 128 da CF/88).

A Lei Complementar nº. 75/93 dispôs sobre a organização e atribuições do Ministério Público do Trabalho e do Militar, cabendo ao primeiro a atuação nas causas de competência da Justiça do Trabalho (art. 83, *caput*) e ao segundo as causas afetas à competência da Justiça Militar (art. 116, *caput*). O Ministério Público Federal exercerá as funções nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal e Juízos Federais. Contudo, suas relevantíssimas funções não serão aprofundadas no presente trabalho.

Ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, não obstante pertencerem à abrangência do Ministério Público da União, caberá o desempenho das atribuições junto ao Tribunal de Justiça e juizes do Distrito Federal.

3.2 - LITISCONSÓRCIO ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS

Apesar de os ramos do Ministério Público gerarem, inafastavelmente, completa independência administrativa e hierárquica entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal, a própria legislação¹⁸⁴, antevendo a possibilidade da demanda tocar as atribuições de ambos os órgãos, permite a formação de litisconsórcio ativo facultativo entre as instituições.

Na doutrina¹⁸⁵, admite-se a viabilidade de litisconsórcio facultativo entre os órgãos ministeriais na defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, podendo interferir sobre os interesses nacionais, com ressalva nos interesses regionais.

Tanto o Ministério Público Estadual como o Ministério Público Federal poderão demandar em conjunto ou separadamente na Justiça Federal ou

¹⁸³ Sobre o tema, consulte-se: arts. 22 e 26, inc. VIII, § 1º e arts. 32, 45, 83, 87, 116, 120, 149 e 155, todos da Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993.

¹⁸⁴ V. art. 5º, § 5º, da Lei nº. 7.347/85; art. 210, § 1º, da Lei nº. 8.069/90(ECA); art. 81, § 1º, da Lei nº. 10.731/03 (Estatuto do Idoso).

¹⁸⁵ Nesse sentido, consulte-se: MANCUSO, Rodolfo de Carmo. *Ação Civil Pública*. 4. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 80-92; NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1343

Estadual, respectivamente, haja vista que a Carta Magna não vincula, exclusivamente, sua atuação ao órgão jurisdicional que ordinariamente se vê atrelado o órgão ministerial.

Vale notar que o Ministério Público do Estado desempenha funções originariamente atribuíveis ao Ministério Público Federal, tal como ocorre com as causas eleitorais, frente ao juízo eleitoral mantido pela União, consoante preconizado pelo art. 79 da LC n. 75/93, ou mesmo com as causas previdenciárias (art. 109, § 3º da CF/88).

De outra banda, na defesa dos direitos e interesses dos índios e da população indígena, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional (art. 37, II, da LC n. 75/93), poderá o Ministério Público Federal litigar em quaisquer juízos ou tribunais.

O litisconsórcio facultativo, portanto, antes de criar qualquer obstáculo, deve ser incentivado de molde a propiciar maior economia processual, devendo os trabalhos coligados merecer estímulo. A *vis atrativa* da Justiça Federal sobre o caso concreto não poderá inibir a ação do Ministério Público Estadual, no exercício de suas prerrogativas e, por consequência, na tutela dos interesses regionais ou locais.

3.3 - AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição da República preconizou, exemplificativamente, em seu artigo 129 atribuições ao Ministério Público de molde a traçar linhas de atuação, quer no campo da conflituosidade judicial, onde o perfil institucional se afigura eminentemente demandista, quer no plano extraprocessual, servindo o órgão ministerial como agente pacificador dos conflitos sociais. Em ambos os casos, contudo, sua função estará atrelada, indissolúvelmente, a sua atividade finalística desenhada pela norma gizada no artigo 127, *caput*, da CF/88, que prevê a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

3.3.1 - PROMOÇÃO PRIVATIVA DA AÇÃO PENAL PÚBLICA (ART. 129, I, CF/88):

Ensina Emerson Garcia que:

[...] a propositura da ação penal, como projeção da soberania estatal, é atribuição que se confunde com a própria existência do Ministério Público, estando presente em todos os países que adotam esse modelo institucional. Outorgando essa atribuição do Ministério Público, é prestigiado o sistema acusatório (ainda que receba temperamentos) e preservada a imparcialidade do órgão jurisdicional. Com a Constituição de 1988, foram abolidos

os procedimentos penais *ex officio*, que podiam ser instaurados e julgados pelo mesmo órgão jurisdicional, o que em muito comprometia a sua imparcialidade. Foram igualmente extintos os procedimentos judicialiformes, que eram instaurados e parcialmente instruídos pela Autoridade Policial, o que comprometia o contraditório e a imparcialidade na colheita das provas, pois a mesma autoridade que deflagrava o procedimento presidia a instrução processual¹⁸⁶.

O monopólio da ação penal pública, condicionada ou incondicionada, pertence ao *Parquet*, pois esta é uma função institucional que lhe foi atribuída com exclusividade¹⁸⁷.

A denúncia, cujos requisitos foram pinçados pelo artigo 41 do Código de Processo Penal, constitui a peça inaugural da ação penal pública, cabendo ao Ministério Público a *opinio delitis* e, portanto, a palavra final sobre o oferecimento da acusação. Assim, afigura-se a denúncia como legítimo e democrático instrumento legal de que dispõe o Estado de molde a exercer, pela via processual, a *jus accusationis* com o propósito de realizar o direito e pacificar a ordem jurídica violada.

Entre nós, com o advento da Constituição da República de 1988 e na dicção do artigo 129, I, da Carta Magna, temos que foi abolida a denominada *ação penal popular*, prevista na Lei n.º 1.079/50, que permite a qualquer cidadão oferecer denúncia (*jus accusationis*) em face do Ministro do Supremo Tribunal Federal ou do Procurador-Geral da República por crimes de responsabilidade. A ação penal, na espécie, não sendo privada, logo será pública ante o critério legal adotado pelo artigo 100 do Código Penal¹⁸⁸, cabendo, pois, ao Ministério Público o seu exercício.¹⁸⁹

3.3.2 - ZELO PELO EFETIVO RESPEITO DOS PODERES PÚBLICOS E DOS SERVIÇOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA (ART. 129, II, CF/88)

Em decorrência da ampla área de atuação, caberá ao Ministério Público plena legitimidade, por exemplo, para fiscalizar e propor medidas destinadas a proteger os direitos da criança e do adolescente no que pertine ao ensino obrigatório, tendo em vista que a educação constitui direito fundamental da pessoa e dever do Estado.

O poder de recomendação do Ministério Público, com sugestão de medidas que visem à melhoria dos serviços públicos, encontra no dispositivo em foco sua origem embrionária. Malgrado não tenha

¹⁸⁶ *Op. cit.*, notas anteriores, p.273.

¹⁸⁷ STF – RDA – 183/108.

¹⁸⁸ “Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declara privativa do ofendido.”

¹⁸⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. I, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 451.

poder vinculante ao administrador destinatário do ato, afigura-se, invariavelmente, instrumento útil de enquadramento da Administração Pública aos anseios sociais e à lei.

No plano infraconstitucional, a expedição de recomendação encontra amparo no artigo 26, VII, da Lei n. 8.625/93 e no artigo 6º, XX, da Lei Complementar n. 75/93, preceito igualmente amparado no plano estadual por força do artigo 80 da Lei n. 8.625/93.

Tratando-se de providência de caráter extrajudicial, buscando, regra geral, prevenir conflituosidade com a administração pública, não se divisa a necessidade de o ato recomendatório se encontrar diretamente vinculado à hipótese de atuação do órgão ministerial como agente.¹⁹⁰

3.3.3 - PROMOÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 129, III, DA CF/88)

3.3.3.1- INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil, como procedimento administrativo investigatório, de caráter pré-processual, realiza-se extraprocessualmente.

Criado pela Lei n. 7.347/85 e sufragado pela Constituição da República, configura relevante instrumento a cargo exclusivo do Ministério Público voltado à coleta de elementos de convicção para escolha futura de eventual ajuizamento de ação civil pública, evitando-se risco maior de propositura de ações temerárias. Possui traços semelhantes, por isso, como o inquérito policial sendo, pois, procedimento administrativo inquisitivo, não sendo obrigatório o contraditório, haja vista que por esse procedimento não se visa aplicar qualquer tipo de sanção.¹⁹¹

Sustenta Marcelo Pedrosa Goulart¹⁹², ao discorrer sobre o perfil resolutivo do Ministério Público consagrado na Constituição da República de 1988, que é imprescindível que se efetive o Ministério Público *resolutivo*, potencializando a autonomia funcional de cada órgão de execução, sobretudo com a efetiva atuação na proteção dos interesses e direitos massificados. Assim, a utilização consciente e responsável do inquérito civil pelo Ministério Público, tem servido como importante instrumento eficaz para o resguardo dos interesses sociais.

Sensível ao tema, afirma Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz¹⁹³ que não é difícil perceber

¹⁹⁰ *Op. cit.*, notas anteriores, p. 383.

¹⁹¹ Nesse sentido, consulte-se: ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 225.

¹⁹² *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*, p. 210-211.

¹⁹³ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Inquérito

que essas atribuições do Ministério Público, recebidas na qualidade de órgão de defesa social, têm por inequívoco escopo a promoção da cidadania. Aliás, o inquérito civil é, e tem sido um eficiente instrumento de cidadania, estando hoje disseminado o hábito de associações, partidos políticos e cidadãos, isolada ou coletivamente, representarem ao MP para apuração de fatos possivelmente lesivos aos interesses difusos.

Vigora, de regra, no inquérito civil o *princípio da publicidade*, condizente com os atos administrativos (art. 37, *caput*, da CF/88). Contudo, persiste a possibilidade de limitação a essa regra, forte em situações em que a norma constitucional resguarda a privacidade e o sigilo de documentos ou dados, cabendo ao órgão ministerial, fundamentadamente, impor o sigilo a fim de assegurar a apuração cabal dos fatos, com resguardo aos direitos fundamentais.

3.3.3.2 - OBJETO DO INQUÉRITO CIVIL

Terá o inquérito civil como objeto os direitos difusos, coletivos, individuais indisponíveis e os individuais homogêneos. Não obstante, há controvérsia doutrinária quando a apuração de lesão ou ameaça de lesão tiver alcance mais restrito, ou seja, a direito individual puro (criança ou a adolescente ou idoso). Nesses casos, torna-se cabível a instauração de sindicância simples ou do procedimento administrativo inominado previsto no artigo 26, I, da Lei nº 8.625/93¹⁹⁴.

Como adverte Emerson Garcia, tratando-se de matéria que se insira nas atribuições do Ministério Público e que não esteja enquadrada sob a epígrafe dos interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos, conforme previsão do artigo 25, IV, da Lei nº 8.626/93, não é aconselhável a instauração de inquérito civil para a sua apuração. Justifica-se a assertiva, pois o inquérito civil está sujeito a uma sistemática específica de arquivamento, suprimindo do órgão de execução a decisão final a respeito da investigação por ele presidida. Nesses casos, o correto será instaurar um procedimento administrativo, no qual o agente poderá utilizar todos os instrumentos contemplados na Constituição e na legislação infraconstitucional com o fim de instruí-lo.¹⁹⁵

3.3.3.3 - O PROCEDIMENTO DO INQUÉRITO CIVIL

Inspirado pela informalidade, nem por isso o inquérito civil encontra-se imune a um regimento básico. É perceptível ao menos três fases distintas :a) a instauração; b) instrução; c) conclusão. Desde

Civil: Dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública*. 1995. p. 64.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, notas anteriores, p.295

¹⁹⁵ *Op. cit.*, notas anteriores, p. 295-296.

a *instauração*, mediante portaria inaugural ou por despacho do órgão ministerial, passando-se à etapa *apuratória* com a coleta de provas e a sua *conclusão*, deverá o órgão de execução atentar para o procedimento traçado pelo ato normativo que a disciplina. A *Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público* regulamenta, no âmbito da Instituição, a instauração e tramitação do inquérito civil.

No Estado de Minas Gerais, vigora ainda a *Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 03, de 14 de dezembro de 2007*¹⁹⁶, que regulamentou a tramitação do inquérito civil e do procedimento preparatório pertinente à tutela coletiva ou difusa, excluindo-se a apuração de ameaça ou lesão a direito individual puro.

O inquérito civil, por enquadrar em procedimento pré-processual, terá como fonte legislativa concorrente entre a União e os Estados, o teor do artigo 24, XI, da Constituição da República¹⁹⁷. Contudo, nada obsta, no âmbito do Estado de Minas Gerais, ao Procurador-Geral de Justiça, em razão de competência administrativa expressa e por delegação legislativa (Lei Complementar Estadual nº 34/94), editar ato normativo que discipline normas complementares do procedimento do inquérito civil¹⁹⁸, respeitadas os parâmetros e princípios da lei federal básica (Lei nº 7.347/85).

No curso do inquérito civil poderá sobrevir termo de ajustamento de conduta, sem prejuízo, em algumas vezes, do prosseguimento de diligências. A instauração do inquérito civil sequer é pressuposto processual para que o Ministério Público compareça em juízo. O inquérito pode ser dispensado, caso existam elementos necessários para propositura da ação.¹⁹⁹

Concluídas as apurações necessárias, não sendo hipótese de ajustamento de ação civil pública ou celebração de termo de ajustamento de conduta, caberá ao órgão de execução promover o arquivamento do inquérito, remetendo-o em seguida, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público para fins de homologação.

Cabe relembrar que, no curso do inquérito civil poderá sobrevir, entre o Ministério Público e o

investigado, a celebração de termo de ajustamento de conduta, cujo descumprimento ulterior poderá dar ensejo à ação civil pública em forma de ação de execução do acordo, válido como título extrajudicial.

3.3.3.4 - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ORIGENS

Historicamente, fez-se necessária a criação de um instrumento jurídico ideal para a defesa de direitos massificados no Brasil, porquanto a proibição gizada no artigo 6º do CPC comprometia a proteção eficaz dos interesses coletivos.

José Carlos Barbosa Moreira e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior foram precursores sobre o tema no País, nos idos dos anos 70. Posteriormente, os professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e o próprio Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, em trabalho desenvolvido pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), apresentaram proposta do anteprojeto de lei, tendo sido apresentado o Projeto de Lei nº 3.034/84 à Câmara dos Deputados pelo deputado paulista Flávio Bierrembach.

Posteriormente, apresentou o Ministério Público do Estado de São Paulo ao Poder Executivo outro anteprojeto que foi acolhido pelo Governo Federal, vindo a resultar na Lei nº 7.347/85, a Lei de Ação Civil Pública (LACP).

Legislações subsequentes trouxeram outras alterações, tendo sido o seu objeto ampliado pela própria Constituição da República de 1988 para a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Outras leis esparsas alargaram as hipóteses de Ação Civil Pública para a defesa de outros bens jurídicos relevantes tais como a Lei nº 7.853/89, que visa a proteger as pessoas portadoras de necessidades especiais, a Lei nº 7.913/89 (investidores no mercado de capitais) e a Lei nº 10.741/03, que ampara os idosos, e a própria Lei nº 8.078/90 que traça as linhas de Defesa do Consumidor, além de outros instrumentos normativos que visem à proteção massificada dos direitos e interesses.

Dentre as modificações ulteriores à LACP, merecem destaque aquelas impostas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) que ampliou o campo de incidência. Assim, o CDC previu expressamente a tutela dos interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III), corrigindo o veto imposto pelo Presidente da República à redação original da LACP. Alargou a aplicabilidade do CDC à LACP (art.117, CDC)²⁰⁰, criando harmônica interação

¹⁹⁶ Instituiu ainda, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Sistema de Registro Único de Inquéritos Cíveis e Procedimentos Preparatórios (SRU).

¹⁹⁷ Nesse sentido: STF – ADI n. 1.285 – SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Moreira Alves, DJU 23.03.2001, Inf. n. 221.

¹⁹⁸ MINAS GERAIS. Ministério Público Estadual. Resolução nº 3, de 14 de dezembro de 2007. Regulamenta o inquérito civil e o procedimento preparatório na área dos interesses difusos ou coletivos e institui o Sistema de Registro Único de inquéritos cíveis e procedimentos preparatórios (SRU).

¹⁹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 339.

²⁰⁰ “Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dis-

entre ambos os sistemas. Em contrapartida, no art. 90 do Código Consumerista²⁰¹, estabeleceu o legislador a aplicação da Lei nº 7.347/85 (LACP) às ações reguladas pela Lei nº 8.078/90. Acresceu ainda a possibilidade de formação de litisconsórcio entre Ministérios Públicos e a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Explica Mazzilli²⁰² que nem tudo foi progresso em matéria de defesa de interesses transindividuais no País. Sucessivas alterações legislativas cuidaram de limitar o âmbito das liminares em matéria de ações civis públicas; outras mudanças na legislação buscaram limitar a eficácia da coisa julgada formada nessas ações (Lei nº 9.494/97); outras questões que o interesse do governo federal não pretendia ver resolvidas, tais como matérias tributárias ou relativas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), tentaram vedar, de maneira inconstitucional, o acesso coletivo à jurisdição. Intimidação aos membros do Ministério Público, com previsão em Medida Provisória, de responsabilização pessoal e reconvenção em sede de ação civil pública de improbidade, merecendo recuo do Governo Federal após ajuizamento de ADI nº 2.384-5-DF pela CONAMP.

3.3.3.5 - CONCEITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O acesso coletivo à tutela jurisdicional adequada configura corolário da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, tal qual como prevista para a defesa dos direitos individuais (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88).

Tem a ação civil pública *status* constitucional (art. 129, III, da CF/88). Por isso, fala-se que a ACP constitui verdadeira garantia constitucional processual colocada à disposição de seus legitimados ativos para a tutela dos direitos difusos ou coletivos e individuais homogêneos.

3.3.3.6 - OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Conforme leciona *Hugo Nigro Mazzilli*, inexistente taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (defesa do meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística), quaisquer outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos podem, em tese, ser

positivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

²⁰¹ "Art. 90: Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições."

²⁰² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 104.

defendidos em juízo por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos demais co-legitimados do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC²⁰³.

Explica Nelson Nery Junior²⁰⁴ que é *difuso* o direito de natureza transindividual, indivisível de que são titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstância de fato (art. 81, parágrafo único, inc. I, do CDC); e que são *coletivos* os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, inc. II, do CDC).

Aponta Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁰⁵, citando a visão de Nelson Nery Junior, que um direito caracteriza-se como difuso de acordo com o tipo de tutela jurisdicional e a pretensão levada a juízo, aduzindo que a pedra de toque do método classificatório para qualificar um direito como difuso, coletivo ou individual é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial, sendo certo, para o autor que, da ocorrência de um mesmo fato, podem originar pretensões difusas, coletivas e individuais.

Ensina Mazzilli²⁰⁶ que os *interesses individuais homogêneos*, para o CDC, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inc. III, do CDC). Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o dano ou responsabilidade se caracteriza por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo.

Os direitos individuais homogêneos são divisíveis, identificáveis e titularizáveis.

A LACP, em razão da abrangência emprestada pelo CDC ao processo coletivo, não impõe limitação aos tipos de ações passíveis de ajuizamento, de sorte que se admite toda e qualquer modalidade de ação para a tutela dos direitos regulados pela Lei nº 7.347/85 (CDC, arts. 83 e 90; LACP, art. 21).

²⁰³ *Op. cit.*, nota anterior, p. 112.

²⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1127.

²⁰⁵ MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1195. p. 175.

²⁰⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48-49.

3.3.3.7 - PRINCÍPIO DA LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE E PLURALISTA

A legitimação no processo coletivo, consoante previsão constitucional (arts. 129, §1º, 125, § 2º e 103 da CF), conservada desde a vigência da Lei nº 7.347/85, é *concorrente e pluralista*. Com isso, confere-se legitimidade à União, aos Estados e Municípios, à Defensoria Pública, às entidades da administração indireta e às associações que preencham os requisitos do artigo 5º da LACP. Idêntico sistema foi adotado nas seguintes leis: Lei nº 8.069/90 (ECA), Lei nº 8.078/90 (CDC), na Lei nº 7.853/89 (Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência) e na Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Vale notar que a legitimação ativa da Defensoria Pública na ação civil pública relaciona-se com a defesa de direitos ou interesses coletivos de pessoas necessitadas, em consonância com a regra preconizada no artigo 5º, II, da Lei nº 7.347/85 e no art. 134, *caput*, da Constituição da República. Exigir-se-á, pois, da Defensoria Pública, tal pertinência temática específica (atuação concreta de acordo com suas finalidades institucionais), sob pena de desvio de sua função social, regrada em sede constitucional, consistente na representação judicial e defesa dos necessitados²⁰⁷.

3.3.3.8 - NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Na tutela transindividual, reconhece a doutrina clássica, com respaldo em posicionamento majoritário da jurisprudência, que a proteção dispensada aos titulares ocorre por *legitimação extraordinária*²⁰⁸, tendo em vista a verdadeira substituição dos lesados por expressa permissão legal. Outra corrente defende, baseada em doutrina alemã, que, em relação à defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos, por sua abrangência dilatada, tratar-se de *legitimação autônoma para condução do processo*²⁰⁹ (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*). Preconiza a teoria que o substituto processual defende direito de titular determinado. Na tutela difusa, os substituídos são indetermináveis e na proteção coletiva, indeterminados, daí a sua defesa em juízo ser realizada pela sobredita legitimação; outra corrente sustenta a presença da legitimidade anômala mista (ordinária e extraordinária)²¹⁰.

²⁰⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.124.

²⁰⁸ *Op. cit.*, nota anterior, p. 53-55.

²⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 399 e 1466.

²¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 123.

No plano da defesa dos interesses individuais homogêneos, vale mais uma vez o ensinamento de Gregório Assagra de Almeida ao afirmar que a legitimidade ativa também seria uma forma de legitimação autônoma para a condução do processo, pois, não tem o legitimado ativo que identificar de forma individualizada os respectivos titulares para o ajuizamento de ação coletiva para a tutela de tais direitos. Basta que haja a afirmação de direitos ou interesses individuais homogêneos que, por exemplo, estaria legitimado o Ministério Público para sua defesa, *ex vi legis*²¹¹. Vigora aqui o princípio da presunção da legitimidade *ad causam* ativa coletiva pela afirmação do direito coletivo tutelável. Assim, bastaria a afirmação do direito ou do interesse para presumir a legitimidade, sendo, pois, desnecessária a busca pela real titularidade do direito coletivo alegado.²¹²

3.3.3.9 - A DESISTÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A PROIBIÇÃO DE SEU ABANDONO

O artigo 5º, §, 3º, da LACP²¹³ prevê o princípio da desistência motivada da ação civil pública e a proibição de seu abandono.

A desistência da ação civil pública poderá ocorrer; contudo, caberá ao autor legitimado motivar sua decisão. Em caso de serem infundadas as razões invocadas, qualquer outro co-legitimado ativo ou o Ministério Público (desde que não seja o autor), assumirá o pólo ativo da ação.

Por isso, considerando que a sistemática da LACP não admite o abandono da ação civil pública, haveria incompatibilidade no reconhecimento da *contumácia das partes* (art. 267, II, do CPC) ou a *contumácia do autor* (art. 267, I, do CPC) afastando-se, por tais motivos, a possibilidade de extinção do processo sem resolução de mérito.

No tocante ao Ministério Público, nada impede que desista da ação intentada. O órgão ministerial não está obrigado a assumir a titularidade da ação civil pública. Possui independência funcional que preserva seu convencimento. Contudo, deverá justificar adequadamente a recusa em prosseguir na demanda, cabendo ao juiz, caso discorde, aplicar, por analogia, o disposto no artigo 28 do CPP²¹⁴, com remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. A mesma solução vale para a hipótese de abandono da ação pelo órgão ministerial.

²¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.136.

²¹² *Op. cit.*, p. 34-35.

²¹³ "Art. 5º, § 3º: Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa."

²¹⁴ Em sentido contrário, dizendo caber o controle da desistência ou abandono da ação civil pública pelo Ministério Público ao CSM: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.338-339.

3.3.3.10 - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional, compreendida esta como uma das funções primordiais do Estado. Extrai-se do desenho constitucional da Instituição o seu dever de tutelar os direitos fundamentais, o regime democrático e a ordem jurídica vigente (art. 127, *caput*, da CF/88).

Como corolário desse perfil de defesa social e dos interesses mais elevados da sociedade, a legitimação do Ministério Público ecoa na Lei n. 7.347/85 (art. 5º, I) como verdadeira imposição constitucional a proteger os direitos e interesses transindividuais.

O artigo 5º da LACP, em acatamento ao comando traçado no art. 129, § 1º, da CF/88, ratifica, pois, no plano infraconstitucional, a legitimidade do Ministério Público no processo coletivo, o qual se apresenta como *concorrente*, uma vez que subsiste ao lado de outros entes igualmente legitimados. É *disjuntiva*, porquanto cada co-legitimado ativo poderá vir a juízo, isoladamente, sem a companhia dos demais. Neste particular, assume o Ministério Público, no processo coletivo, a função primordial de guardião da sociedade (*custos societatis*) e guardião da lei (*custos juris*) em face do alcance social a ser tutelado pela via coletiva, não se limitando à mera atividade de *custos legis*²¹⁵. Também é *exclusiva* a legitimidade coletiva ativa na ação civil pública, pois somente aos entes indicados na lei ou extraídos do sistema jurídico é permitido aforar a ação.

Os interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, com origem fática ou jurídica comum, divisíveis, poderão ser tutelados coletivamente (art. 81, parágrafo único, III, do CDC) pelo Ministério Público, em face do reconhecimento do *microsistema da tutela jurisdicional coletiva* entre o CDC (art. 90) e a LACP (art. 21), não obstante a marcante carga de individualidade no compartilhamento dos prejuízos suportados pelos titulares, cuja identidade de origem, contudo, transborda para o terreno do interesse social, compatível com a atuação finalística da Instituição.

Ressalte-se que a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos repousa em interesse social, haja vista evitar: a dissipação dos lesados; os provimentos jurisdicionais contraditórios advindos da fragmentação das inúmeras lides; o abarrotamento de processos no Poder Judiciário, com proliferação de ações individuais, que

contribui para o retardamento da prestação jurisdicional, gerando desprestígio da justiça, além de desequilíbrio e insegurança sociais; a ausência de economia de despesas e de otimização de tempo do Estado na sua relevante função de dizer e realizar o direito.

Na tutela jurisdicional coletiva irradia o *princípio do máximo benefício*, consistente na resolução, num só processo, de variados conflitos interindividuais ou de um forte conflito social, tanto que o CDC, no § 3º do artigo 103²¹⁶, prevê expressamente a transferência da coisa julgada coletiva, oriunda da tutela metaindividual, para a seara individual.

Vale destacar que a ação civil pública, vocacionada para a proteção, a prevenção e a reparação dos danos causados aos direitos ou interesses coletivos, em sentido amplo, poderá tutelar ainda, com fundamento no artigo 127, *caput*, da Carta Magna, *clausula-mater* da estrutura constitucional do Ministério Público, os interesses individuais indisponíveis²¹⁷.

A legitimação do Ministério Público na defesa de direitos e interesses individuais puros indisponíveis, tutelando direito alheio em nome próprio, será extraordinária.

Ainda no escólio de Gregório Assagra de Almeida²¹⁸ os fundamentos dessa legitimação devem ser extraídos de forma abrangente, a partir da leitura e interpretação do artigo 127, *caput*, da CF, com base nas orientações neoconstitucionalistas, dentro das quais o sistema constitucional é concebido de forma aberta e irradiante da eficácia extraída, principalmente, da teoria dos direitos fundamentais.

Em vista da ação civil pública ser voltada para a proteção coletiva, nada impedirá que a tutela individual pura indisponível seja aviada como verdadeira ação individual proposta pelo Ministério Público, como legitimado extraordinário. A denominação de ação civil pública será individual,

²¹⁶ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...] [...].

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

²¹⁷ Sobre o tema, consulte-se: ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.8, p.596-621, 2007.

²¹⁸ *Op. cit.*, nota anterior, p. 605.

²¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Civil Coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. p. 512.

repita-se, e está jungida à qualidade da parte processual da Instituição autora e não ao seu objeto material. A doutrina e a jurisprudência já consolidaram entendimento no sentido de que não é a nomenclatura que confere a natureza da ação, mas a pretensão deduzida.

Por isso, ainda que ação civil pública seja concebida, originariamente, à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, secundário a denominação da ação quando da proteção dos individuais puros indisponíveis, vez que se afigura uma ação individual (com objeto individual indisponível), com ampla legitimidade ministerial para sua tutela, de conformidade com o art. 127, *caput*, da Constituição da República, e não pela regra do art. 129, III, ou do art. 5º, I, da Lei n. 7.347/85. Nesses termos, pode-se afirmar que a natureza jurídica da ação civil pública na defesa dos direitos individuais indisponíveis será irrelevante porquanto tem o Ministério Público legitimidade de cunho constitucional para sua defesa, podendo aplicar à ação civil pública normas ou princípios peculiares da ação coletiva, por força dos artigos 201, V, e 212, ambos do ECA, e art. 21 da LACP, em casos de defesa da saúde de criança ou adolescente²¹⁹.

No tocante ao estudo da indisponibilidade, vale trazer à colação o que preleciona Antônio Cláudio da Costa Machado²²⁰ quando classifica a *indisponibilidade* em *objetiva* ou *subjetiva* com reflexos na intervenção do Ministério Público no processo, infundindo nesses atributos relevância social. O direito é *objetivamente indisponível* quando o fator a ser considerado cinge-se à relação jurídica existente, independentemente de quem seja o seu titular (*v.g.*, questão de estado). Será considerado direito *indisponível subjetivo*, ao contrário, quando este se ligar a um dos titulares da relação jurídica. É o caso de ações que envolvam interesse de incapaz, idosos, todos pessoalmente considerados.

A tutela coletiva, indistintamente, abriga a indisponibilidade dos direitos, por exemplo, na tutela dos interesses difusos, em que se verifica ampla indisponibilidade; nos demais direitos tutelados pela via coletiva, com maior ou menor extensão, igualmente viceja a indisponibilidade, o mesmo ocorrendo com os direitos individuais homogêneos, podendo externar-se de modo subjetivo, com alcance coletivo (*v.g.*, pessoas portadoras de necessidades especiais, com dimensão coletiva).

²¹⁹ Nesse sentido: TJMG – Reexame Necessário n. 10220059782932001 – Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 30.03.2006.

²²⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 64.

3.3.4 - PROMOÇÃO DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE OU REPRESENTAÇÃO PARA FINS DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO E DOS ESTADOS (ART. 129, IV, CF/88)

3.3.4.1 - ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade assenta-se em sistemas jurídicos que impõem a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico vigente, comum em modelos que adotam a rigidez constitucional como regra, pelo qual exige especial processo para sua revisão.

Alexandre de Moraes leciona que

[...] a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.²²¹

Controlar a constitucionalidade, prossegue o jurista, "[...] significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais."²²²

Os modelos de controle de constitucionalidade existentes, identificados por José Afonso da Silva²²³, são de três ordens: a) *sistema político*, segundo o qual um órgão especial ou político tem a incumbência de realizar o controle; b) *sistema jurisdicional*, cabendo ao Poder Judiciário, centralizadamente, exercer o papel de dizer os atos que se encontram em desacordo com a normatividade constitucional e c) *sistema misto*, no qual certas categorias de leis são submetidas ao controle político e outras são sujeitas ao controle jurisdicional.

Na seara jurisdicional de controle de constitucionalidade, fundamentalmente, persistem três sistemas: o *difuso* ou *aberto*; o *concentrado* e o *misto*.

O sistema difuso ou por via de exceção (ou defesa) autoriza o exercício do controle de constitucionalidade por qualquer juiz ou tribunal, em qualquer processo. O controle difuso tem origem histórica nos Estados Unidos, em julgamento da *Supreme Court* no caso *Madison versus Marbury*, em 1803, ocasião em que o juiz Marshall determinou caber aos juizes aplicar e interpretar as leis, devendo sobrepor-se a Constituição a qualquer lei ordinária, caso esta

²²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 699.

²²² *Op. cit.*, nota anterior, p. 701.

²²³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 50-52.

se colocasse em posição contraditória com a Lei Maior²²⁴.

A via de exceção, considerada modo de controle judicial, é forma *incidental*, pois exercido *incidenter tantum* no processo, vale dizer como matéria ventilada em linha preliminar ou como questão prejudicial, conforme a natureza (material ou processual) do ato impugnado. É chamada incidental, tendo em vista que é manifestada no âmbito das fundamentações das decisões judiciais, sendo que, os seus efeitos operam *inter partes*, sem os efeitos, contudo, da coisa julgada.

Na Constituição da República, o modelo difuso ou incidente de controle de constitucionalidade tem respaldo no artigo 5º, XXXV, e art. 97; no CPC, vislumbra-se a previsão nos arts. 480 a 482.

O sistema jurisdicional *concentrado e abstrato* ou *por meio das ações diretas*, também conhecido como modelo austríaco, impõe a centralização da competência jurisdicional. O controle se dá por meio de ação direta, com efeito *erga omnes*.

No sistema jurisdicional misto, o controle de constitucionalidade é manejado por via concentrada ou abstrata (por ação direta) ou pelo modo difuso ou incidental e concreto. É o modelo adotado no Direito brasileiro (art. 5º, XXXV, e arts. 97, 102, I, “a”, e 103, todos da CF/88).

O controle de constitucionalidade, quanto ao momento de sua realização, pode ser *preventivo* ou *repressivo*.

Quando o controle do ato normativo é exercido antes da vigência da lei, a doutrina denomina-o de *controle preventivo*. Poderá ser exercido: a) pelo Poder Legislativo, por meio de suas comissões ou em plenário; b) pelo Poder Executivo, pelo exercício do direito de veto (art. 66, § 1º, CF/88); c) pelo Poder Judiciário, mediante mandado de segurança, sob a forma difusa ou incidental.

O *controle repressivo* é realizado após a entrada em vigor da norma. Na Constituição da República subsiste o sistema repressivo exercido pelo Poder Judiciário e, excepcionalmente, pelo Poder Legislativo.

O controle repressivo de constitucionalidade a cargo do Poder Judiciário poderá ser efetivado pela forma difusa ou abstrata, ou pela via de exceção nos diversos processos em andamento.

No sistema constitucional brasileiro, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes²²⁵, ao contrário

do sistema alemão de controle de normas, qualquer juiz ou tribunal, no caso concreto, pode recusar a aplicação de uma lei por entendê-la inconstitucional.

Analisando o tema, esclarece com habitual maestria Gregório Assagra de Almeida²²⁶, *in verbis*:

[...] O certo é que não há forma rígida ou prazo para ser suscitado o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no curso do processo, até porque esse controle é matéria de ordem pública e, por isso, não gera, pelo menos em tese, preclusão. A única restrição que poderá existir ocorre no plano dos recursos extraordinário e especial, já que esses recursos são vias excepcionais de fundamentação vinculada e, assim, para serem apreciados, dependem de que a questão alegada já tenha sido objeto de apreciação pela decisão recorrida (art. 102, III, e art. 105, III, ambos da CF/88), o que é denominado por parte da doutrina e da jurisprudência como pré-questionamento [...].

O controle difuso ou incidental é extraído do sistema constitucional brasileiro do art. 5º, XXXV, do qual sobressai o princípio da indeclinabilidade ou inafastabilidade da jurisdição, e do art. 97 que estabelece a denominada “cláusula de reserva de plenário”, ou seja, somente por maioria absoluta de seus membros, ou do Órgão Especial, poderão os tribunais acolher a inconstitucionalidade da lei ou do ato do Poder Público, sob pena de nulidade, excetuada a hipótese prevista no parágrafo único do artigo 481 do CPC²²⁷. O procedimento do controle de constitucionalidade incidental nos tribunais vem regulado pelos artigos 480 a 482 do CPC.

Em caso de controle difuso ou incidental, operada em primeiro grau de jurisdição, por juiz singular, não há que falar em instauração de procedimento especial, cabendo ao julgador o mero afastamento, de ofício ou mediante provocação, da incidência do ato normativo tido como inconstitucional.

Tal modalidade de controle é considerada pela doutrina pátria como cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF/88), visto tratar-se de direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXV, CF).

Declarada a inconstitucionalidade difusa ou incidental pelo STF, remeterá a Corte cópia do acórdão ao Senado Federal que, por seu turno, poderá emitir Resolução suspendendo a eficácia do ato normativo no território nacional (art. 52, X, da CF). Vale notar que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não se cogita

²²⁶ *Manual das Ações Constitucionais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 690.

²²⁷ “Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

²²⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1992. p.47-48.

²²⁵ *Jurisdição constitucional*: controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p.1.

da aludida comunicação ao Senado Federal, haja vista que a decisão que julgou inconstitucional a norma faz coisa julgada *erga omnes*, tendo o efeito de tirar a eficácia da lei em todo o território nacional.

O controle repressivo feito pelo Poder Legislativo ocorre quando a Carta Magna permite ao Congresso Nacional, em seu artigo 49, V, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Nessa situação, ante a inconformidade constitucional verificada, caberá ao Congresso Nacional editar decreto legislativo sustentando o ato normativo presidencial.

Por ocasião da votação das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo, tendo ingressado no ordenamento jurídico, poderá o parlamento rejeitá-las com base em inconstitucionalidade. Sobreleva destacar que as medidas provisórias poderão ser submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade (ação direta), haja vista que, desde a sua edição, terá a espécie normativa vigência e eficácia imediata²²⁸.

Atos normativos que se sujeitam ao controle são aqueles que encerram um dever-ser, veiculado pautado prescritivo de comportamento, subordinante da vontade humana, a ser cumprida e observada pelos órgãos do Estado²²⁹.

Uadi Lammêgo Bulos²³⁰ ensina, apoiado em decisão do STF, o significado e a abrangência da lei e dos atos normativos, em decisão cuja relatoria coube ao eminente Ministro Celso de Mello, na ADI n. 1.352/DF, segundo a qual não é uma forma que evidencie o alcance do significado do que sejam os atos normativos, mas a substância que nele engendra em sua configuração. Para se saber se o ato é normativo, há que se perquirir a sua qualidade jurídico-material. Assim, um ato que regula determinado padrão de comportamento, estabelecendo critérios para se decidir conflitos, qualifica-se como normativo, podendo ser considerado para fins de constitucionalidade.

Exemplifica²³¹ ainda o festejado constitucionalista as matérias sujeitas ao controle concentrado:

- a) todas as espécies normativas arroladas no art. 59 da CF;
- b) as resoluções administrativas dos Tribunais de Justiça;

- c) as deliberações administrativas dos órgãos judiciários;
- d) as deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho;
- e) os atos estatais de conteúdo meramente derogatório.

De outro lado, segundo o mesmo jurista, não se sujeitam ao controle abstrato de constitucionalidade:

- a) atos estatais de feito concreto;
- b) súmulas;
- c) ementas de leis diversas de seu conteúdo;
- d) respostas do TSE;
- e) normas constitucionais inconstitucionais;
- f) ato normativo já revogado;
- g) convenção coletiva de trabalho;
- h) atos normativos estrangeiros (diversos dos tratados internacionais);
- i) decreto executivo (desde que não seja autônomo).

Discute-se sobre a possibilidade de a ADI ter por objeto súmula vinculante do STF. Nelson Nery Junior²³² entende possível o controle abstrato, ante a possibilidade de os legitimados ativos previstos no art. 103 proporem a edição, a revisão e o cancelamento da súmula de efeito vinculante (cf. art. 103-A, § 2º, CF).

3.3.4.2 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público assumiu a função constitucional de defesa social manifestada, dentre outras vertentes, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Este, pois, o comando constitucional extraído do art. 127, *caput*, da Constituição da República.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos constitui relevante elemento ético-jurídico que integra o Estado Democrático de Direito de molde a resguardar a tutela dos valores constitucionalmente estabelecidos, quer sob a ótica social, quer sob o prisma individual.

Dos controles político e jurisdicional de constitucionalidade exercidos pelos poderes constituídos, o Ministério Público restou incumbido da defesa da ordem jurídica, o que, por si só, o credencia como o legitimado ativo natural para a deflagração do controle abstrato e incidental de constitucionalidade, sem embargo de sua atuação preventiva, facultando-se ao *Parquet* a utilização da *Recomendação*. O emprego deste instituto, não obstante ser desprovido de força vinculante ao Poder Público, poderá servir como instrumento

²²⁸ Nesse sentido: STF – ADI n. 295-3 – DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Paulo Brossard, j. 22.06.1990.

²²⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução: Jose Fiorentino Duarte. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1986. p.2.

²³⁰ *Constituição Federal Anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 907.

²³¹ *Op. cit.*, nota anterior, p. 907.

²³² *Constituição Federal Anotada*, p. 57.

de autocontrole de constitucionalidade pelo Poder competente na produção da normatividade tida como inconstitucional.

Assim, o artigo 103 da Constituição da República prevê os legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. São eles:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No plano do controle concentrado de constitucionalidade, portanto, tem o Ministério Público legitimidade para manejar os seguintes instrumentos jurídicos, segundo o sistema vigente:

- a) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a” e seu § 2º e art. 103 da CF/88);
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CF/88);
- c) ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, e seu § 2º, e art. 103 da CF/88);
- d) ação por descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF/88).

A Lei nº 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

A ação é imprescritível, tendo em vista a sua natureza social e difusa, sendo ainda, pelos mesmos motivos, inadmissível a sua desistência.

Como é cediço, cabe ao STF o papel de Corte Constitucional, competindo-lhe, exclusivamente, o controle de constitucionalidade abstrata ou concentrada de leis ou atos normativos em geral, em face da Constituição da República. Aos Tribunais de Justiça dos Estados é reservada a competência jurisdicional do controle concentrado de constitucionalidade de normas estaduais ou municipais em face das respectivas Constituições Estaduais (art. 125, § 2º da CF/88).

A ação por descumprimento de preceito fundamental vem disciplinada pela Lei n. 9.882/99, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*). Cabível, ainda, quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º da lei supracitada).

Por ato do Poder Público entende-se o ato normativo ou o administrativo, o comissivo ou o omissivo. Todas as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), seus respectivos órgãos (Ministérios, Secretarias), entidades da administração indireta (empresas públicas, fundações e empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista), sujeitam-se a essa via de controle.

Atos de particulares que desrespeitem preceito fundamental, excetuados aqueles que se encontram no exercício de função pública ou delegada pelo Poder Público, não se sujeitam ao controle jurisdicional comum.

A arguição por via da ação direta ao STF vem regulada no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, enquanto o parágrafo único permite o aforamento por via incidental, nos casos de relevância.

Outra via direcionada pela doutrina também como instrumento de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, refere-se à *ação interventiva* ou *representação interventiva*, prevista no art. 35, IV (intervenção estadual) e no art. 36, III, c/c o art. 34, VII (intervenção federal), introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934 (art. 12, § 2º).

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica da ação, ora inserindo-a no controle concentrado ou abstrato, ora na esfera do controle difuso ou concreto, vez que busca eliminar conflito constitucional por desrespeito aos princípios constitucionais sensíveis (art.34, VII, da CF/88).²³³

São chamados de princípios constitucionais sensíveis, ante a gravidade de sua inobservância:

- a forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- direitos da pessoa humana;
- autonomia municipal;
- prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- aplicação do mínimo exigido da receita resultante dos impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino e na ações e serviços públicos de saúde.

Como observa Alexandre de Moraes, a regra do Estado Federativo é a autonomia dos entes federativos (União/Estados/Distrito Federal e Municípios), caracterizada pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização, autogoverno e auto-administração. Excepcionalmente, porém, será admitido o afastamento dessa autonomia política, com a finalidade de preservação da existência e unidade da própria Federação, por meio da intervenção²³⁴.

²³³ Sobre o tema, consulte-se: BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252.

²³⁴ *Constituição do Brasil Comentada*. p.756.

A intervenção tem por fim tutelar a estrutura federativa do Estado, coibindo abusos ou excessos de gravidade acentuada, colimando-se, através de atos interventivos e temporários, fundamentados nas hipóteses taxativamente previstas pela Constituição da República, preservar a soberania estatal e as autonomias das demais entidades políticas.

A intervenção federal autoriza a incursão interventiva da União somente sobre os Estados-Membros, exceto em municípios localizados em Território Federal. Os Estados, por sua vez, somente poderão afastar a autonomia política-administrativa dos Municípios nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos I a IV do art. 35 da Constituição da República.

Vale notar que o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (§ 1º, art. 103, CF/88).

Reconhece a doutrina que legitimidade ativa é pluralista e concorrente para o exercício da ação.

Ao Procurador-Geral da República cabe a legitimidade exclusiva de propor, perante o STF, a representação na hipótese de violação aos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII).

Consoante entendimento pretoriano, é vedado ao autor desistir da ação direta interventiva em face do interesse público de que se reveste o controle abstrato da constitucionalidade.²⁵⁵

A legitimidade passiva é dos Estados ou do Distrito Federal, sujeitos ao decreto interventivo.

Julgada procedente a ação direta interventiva, caberá ao STF declarar a violação ao princípio sensível constitucionalmente previsto.

Cuida, ainda, o inciso IV do artigo 36 da Constituição da República da ação direta interventiva a ser ajuizada pelo Procurador-Geral da República perante o STJ, em caso de recusa à execução de lei federal.

Em ambos os casos, após o trânsito em julgado da decisão, comunicará o respectivo Tribunal Superior à autoridade responsável, bem como ao Presidente da República, para as providências constitucionais, sendo, pois, ato vinculado do Chefe do Poder Executivo Federal. Nessa hipótese, a intervenção federal será efetivada por decreto do Presidente da República, mediante requisição do STF ou do STJ, podendo ser limitada a suspender o ato impugnado se bastar ao restabelecimento da normalidade (art.36, § 3º, da CF/88).

O procedimento da ação direta interventiva vem regulado pela Lei n. 4.337/64 e no Regimento Interno do STF.

A competência é do STF, salvo quando tratar de intervenção estadual em Municípios, cabendo aos respectivos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 35, IV, da CF/88).

Conforme orientação doutrinária²⁵⁶ e jurisprudencial, as leis e os atos normativos municipais contestados em face da Constituição da República não podem sofrer o controle abstrato do STF (RTJ 93/459) nem do TJ Estadual (STF-RDA 184/208), somente podendo haver esse controle no caso concreto. As Constituições Estaduais podem estabelecer o controle abstrato, por meio de ADI, de leis municipais contestadas em face da Constituição Estadual (CF/88, art. 125, § 2º).

Malgrado a Constituição da República utilizar a expressão *representação*, informa a doutrina tratar-se verdadeiramente de *ação de constitucional direta interventiva*.

No âmbito dos Estados, a intervenção vem preconizada pelo artigo 35 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

- I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
- II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
- III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
- IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Cuida-se de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados.

O procedimento da ação vem estabelecido pela Lei nº 4.337/64, por força da Lei nº 5.778/72, bem como no regimento interno dos Tribunais de Justiça, havendo possibilidade de concessão de liminar no processo da ação interventiva.

A legitimidade ativa da ação é de atribuição exclusiva do Procurador-Geral de Justiça. A legitimidade passiva é do Município contra o qual se pede a intervenção.

²⁵⁵ Nesse sentido: ADI n. 1971 – SP – Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.06.1999.

²⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 278.

O Tribunal de Justiça, acolhendo a representação interventiva, requisitará ao Governador do Estado a medida interventiva, cabendo, então, decretá-la. Poderá o Governador do Estado, previamente ao decreto interventivo, limitar-se a suspender a execução do ato impugnado, caso baste ao restabelecimento da normalidade (art. 36, § 3º, CF/88).

A ação interventiva terá como objeto o desrespeito do Município aos princípios previstos na Constituição Estadual ou pela resistência à execução de lei, de ordem ou decisão emanada do Poder Judiciário.

3.3.4.3 - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Questão que tem merecido acalorada discussão no meio doutrinário e jurisprudencial diz respeito à possibilidade de a ação civil pública agitar a inconstitucionalidade do ato normativo do Poder Público, haja vista os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, com possibilidade de invasão de competência do STF, vez que a decisão proferida seria equivalente ao controle concentrado exercido pelo Excelso Pretório.

O entendimento prevalente é no sentido de que poderá a ação civil pública ter como causa de pedir fundamento de inconstitucionalidade de ato normativo, sendo vedada, por esta via processual, o controle abstrato de constitucionalidade. Na ADI, ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade não é a causa a pedir, mas o próprio pedido²³⁷.

3.3.5 - DEFESA JUDICIAL DOS DIREITOS E INTERESSES DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS (ART. 129, V, CF/88)

A Constituição da República de 1988 dedicou capítulo próprio ao indigenato (Capítulo VIII, arts. 231 e 232), sendo fonte inspiradora legislativa das Constituições do Paraguai e da Colômbia quando de seus processos constituintes.

A questão das terras indígenas, bem como a preservação cultural desses povos, foi objeto de previsão constitucional, cabendo à União legislar sobre as populações indígenas. Caberá ainda ao Congresso Nacional autorizar a exploração mineral em terras indígenas.

A defesa dos direitos e interesses da comunidade indígena é matéria afeta às atribuições do Ministério Público Federal, portanto, de competência da Justiça Federal (art. 109, XI, da CF/88). O verbete 140 do STJ aclarou a questão ao reconhecer que

²³⁷ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial n. 175222 – SP – 2ª Turma - Rel. Min. Franciulli Netto, j. 19.03.2002; JTJ 84/78 e 182/10.

compete à justiça estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

Por isso, já se decidiu que, em casos de lesões corporais de silvícola contra outro índio, sem conotação especial, a competência será da Justiça Comum²³⁸. A dimensão do caso concreto, em seu aspecto subjetivo, ditará, decisivamente, a fixação da competência envolvendo a tutela ao índio.

De outra sorte, as comunidades indígenas e os índios gozam de legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública e de outras ações coletivas, nos termos do art. 232 da Constituição da República, cabendo ao Ministério Público intervir em todos os atos do processo.

3.3.6 - EXPEDIÇÃO DE NOTIFICAÇÕES E REQUISIÇÕES DE INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS (ART. 129, VI, CF/88)

3.3.6.1 - CONSIDERAÇÕES GERAIS

Para o desempenho das inúmeras atribuições conferidas ao Ministério Público, mister tenha a Instituição, à sua disposição, instrumentos legais eficazes que lhe darão suporte no desempenho de seu papel constitucional, com absoluta independência funcional e na abrangência do interesse público, sem os quais restará comprometida a sua capacidade de iniciativa e, pois, sua própria missão.

Para tanto, compete ao Ministério Público, para o desempenho fiel de sua vocação constitucional, assumir um papel ativo, em harmonia com a expectativa de atuação que a sociedade deposita na Instituição; assim, tem o Órgão de buscar elementos necessários para sua plena atuação, tanto à frente da área cível como da criminal, podendo, por isso, se valer das notificações e requisições, instrumentos jurídicos essenciais à atividade ministerial.

O art. 129, VI, da Constituição da República, assim como o artigo 26, I, da Lei n. 8.625/93, assegura ao Ministério Público a expedição de notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, autoriza ao órgão ministerial requisitar condução coercitiva do faltoso.

A notificação, na lição de Pontes²³⁹, “[...] é o meio de se dar conhecimento a alguém de que, se não praticar, ou se praticar certo ato, ou certos atos, está sujeito à cominação”.

A notificação, no rigor jurídico, pressupõe a instauração de procedimento investigatório cível

²³⁸ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça – CComp n. 575 – MS – 3ª Seção – Rel. Min. Costa Leite – j. 21.9.1989; STJ – CC n. 3910 – RO – Rel. Min. Ademar Maciel, j. 17.12.1992.

²³⁹ *Comentários ao CPC*. Forense, 1958, III: 4.

ou criminal, ou mesmo de expediente preliminar de investigação.

O precitado art. 26, I, da LONMP não fixou prazo entre a comunicação e a data designada para inquirição, podendo gerar a necessidade de comparecimento imediato do notificando. O uso da força policial, requisitada em situações extremas, será conveniente em casos mais graves, quando a recalcitrância do notificando for deliberada, indiferente e descompromissada. O interesse público ou social não pode ficar à mercê de caprichos ou relutância desarrazoada do notificando.

A *notificação* encerra expressão mandamental de seu conteúdo, decorrente, inerentemente, do amplo poder investigatório do Ministério Público.

Sob influência da norma constitucional, a lei assegura ainda o poder de *requisição* ministerial, consubstanciado em ato administrativo unilateral, imperativo, que abarca a ideia de ordem.

A requisição ministerial poderá ser destinada a qualquer autoridade, órgão público ou particular, com o fim de obter *certidões, informações, exames ou perícias*²⁴⁰. Ressalte-se que o *exame*, em sentido mais amplo, constitui aferição de determinada realidade fática, podendo ser realizado por qualquer pessoa. A *perícia*, por sua vez, cuida de um exame mais específico, elaborado por este profissional habilitado quanto aos fatos que se pretende constatar. *Certidões* compreendem declarações formais extraídas de registros e assentamentos administrativos. As *informações* cingem-se a quaisquer esclarecimentos referentes a dados ou acontecimentos em geral.

Tanto a notificação como a requisição são faculdades administrativas colocadas à disposição do Ministério Público independentemente da natureza de sua atuação, seja como órgão agente ou interveniente.

Há que se destacar a necessidade do órgão de execução proceder a minucioso exame formal ao expedir referidos atos de comunicação, de modo a evitar erros grosseiros na elaboração do documento tais como: indicação nominal do destinatário equivocada; incorreção do cargo ou função desempenhada por seu receptor; emprego de pronome de tratamento dispensado às autoridades que atenta contra as regras da língua culta; desajustes da formatação do texto, além de outras passíveis de imediata correção.

A adequada fundamentação²⁴¹, com fixação de prazo razoável para seu atendimento, é elemento

²⁴⁰ Veja-se art. 26, inciso I, letras “a”, “b” e “c” e , inciso II, da Lei nº 8.625/93

²⁴¹ Cf. arts. 67, § 6º e 67, inc. XII, letra “b”, ambos da Lei Complementar n. 34/94 do Estado de Minas Gerais.

formal da requisição, podendo, contudo, ser concisa. A notificação merece ser motivada.

É comum a publicação de atos, avisos ou recomendações expedidas pelas Corregedorias-Gerais do Ministério Público disciplinando algum tema relacionado com a matéria, sendo, pois, fonte indispensável de consulta para o órgão de execução que prima por uma escorreita forma de atuação.

Cabe ao destinatário dar cumprimento ao ofício requisitório, não lhe sendo lícito recusar o atendimento. Poderá, contudo, solicitar a dilação do prazo para o cumprimento da requisição.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho²⁴²

[...] qualquer agente público ou indivíduo pertencente à entidade privada que não atenda a requisição legitimamente feita por um de seus órgãos de execução, comete crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal [...]. Poderá ainda o recalcitrante incidir nas penas do delito previsto no artigo 10 da Lei nº 7.347/85.

Sobre a análise do elemento normativo do tipo penal do artigo 10 da Lei nº 7.347/85²⁴³, pondera Nelson Nery Junior²⁴⁴ que o adjetivo “indispensáveis” é elemento normativo do tipo, cabendo ao juiz aferir o que seriam dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil. O não-fornecimento de elementos úteis, auxiliares ou complementares não configura o crime da LACP 10, mas pode caracterizar prevaricação (art. 319, do CP), desobediência (art. 330, do CP)²⁴⁵ ou o crime tipificado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 236 (apenas para as ACPs fundadas no Estatuto).

O texto constitucional arremata quanto à necessidade de *fundamentação das manifestações processuais* do órgão ministerial. A obrigatoriedade de fundamentar suas manifestações processuais, incluindo-se os procedimentos administrativos, à semelhança do que ocorre com as decisões ou sentenças judiciais, é imperativo formal que deve ser acatado integralmente pelo Órgão de Execução, sob pena de cometimento de falta disciplinar (art. 110, inc. IV, da Lei Complementar nº 34/94)²⁴⁶.

²⁴² **Ação Civil Pública**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p.253.

²⁴³ “Art. 10 – Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.”

²⁴⁴ **Código de Processo Civil Anotado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1339-1340.

²⁴⁵ Nesse sentido: RT 499/304.

²⁴⁶ “Art. 211 A pena de advertência será aplicada nos seguintes casos:

[...] V- descumprimento do disposto no art. 110, IV [...]”

A obrigatoriedade da fundamentação das manifestações do membro do Ministério Público, igualmente, vem disposta no artigo 43, III, da Lei nº 8.625/93. Injustificável, portanto, ao órgão de execução o descumprimento deste dever funcional, notadamente quanto aos atos de maior relevância processual, ante a grave missão constitucional que recai sobre a Instituição.

3.3.6.2 - INVOLABILIDADE DA PRIVACIDADE E DO SIGILO DE DADOS

A garantia constitucional do sigilo de dados (art. 5º, XII, da CF/88) deve ser conjugada com a necessidade de ser tutelada a intimidade da vida privada (art. 5º, X, da CF/88).

Os dados bancários e fiscais existentes em cadastros de instituições financeiras, Receita Federal e de outras entidades ou serviços similares são dotados de densa carga de informações de conteúdo privado de seus titulares. Por isso, somente poderão ser devassadas em caráter excepcional, com observância das formalidades legais e mediante autorização judicial ou de Comissões Parlamentares de Inquérito, ainda que proveniente de CPI de Assembléia Legislativa²⁴⁷, desde que evidenciada a necessidade de conhecimento dos dados sigilosos e de caráter restrito.

O inciso XII do artigo 5º da Constituição da República compreende a proteção dos seguintes bens jurídicos:

- a) sigilo da correspondência;
- b) sigilo das comunicações telegráficas;
- c) sigilo das comunicações de dados;
- d) sigilo das comunicações telefônicas;
- e) sigilo das comunicações telemáticas.

O sigilo de dados entrelaça com o segredo das comunicações telefônicas, o que robustece a proteção da intimidade. São informações personalíssimas.

O sigilo de dados inovou a ordem constitucional de 1988, inaugurando sua existência no plano normativo supremo. Contudo, o resguardo à intimidade ou privacidade não é absoluto, mas *relativo* ou *limitado*, uma vez que passível de ingerência do Poder Judiciário diante da supremacia do interesse público em confronto com o individual ou privado.

O renomado jurista Alexandre de Moraes²⁴⁸ elenca as características básicas dos sigilos bancário e fiscal, dentre elas, *in verbis*:

²⁴⁷ Nesse sentido: STF – ACO n. 730 – RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Informativo STF n. 362, p. 3.

²⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72-73.

- Indispensabilidade dos dados constantes em determinada instituição financeira. Assim, a quebra do sigilo bancário ou fiscal só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade²⁴⁹, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apóiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática ilícita por parte daquele que sofre investigação²⁵⁰;

- Individualização do investigado e do objeto da investigação;

- Obrigatoriedade de manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas ao procedimento investigatório;

- Utilização de dados obtidos de maneira restrita, somente para a investigação que lhe deu causa;

- Os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e pelo Ministério Público, em que hipóteses restritas de investigação de recursos públicos, uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para detentores de negócios não transparentes ou de devedores que tiram proveito dele para não honrar seus compromissos²⁵¹;

- O mandado de segurança, e, segundo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus*, quando houver “a possibilidade destes (quebra de sigilos bancário e fiscal) resultarem em constrangimento à liberdade do investigado”;

- Impossibilidade de quebra de sigilo bancário por requisição fiscal de informações bancárias, havendo necessidade de intervenção judicial²⁵²;

- A quebra de sigilo bancário, desde que presentes os requisitos já estudados, não afronta o art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal;
- O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitorial, permitindo-se a quebra do sigilo sem oitiva do investigado²⁵³;

²⁴⁹ Nesse diapasão: STF – Inq. n. 2.245 Agr/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Informativo STF n. 450, seção I, p. 1.

²⁵⁰ Nesse sentido: STF – Inq. n. 899-1 – DF – Rel. Min. Celso de Mello, DJ, set. 1994, p. 25.341.

²⁵¹ 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo – Agravo de Instrumento n. 596655 – 3ª Câmara – Rel. Juiz Aloísio Toledo; JTA-LEX 151/39.

²⁵² STF – *Habeas Corpus* n. 85.088 – ES – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ, Seção I, 23.09.2005, p. 50 e RTJ 195/978.

²⁵³ STF – *Habeas Corpus* n. 55.447 e n. 69.372 – Agravo Reg. em Inquérito n. 887 – Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 24.05.1995, p. 6.806.

- O próprio Código Tributário Nacional, ao estabelecer o sigilo, não o faz de forma absoluta.

Dessa forma, não há qualquer ofensa tanto à Constituição Federal, quanto às leis infraconstitucionais, não tendo sido fixada como critério a natureza do estabelecimento que deverá fornecer os dados, pois o pedido não se reveste, em relação a estes, de caráter contencioso, não se enquadrando nos casos previstos no artigo 109, da Constituição Federal. Assim, ora será competente a Justiça Federal, ora a Justiça Comum.

Com o advento da Lei Complementar nº 105/2001 e do Decreto n. 3.725/2001, permitiu-se a quebra de dados em instituições financeiras, inclusive por servidores do Poder Executivo, havendo pesada crítica doutrinária quanto a sua validade constitucional, vez que o primado constitucional requer a intervenção do Poder Judiciário para sua autorização. No caso, haveria violação ao próprio Estado Democrático de Direito²⁵⁴.

O Supremo Tribunal Federal, entendendo a subsistência do sigilo bancário e fiscal como direito individual, situa-o no patamar das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF/88), impedindo a deflagração de processo legislativo tendente a aboli-lo ou modificá-lo.

3.3.6.3 – A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No que tange ao Ministério Público, vicejam divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno da possibilidade de seu órgão de execução requisitar diretamente os dados ou informações bancárias para fins de investigação.

Preceitua o artigo 5º, incisos X e XII da Carta Magna, *in verbis*:

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por

²⁵⁴ Sobre o tema, consulte-se: NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 129, item 10; LAMMÊGO BULOS, Uadi. **Constituição Federal Anotada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, p. 119-120.

ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

É sabido que a Constituição da República concebeu o Ministério Público como órgão essencial à função jurisdicional, com perfil de defesa da ordem social e democrática (art.127, *caput*, CF/88), valores essenciais na composição de um Estado de Direito. Delegou ainda ao Órgão a titularidade exclusiva da ação penal pública, e, para a realização de sua finalidade ético-institucional, acresceu instrumentos jurídicos sob sua responsabilidade, de molde a propiciar o cumprimento de suas obrigações constitucionais. Por isso outorgou-lhe, dentre outros, o poder de requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos que instaurar, tais como inquéritos civis e procedimentos investigatórios criminais²⁵⁵.

Leis orgânicas federais reafirmam e aclaram este instrumento de atuação, permitindo ao *Parquet* “requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie”²⁵⁶, determinando a responsabilização do membro do Ministério Público em caso de uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo²⁵⁷. No mesmo sentido, o disposto no § 2º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93, que regula a atuação do Ministério Público da União, extensível subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados, por força do disposto no art. 80 da Lei nº 8.625/93. A Lei Complementar nº 105/2001 não contemplou o Ministério Público como co-legitimado ativo para requisitar junto às instituições financeiras a confidencialidade dos dados bancários ou fiscais.

Nada obstante, parte da doutrina²⁵⁸ admite a quebra de sigilo diretamente pelo Ministério Público, amparada no *poder de requisição* erigido constitucionalmente, bem como na legislação infraconstitucional supracitada.²⁵⁹ Assim, a Lei Complementar nº 105/2001 não alcançou o Ministério Público que possui pleno poder de requisição.

A jurisprudência é vacilante quanto ao tema havendo, contudo, posições favoráveis à quebra do sigilo²⁶⁰. No âmbito do Supremo Tribunal

²⁵⁵ Cf. art. 129, VI, CF/88.

²⁵⁶ Cf. art. 26, inc. II, da Lei n. 8.625/93.

²⁵⁷ Cf. art.26, § 2º, da LONMP.

²⁵⁸ Conferir: NERY JUNIOR, Nelson. **Direito Constitucional**, p.506. No mesmo sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Def. interesses difusos em juízo**, p.327.

²⁵⁹ Nesse sentido, consulte-se: MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 74-76.

²⁶⁰ STJ – Habeas Corpus n. 18060 – PR – Rel. Min. Jorge Scartezini – v.u. j. 7.2.2002 – DJU 26.8.2002. No mesmo sentido: STJ – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca RSTJ

Federal, há precedente²⁶¹ admitindo a quebra de sigilo bancário envolvendo instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal (Banco do Brasil), em desfavor de empresas do setor sucroalcooleiro, tendo por objeto informações sobre a concessão de empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional.

Contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal, por seu Pleno, em 17.12.2007, no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.801-6 – DF – Rel. Min. Menezes Direito, por unanimidade de votos, admitiu válida a Lei Complementar n° 105/01, sufragando que os ditames da norma complementar, a qual exaustivamente tratou a matéria, outorgou apenas ao Poder Judiciário e às Comissões Parlamentares de Inquérito, possuidoras de poderes próprios das autoridades judiciárias, o poder para determinar a quebra do sigilo bancário e fiscal. Por tais razões, negou-se ao Tribunal de Contas o acesso direto às informações sigilosas.

Vale acrescentar que a Lei Complementar n° 105/01 ampliou o leque de entidades a gozarem do beneplácito legal, alcançando o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários. Nada obstante, extrai-se dos votos proferidos no aludido julgamento a exigência absoluta de mediação do Poder Judiciário (excetuadas as Comissões Parlamentares de Inquéritos, que detêm poderes específicos investigatórios, revestidos de autoridade judiciária) para romper com a imunidade que resguarda o valor constitucional da intimidade e suspender, excepcionalmente, o princípio da reserva das informações bancárias.

3.3.7 - EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL (ART. 129, VII, CF/88)

A Constituição da República consigna que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, cumprindo à Polícia Federal, à Polícia Civil e à Polícia Militar, dentre outras instituições, fazê-lo (art. 144, CF/88).

A política de segurança pública tem por escopo a manutenção da ordem pública, por meio da qual se busca a convivência harmoniosa e pacífica da população, fundada em valores jurídicos e éticos, indispensáveis à consecução do bem comum. Almeja o Estado (detentor do monopólio do *ius puniendi* e garantidor da ordem pública) banir a violência das relações sociais através de seu poder de polícia.

O regime jurídico-constitucional do Ministério Público atribui à Instituição a função privativa de promover a ação penal pública (art. 129, I), Como *dominus littis* vislumbra-se implícito interesse do Órgão em zelar pelo bom andamento das apurações criminais no País, atividade predominantemente exercida pela polícia judiciária.

A Constituição da República de 1988 inovou na nova ordem constitucional conferindo expressamente ao Ministério Público a missão de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar.

Segundo a lição de Waldo Fazzio Júnior, *in verbis*:

[...] Quando o constituinte de 1988 atribuiu ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII), não lhe conferiu uma autorização ou um poder (Kann-Formulierung) mas uma determinação de dever (Muss-Bestimmungen). [...] A atribuição do controle externo da atividade policial ao Ministério Público não é simples programação constitucional abstrata. Trata-se da imposição concreta de um dever material que não comporta juízos discricionários de oportunidade e conveniência.[...] Com efeito, a plenitude do exercício da legitimação ativa para a ação penal pública não se satisfaz com o mero repasse de elementos probatórios ao órgão jurisdicional. O exercício material pleno da legitimação ativa na ação penal pública reclama o controle da investigação como antecedente lógico e necessário para viabilizar a dedução da pretensão punitiva. Titular é o que detém o título, é o dominus, sendo natural que controle os atos preparatórios que instruirão sua postulação, tanto sob o aspecto extrínseco da legalidade, como no plano substancial da eficácia e da objetividade. Ora, o inteiro cumprimento de uma imposição constitucional não se contenta com o simples desempenho formal de uma atividade; reclama exercício suficiente. [...] Por derradeiro, ao imperativo constitucional de controlar a atividade policial, imposto ao Ministério Público, corresponde o direito subjetivo pessoal, cujo titular é qualquer cidadão, de exigir que o 'parquet' o faça²⁶².

Roberto Lyra, já há algum tempo atrás, advertia que

[...] a eficiência e a respeitabilidade do trabalho policial, que constitui a base da ação da Justiça, interessam ao Ministério Público como fiscal, também, das autoridades investigadoras, como órgão da ação penal, como responsável pela segurança, pela regularidade e pela justiça da repressão²⁶³.

Ressalte-se que o controle da atividade finalística da polícia segue a tendência do sistema constitucional

147/453 e RSTJ 139/579.

²⁶¹ STF –Mandado de Segurança 21.729-4-DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio (vencido), m.v. j. 5.10.1995 – DJU 19.10.2001, p. 33.

²⁶² Artigo intitulado: "O Ministério Público e o Dever Constitucional do Controle Externo da Atividade Policial".

²⁶³ Teoria e prática da promotoria pública. Porto Alegre: Co-Edição de Sergio Antonio Fabris Editor e Escola Superior do Ministério Público RS, 1989, p.121.

de estabelecer freios e contrapesos entre várias instituições.

Pretendeu o constituinte criar um sistema de fiscalização e vigilância administrativa capaz de potencializar a destinação institucional do Ministério Público, porquanto natural órgão de recepção dos trabalhos investigatórios criminais (inquéritos policiais) desenvolvidos pela polícia judiciária.

As atividades de apurações de infrações penais, tanto sob a ótica da prevenção como na repressão delituosa, são matérias de interesse do Ministério Público, cabendo a ele controlá-las.

A existência de órgãos de fiscalização interna, tais como *Corregedoria da Polícia*, não desnatura o controle externo exercido pelo *Parquet*, vez que o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), divisado na Carta Maior visa resguardar a ordem jurídica, os direitos individuais fundamentais, a apuração de abusos e violações praticadas pela polícia, sem prejuízo de eventuais omissões de agentes descompromissados com o interesse público. O próprio art. 9º, III, da Lei Complementar nº 75/93 antevê a possibilidade de o órgão ministerial representar à autoridade competente para a adoção de providências de modo a sanar omissão indevida, prevenir ou corrigir ilegalidades ou abusos. Como se vê, há integração de atuação de órgãos objetivando a melhoria dos serviços públicos prestados (art. 129, II, da CF/88).

Ademais, o policial que respeita seu cargo e a Instituição à qual pertence jamais poderia sentir-se ultrajado diante desse mister; ao contrário, deve aplaudi-lo, uma vez que tem consciência de que os policiais incautos, corruptos ou que pratiquem outro desvio de conduta funcional poderão ser responsabilizados diante dos Tribunais e nas instâncias administrativas.

O objeto de controle da atividade policial deve ser disciplinado em lei complementar, em organização de cada Ministério Público.

Em vista da ausência de regramento da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) deixado a cargo da lei complementar de cada Estado, importa aplicar subsidiariamente (art. 80), na ausência de disciplinamento da lei complementar estadual (Lei Complementar nº 34/94, art. 67, IV), a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União) que trouxe diretrizes de atuação ministerial, nesta área onde sobressai a tendência ao corporativismo.

Segundo os artigos 9º e 10 da Lei Complementar nº 75/93 (LOMPU), o Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio das seguintes medidas, *in verbis*:

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente para a instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.

As medidas relacionadas pela lei complementar são revestidas de pertinência temática relativa à finalidade institucional do Ministério Público.

O Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou, através da Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, o controle externo da atividade policial, extraindo seu fundamento jurídico da ordem constitucional (art. 127, *caput*, e art. 129, I e II) e nos diplomas de organização funcional do Ministério Público insertos na Lei nº 8.625/93 (art. 80) e na Lei Complementar nº 75/93 (art. 9º), esmiuçando a atividade fiscalizadora de forma clara e inafastável.

Importa ao Ministério Público, como legítimo instrumento de promoção da cidadania, exercer o controle dessa sensível e relevante função institucional com maior efetividade, de molde a contribuir decisivamente para com os interesses sociais na busca do respeito aos valores da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

3.3.8 - REQUISICÃO DE DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS E INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. MANIFESTAÇÕES FUNDAMENTADAS (ART. 129, VIII, CF/88)

3.3.8.1 - AS REQUISICÕES COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO FUNCIONAL

Independente da escorreita classificação jurídica, ora tida como função constitucional do órgão ministerial, ora como efetivo instrumento de atuação, *o poder requisitório* objetiva fazer valer concretamente a finalidade institucional do Ministério Público, qual seja, implementar a efetiva defesa social e o resguardo dos direitos fundamentais.

Sob o prisma do sistema acusatório vigente no direito pátrio, detém o Ministério Público o poder

de requisitar a instauração de inquérito policial ou requisitar diligências investigatórias *sponte propria*, não podendo lei infraconstitucional tolher tal instrumento de atuação funcional. Para a consecução de sua destinação constitucional na repressão aos ilícitos penais, poderá a Instituição se valer de seu poder requisitório os organismos policiais à instauração de procedimento investigatório criminal de molde a resguardar o interesse público em desvendar a existência de possíveis delitos.

As requisições trazem consigo a exigência de seu cumprimento. Tratando-se de requisição de instauração de inquérito policial, deverá a autoridade policial destinatária observar seu cumprimento, devendo ser creditada ao órgão ministerial requisitante toda e qualquer alegação de ilegalidade ou abuso de poder, sendo, pois, a autoridade coatora.

Em caso de mero encaminhamento de peças de informações à autoridade policial para “providências cabíveis”, cremos, não exercita o órgão ministerial seu poder requisitório, cabendo àquela a discricionariedade de instauração do procedimento investigatório.

Os destinatários das requisições poderão ser pessoas físicas ou jurídicas, particulares ou públicas, além de entes despersonalizados.

A requisição, calcada em sede constitucional e no interesse público, se sobrepõe a qualquer outro. Assim, a ocultação ou a recusa no atendimento da requisição ministerial é conduta impeditiva de sua ação e, consequentemente, da justiça, configurando conduta abusiva do destinatário recalcitrante. Por isso, a requisição será endereçada diretamente ao interessado, sendo desnecessário o órgão ministerial dirigir-se ao superior hierárquico do destinatário²⁶⁴.

Qualquer matéria de interesse do Ministério Público que se alinhe na esfera de sua atuação poderá ser *objeto* da requisição.

A requisição ministerial, regra geral, precede a ação penal, eis que direcionada às investigações que servirão de escora para o ajuizamento da denúncia. Contudo, tem-se que a *requisição* poderá ultrapassar a fase inquisitiva, remanescendo ao Ministério Público seu poder requisitório que deve ser orientado para a captação de elementos probatórios necessários à busca da verdade real.

De outra ótica, o poder de requisição não exclui a intervenção do juiz, como provedor da regularidade do processo, com iniciativa no campo probatório (arts. 156 e 502, *caput*, ambos do CPP), podendo

determinar providências eventualmente pleiteadas pelo Ministério Público e imprescindíveis para a elucidação dos fatos ou mesmo de ofício²⁶⁵, não estando, na busca da verdade real, sujeito a preclusões²⁶⁶.

As requisições afiguram-se importantíssimo instrumento jurídico de que dispõe o Ministério Público como Instituição vocacionada ao desempenho de funções investigatórias, tanto que reconhecidas como tal a partir da Carta Magna (art. 129, VIII, CF/88), e previstas em variadas legislações infraconstitucionais.

3.3.8.2 - O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Investigação, derivado do latim *investigatio, de investigare* (indagar; seguir o rastro de; perscrutar), entende-se a pesquisa, seguindo-se os vestígios e indícios relativos a certos fatos, para que se esclareça ou se descubra alguma coisa²⁶⁷.

Nas multivariadas formas de relações sociais, havendo a notícia da prática de um ilícito penal, impõe-se ao Estado o poder-dever de investigar ou esclarecer os fatos, fazendo nascer o *jus puniendi* e a pretensão punitiva estatal. Surge, daí, o poder-dever do Estado de colher elementos de convicção capazes de elucidar fatos e sua autoria com o propósito de, eventualmente, deflagrar a competente ação penal. Surge, assim, a noção de investigação criminal, qual seja, aquela atividade inquisitiva destinada à produção e coleta de evidências capazes de apontar a autoria e materialidade delitivas.

Conquanto assumam diversas nomenclaturas no direito comparado tais como: *indagine preliminare*, na Itália; *vorverfahren e ermittelungsverfahren* – procedimento preparatório ou fase de averiguação – na Alemanha; *l'enquete preliminaire e l'instruction*, na França; *prosecution e preliminary inquiry*, na Inglaterra etc.), no Brasil, é tradicional o emprego de *investigação criminal*.²⁶⁸

A investigação criminal, em suma, aponta para toda e qualquer colheita de informações pré-processuais, direta ou indireta, com o fito de estabelecer o vínculo de causalidade entre a autoria e a materialidade de uma infração penal e todas as suas circunstâncias.

²⁶⁵ Nesse sentido: STJ, RT 683/361.

²⁶⁶ Tacrim/SP, RT 626/318.

²⁶⁷ De Plácido e Silva – **Vocabulário Jurídico**. 9 ed. [S.l.]: Forense, p. 517.

²⁶⁸ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público** – fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.51-52.

²⁶⁴ Nesse sentido: STJ – Mandado de Segurança n. 5370 – DF – 1ª Séc. – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u., j.12.11.1997 – RSTJ 107/21.

Nesse contexto jurídico-penal, a par de seu inerente poder requisitório, poderá o Ministério Público dispor de diligências investigatórias *interna corporis*, instaurando procedimento investigatório criminal, colhendo elementos probatórios que julgar necessários, com observância da licitude de sua produção, com o fim de subsidiar a propositura de futura ação penal, eis que detentor do *dominus littis*.

No caso, não se cuida de presidir inquéritos policiais, tarefa afeta à Polícia Civil por via de seus valorosos Delegados.

O poder investigatório do Ministério Público decorre da própria Constituição da República, em seu artigo 129, inc. IX²⁶⁹. A norma constitucional em apreço qualifica-se como norma de encerramento, podendo a lei infraconstitucional prever as hipóteses de investigações, o que, de fato, ocorre no cotejo dos artigos 25, *caput*²⁷⁰, 26, IV²⁷¹, e 80²⁷², todos da Lei n. 8.625/93 e arts. 5º, VI²⁷³, e 8º, IV²⁷⁴ e VII²⁷⁵, ambos da LC n. 75/93.

Ora, consoante se extrai das normas infraconstitucionais citadas, quem *requisita diligências investigatórias* já está executando atos ou diligências de apuração. Ademais, quem *realiza* atos investigativos, da mesma sorte, já se encontra em vias de investigação. Por isso, não há que se confundir a atividade de polícia judiciária, que é própria dos organismos policiais e cujo esvaziamento não se propõe, com a função investigatória, atribuição ministerial por

excelência, fundada no interesse público, na defesa da sociedade, que se vê afrontada por condutas ilícitas, muitas vezes de enorme gravidade e consequências sociais, devendo, por isso, cumprir sua vocação constitucional.

Ademais, a matéria guarda estreita relação temática com as funções constitucionais do Ministério Público, haja vista o disposto no art. 129, I, da Carta, o qual estabelece caber ao *Parquet* a promoção privativa da ação penal pública, resultando em harmônica interação entre a desafiadora missão de investigar e, sucessivamente, com lastro nos elementos investigativos colhidos, matéria por si só impregnada de essencialidade social, deflagrar o titular da ação penal o *jus accusationis in judicio*.

Como bem ponderado por Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

[...] se a intervenção do Ministério Público só se justificasse no instante imediatamente posterior ao relatório de que trata o art. 10 do Cód. de Proc. Penal, haveríamos de concluir, por consequência, que aquele ato constituiria uma esdrúxula e inusitada condição de procedibilidade, o que afronta a unanimidade da doutrina especializada.²⁷⁶

Sob outro aspecto, inexistente no texto constitucional em vigor qualquer monopólio para a realização de toda e qualquer função investigativa. A exclusividade das funções de polícia judiciária federal a que alude o *caput* do art. 144, §1º, da Constituição da República, justifica-se em razão de critérios de organização funcional dos demais órgãos federais indicados pelo art. 144, *caput*, ou seja, a polícia rodoviária federal e a polícia ferroviária federal²⁷⁷.

As Polícias Cíveis, no âmbito estadual, exercerão as funções de polícia judiciária, sem caráter de exclusividade, vale reparar. Caso contrário, indague-se: qual seria o destino das investigações procedidas no seio dos demais Poderes do Estado?

No Poder Executivo, tramitam variadas apurações a serem desaguadas no Ministério Público. Por exemplo, o Banco Central, promove investigações no sistema financeiro, com participação efetiva do Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros (DECIF); já o COAF, a seu turno, no combate à lavagem de dinheiro, realiza atos investigatórios próprios; a Receita Federal, através de suas Delegacias; a Controladoria-Geral da União; o INSS em relação aos desvios de condutas previdenciárias; as Delegacias do Trabalho quanto a ilícitos que atentam contra a organização do trabalho

²⁷⁶ Artigo publicado em *site* do Ministério Público do Estado de São Paulo (www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/proc.criminal/doutrina), intitulado: "A investigação a cargo do Ministério Público e o controle externo da atividade policial".

²⁷⁷ Nesse sentido consulte-se: STJ – Recurso Especial n. 2001/0191236-6 – Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 15.12.2003, p. 413.

²⁶⁹ "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

²⁷⁰ "Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...]."

²⁷¹ "Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

[...] IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; [...]."

²⁷² "Art. 80 - Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União."

²⁷³ "Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei."

²⁷⁴ "Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

[...] V - realizar inspeções e diligências investigatórias; [...]" (grifo nosso)

²⁷⁵ "[...] VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; [...]."

ou quanto ao trabalho escravo; o IBAMA e outros. Por isso, o próprio parágrafo único do art. 4º do CPP rechaça a feudalização da investigação criminal pela polícia, conferindo o poder investigatório a outras autoridades administrativas, desde que correlatas com sua vocação constitucional ou legal²⁷⁸.

O Poder Legislativo, na mesma senda, instaura CPIs, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, cujo destino também será o Ministério Público.

No Poder Judiciário, cabe rememorar que, havendo indício de prática de crime cometido por magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, deverá remeter os autos do inquérito policial ao Tribunal competente para fins de *prosseguimento* da investigação. Vale destacar que, a norma legal recomenda apenas a remessa dos autos ao Tribunal ou órgão especial competente, sendo, pois, descabido cogitar-se de qualquer autorização da Corte Especial para dar curso ao procedimento investigatório (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar nº 35/79). Em nosso ponto de vista, afeiçoa-se como ilegal qualquer dispositivo regimental que imponha condicionantes não previstas em lei. Nesse aspecto, entendeu o STF que referido dispositivo legal não obstaculiza a atuação interna e externa do Ministério Público, conferindo, pois, legitimidade de exercer sua autonomia administrativa, sob pena de inutilizar as funções constitucionais atribuídas ao *Parquet* (STF – RHC n. 88.280-3 – SP – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/08/2006, v.u.). No mesmo sentido, consulte-se: STJ – Habeas Corpus n. 32.391 – MA – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca.

Ademais, a presença do órgão jurisdicional na atividade investigativa, ante o sistema acusatório desenhado pelo Estado Democrático de Direito, é hipótese de *exceção*, haja vista o natural e recomendável distanciamento do juiz da função investigatória, figurando o Poder Judiciário, a rigor, como garantidor da legalidade da investigação e resguardo aos direitos e garantias fundamentais do investigado. Por isso, a regra prevista no precitado art. 33, parágrafo único da LOMAN, lei federal elaborada em momento político distante dos ideais democráticos trazidos pela vigente Carta Magna, há de ser interpretada sob a luz do *sistema acusatório*, que melhor se coaduna com o *Estado Democrático de Direito*. Por isso, a iniciativa investigatória ou persecutória ao juiz há de ser vista com reservas.

Em decorrência, o prosseguimento investigatório contra magistrados, trilhado sob os cuidados do Tribunal competente, não aniquila eventuais elementos de convicção carreados ao Ministério Público ou mesmo aqueles coligidos em fase preparatória, de molde a formar sua *opinio delictictis*, eis que destinatário final de toda investigação criminal, excetuado o particular, em casos de ação penal privada.

O mesmo se diga quanto aos membros do Ministério Público (art. 40, III, da Lei nº 8.625/93), havendo transmissão legal da atribuição investigatória ao Procurador-Geral de Justiça. Como se vê, a pretensão ao poder investigatório exclusivo não ressoa como norma afinada com o regime democrático esboçado no texto da Carta Maior.

Outrossim, inexistem no sistema constitucional brasileiro funções típicas exclusivas. Com isso, o Legislativo não apenas edita leis, mas investiga (CPIs, por exemplo), julga crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República e seu Vice, além dos cometidos pelos Ministros do STF, e o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União em crimes de responsabilidade (art. 52, I, e II, da CF/88); o Poder Executivo, igualmente, legisla por via de medidas provisórias; o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa (cf. art. 93, *caput*, CF) edita atos normativos regimentais, julga mandado de injunção na ausência de norma regulamentadora (art. 102, “q”, CF/88).

O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim, *o fato* a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet*.

Por isso, reconhece a doutrina que a investigação se legitima pelo *fato investigado*, e não pela ponderação subjetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta²⁷⁹.

Ante o permissivo constitucional cristalino conferido ao Ministério Público em sua função de investigar, poder-se-ia cogitar de eventual duplicidade de procedimentos investigatórios. Prevenindo o ataque, bem observa Luciano Feldens²⁸⁰, que a duplicidade de investigações não pode ser considerada, em si, como um problema que deve redundar na anulação – ou paralisação – de uma delas. Tal hipótese é comum ocorrência quando temos em andamento uma CPI no Congresso Nacional voltada à investigação de fato,

²⁷⁸ CPP: “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.”

²⁷⁹ CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público** – fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 107.

²⁸⁰ FELDENS, Luciano. **A Função Investigatória do Ministério Público**. Ministério Público e a ordem social justa. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-164.

revestida de densidade delituosa. Em tal situação tramitam, em paralelo, um inquérito parlamentar e um inquérito policial, sem que objeção alguma tenha sido ofertada a essa convivência de investigações.

No dizer de Alexandre de Moraes²⁸¹, não reconhecer ao Ministério Público seus poderes investigatórios criminais implícitos corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, cuja atuação autônoma, conforme já reconheceu nosso Supremo Tribunal Federal, configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei.

O STF, por intermédio da 2ª Turma, no julgamento do HC n. 89837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 20/10/2009, reconheceu, à unanimidade, o poder investigatório do Ministério Público, facultando-se ao Órgão ministerial a instauração de procedimento investigatório a ser por ele presidido, independentemente da existência de inquérito policial sobre os fatos. Idêntica orientação foi adotada no julgamento do HC n. 91661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 10/03/2009.

O Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou a instauração e a tramitação do *procedimento investigatório criminal* a ser conduzido pelo Ministério Público por via da *Resolução n. 13/2006*. No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais a matéria mereceu tratamento através da *Resolução Conjunta PGJ/CGMP n. 02/2004*.

Conquanto ao Ministério Público caiba exercer tarefas investigativas, vislumbra-se a existência de determinados atos que são confiados exclusivamente à atividade judicial. São denominadas *cláusulas de reserva jurisdicional*, as quais excluem do órgão investigador a possibilidade de órgão estatal investigador de praticar diretamente a medida ou o ato, senão mediante a intervenção ou autorização judicial. Como exemplo, temos: buscas e apreensões domiciliares, interceptações telefônicas, medidas e prisões cautelares, exceto o flagrante. Tal princípio é de caráter absoluto, sendo, pois, um limitador constitucional aos poderes investigatórios do Ministério Público.

Aponta a doutrina como limitador da atividade investigatória do Ministério Público o princípio do *Promotor Natural*, pois ninguém poderá ser *processado* senão por autoridade dotada de atribuição consoante as regras previamente estabelecidas (art. 5º, LIII, CF). Assim, exige-se que a condução de uma investigação seja realizada por um membro que possua atribuições para o caso

concreto, segundo a normatividade previamente estabelecida. Trata-se de uma *limitação concreta*, haja vista que somente poderá ser aferida diante de um *caso real*, ante a análise de suas peculiaridades de molde a identificar com exatidão o órgão ministerial que congrega as atribuições para seu exame.

3.3.8.3 - A REQUISIÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A possibilidade de requisição de instauração de procedimento administrativo é realidade fática comum, *maxime* diante da independência das esferas administrativas, penais e civis (art. 26, III, da Lei nº 8.625/93).

Condutas de servidores públicos, consideradas em sentido amplo, podem colocar em desprestígio a administração pública, violando princípios ou regras estruturais ou éticas dos serviços públicos incidindo o incauto, inafastavelmente, em sanções administrativas. Daí facultar ao Ministério Público, sob a inspiração da norma constitucional gizada no artigo 129, II, e com supedâneo legal supracitado, requisitar a apuração dos fatos perante a autoridade administrativa competente.

Sobreleva dizer que a conclusão da apuração requisitada, ainda que não esteja atrelada à atuação funcional do órgão ministerial requisitante, deverá ser cumprida, refugindo da esfera de atribuição do destinatário a análise de sua conveniência.

O desatendimento à requisição ministerial poderá ensejar a interposição de mandado de segurança ou mesmo a caracterização dos delitos capitulados no art. 10 da Lei nº 7.347/85 e no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

3.3.9. EXERCÍCIO DE OUTRAS FUNÇÕES COMPATÍVEIS COM SUA FINALIDADE E VEDAÇÃO À REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E À CONSULTORIA JURÍDICA DE ENTIDADES PÚBLICAS (ART. 129, IX, CF/88)

O Poder Constituinte, ao dimensionar o Ministério Público no texto constitucional como instituição determinada a zelar pelos interesses maiores da sociedade, primando pela boa técnica legislativa, estipulou cláusula de reserva capaz de prever qualquer outra atribuição ao Ministério Público, observada a pertinência temática de suas funções constitucionais.

Trata-se de *norma de encerramento*, podendo outras legislações, tanto no âmbito federal como no plano estadual, incluindo-se as Constituições Estaduais e leis orgânicas dos Estados, desde que compatíveis com a vocação constitucional do Ministério Público, outorgar outras atribuições ao *Parquet*.

²⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 611.

A norma infraconstitucional não poderá desviar a Instituição de sua destinação constitucional com previsão de funções desconexas do perfil institucional. Com isso, veda-se à Instituição a defesa de interesses de entidades fazendárias ou o patrocínio de interesses individuais disponíveis.

O interesse público com o qual o Ministério Público se vê comprometido pela norma constitucional é o interesse da sociedade, também denominado pela doutrina como *interesse público primário*, inconfundível com o interesse público sob a ótica da Administração Pública (interesse secundário).

Por óbvio, a legislação municipal jamais poderá disciplinar matéria relacionada com as funções do Ministério Público sendo, pois, inconstitucional, por exemplo, normas locais que obriguem a participação do membro do Ministério Público em Conselhos Municipais.²⁸²

Outra hipótese de atuação residual do *Parquet* consiste na assistência ao trabalhador rural por ocasião da rescisão do contrato de trabalho diante da ausência de Sindicato profissional da categoria, da autoridade do Ministério do Trabalho ou do Defensor Público (art. 477, CLT). Conquanto haja recalitrância de alguns membros em admitir legitimidade da Instituição em tal forma de atuação, cremos haver, no caso, latente interesse social, sobretudo envolvendo localidades menos favorecidas onde inexitem outros órgãos de apoio ao trabalhador rural por ocasião da rescisão dos contratos de trabalho. Diante deste quadro deficitário, não vemos, *concessa venia*, como negar a hipótese de intervenção ministerial no socorro aos direitos e interesses dos trabalhadores rurais, mormente se considerarmos que, atualmente, o Ministério Público do Trabalho não se encontra presente em todos os rincões do País, o que, por si só, justifica a atuação supletiva do Ministério Público Estadual.

3.3.10 - JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal Súmulas vinculantes

Súmula Vinculante 11:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” Aprovada em 13/08/2008.

²⁸² Nesse sentido: STF, Agravo de Instrumento n. 168.964-1/040 – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 29.05.1996, p. 18.352.

Súmula Vinculante 13:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Data de aprovação: Sessão Plenária de 21/08/2008

Súmula Vinculante 14:

“É direito do defensor, no interesse do interessado, ter acesso amplo a elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Data da aprovação: Sessão Plenária de 02.02.2009.

Súmula Vinculante 18:

“A dissolução da sociedade ou do conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no artigo 14, § 7º da Constituição Federal.”

Aprovada em Sessão Plenária de 29.10.2009.

Súmula Vinculante 23:

“Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra o empregador, inclusive aquelas nas quais, ao tempo da edição da Emenda Constitucional n. 45/04, ainda não havia sido proferida sentença de mérito em primeiro grau.”

Aprovada em 02.12.2009 – Pleno.

Súmula Vinculante 24:

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Aprovada em 02.12.2009 – Pleno

Súmula Vinculante 25:

“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

Aprovada em 16.12.2009 – Pleno.

Súmula Vinculante 26:

“Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame crimino lógico.”

Aprovada em 16.12.2009 – Pleno

Súmula Vinculante 27:

“Compete à Justiça estadual julgar causas entre o consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente.”

Aprovada em 18.12.2009 – Pleno.

Súmulas

Súmula 208: “O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de *habeas corpus*.”

Súmula 210: “O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal.”

Súmula 448: “O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público.”

Súmula 608: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”

Súmula 609: “É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.”

Súmula 643: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares.”

Súmula 696: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a proposta, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

Súmula 701: No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.”

Súmula 714: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.”

Súmula 715: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”

Súmula 716: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Súmula 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.”

Súmula 718: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

Súmula 719: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Súmula 720: “O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres.”

Súmula 721: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.”

Súmula 722: “São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.”

Súmula 723: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.”

Julgados

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA E PROTEÇÃO, EM JUÍZO, DE DIREITOS E INTERESSES METAINDIVIDUAIS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CIVIL. IMPOSIÇÃO, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA (VERBA HONORÁRIA, CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS). INADMISSIBILIDADE, ‘SALVO COMPROVADA MÁ-FÉ’ (LEI N. 7.347/85, ART. 18). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, NO CASO, DE CONDUTA ABUSIVA OU MALICIOSA POR PARTE DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOCTRINA. PRECEDENTES. (STF - RE 233585 / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 09/09/2009).

EMENTA: COMPETÊNCIA - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL *VERSUS* MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Compete ao Supremo a solução de conflito de atribuições a envolver o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL *VERSUS* MINISTÉRIO PÚBLICO

ESTADUAL - ROUBO E DESCAMINHO. Define-se o conflito considerado o crime de que cuida o processo. A circunstância de, no roubo, tratar-se de mercadoria alvo de contrabando não desloca a atribuição, para denunciar, do Ministério Público Estadual para o Federal (STF, Pleno, Pet 3528 / BA – Bahia, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 28/09/2005).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92). Recurso não conhecido (STF, Pleno, RE n. 208.790/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 27/09/2000, DJU de 15/12/2000, p. 105).

EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. MENSALIDADES ESCOLARES. ADEQUAÇÃO ÀS NORMAS DE REAJUSTE FIXADAS PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26 de fevereiro de 1997, no julgamento do RE 163.231-3, de que foi Relator o eminente Ministro Maurício Corrêa, concluiu pela legitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil pública com vistas à defesa dos interesses coletivos. Recurso extraordinário conhecido e provido (STF, 1ª T., RE n. 190.976/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 31/10/1997, DJU 06/02/1998, p. 35).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO *PARQUET* PARA DISCUTIR AS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas

mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação (STF, Pleno, RE n. 163.231/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 26/02/1997, DJ 29/06/2001, p. 55).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92). Recurso não conhecido (STF, Pleno, RE n. 208.790/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 27/09/2000, DJ 15/12/2000, p.105).

EMENTA: LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. ATIVA. CARACTERIZAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMANDA SOBRE CONTRATOS DE FINANCIAMENTO FIRMADOS NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO-SFH. TUTELA DE DIRETOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MATÉRIA DE ALTO RELEVO SOCIAL. PERTINÊNCIA AO PERFIL INSTITUCIONAL DO MP. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 127 E 129, INCS. III E IX, DA CF. PRECEDENTES. O **Ministério Público** tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação. (RE 470.135-AgrRED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 22-5-07, DJ de 29.06.2007).

EMENTA: O **Ministério Público** é parte legítima na propositura de ação civil pública para questionar relação de consumo resultante de ajuste a envolver cartão de crédito. (RE 441.318, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25.10.2005, DJ de 24.02.2006).

EMENTA: Ação civil pública para proteção do patrimônio público. art. 129, III, da CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o **Ministério Público** intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92). (RE 208.790, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 27.09.2000, DJ de 15.12.2000).

EMENTA: Atribuições do Ministério Público: matéria não sujeita à reserva absoluta de lei complementar: improcedência da alegação de inconstitucionalidade formal do art. 66, *caput* e § 1º, do Código Civil (L. 10.406, de 10-1-2002). O art. 128, § 5º, da Constituição, não substantiva reserva absoluta a lei complementar para conferir atribuições ao Ministério Público ou a cada um dos seus ramos, na União ou nos Estados-membros. A tese restritiva é elidida pelo art. 129 da Constituição, que, depois de enumerar uma série de 'funções institucionais do Ministério Público', admite que a elas se acresçam a de 'exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas'. Trata-se, como acentua a doutrina, de uma 'norma de encerramento', que, à falta de reclamo explícito de legislação complementar, admite que leis ordinárias — qual acontece, de há muito, com as de cunho processual — possam aditar novas funções às diretamente outorgadas ao Ministério Público pela Constituição, desde que compatíveis com as finalidades da instituição e às vedações de

que nelas se incluam 'a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas.' (ADI 2.794, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14.12.2006, DJ de 30.03.2007). No mesmo sentido: MS 26.698, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28.02.2008, Informativo 49

Área Criminal

EMENTA: MAGISTRADO - PROCESSO ADMINISTRATIVO *VERSUS* ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ARTIGO 33, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LOMAN. O que previsto no artigo 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não obstaculiza a atuação interna e externa do Ministério Público. Na primeira, mediante exame de dados que lhe tenham chegado às mãos e, na segunda, formalizando denúncia junto ao Tribunal competente, visando à persecução criminal. AÇÃO PENAL - TIPCIDADE - *HABEAS CORPUS*. O *habeas* não é meio próprio para apreciar-se a denúncia formalizada pelo Ministério Público. Óbice a esta última, via a impetração, pressupõe situação clara e precisa a afastar a persecução criminal. (STF – 1ª T. - RHC n. 88280-3 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 15.08.2006, unânime).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de Inquérito Civil Público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. 2. O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (artigo 46, §1º, do CPP). 3. Recurso a que se nega provimento. (STF - 2ª T. - RE 464893 / GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20/05/2008, unânime).

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo Ministério Público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do *habeas corpus*, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-

probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC n. 89.877/ES, Rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do *habeas corpus* servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*. (STF-2ª T., HC n. 91661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, un., julg. 10/03/2009).

EMENTA: Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do **Ministério Público**. Nulidade. Violação do art. 129, I, da Constituição Federal. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.1997, Pertence, RTJ 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do **Ministério Público**, quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do **Ministério Público**. (RE 468.161, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14.03.2006, DJ de 31.03.2006).

EMENTA: Correição parcial (CPPM, art. 498): compatibilidade com o art. 129, I, CF, que outorgou

legitimação privativa ao **Ministério Público** para a ação penal pública (HC 68.739, 01/10/91, Pertence, RTJ 138/524.) (HC 78.309, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 02.02.1999, DJ de 26.03.1999).

EMENTA: O **Ministério Público**, nas ações penais públicas condicionadas, não está vinculado à qualificação jurídica dos fatos constantes da representação ou da requisição de que lhe haja sido dirigida. A vinculação do **Ministério Público** à definição jurídica que o representante ou requisitante tenha dado aos fatos é nenhuma. A formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao **Ministério Público**, em cujas **funções** institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do **Ministério Público**, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia.” (HC 68.242, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06.11.1990, DJ de 15.03.1991).

EMENTA: Ministério Público. Privatividade da ação penal pública (CF, art. 129, I): incompatibilidade com os procedimentos especiais por crime de deserção, no ponto em que prescindem da denúncia (C. Pr. Pen. Militar, art. 451 ss.): precedente HC 67.931.” (HC 68.204, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30.10.1990, DJ de 23.11.1990).

“A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado.” (Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 11.05.2005, DJ de 11.11.2005). No mesmo sentido: HC 83.463, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16.03.2004, DJ de 04.06.2004.

“*Habeas corpus*. Processual penal. Alegação de nulidade do auto de prisão em flagrante, do inquérito policial, da denúncia e da condenação dos pacientes. Denúncia oferecida pelo mesmo promotor de Justiça que teria investigado e acompanhado a lavratura do auto de prisão em flagrante e demais atos processuais. Não-ocorrência. *Habeas corpus* denegado. O fato de o Promotor de Justiça que ofereceu a denúncia contra os pacientes ter acompanhado a lavratura do auto de prisão em flagrante e demais atos processuais não induz à qualquer ilegalidade ou nulidade do inquérito e da consequente ação penal promovida, o que, aliás, é perfeitamente justificável em razão do que é disposto no art. 129, inc. VII, da Constituição da República.” (HC 89.746, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12.12.2006, DJ de 09.02.2007).

EMENTA: Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei n. 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC n. 75/1993. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público — art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei n. 8.427/1992. Mandado de segurança indeferido.” (MS 21.729, Rel. p/ o ac. Min. Néri da Silveira, julgamento em 05.10.1995, *DJ* de 19.10.2001).

“Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público. Nulidade. Violação do art. 129, I, da Constituição Federal. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: *HC 75.343*, 12.11.1997, Pertence, *RTJ 177/1293* –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público, quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.” (RE 468.161, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14.03.2006, *DJ* de 31.03.2006).

“Contraria o disposto no art. 129, I, da Constituição, a decisão judicial, que em fase anterior à própria demanda, cerceia a titularidade do Ministério Público, definindo, em caráter terminativo, a competência do Juízo, só perante o qual poderá ser promovida a ação penal.” (RE 222.283, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 24.03.1998, *DJ* de 08.05.1998).

“A ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), admitida apenas a exceção inscrita no art. 5º, LIX, da Lei Maior. As disposições legais, que instituíam outras exceções, foram revogadas pela Constituição, porque não recepcionadas por esta. STF, Pleno, *HC 67.931-5-RS*. O processo das contravenções penais somente pode ter início mediante denúncia do MP. Revogação dos artigos 26 e 531, CPP, porque não recepcionados pela CF/88, art. 129, I.” (RE 134.515, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13.08.1991, *DJ* de 13.09.1991). No mesmo sentido: *HC 72.073*, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 02.04.1996, *DJ* de 17.5.1996

“O Ministério Público, nas ações penais públicas condicionadas, não está vinculado à qualificação jurídica dos fatos constantes da representação ou da requisição de que lhe haja sido dirigida. A vinculação do Ministério Público à definição jurídica que o representante ou requisitante tenha dado aos fatos é nenhuma. A formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia.” (*HC 68.242*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06.11.1990, *DJ* de 15.03.1991).

“O chamado sigilo fiscal nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. Aqui se cuida de pessoa jurídica que exerce atividade tributável. Contribuinte, portanto. Os documentos foram apreendidos no interior da sede da empresa e não no domicílio do seu responsável legal. A atividade da pessoa jurídica está prevista como crime contra a ordem econômica. Legítima, assim, a atuação do Fisco, com respaldo na legislação pertinente. Legítima, também, a atuação do Ministério Público instando a autoridade policial à instauração do inquérito policial, com vista a apurar a ocorrência de um fato típico [...]” (*HC 87.654*, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 07.03.2006, *DJ* de 20.04.2006).

“A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas,

o que daria, ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Doutrina. Precedentes. Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira. Precedentes.” (HC 84.758, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25.05.2006, DJ de 16.06.2006). Agravo Regimental. Inquérito. Quebra de sigilo bancário. Remessa de listagem que identifique todas as pessoas que fizeram uso da conta de não-residente titularizada pela agravante para fins de remessa de valores ao exterior. Listagem genérica: impossibilidade. Possibilidade quanto às pessoas devidamente identificadas no inquérito. Agravo provido parcialmente. Requisição de remessa ao Supremo Tribunal Federal de lista pela qual se identifiquem todas as pessoas que fizeram uso da conta de não-residente para fins de remessa de valores ao exterior: impossibilidade. Configura-se ilegítima a quebra de sigilo bancário de listagem genérica, com nomes de pessoas não relacionados diretamente com as investigações (art. 5º, inc. X, da Constituição da República). Ressalva da possibilidade de o Ministério Público Federal formular pedido específico, sobre pessoas identificadas, definindo e justificando com exatidão a sua pretensão. Agravo provido parcialmente. (Inq 2.245-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 29.11.2006, DJ de 09.11.2007).

“O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. (AI 655.298-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 04.09.2007, DJ de 28.09.2007).

EMENTA: 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei n. 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I, da Constituição. *Notitia criminis* condicionada “à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer

denúncia independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação. (STF, Pleno, ADI 1571 / UF – União Federal, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/12/2003).

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: INVESTIGAÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116. I. - A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. II. - Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. III. - Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica. IV. - Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93 (STF, Pleno, Inq 1957 / PR – Rel. Min. Carlos Velloso, j 11/05/2005).

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADA POR OMITIR DADO TÉCNICO INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 10 DA LEI N. 7.347/85). ALEGADA NULIDADE DA AÇÃO PENAL, QUE TERIA ORIGEM EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL EM CAUSA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o Inquérito Civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos – proveniente de elementos colhidos em Inquérito Civil – se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF). Na espécie, não está em debate a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer pessoa. A questão apresentada é outra. Consiste na obediência aos princípios regentes da Administração Pública, especialmente a igualdade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, que estariam sendo afrontados se de fato ocorrentes as irregularidades apontadas no inquérito civil. Daí porque essencial a apresentação das informações negadas, que não são dados pessoais da paciente, mas dados técnicos da Companhia de Limpeza de Niterói, cabendo ao Ministério Público zelar por aqueles princípios, como *custos iuris*, no alto da competência constitucional prevista no art. 127, *caput*. *Habeas corpus* indeferido (STF, 1ª T. HC n. 84367 / RJ – Rel. Min. Carlos Brito, j. 09/11/2004).

Superior Tribunal de Justiça

Súmulas:

Súmula 116: “A Fazenda Pública e o Ministério Público têm o prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.”

Súmula 189: “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.”

Súmula 226: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer na ação de acidente do trabalho, ainda que o segurado esteja assistido por advogado”.

Súmula 234: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.”

Súmula 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.”

Súmula 337: “É cabível suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”

Súmula 338: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas.”

Súmula 415: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.”

Julgados:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS.

- O **Ministério Público** tem legitimidade processual extraordinária para a propositura de **ação civil pública** objetivando a cessação de atividade inquinada de ilegal de captação antecipada de poupança popular, disfarçada de financiamento para compra de linha telefônica.

- Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato. Inteligência do art. 81, CDC.

- Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância.

Precedentes.Recurso especial provido.

(STJ – Resp 910192/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.02.2010, unânime).

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA –NEPOTISMO – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO. 1. Ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público** do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar deste da mesma Câmara Municipal.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade, por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário.

3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com ‘dedicação e eficiência’.

4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração **Pública**.

5. O fato de a Resolução nº 7/2005 - CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração **Pública** respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo.

6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992. 7. Recurso especial provido. (STJ – 2ª T. - Resp 1009916/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2009, unânime).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS INVESTIGATÓRIOS PRATICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. RELATÓRIO DE AUDITORIA INTERNA. OPERAÇÕES DE CRÉDITO FIRMADAS POR INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E COMERCIAL. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O **Ministério Público**, no exercício do poder-dever de investigação, ostenta legitimidade para requerer ao Poder Judiciário informações necessárias à promoção de Inquérito **Civil** e de **Ação Civil Pública**, a teor do que dispõem os art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal; e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993. Precedentes do STJ: HC 47.757/PA, 5ª Turma, DJ 12/12/2005 ; RMS 15.552/SP, 5ª

Turma, DJ 19/12/2003; RMS 12131/RR, 1ª Turma, DJ de 10/09/2001; MC 5512/RS, 5ª Turma, DJ de 28/04/2003; RMS 8716/GO, 1ª Turma, DJ 25/05/1998; RMS 7423/SP, 1ª Turma, DJ de 03/11/1997.

2. Ademais, a quebra de sigilo bancário é admitida, excepcionalmente, nas hipóteses em que se denotem a existência de interesse **público** superior, posto proteção não consubstanciadora de direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo.

3. O art. 38 da Lei 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro Nacional) previa a quebra de sigilo bancário e fiscal, sendo certo que, com o advento da Lei Complementar 105, de 10/01/2001, culminou por ampliar as hipóteses de exceção do sigilo (§§ 3º e 4º do art. 1º), permitindo o Poder Legislativo e a CPI obterem informações das instituições financeiras, sem a interferência do Poder Judiciário, revelando inequívoca intenção do legislador em tornar a quebra do sigilo bancário instrumento eficiente e necessário nas investigações patrimoniais e financeiras tendentes à apuração da autoria dos atos relacionados com a prática contra o erário de condutas ilícitas, como soem ser a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito e os ilícitos fiscais. Precedentes jurisprudenciais do STF: RE n. 219780/PE, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 10.09.1999 e do STJ: REsp 943.304/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18/06/2008; RMS 15364/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 10.10.2005; RHC 17353/SP, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 29.08.2005; RMS 18445/PE, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 23.05.2005; MC 2981/PE, desta Relatoria, DJ de 28.02.2005.

4. Deveras, o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.

5. *In casu*, revela-se descabida a insurreição do Banco do Brasil contra a decisão judicial que determinou a apresentação de documentos, relativos à auditoria realizada nas operações de crédito firmadas entre a instituição bancária *in foco* e empresas correntistas, necessários à instrução de procedimento investigatório (Inquérito Civil) engendrado pelo **Ministério Público** Federal, notadamente porque o direito à intimidade, que é espécie de direito à privacidade, não consubstancia direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo, à luz do princípio da proporcionalidade.

6. Recurso Especial desprovido, garantindo-se o respeito ao sigilo bancário no âmbito do processo *sub judice*.

(STJ - 1ª T. - Resp n. 1060976/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.11.2009, **unânime**).

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui diversos precedentes que, no âmbito de **ações civis públicas** movidas pelo **Ministério Público**, reconheceram configurada improbidade administrativa na contratação por prefeito de advogado privado, às expensas do erário, com o escopo de defender-se no âmbito de anterior **ação civil pública**.

2. “Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão **público**, não se pode admitir que, por conta do órgão **público**, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.” (AgREsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 29.06.2006).

3. Agravo Regimental não provido. (STJ, 2ª T. - AgRg no Resp. 789100/RO, Rel. Min. Castro Meira, j. 27.10.2009, **unânime**).

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO *PARQUET* – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicado o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o **Ministério Público** arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em **ação civil pública**. São questões distintas e juridicamente independentes.

3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – 2ª T. Resp n. 972902/RS – rel. Min. Eliana Calmon, julg. 25.08.2009, **unânime**).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES, SEM CONCURSO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE E DE OUTROS INTEGRANTES DA CÂMARA DE VEREADORES. LEGITIMIDADE PASSIVA. CAUSA *PETENDI* NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENQUADRAMENTO LEGAL EQUIVOCADO NA PETIÇÃO INICIAL. NATUREZA E EXTENSÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS.

1. Cuida-se, originariamente, de **Ação Civil Pública** ajuizada pelo **Ministério Público** do Estado do Espírito Santo, em razão da contratação de funcionários, no âmbito do Poder Legislativo Municipal de Afonso Cláudio, para ocupar cargos efetivos sem a realização de concurso **público**.

2. Hipótese em que o recorrente, como Presidente da Câmara Municipal, foi o responsável pela promulgação e publicação da Resolução que dispôs sobre a contratação irregular. Legitimidade passiva *ad causam* configurada.

3. A contratação de funcionários sem a observação das normas de regência dos concursos **públicos** caracteriza improbidade administrativa.

4. No âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, o Presidente da Câmara de Vereadores – sem prejuízo da responsabilidade de outros edis que, por **ação** ou omissão, contribuam para a ilegalidade, sobretudo ao não destacarem, aberta e expressamente, sua oposição à medida impugnada – responde pela contratação de servidores, sem concurso **público**, para o Legislativo municipal.

5. Exige-se que a inicial da **ação** seja, tanto quanto possível, exata na narração dos fatos considerados ímprobos. Esse é o fundamento do pedido do **Ministério Público**, e não a indicação do dispositivo legal que embasa a pretensão.

6. O enquadramento legal do ato considerado ímprobo, ainda que errôneo, não enseja a extinção liminar da **Ação Civil Pública**.

7. A *causa petendi*, na **Ação Civil Pública**, firma-se na descrição dos fatos, e não na qualificação jurídica dos fatos. Por isso mesmo, é irrelevante, na petição inicial, eventual capitulação legal imprecisa, ou até completamente equivocada, desde que haja suficiente correlação entre causa de pedir e pedido.

8. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, a petição inicial não necessita descer a minúcias do comportamento de cada um dos réus. Basta a descrição genérica dos fatos e das imputações.

9. *In casu*, essa descrição é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa.

10. Não há elementos no acórdão recorrido que indiquem abusividade na aplicação da medida de indisponibilidade dos bens do recorrente. A revisão do entendimento adotado pela instância ordinária implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

11. A indisponibilidade dos bens não é sanção, mas providência cautelar destinada a garantir o resultado útil do processo e a futura recomposição do patrimônio **público** lesado, bem como a execução de eventual sanção pecuniária a ser imposta e qualquer outro encargo financeiro decorrente da condenação.

12. A totalidade do patrimônio do réu garante “o integral ressarcimento do dano” (art. 7º, parágrafo único, da Lei da Improbidade Administrativa). Por

isso, o bloqueio judicial pode recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial.

13. Recurso Especial não provido.

(STJ – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.11.2008, unânime.)

PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**. DANO AO MEIO AMBIENTE. DISPOSITIVOS NÃO-PREQUESTIONADOS. SÚMULA 211, DO STJ. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DO **MINISTÉRIO PÚBLICO**. IMPOSSIBILIDADE. ARESTO RECORRIDO QUE ENTENDEU PELA NÃO-COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ. ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental, que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada. 2. A ausência de debate dos dispositivos legais tidos por afrontados impede a apreciação por parte desta Corte da matéria impugnada. Incidência da Súmula 211 do STJ. 3. Não merece reforma o aresto recorrido que se encontra em consonância com a jurisprudência assente desta Corte no sentido de que não se mostra cabível a condenação do *Parquet* em honorários quando tratar-se de **ação civil pública**, execução e correlatos embargos, exceto quando houver prova da má-fé do **Ministério Público**. Precedente: REsp 896.679/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 12.05.2008.

4. No particular, o aresto recorrido entendeu pela inexistência de má-fé na atuação do órgão ministerial. Averiguar tal premissa demandaria adentrar no substrato fático dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ. 5. Agravo regimental não-provido. (STJ - AgRg no Ag 1042206 / SP – Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 18.11.2008, unânime).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**. LEGITIMIDADE ATIVA DO **MINISTÉRIO PÚBLICO** RECONHECIDA. 1. O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor **Ação Civil Pública** para pleitear nulidade de contratos imobiliários relativos a loteamento irregular. 2. No campo de loteamentos clandestinos ou irregulares, o **Ministério Público** é duplamente legitimado, tanto pela presença de interesse difuso (= tutela da ordem urbanística e/ou do meio ambiente), como de interesses individuais homogêneos (= compradores prejudicados pelo negócio jurídico ilícito e impossibilidade do objeto). Assim sendo, em nada prejudica ou afasta a legitimação do *Parquet* o fato de que alguns consumidores, mesmo lesados, preferam manter-se na posse do lote irregular. 3. Recurso Especial provido. (STJ – 2ª T. Resp. 897141 / DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28.10.2008, unânime).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **MINISTÉRIO PÚBLICO**. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA. 1. O Ministério Público é parte legítima para promover **Ação Civil Pública** visando ao ressarcimento de dano ao erário. 2. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de

ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como *custos legis* (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAR, art. 9º). 3. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores materiais do art. 37, da CF, como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 4. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 5. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 6. A Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. 7. O STJ sedimentou o entendimento no sentido de que o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. 8. Recursos Especiais providos para acolher a prescrição quinquenal da ação civil pública. Recurso Especial da empresa a que se nega provimento. (STJ, 1ª T., REsp. n. 406.545/S, Rel. Min. Luiz Flux, j. em 26/11/2002, DJU de 09/12/2002, p. 292).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PATRIMÔNIO PÚBLICO - INTERESSE COLETIVO - LOTEAMENTO - REGULARIZAÇÃO - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEI 6.766/79, ARTS. 38 E 40 - LEI N. 7.347/85, ART. 21 - C.F., ART. 129, III E IX - PRECEDENTES STF E STJ. - É dever constitucional do Ministério Público a defesa do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos e de outras funções compatíveis com a sua natureza (art. 129, III e IX, C.F.).

- O Ministério Público é parte legítima para a defesa dos interesses dos compradores de imóveis loteados, em razão de projetos de parcelamento de solo urbano, face à inadimplência do parcelador

na execução de obras de infra-estrutura ou na formalização e regularização dos loteamentos.- A iterativa jurisprudência do Pretório Excelso acompanhada por incontáveis julgados desta Eg. Corte, vem reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. - Recurso conhecido e provido. (STJ, 2ª T., REsp. n. 108.249/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 06/04/2000, DJU de 22/05/2000, Revista de Direito do MPRJ n. 13/466).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI 7.347/85). INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público tem legitimação ativa *ad causam* para promover ação civil pública destinada à defesa dos interesses difusos e coletivos, incluindo aqueles decorrentes de projetos referentes ao parcelamento de solo urbano. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso provido. (STJ, 1ª T., REsp. n. 174.308/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 28/08/2001, Inf. n. 106).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - DIREITO COLETIVO. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público e social visando à verificação da situação do sistema único de saúde e sua operacionalização. Recurso improvido (STJ, 1ª T., REsp. n. 131.680/MA, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 31/03/1998, Revista de Direito do MPRJ n. 09/19506; e STJ, 1ª T., REsp. n. 124.236/MA, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 04/05/1998, p.84).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENSALIDADES ESCOLARES. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE COLETIVO. LEGITIMAÇÃO ATIVA. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I – sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social. II – na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor da defesa da cidadania (STJ, 4ª T., REsp. n. 34.155/MG, j. em 14/10/1996, Revista de Direito do MPRJ n. 7/407).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SUSPENSÃO DA COBRANÇA DE PEDÁGIO - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - INTERESSE DA UNIÃO - RECURSO ESPECIAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. - Não se conhece de recurso especial, se o dispositivo legal supostamente maltratado não foi agitado no acórdão recorrido, assim como na hipótese de o recorrente não indicar, com segurança, os dispositivos legais malsinados.

Por igual, acontece, se não for comprovada a divergência pretoriana, nos moldes exigidos pelo artigo 541, parágrafo único do CPC. - A cobrança de pedágio somente é lícita se houver estrada alternativa gratuita. - Tratando-se de pedágio em rodovia federal, a União é interessada, mesmo havendo delegação ao Estado. - A ação civil pública é via adequada para o Ministério Público pleitear a proteção do direito do cidadão de transitar livremente por rodovia federal, sem pagar pedágio. - A litispendência deve ser comprovada, nos autos. - Inexiste contrariedade ao artigo 460 do CPC se não houve sentença favorável ao autor, de natureza diversa do pedido ou condenação dos réus, em quantidade superior ou objeto diverso do que foi demandado (STJ, 1ª T., REsp. n. 417.804/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 12/11/2002, DJ de 10/03/2003, p. 097).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACIDENTE NO TRABALHO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. MEIO AMBIENTE. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para promover ação civil pública destinada a evitar acidentes no trabalho. Precedentes. Recurso conhecido e provido (STJ, 4ª T., REsp. n. 315.944/SP, Rel. Min. Ruy Rosado, j. em 25/09/2001, DJU de 29/10/2001, p. 212).

PROCESSUAL CIVIL. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL. 1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública. 2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual. 3. Recurso conhecido e provido (STJ, 5ª T., REsp. n. 95.347/SE, Rel. Min. Édson Vidigal, j. em 24/11/998, DJ 01/02/1999 p. 221).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE, INTERESSE DIFUSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos. Recurso conhecido e provido (STJ, 4ª T., REsp. n. 97.684/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, . 26/11/1996, DJ 03/02/1997, p. 732).

PROCESSUAL - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONCURSO PÚBLICO. O Ministério Público é legitimado a propor ação civil pública, visando à decretação de nulidade de concurso público que afrontou os princípios de acessibilidade, legalidade e moralidade. Trata-se de interesses transindividuais de categoria ou classe de pessoa e de direitos indivisíveis e indisponíveis,

de toda coletividade. Recurso improvido (STJ, 1ª T., REsp. n. 180.350/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 22/09/1998, DJ 9/11/1998, p. 55).

PROCESSUAL CIVIL. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A AFASTAR DANOS FÍSICOS A EMPREGADOS DA DEMANDADA. CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA AJUIZÁ-LA. I – É cabível ação civil pública com o objetivo de afastar danos físicos a empregados de empresa em que muitos deles já ostentam lesões decorrentes de esforços repetitivos (LER). Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os trabalhadores da ré, presentes e futuros, evitando-se a continuidade do processo da sua degeneração física. II – O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o meio ambiente do trabalho. III – Ofensa não configurada aos textos legais colacionados. Dissídio pretoriano superado. IV – Recurso especial não conhecido (STJ, 3ª T., REsp. n. 207.336/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 05/12/2000, DJ 11/06/2001, p. 200).

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. INQUÉRITO CIVIL. SEGURANÇA DO TRABALHO. Tem o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação coletiva, tendente a obter condenação a indenizar lesões resultantes de acidentes do trabalho, envolvendo direitos individuais homogêneos, desde que presente interesse social relevante. Competindo tais ações à Justiça Estadual, a legitimidade será do Ministério Público Estadual que poderá instaurar inquérito civil, visando a reunir os elementos necessários a justificar sua atuação (STJ, 3ª T., RMS n. 8785/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 02/03/2000, DJ 22/05/2000, p. 104).

PROCESSO CIVIL. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. Ação civil pública que, não obstante possa ter reflexos em interesses privados, foi ajuizada para preservar padrão urbanístico. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 3ª T., REsp. n. 166.714/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 21/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 203).

PROCESSO CIVIL. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA COM BASE EM INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFICÁCIA *ERGA OMNES*. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*. LEGITIMIDADE PARA PROPOSIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, exercendo o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade. Precedente do STF. 2. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia *erga omnes*, porquanto é premissa do pedido (art. 469, III, do CPC). 3. Pretensão do *Parquet* que objetiva que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de

arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas no SCLS 315. 4. Alegação de ilegitimidade das ocupações sob o fundamento da suposta inconstitucionalidade da lei distrital 754/94. O fundamento da ação não fica coberto pelo manto da coisa julgada. (art. 469 do CPC) 5. Aferição de prejuízo fático conducente à avaliação do *periculum in mora*. Aplicação da Súmula 07/STJ. 6. Recurso especial provido (STJ, 1ª T., REsp. n. 419.781/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 19/11/2002, DJ 19/12/2002, p. 339).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. INTERESSE DIFUSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos (STJ, 1ª T., REsp. n. 216.269/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 15/06/2000, DJ 28/08/2000, p. 63).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE SEGURO-SAÚDE. PRÊMIO. REAJUSTAMENTO DE VALORES. ATO ADMINISTRATIVO. DESCONFORTIDADE COM AS REGRAS PERTINENTES. Segundo as áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça compete à Segunda Seção processar e julgar feitos relativos a direito privado em geral. O debate sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em favor dos consumidores do serviço de saúde prejudicados pela majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde situa-se no campo do Direito Privado. É cabível ação civil pública para requerer a suspensão de cobrança a maior de prêmios de seguro-saúde. Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os consumidores lesados que pactuaram com as empresas de seguro-saúde. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o acesso à saúde (STJ, 3ª T., REsp. n. 286.732/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 09/10/2001, DJ 12/11/2001, p. 152).

PROCESSO CIVIL - ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE. 1. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL está legitimado a recorrer à instância especial nas ações ajuizadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. 2. O MP está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público. 3. Questão referente a contrato de locação, formulado como contrato de adesão pelas empresas locadoras, com exigência da Taxa Imobiliária para inquilinos, é de interesse público pela repercussão das locações na sociedade. 4. Embargos de divergência conhecidos e recebidos (STJ, Corte Especial, EDREsp. n. 114.908/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 07/11/2001, DJ 20/05/2002, p. 95).

PROCESSUAL CIVIL – ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – ACÇÃO COLETIVA – SERVIÇOS DE TELEFONIA – CONTAS TELEFÔNICAS DISCRIMINADAS – LIGAÇÕES INTERURBANAS – ESPECIFICAÇÃO DO TEMPO E DESTINO DAS LIGAÇÕES TELEFÔNICAS – INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO ESPECÍFICO – MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE – DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS E HOMOGÊNEOS E DIFUSOS – PRECEDENTES. - O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública em defesa dos direitos de um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica (direitos coletivos).

- Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2ª T., REsp. n. 162.026/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 20/06/2002, DJ 11/11/ 2002, p. 171).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO (CHEQUE ESPECIAL). RELAÇÃO DE CONSUMO. PRETENSÃO DE DECRETAR-SE A NULIDADE DE DETERMINADAS CLÁUSULAS TIDAS COMO ABUSIVAS. INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. - O contrato bancário de abertura de crédito (cheque especial) submete-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de ação que visa à proteção de interesses coletivos e apenas de modo secundário e consequencial, à defesa de interesses individuais homogêneos, ressaltou clara a legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n. 2640-RJ (STJ, 4ª T., REsp. n. 292.636/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 11/06/2002, DJ 16/09/2002, p. 190).

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEVISÃO POR ASSINATURA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISSÍDIO. PRECEDENTES DA CORTE. 1. O Ministério Público está legitimado pelo Código de Defesa do Consumidor para ajuizar defesa coletiva quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos. 2. A televisão por assinatura tem hoje importante presença como instrumento de lazer, contribuindo para a qualidade de vida dos cidadãos, alcançando significativas parcelas da população, não estando confinada aos estratos mais abastados. 3. Há entre os assinantes direito individual homogêneo, decorrente de origem comum, que autoriza a intervenção do Ministério Público. 4. Recurso especial não conhecido (STJ, 3ª T., Resp. n. 308.486/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 24/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 183).

RECURSO ESPECIAL. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE. 1. Consoante entendimento preconizado por esta Corte, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, com vistas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na

espécie a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais. Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido (STJ, 6ª T., Resp. n. 296.905/PB, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 22/10/2002, DJ 11/11/2002, p. 300).

MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DO CONSUMIDOR. PROGRAMA DE CRÉDITO EDUCATIVO. Tratando-se da cobrança da mensalidade escolar de aluno contemplado pelo crédito concedido pelo Governo Federal, é o Ministério Público parte legítima para propor a ação. (STJ, 2ª T., Resp. n. 33.897/MG, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 13/12/1995, DJ 05/08/1996, p. 26332).

Área criminal

HABEAS CORPUS. ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO DA **LOMAN.** INVESTIGAÇÃO MAGISTRADO. NULIDADE. VÍCIO DE CITAÇÃO. QUESTÕES SUJEITAS AO EFETIVO PREJUÍZO. DISCUSSÃO JÁ DEFINIDA PELA CORTE A *QUO*. AFASTAMENTO DO JUÍZ. A previsão da **LOMAN**, artigo 33, para que a investigação tenha trâmite primeiro no órgão julgador do Tribunal, não permite concluir por constrangimento ilegal só porque houve a atuação ministerial antes disso. Cabe lembrar que a Constituição Federal e as normas pertinentes conferem ao **Ministério Público** o comando da promoção criminal, incluindo o seu marco primeiro na condução apuratória. Além do que, as alegações de nulidades, dentre as quais inclui-se suposto vício na citação, perdem sentido se não demonstrado o efetivo prejuízo à defesa, sobretudo diante da definição do ambiente procedimental delineado por decisão do Tribunal de origem, em respeito aos princípios do devido processo legal, o qual entendeu pelo afastamento do magistrado. Ordem denegada. (STJ – 5ª T. – HC n. 32391/MA - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 10.02.2004, unânime).

EMENTA: **HABEAS CORPUS.** DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ADVOCATÍCIO. REQUISICÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. CRIME EM TESE. LEGALIDADE. 1. No sistema de direito positivo vigente, não pode a Polícia Civil, que tem a função constitucional de apurar infrações penais, exceção feita aos crimes militares (Constituição Federal, artigo 144, parágrafo 4º), inatender requisição de instauração de inquérito policial, feita pelo Ministério Público (Código de Processo Penal, artigo 5º, inciso II), a quem a Constituição da República atribuiu a ação penal, com exclusividade (artigo 129, inciso I), estabelecendo evidente subordinação institucional. 2. É também de nosso sistema de direito positivo que as questões de legalidade da dimensão inquisitorial da *persecutio criminis* do Estado são próprias da competência do Poder Judiciário, fazendo-se indubitosa a vinculação da autoridade policial ao Juízo criminal com competência para a *actio poenalis*, salvo regra legal diversa. 3. Atendida a requisição ministerial, ficam-lhe exauridos os efeitos, estabelecendo-se a relação autoridade policial

– autoridade judiciária, para o devido controle da legalidade do procedimento inquisitorial, do qual não se subtrai o próprio ato policial de sua instauração. 4. Havendo notícia de fatos que, em tese, caracterizam infração penal, não há falar em ilegalidade da requisição ministerial de instauração de inquérito policial, que não se compromete formalmente pela ausência de expressa tipificação penal, até recomendável em obséquio da formação do juízo da autoridade policial, em nada estranho à disciplina da requisição, como é da essência do Estado de Direito, na perspectiva dos direitos fundamentais. 5. Ordem denegada (STJ, 6ª T., HC 15115 / MS Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 11/12/2001).

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS.** CRIME CONTRA A HONRA. INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. IMPROPRIEDADE. - Não consubstancia constrangimento ilegal a requisição, pelo Ministério Público, de instauração de inquérito policial para a apuração de fato que, em tese, constitui crime. O mero expediente de requisição para que se proceda uma investigação policial não deve obrigatoriamente revestir-se de formalidades, pois não constitui a peça inaugural da ação penal.- A garantia de inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão prevista no art. 133 da Carta Magna, sofre as limitações da lei e, por isso, não se reveste de valor absoluto, nem lhe confere um *bill of indemnity* para a prática de abusos atentatórios à dignidade da profissão. A regra do art. 142, do Código Penal, que descaracteriza como injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, tem como pressuposto o regular exercício da advocacia, no debate da causa, em defesa do direito postulado. Se a descaracterização do elemento subjetivo do crime contra a honra requer o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do *habeas corpus*, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária. Recurso ordinário desprovido. (STJ, 6ª T., RHC 7829/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 06.05.1999).

EMENTA: CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REQUISICÃO DE DILIGÊNCIAS PARA A APURAÇÃO DO PATRIMÔNIO E DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA E DE SEUS SÓCIOS. INDEFERIMENTO. FACULDADE CONFERIDA AO MP, QUE NÃO EXCLUI A INTERVENÇÃO JUDICIAL. CERCEAMENTO À ATIVIDADE MINISTERIAL. ÓBICE À BUSCA DA VERDADE REAL. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. I - A faculdade conferida ao Ministério Público de realizar as diligências que entender cabíveis não exclui a intervenção do juiz para a determinação de providências eventualmente pleiteadas pelo *Parquet* e reputadas imprescindíveis à busca da verdade real, se demonstrado que o Representante Ministerial não se encontrava devidamente aparelhado para tanto. II – Não evidenciado o intuito meramente protelatório ou

diligência sem importância para a causa, mostra-se equivocada a decisão impugnada, porque, cerceando a atuação processual do Ministério Público, obsta a busca da verdade real. III – Recurso provido, para cassar a decisão recorrida e determinar a expedição, pelo Julgador da causa, do ofício requerido pelo Ministério Público. (STJ, 5ª T., REsp273766/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/05/2002).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO LIBERAR INFORMAÇÕES EXISTENTES EM ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO QUE AFETE A SEGURANÇA DO ESTADO. PREVALÊNCIADO INTERESSE PÚBLICO RELEVANTE. Deferimento da segurança. - A competência do Ministério Público no concernente à requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe, a Lei Maior, à disposição, instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas. - em sendo a ação penal pública de iniciativa exclusiva do Ministério Público, e se a Constituição lhe confere o poder de expedir notificações e de requisitar informações e documentos (Constituição Federal, arts. 127 e 129), resulta, daí, que as suas atividades se revestem de interesse público relevante - oponível a qualquer outro - que deve ser cuidado com previdência, eis que a outorga desse poder constitui reflexo de suas prerrogativas institucionais. A ocultação e o não fornecimento de informações e documentos e conduta impeditiva da ação ministerial e, conseqüentemente, da Justiça, se erigindo em abuso de poder. Os documentos e informações requisitadas (e em poder do Ministério da Aeronáutica) não serão, desde logo, acolhidos como verdadeiros e incontestáveis, mas, submetidos ao crivo da autoridade judiciária e do Ministério Público; deste, para auxiliar e, até, impulsionar as diligências subsequentes e do Judiciário para que as submeta, em tempo oportuno, ao contraditório, em que se assegurará aos indiciados ou acusados a mais ampla defesa. Nada importa que as conclusões dos Órgãos da Aeronáutica sejam diametralmente opostas as do Ministério Público ou do Judiciário. A responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil, art. 1525), como também a ação do Ministério Público independe do juízo de valor que, na esfera administrativa, a autoridade aeronáutica atribuir aos fatos, não ficando, por isso mesmo, adstrito, quer às conclusões do relatório preliminar, quer as do relatório final. A publicidade dos atos administrativos e demais atividades estatais decorre de preceito constitucional (art. 5º, XXXIII), que só ressalva a hipótese em que o sigilo seja imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado. O novo Estatuto Brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagra a publicidade dos atos e das

atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o como direitos e garantias fundamentais” (STF).- Já existindo inquérito instaurado em torno do fato, com o acompanhamento do *Parquet*, torna-se evidente o interesse público na ultimação dessas investigações cujo fito é o de desvendar a existência de possíveis crimes. O sigilo, *in casu*, não pode ser oponível à ação do Ministério Público, visto como o inquérito policial está se desenvolvendo sob absoluta reserva (CPC, art. 20), inexistindo temor sob possíveis desvirtuamentos das informações e documentos requisitados.- É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito a qualquer autoridade opor-lhe tal exceção. Segurança concedida. Decisão unânime. (STJ, 1ª Seção, MS 5370/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 12.11.1997).

EMENTA: CRIMINAL. HC. TORTURA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA À POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA N.º 234/STJ. ORDEM DENEGADA. 1- São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art.129, inciso IX, da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial. 2- Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes. 3- Hipótese na qual se trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido pelos policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal. 4- Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o *parquet* o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia. 5- “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” (Súmula n.º 234/STJ).6- Ordem denegada. (STJ, 5ªT. HC 84266/RJ HABEAS CORPUS 2007/0128840-3, Rel. Min. Jane Silva (Desemb. convocada do TJMG), J. 04/10/2007).

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME COMETIDO POR POLICIAIS CIVIS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE.

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO. 1. Encontra-se sob exame, perante o Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade do Ministério Público poder conduzir as investigações que conferem sustentação à denúncia (Inquérito n. 1.968). 2. No caso de crimes cometidos por policiais ou autoridades, afigura-se temerário contrariar aquela possibilidade. Precedentes deste Tribunal. 3. Para oferecimento da denúncia, é desnecessária a existência de inquérito policial, desde que os elementos informativos sejam suficientes àquela finalidade. 4. Recurso não provido (STJ, 6ª T., RHC 16267 / DF Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 2004/0091892-9, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 27/10/2004).

Referências bibliográficas

Em face da abrangência dos temas tratados, mencionam-se, dentre outras, algumas das obras como fonte de leitura:

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale di Diritto Administrativo Italiano**. 3. ed. Milão: Guiffirè, 1960.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Manual das Ações Constitucionais**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Audi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público – fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 253.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **A investigação a cargo do Ministério Público e o controle da atividade policial** (www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/proc.criminal/doutrina).

FAZZIO JUNIOR., Waldo. **O Ministério Público e o dever constitucional do controle externo da atividade policial**. *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*, n.12, p. 100-102, 1997.

FELDENS, Luciano. **Ministério Público e a ordem social justa. A função investigatória do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuições e regime jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e praxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: Jose Fiorentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1986.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 1989.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

_____. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1966.

_____. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Ação Civil Pública: Lei n. 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. [s.l.]: Forense, 1958.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público – Dimensão constitucional e Repercussão no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

III

Procuradoria-Geral de Justiça



1 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior
Promotor de Justiça Roberto Heleno de Castro Júnior

A Procuradoria-Geral de Justiça, órgão de direção superior do Ministério Público, é chefiada pelo Procurador-Geral de Justiça (LC¹, art. 5º, *caput*). No exercício da chefia da instituição, o Procurador-Geral é o responsável pela gestão administrativa do Ministério Público e o representa judicial² e extrajudicialmente (LC, art. 18, inc. I).

Como chefe da Administração Superior, é extenso campo de atuação do Procurador-Geral.

No âmbito dos órgãos colegiados, compete ao Procurador-Geral:

- a) integrar, como membro nato, e presidir os órgãos colegiados - Colégio de Procuradores de Justiça, Câmara de Procuradores de Justiça e Conselho Superior do Ministério Público (LC, art. 18, inc. II);
- b) proferir voto de qualidade nas reuniões dos referidos órgãos colegiados, salvo em matéria disciplinar, quando prevalecerá a decisão mais favorável ao membro do Ministério Público (LC, art. 18, inc. III);
- c) submeter à Câmara de Procuradores de Justiça as propostas de orçamento anual e as de criação, transformação e extinção de cargos e serviços auxiliares (LC, art. 18, inc. IV);
- d) solicitar ao Colégio de Procuradores de Justiça manifestação sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público, bem como sobre outras de interesse institucional (LC, art. 18, inc. V);
- e) decidir sobre as sugestões encaminhadas pela Câmara de Procuradores de Justiça acerca da criação, da transformação e da extinção de cargos e serviços auxiliares, das modificações na Lei Orgânica e das providências relacionadas com o desempenho das funções institucionais (LC, art. 18, inc. VI).

Na esfera administrativa, e orçamentária, cabe ao Procurador-Geral:

- a) elaborar a proposta orçamentária, estabelecendo as prioridades institucionais e as diretrizes administrativas, aplicando as respectivas dotações (LC, art. 18, inc. VII);
- b) encaminhar ao Poder Legislativo os projetos de lei de iniciativa do Ministério Público (LC, art. 18, inc. VIII)³;

¹ Lei Complementar Estadual nº 34/94 – Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais.

² É preciso esclarecer que o Ministério Público não tem personalidade jurídica plena; contudo, possui capacidade de ser parte nas hipóteses de sua legitimidade ativa em relação às ações penais e civis públicas e para defender, em juízo, suas prerrogativas institucionais quando há conflito com os Poderes. Nesta última hipótese, a representação judicial da instituição compete ao Procurador-Geral de Justiça.

³ Ao Procurador-Geral de Justiça compete a iniciativa de

- c) expedir atos normativos que visem à celeridade e à racionalização das atividades do Ministério Público (LC, art. 18, inc. IV);
- d) praticar atos e decidir questões relativas à administração geral e à execução orçamentária do Ministério Público (LC, art. 18, inc. XI);
- e) praticar atos de gestão administrativa⁴ e financeira (LC, art. 18, inc. XII);
- f) requisitar as dotações orçamentárias destinadas ao custeio das atividades do Ministério Público (LC, art. 18, inc. XLVII);
- g) participar ou indicar membro da instituição para compor a Comissão Permanente prevista no art. 155, § 2º, da Constituição Estadual (LC, art. 18, inc. XLVIII)⁵;
- h) encaminhar ao Governador do Estado a proposta do Ministério Público para elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LC, art. 18, inc. XLIX);
- i) propor alteração, na dotação orçamentária do Ministério Público, dos recursos dos elementos semelhantes, de um para outro, dentro das consignações respectivas, de acordo com as necessidades do serviço e as normas legais vigentes (LC, art. 18, inc. I);
- j) propor a abertura de crédito, na forma da legislação pertinente (LC, art. 18, inc. I).

No âmbito da administração dos recursos humanos da instituição, ao Procurador-Geral compete:

- a) prover os cargos iniciais da carreira e os demais cargos nos casos de promoção, remoção, permuta e outras formas de provimento derivado (LC, art. 18, inc. XIII);
- b) determinar a abertura de concurso para ingresso na carreira e presidir a respectiva comissão (LC, art. 18, inc. XXVII);
- c) convocar membro do Ministério Público em ati-

projetos de lei complementar que disponha sobre organização, atribuições e Estatuto do Ministério Público (CE, art. 125) e de projetos sobre a criação, transformação e extinção de cargo e função públicos do Ministério Público e dos serviços auxiliares e a fixação da respectiva remuneração (CE, art. 66, § 2º).

⁴ Pode o Procurador-Geral, inclusive, celebrar convênios com os órgãos municipais, estaduais e federais para atendimento das necessidades da instituição (LC, art. 18, inc. LII).

⁵ [CE]Art. 155. [...]§ 1º - O projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias, de iniciativa do Governador do Estado, resultará das propostas parciais de cada Poder, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, compatibilizadas em regime de colaboração.

§ 2º - Para proceder à compatibilização prevista no parágrafo anterior e à efetiva verificação dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, será constituída comissão permanente, composta de seis membros, indicados:

- I – um, pela Mesa da Assembléia;
- II – um, pelo Governador do Estado;
- III – um, pelo Presidente do Tribunal de Justiça;
- IV – um, pelo Procurador-Geral de Justiça;
- V – um, pelo Presidente do Tribunal de Contas;
- VI – um, pelo Defensor Público-Geral do Estado.

vidade para colaboração com a Comissão de Concurso (LC, art. 18, inc. XXIX);

d) designar, mediante eleição do Conselho Superior do Ministério Público, os membros da Comissão de Concurso e seus substitutos e arbitrar-lhes gratificação pelos serviços prestados durante a realização das provas (LC, art. 18, inc. XXX);

e) prover os cargos iniciais dos serviços auxiliares e editar atos que importem em movimentação, progressão e demais formas de provimento derivado (LC, art. 18, inc. XIV);

f) propor ao Poder Legislativo a fixação, a revisão, o reajuste e a recomposição dos vencimentos dos membros do Ministério Público e de seus servidores (LC, art. 18, inc. XV);

g) deferir o compromisso de posse dos membros do Ministério Público e dos servidores do quadro administrativo (LC, art. 18, inc. XVI);

h) praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e dos serviços auxiliares (LC, art. 18, inc. XVII);

i) propor a verificação de incapacidade física ou mental de membro do Ministério Público (LC, art. 18, inc. LVIII)⁶;

j) editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos da carreira ou dos serviços auxiliares, bem como decidir sobre o aproveitamento de membro da instituição em disponibilidade, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público (LC, art. 18, inc. XVIII);

k) editar atos de concessão, alteração e cassação de pensão por morte (LC, art. 18, inc. XIX).

Cabe também ao Procurador-Geral de Justiça, no âmbito do gerenciamento de pessoal:

a) interromper, por conveniência do serviço, férias ou licença, salvo por motivo de saúde, de membro do Ministério Público e de seus servidores (LC, art. 18, inc. XLI);

b) autorizar o membro do Ministério Público a ausentar-se do País (LC, art. 18, inc. XLII);

c) autorizar o membro do Ministério Público a ausentar-se da Procuradoria ou da Promotoria de Justiça, justificadamente, pelo prazo máximo de cinco dias úteis (LC, art. 18, inc. XLIII);

d) designar membros da instituição para plantões em finais de semana e em feriados ou em razão de outras medidas urgentes (LC, art. 18, inc. XLIV);

e) decidir sobre a escala de férias e a atuação em plantões forenses propostas pelas Procuradorias e pelas Promotorias de Justiça (LC, art. 18, inc. XLV);

f) conceder férias, férias-prêmio, licenças, afastamentos, adicionais e outras vantagens previstas em lei (LC, art. 18, inc. XLVI);

g) expedir carteira funcional dos membros do Ministério Público e servidores (LC, art. 18, inc. LIV).

No aspecto administrativo-disciplinar, o Procurador-Geral de Justiça também possui relevantes responsabilidades, competindo a ele:

a) decidir processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público, nos casos em que, em tese, couber a pena de censura (LC, art. 213), e contra os servidores da instituição, em qualquer caso, aplicando-lhes as sanções cabíveis (LC, art. 18, inc. XXIII);

b) representar ao Corregedor-Geral do Ministério Público acerca de infração disciplinar praticada por membro da instituição (LC, art. 18, inc. XXXIX);

c) representar, de ofício ou por provocação do interessado, à Corregedoria-Geral de Justiça sobre falta disciplinar de magistrado ou de serventuário de justiça (LC, art. 18, inc. XL).

No que concerne às atribuições específicas de cada membro do Ministério Público, também cabe ao Procurador-Geral de Justiça propor à Câmara de Procuradores de Justiça:

a) a fixação das atribuições das Procuradorias e das Promotorias de Justiça e dos respectivos cargos (LC, art. 18, inc. XXXIII);

b) a exclusão, a inclusão ou outra modificação das atribuições das Procuradorias e das Promotorias de Justiça e dos respectivos cargos (LC, art. 18, inc. XXXIV).

Compete também ao Procurador-Geral de Justiça designar membro do Ministério Público para⁷:

a) exercer as atribuições de dirigente de Centro de Apoio Operacional e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;

b) ocupar cargo de confiança ou assessoramento junto aos órgãos da Administração Superior do Ministério Público⁸;

c) integrar organismos estatais afetos à sua área de atuação;

d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não-confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, ou de quaisquer peças de informação;

e) acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória;

f) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou ainda em caso de excepcional volume de feitos, com o consentimento deste;

⁷ [LC 34/94] Art. 18, inc. XXI, letras “a” a “j”.

⁸ O art. 18, inc. XXXVII, faculta ao Procurador-Geral de Justiça convocar Procuradores de Justiça ou Promotores de Justiça, estes da mais elevada entrância, para prestar, temporariamente, serviços à Procuradoria-Geral de Justiça ou ocupar cargos de confiança. Já o inc. LXI do mesmo artigo permite ao Procurador-Geral convocar membro do Ministério Público para deliberação sobre matéria administrativa ou de interesse da instituição.

⁶ Também compete ao Procurador-Geral representar ao Presidente do Tribunal de Justiça para instauração de processo de verificação de incapacidade física ou mental de magistrado e serventuário de justiça (LC, art. 18, inc. LIX).

- g) por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público;
- h) oficiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância ou junto ao Procurador Regional Eleitoral, quando por este solicitado;
- i) propor ação de perfilhação compulsória;
- j) atuar em plantão nas férias forenses.

Compete, outrossim, ao Procurador-Geral de Justiça designar outro Procurador ou Promotor de Justiça para funcionar em feito determinado de atribuição do titular, com a concordância deste (LC, art. 18, inc. XXXV), e dispor a respeito da movimentação dos Promotores de Justiça Substitutos, no interesse do serviço (LC, art. 18, inc. XXXVI).

Essas atribuições, aliás, decorrem do próprio perfil constitucional do Ministério Público, que tem, como princípio institucional, a unidade/indivisibilidade⁹. Como o conjunto de promotores e procuradores de Justiça constituem um corpo único e indivisível, as manifestações de cada um deles são impessoais e constituem manifestações do próprio Ministério Público e não de seus agentes¹⁰. Decorre desse princípio a possibilidade de um promotor poder, legitimamente, exercer as funções de outro, desde que observadas as limitações normativas. Nesse ponto, o Procurador-Geral de Justiça figura como peça fundamental do princípio da unidade/indivisibilidade ao exercitar o poder-dever de designar um órgão de execução para atuar em lugar de outro, nas hipóteses em que a lei assim exige.

Ainda em decorrência do princípio da unidade ministerial, também compete ao Procurador-Geral de Justiça dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva oficiar no feito (LC, art. 18, inc. XXII), e expedir recomendações, sem caráter normativo¹¹, aos órgãos do Ministério Público para o desempenho de suas funções, nos casos em que se mostrar conveniente a atuação uniforme, ouvido o Conselho Superior (LC, art. 18, inc. XXIV). Da mesma forma, cabe-lhe editar, caso aprovadas, as recomendações, sem caráter vinculativo, sugeridas pelo Conselho Superior aos membros da instituição (LC, art. 18, inc. XXV).

Além das atribuições de ordem administrativa, o Procurador-Geral de Justiça é o promotor natural em diversas hipóteses, competindo-lhe:

- a) representar ao Tribunal de Justiça por inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (CE, art. 118, inc. III; LC, art. 69, inc. II);
- b) representar para fins de intervenção do Estado no município, objetivando assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual ou prover a execução de lei, ordem ou decisão judicial (LC, art. 69, inc. III);
- c) representar ao Procurador-Geral da República para fins de intervenção da União no Estado, nas hipóteses previstas no art. 34, VII, da Constituição Federal¹² (LC, art. 69, inc. IV);
- d) ajuizar ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça¹³, nela oficiando (LC, art. 69, inc. VI);
- e) exercer as atribuições previstas no art. 129, II e III, da Constituição Federal¹⁴, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando, por ato praticado em razão de suas funções, contra estas deva ser ajuizada a competente ação (LC, art. 69, inc. XI);
- f) propor ação civil para decretação de perda do cargo de membro do Ministério Público (LC, art. 18, inc. LX) e oficiar nos processos de decretação de perda de cargo, remoção ou disponibilidade de magistrado (LC, art. 69, inc. X);
- g) ajuizar mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora inviabilizar o exercício de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e a iniciativa de sua elaboração for do

¹² [Constituição Federal] Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

¹³ Conforme art. 106, inc. I, letras “a” e “b”, da Constituição Estadual, compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente nos crimes comuns, ressalvada a competência das justiças especializadas, o Vice-Governador do Estado, o Deputado Estadual, o Advogado-Geral do Estado, o Procurador-Geral de Justiça, o Secretário de Estado, os Juízes do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante-Geral da Polícia Militar e o do Corpo de Bombeiros Militar, o Chefe da Polícia Civil e os Prefeitos Municipais.

¹⁴ [Constituição Federal] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...].

⁹ Como bem salienta Cândido Rangel Dinamarco, *não existe um princípio da unidade e outro, da indivisibilidade. A locução unidade-e-indivisibilidade expressa uma idéia só* (In: **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. São Paulo: Malheiros. p. 684).

¹⁰ Nesse sentido, Dinamarco – ob. cit., p. 684/685.

¹¹ A ausência de caráter normativo das recomendações decorre do respeito ao princípio constitucional da independência funcional (CF, art. 127, § 1º), que deve conviver harmonicamente com o princípio da unidade.

Governador do Estado, de Secretário de Estado, da Assembléia Legislativa ou de Tribunal (LC, art. 69, inc. XII);

h) officiar nos processos de competência originária dos Tribunais (LC, art. 69, inc. IX);

i) representar o Ministério Público nas sessões plenárias dos Tribunais de Justiça e Militar, podendo intervir para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato (LC, art. 69, inc. V);

j) interpor recursos aos Tribunais locais e Superiores e neles officiar (LC, art. 69, inc. VIII);

k) requisitar de qualquer autoridade, repartição, secretaria, cartório ou ofício de justiça, certidões, exames, diligências e esclarecimentos necessários ao exercício de suas funções (LC, art. 18, inc. LIII)¹⁵.

Considerando-se a relevância do Chefe do Ministério Público no quadro constitucional¹⁶, com poderes-deveres que se inserem no próprio sistema de freios e contrapesos do regime republicano¹⁷, foi adotado um processo híbrido para sua escolha em nível estadual, de molde que a independência funcional, retratada pela totalidade dos membros da instituição ministerial, e a legitimidade popular, representada pelo Chefe do Poder Executivo estadual, se fundissem em um nome selecionado pelo Governador do Estado dentre uma lista tríplice eleita por Procuradores e Promotores de Justiça (CF, art. 128, § 3º). Guardando coerência com esse processo, a sua destituição dependerá de deliberação de maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva (CF, art. 128, § 4º).

Ainda em consonância com o princípio constitucional da independência funcional, o Procurador-Geral de Justiça possui mandato fixo de dois anos, sendo possibilitada uma recondução consecutiva ao cargo (LC, art. 5º, § 1º).

Por fim, releva acrescentar que o Procurador-Geral de Justiça, diante de tantas atribuições, seja como Chefe da Administração Superior, seja como órgão de execução nas hipóteses especiais elencadas na Constituição Estadual e nas Leis Orgânicas Nacio-

¹⁵ Também compete ao Procurador-Geral requisitar policiamento para a guarda dos prédios e das salas do Ministério Público ou para a segurança de seus membros e servidores (LC, art. 18, inc. LVI) e requisitar, motivadamente, meios materiais para o exercício de atividades técnicas ou especializadas nos procedimentos administrativos do Ministério Público (LC, art. 18, inc. LXII). A competência para requisitar servidores públicos, prevista no referido inciso LXII, teve sua eficácia suspensa por acórdão do STF prolatado na ADI 2534 em 15/08/2002.

¹⁶ [Constituição Federal] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹⁷ Dentre tantas atribuições na esfera criminal ou cível da mais alta relevância, uma se destaca pelo seu caráter intrinsecamente político-institucional de participação no próprio processo legislativo: o poder-dever de ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade.

nal e Estadual, pode delegar significativa parcela de suas funções administrativas¹⁸, bem como a integralidade de suas funções de órgão de execução¹⁹.

2 – PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA JURÍDICA

2.1 – INTRODUÇÃO

Procurador-Geral de Justiça Alceu José Torres Marques

A Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica é um dos órgãos de assessoramento do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (arts. 88 e 89 da Lei Complementar nº 34/94, alterados pela Lei Complementar Estadual nº 61/2001).

Sua função primordial é prestar apoio técnico-jurídico ao Procurador-Geral de Justiça, notadamente nas áreas cível, penal e administrativa, além de exercer, por delegação, algumas atribuições da Chefia da Instituição. Vale anotar que a delegação de atribuições é considerada um instrumento de desconcentração administrativa que busca garantir um aumento de celeridade e eficiência da atividade a ser desempenhada. Insta registrar que o delegado não age em nome e em lugar do delegante, mas atua por força de competência legal que lhe foi atribuída.

A Resolução PGJ 35/2005, em seu art. 1º, § 1º, incisos I a XXVI, define as atribuições do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico. Algumas delas merecem destaque:

a) “distribuir os autos de processos aos Procuradores de Justiça, por Câmaras e Grupos dos Tribunais, e coordenar o serviço dos órgãos de execução do Ministério Público em 2ª instância”.

Nesse campo, por força do disposto no art. 93, XV, da Constituição Federal, a distribuição dos processos oriundos dos Tribunais é realizada de forma imediata, respeitando-se o disposto na Resolução CAM PJ 27/2007.

b) “dirimir conflitos de atribuição entre Membros do Ministério Público, designando quem deverá officiar no feito”.

Como cediço, “o conflito de atribuições pressupõe a existência de, pelo menos, duas opiniões discordantes entre órgãos de execução a respeito de determinado ato a ser praticado (de natureza judicial ou extrajudicial)”²⁰. O conflito pode-se verificar quando dois ou mais órgãos de execução entenderem que não são detentores de atribuição para

¹⁸ LC, art. 18, inc. XX, c/c § 1º do mesmo artigo.

¹⁹ LC, art. 69, inc. XIII.

²⁰ Cf.: GARCIA, Emerson: Ministério Público. **Organização, Atribuições e Regime Jurídico.**

praticar determinado ato ou, de maneira oposta, quando avaliarem que cada qual tem atribuição para prática do mesmo ato.

Nada impede que o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico indique um terceiro órgão, diferente de suscitante e suscitado, como o detentor da atribuição discutida.

No âmbito do Ministério Público mineiro, a Resolução PGJ nº 72/06 estabelece regras para a definição das atribuições das Promotorias de Justiça Especializadas. A edição do referido ato objetivou minimizar o número de conflitos de atribuições, com similitude de fundamentação, que aportavam na Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica.

c) “despachar e decidir sobre o pedido de prorrogação e suspensão de inquéritos civis e expedientes correlatos, informando à Secretaria dos órgãos colegiados”.

Importante destacar que, com a implantação do Sistema de Registro Único de Inquéritos Civis e Procedimentos Preparatórios (SRU) (Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3/07), tal atribuição não mais prevalecerá.

d) “manifestar nos casos do art. 28 do Código de Processo Penal, inclusive quando envolver aplicação extensiva ou análoga, em processos ou procedimentos de natureza não penal”.

A regra processual mencionada determina que o órgão jurisdicional, caso discorde do requerimento de arquivamento do procedimento inquisitorial formulado pelo órgão de execução, providencie a remessa do expediente ao Procurador-Geral de Justiça, que deliberará a respeito. No caso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico poderá insistir no arquivamento ou, avaliando existem elementos suficientes para o ajuizamento da ação penal, oferecer (via Assessoria Especial) a proemial acusatória. Útil destacar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

Em se tratando de ação penal pública incondicionada, não pode o juiz insistir na promoção de ação, solicitando inusitada reconsideração a novo membro do Ministério Público; cabe-lhe, apenas, se discordante do arquivamento, submeter o caso à consideração do Procurador-Geral de Justiça, na forma recomendada pelo art. 28 do CPP. Nulidade declarada (RSTJ nº 26/160).

Como já brevemente assinalado, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico tem o apoio de uma Assessoria Especial para a execução de suas tarefas. Tal Assessoria pode ser composta por Procuradores e Promotores de Justiça de entrância especial, diretamente designados pelo Chefe do Ministério Público. A Resolução PGJ nº 51/95 dispõe sobre as atribuições da Assessoria Especial e regulamenta

a delegação de funções pelo Procurador-Geral de Justiça.

Outros dois órgãos são ligados à Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica: a Procuradoria de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais e de Execução Criminal e a Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade.

A Procuradoria de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais e de Execução Criminal tem por finalidade principal manter sistema de acompanhamento de decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais visando à interposição de recursos especiais e extraordinários em matérias eleitas como de maior relevância, respeitando a independência funcional dos Procuradores de Justiça, além de dar suporte científico e técnico aos órgãos de execução do Ministério Público, na primeira e na segunda instâncias, para a elaboração de quaisquer recursos de natureza criminal.

2.2 - COORDENADORIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise
Procurador de Justiça João Batista da Silva
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

2.2.1 - INTRODUÇÃO

Em perspectiva histórica, o *constitucionalismo*, como movimento jurídico, político e cultural, refletiu os anseios das sociedades por uma eficaz detenção e limitação dos poderes do monarca absoluto, através das declarações de direitos e garantias fundamentais, as quais inseriam, em documentos escritos e solenes, os limites (direitos) e as formas de se efetivar tal limitação (garantias). Dentre os quais, é possível apontar o direito político de participação, ativa e passiva, da população nos negócios do Estado, por meio de eleições de representantes para os corpos legislativos.

Entretanto, no momento histórico em que se visualizaram as fragilidades e insuficiência da democracia representativa do liberalismo-burguês, tão elogiada por Tocqueville (2005), na concretização de novos direitos que surgiram em textos constitucionais (direitos sociais), o movimento constitucionalista da época posterior pugnou por uma maior concretização dos documentos constitucionais, notadamente no início do século XX, com a aparição no cenário jurídico-político das Constituições do Estado Social, precipuamente a de Weimar (1919) e a do México (1917).

Da mesma forma que o *constitucionalismo moderno* do século XVIII engendrou a idéia de um documento que englobasse a organização do Estado e um rol de direitos e garantias fundamentais, de aspecto eminentemente negativo, que limitasse e detivesse o poder estatal, o *constitucionalismo contemporâneo* reivindicou maior efetividade dos

documentos constitucionais, mormente do bloco de dispositivos que posteriormente se denominou *Constituição Econômica*, como de resto daqueles que previam direitos sociais, que a partir de então seriam conteúdos obrigatórios em quaisquer documentos constitucionais contemporâneos. É o que afirma Almeida (2007, p. 35), referindo-se especificamente às mudanças dos ordenamentos jurídicos da época:

Tal preponderância do público sobre o privado irá levar o Estado a uma legislação de caráter socializante, é dizer, a uma preocupação com o aspecto social do direito cada vez mais profunda, surgindo, conseqüentemente, a socialização do jurismo. Isso não importa dizer que o Estado absorveu a sociedade civil (entendida aqui como sociedade burguesa), pois que tal efeito redundaria no Estado totalitário, nem que no primeiro capitalismo – como já anotamos – este fora absorvido por aquela, o que significaria uma sociedade sem Estado.

E acrescenta (ALMEIDA, 2007, p. 35):

Não obstante, a preponderância estatal é sentida em vários ramos do direito privado, mormente no que toca aos vulneráveis, *v.g.*, trabalhadores, locatários, consumidores, etc., cujas relações jurídicas, hodiernamente, já perderam o princípio fulcral de sua existência, qual seja, a absoluta *autonomia da vontade* nos contratos, à semelhança do que ocorre, *v.g.*, com as relações contratuais trabalhistas, para se tornarem preocupação do Estado e terem tratamento legislativo consentâneo com as diferenças econômicas e sociais existentes entre os envolvidos. (grifo do autor)

O mesmo fenômeno não poderia deixar de ser sentido especificamente no âmbito dos documentos constitucionais. Sob esse aspecto, Bulos (2008, p. 22) ensina:

É no constitucionalismo contemporâneo que iremos ver, com notável nitidez, o robustecimento daquelas idéias hauridas na segunda metade do século XX, na etapa do constitucionalismo moderno, preconizadas pelo ideário *pós-positivista*, responsável pelo florescimento de um *constitucionalismo principialista*, oriundo do reconhecimento da *face principiológica do Direito*. (grifo do autor)

Obviamente, a inserção de princípios socializantes e prospectivos no ordenamento jurídico do mundo ocidental, notadamente nas suas Constituições, não ficaria sem uma resposta adequada daqueles que, revolucionários no século XVIII, agora se posicionavam de forma conservadora ante as mudanças da *forma* dos sistemas político, jurídico e econômico.

Em via de conseqüência, a doutrina liberal passou a encarar as cláusulas constitucionais que previam os direitos sociais, culturais e econômicos como

meras normas de programas (*normas programáticas*), promessas irrealizáveis concretamente, cujo conteúdo não ultrapassava a boa intenção do legislador constituinte, e assim não ensejavam reivindicação jurídica, dando ensejo ao que se denominou *constituição programática*.

É que, como ensina José Afonso da Silva (2001, p. 135-137):

As constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de *compromisso* entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo. [...] Esse embate entre o liberalismo com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. [...] São os princípios que constituem as *normas constitucionais de princípio programático*. (grifo do autor)

E conceitua (SILVA, 2001, p. 138):

[...] podemos conceber como *programáticas* aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*. (grifo do autor)

A réplica não tardou a surgir. Com efeito, o *pós-positivismo*, ou, para outros, o *neoconstitucionalismo*, foi a resposta dada à ausência de normatividade que os liberais-conservadores propunham conferir às Constituições do Estado Social, notadamente do bloco de preceitos que encerravam os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. (BONAVIDES, 1997, *passim*).

2.2.2 - PÓS-POSITIVISMO COMO ATITUDE INTERPRETATIVA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

Destarte, nasce o *pós-positivismo* como teoria interpretativa do Direito, desenganadamente dos textos constitucionais do Estado Social e Democrático, o qual possui como característica predominante atribuir importância aos princípios do Direito, e não somente às leis (BULOS, 2008, p. 19). Sem embargo, mais do que ressaltar a importância dos princípios, notadamente aqueles previstos em textos constitucionais, o referido movimento conferiu a necessária *normatividade* àqueles, assim como aproximou a Ciência Jurídica de seu sentido ético, o que outrora significaria malferimento à hegemonia das regras e sua respectiva normatividade. (BULOS, 2008, p. 20)

O constitucionalismo moderno, portanto, representou o estágio da reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e legitimidade. Eis aí o que se pode chamar de *constitucionalismo principialista*, proveniente do reconhecimento da *face principiológica do Direito*, que irá encontrar notável seqüência na etapa do constitucionalismo contemporâneo. (BULOS, 2008, p. 19).

Daí se afirmar hodiernamente que as chamadas *normas programáticas* devem ser esquecidas na sepultura dos primórdios do liberalismo político, na medida em que quaisquer cláusulas constitucionais, principiológicas ou não, possuem normatividade, conquanto em graus variados. (ALMEIDA, 2007).

Nesse raciocínio, impende esclarecer as principais características dessa nova atitude interpretativa: o *pós-positivismo*.

Nesse sentido – o de estabelecer a normatividade dos princípios, até mesmo quando em conflito com as regras (leis) – caminham os trabalhos do professor estadunidense Ronald Dworkin, que, ao longo de sua obra, construiu a teoria que ele mesmo denominou de *direito como integridade*.

Consoante suas lições (DWORKIN, 1999, p. 305):

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

Dessa forma, Dworkin rejeita as teorias jurídicas comuns, tais como o positivismo e o jusnaturalismo, em razão de sua incapacidade de alcançar a coerência que todo ordenamento jurídico exige. Para o autor, a primeira corrente traduz-se no “ponto de vista da maioria dos leigos e o hino dos conservadores em questões de direito” (1999, p. 141). Na segunda (DWORKIN, 1999, p. 185):

O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado.

Para rechaçar, como afirmado, as referidas teorias jurídicas como fontes interpretativas adequadas à consecução da integridade no Direito, Dworkin parte de uma premissa inegável:

Mas as pessoas reais na vida política comum atuam dentro de uma estrutura política e também sobre

ela. Para nós, a política é mais evolutiva que axiomática; reconhecemos, ao trabalharmos em prol de um Estado perfeitamente justo, que já pertencemos a um Estado diferente. (DWORKIN, 1999, p. 199).

Assim, a coerência entre os princípios jurídicos de uma comunidade será o norte e a vinculação para a atividade do legislador e do julgador, principalmente o julgador constitucional, que não poderá fazer abstração da estrutura política e jurídica de sua comunidade, assim como do passado convencionalista ou do futuro pragmático (DWORKIN, 1999, p. 272). Não se trata, portanto, de opção por uma ou por outra concepção, porém, de um *tertius genus*, que dá relevância a todas dentro do espectro coerente dos princípios constitucionais. Nessa linha de pensamento teórico, pois, poder-se-á vislumbrar que:

A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento. (DWORKIN, 1999, p. 229).

É sob esse parâmetro que se dará o aperfeiçoamento da estrutura política, moral e jurídica da sociedade, como um todo íntegro que despreza a interpretação literal de dispositivos legais, assim como a existência de direitos invioláveis e imutáveis, temporal e espacialmente, eis que, à luz da teoria em consideração, [...]

Denomino *princípio* um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36).

Conquanto da denominação se infira, *prima facie*, a correspondência tão-somente a direitos individuais, e, portanto, como alhures afirmado, uma conceituação *estreita* (ALEXY, 1993, p. 111), forçoso reconhecer que a concepção ofertada pelo professor norte-americano não exclui os bens coletivos, senão que os insere naquilo que conceituamos como *interesses segmentais*, expressão mais adequada para a classificação dos interesses existentes em sociedades pluralistas, como as contemporâneas. Não se deve pressupor a inexistência de classes socioeconômicas díspares, pois esse raciocínio constituiria um verdadeiro absurdo, na medida em que o nosso próprio sistema econômico isso impõe. Entretanto, pensamos ser necessário apreender

der que, com a pluralidade das sociedades contemporâneas, aquela dicotomia na qual os pensadores de formação marxista dividiram a sociedade é, atualmente, insuficiente para traduzir os fenômenos sociojurídicos. Em conseqüência, uma das características possíveis de apontar concerne ao fato de que o *interesse segmental* rejeita a concepção *organicista* de sociedade (o todo acima da parte), assim como aquela *individual* (a parte somente compõe o todo).

De qualquer forma, impossível desprezar o conceito oferecido por Alexy (1993, p. 86), segundo o qual:

[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

Em retorno ao tema, conferindo importância e normatividade aos princípios, notadamente aqueles insculpidos em textos constitucionais, o pós-positivismo não olvida – antes propõe – a perspectiva que se deve ofertar ao fundamento filosófico dos princípios que encerram *direitos fundamentais*, norte interpretativo de todo o corpo constitucional, um verdadeiro quadro de valores não estático a orientar o trabalho do intérprete. Assim (BULOS, 2008, p. 105),

[...] nas constituições dirigentes, a exemplo da brasileira de 1988 e da portuguesa de 1976, os direitos e garantias fundamentais funcionam como parâmetros, ou normas de referência, servindo para desvendar o exato alcance do *bloco de constitucionalidade*. Nessas cartas fundamentais, há amplo catálogo de liberdades públicas, que constitui um meio hábil para examinar a legitimidade e a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Permitimo-nos, agora, fazer um corte no presente raciocínio com o escopo de demonstrar, também, que o pós-positivismo se fundamenta no *relativismo filosófico*, na medida em que supõe que a existência dos direitos fundamentais, bem como sua densidade normativa, deve variar tanto no tempo quanto no espaço.

Com efeito, o fundamento filosófico dos direitos fundamentais no final do século XVIII se restringia ao seu caráter *natural*, no sentido de que, antes mesmo da personificação do Estado e da aparição da respectiva Constituição, o homem e o cidadão possuíam direitos sagrados e invioláveis pelos governantes. Daí o insuspeito teor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, já em seu

art. 1º, asseverava tal característica. É que, como salienta Bobbio (2004, p. 25):

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

E, especificamente sobre o caráter relativista dos direitos fundamentais, ensina o mestre de Turim (BOBBIO, 2004, p. 38-39):

Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento. Se não estivéssemos convencidos da irresistível pluralidade das concepções últimas, e se, ao contrário, estivéssemos convencidos de que asserções religiosas, éticas e políticas são demonstráveis como teoremas (e essa era, mais uma vez, a ilusão dos jusnaturalistas, de um Hobbes, por exemplo, que chamava as leis naturais de *teoremas*), então os direitos à liberdade religiosa ou à liberdade de pensamento político perderiam sua razão de ser, ou, pelo menos, adquiririam um outro significado: seriam não o direito de ter a própria religião pessoal ou de expressar o próprio pensamento político, mas sim o direito de não ser dissuadido pela força de empreender a busca da única verdade religiosa e do único bem político.

Bem se nota a natureza histórica, e, portanto, o caráter relativista dos princípios que encerram os direitos fundamentais.

O mesmo relativismo se pode perceber em Dworkin, na construção do seu *direito como integridade*. (DWORKIN, 1999, p. 229).

É imperioso divisar, assim, que os princípios, principalmente aqueles que inscrevem os direitos fundamentais, devem possuir como fundamento filosófico o relativismo, em virtude de seu patente caráter eminentemente histórico.

Por corolário, impõe-se reconhecer que o absolutismo filosófico (e, por conseqüência, o absolutismo jurídico) deve radicar nos recantos da obscuridade histórica da Idade Média e suas inquisições, não se adequando hodiernamente ao pluralismo social, econômico, político e jurídico.

Forçoso reconhecer, dessarte, o acerto das palavras de Kelsen (2000, p. 164), no particular, segundo as quais “ao pressuposto da existência absoluta corresponde a possibilidade da verdade absoluta e valores absolutos, negados pelo relativismo filosófico, que só admite uma verdade relativa e valores relativos. [...] O absoluto implica necessariamente a perfeição”.

Nessa perspectiva, a natureza histórica, e não natural, dos *direitos fundamentais*, e dos princípios que as fundamentam, avulta de importância, na medida em que se torna amplo espectro de diretriz interpretativa de todo o corpo da Constituição, pois não se mostra constitucionalmente adequada a atitude interpretativa que olvide os caracteres preliminar e vinculante dos *direitos e garantias constitucionais fundamentais*, os quais se impõem a quaisquer leituras do texto constitucional.

Conseqüência necessária dessa relatividade é que direitos e garantias fundamentais não gozam de certeza absoluta no significado de seus signos, uma vez que a sua densificação normativa será mutável, em tempos e lugares distintos. Pois, como ainda ensina Bobbio (2004, p. 46-47):

Há três modos de fundar os valores: deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; considerá-las como verdades evidentes em si mesmas; e, finalmente, a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso). [...]

O terceiro modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito. Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta. Trata-se, certamente de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado.

Destarte, impende reconhecer que a concretização dos direitos e garantias fundamentais – e dos princípios que os animam – traduz-se em um processo paulatino, coerente e permanente.

Nessa linha de raciocínio, esclarece a doutrina existir uma subcorrente que em nada é incompatível com o *pós-positivismo*, antes o ratifica (MENDES, 2008, p. 118):

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da *máxima efetividade* orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veiculam um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas. (grifo do autor)

Toda essa atitude interpretativa, que tem fulcro no *pós-positivismo*, desaguará em condutas a serem tomadas concretamente na averiguação da constitucionalidade das leis e dos atos normativos primários, seja à luz do controle difuso seja do controle concentrado.

Com efeito, ao assumir posição que confira normatividade máxima a princípios insertos no texto constitucional, notadamente aqueles que encerram *direitos fundamentais*, o intérprete deverá estar cômico de três coisas, a saber: a) que tais princípios informam, de forma cogente, a interpretação das demais normas constitucionais; b) que, além disso, os princípios insertos na Constituição vinculam a interpretação das normas infraconstitucionais; c) que a concretude normativa ofertada a um princípio, em um determinado caso concreto, poderá não ser a mesma em outra hipótese com a qual se depare.

Nessa medida, é possível, como sói acontecer (MENDES, 2008, p. 118-119),

[...] que, nos casos concretos, a *otimização* de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compreensão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo tanto o princípio da *unidade da Constituição* quanto o da *harmonização* –, em face disso, impõe-se harmonizar a *máxima efetividade* com essas e outras regras de interpretação, assim como impõe-se conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição. (grifo do autor)

Perante a grave observação doutrinária, devemos, inicialmente, distinguir – uma vez que a Constituição possui tanto *regras* como *princípios* – entre o aparente *conflito* entre regras e a aparente *colisão* entre princípios, pois que as respectivas soluções diferem, seja em qualidade seja em quantidade.

Isso porque, na medida em que a *regra* possui seu código de abordagem do lícito/ilícito, os *princípios* ofertam uma orientação que, uma vez seguida, não extinguirá definitivamente o grau de vinculação que outro princípio possa oferecer (DWORKIN, 2002, p. 39). Assim, em um conflito aparente de regras, uma prevalecerá em detrimento de outra, e a preterida restará extinta ou inválida, segundo os padrões aceitos do sistema jurídico em questão (princípio cronológico, hierárquico, da especialização, etc.).

O mesmo não ocorre com os princípios. Em eventual colisão aparente destes, aquele que prepondera não extingue a força vinculante do outro, senão no caso apreciado, ante a opção feita pelo primeiro. Enfim, os princípios enunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção [...]” (DWORKIN, 2002, p. 41). Em conseqüência, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão do *peso* ou *importância*, uma vez que, no que toca àquelas, ou são aplicáveis ou não o são na regulamentação de um determinado comportamento. Daí o professor da *New York University* afirmar (DWORKIN, 2002, p. 43):

Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.

É possível inferir, assim, que o conflito de regras se resolverá com a invalidação de uma delas. Ao revés, a colisão de princípios se resolverá pela preponderância, em determinada hipótese concreta, de um sobre o outro, seguindo a proporcionalidade metodológica utilizada pelo intérprete, evidenciando, mais uma vez, seu caráter relativo perante a vida concreta. Imperioso afirmar, de vez, que a resolução da colisão aparente entre princípios se reconduzirá à metodologia ofertada pela *proporcionalidade*.

Cabe evidenciar, por oportuno, que a *proporcionalidade*, entendida por muitos como um *princípio* com autonomia, encerra, a nosso aviso, tão-somente uma *metodologia* de interpretação, com suas próprias características, eis que não estão em estado relacional com algo diferente, para ser, ela própria, ponderada. (ALEXY, 1993, p. 112).

Destarte (ALEXY, 1993, p. 111-112):

Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él.

Enquanto a *proporcionalidade em sentido estrito* (mandato de ponderação) se reconduz às possibilidades jurídicas de realização do princípio em consideração (inexistência de outro também fundamental que com ele colida), a *necessidade* concerne à idéia de meio (modo) menos gravoso à violação de

um princípio de direito fundamental (possibilidade fática). Já a *adequação* ou *pertinência* revela-se como o meio correto de se alcançar um determinado fim.

Em outras palavras, é possível asseverar que (BO-NAVIDES, 1997, p. 360-361):

Desses elementos o primeiro é a *pertinência* ou *aptidão* que nos deve dizer se determinada medida representa 'o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público', conforme a linguagem constitucional dos tribunais.

Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio, que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. [...]

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade [...]. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária. [...]

Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. A escolha aí recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

Como não poderia deixar de ser, a percepção desse novo aspecto dos princípios, notadamente os constitucionais, aliada ao relativismo de seus significados no momento de eventual colisão, careceu de uma releitura da posição até então ocupada pelos tribunais, desenganadamente aqueles que exercem, como o Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional.

Dessarte, a perfeita conformação dos princípios e dos preceitos constitucionais referentes a direitos culturais, sociais e econômicos, de magnitude constitucional, à luz do pós-positivismo jurídico, exigiu algumas adaptações necessárias, seja para coibir as chamadas *omissões inconstitucionais* seja para corrigir ações incompatíveis com o texto constitucional, à luz do primado da *supremacia constitucional*.

Decorre da segunda a mitigação do princípio do *primado da lei*, que cede espaço ao *primado da constituição*, na medida em que o trabalho realizado pelo legislador ordinário não é livre nem absoluto, senão que condicionado e vinculado às cláusulas constitucionais de regência (DWORKIN, 2005, p. 14). Avulta, nesse momento, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos primários incompatíveis, formal e materialmente, com o quanto estabelecido na Constituição.

Essa constatação é importantíssima, pois demonstra que o legislador não é um ser ilimitado. Não poderá sair legislando do modo como quiser e da maneira que bem entender. Sua liberdade circunscreve-se à *idéia de direito e de justiça* plasmada na Carta Maior. (BULOS, 2008, p. 69).

Conseqüentemente, enche-se de realce a atividade levada a efeito pelos tribunais incumbidos de aferir a compatibilidade ou não desses atos normativos primários: a *jurisdição constitucional*.

Nessa esteira, é possível asseverar que os órgãos que a exercem, diante de documentos constitucionais que não mais internalizavam tão-somente a ideologia *liberal* – organizando o Estado e prevendo direitos fundamentais de primeira dimensão (liberdades negativas) – não podiam renunciar aos seus destinos constitucionais, e, à luz de cláusulas constitucionais com densidade normativa e diretiva, tiveram que tomar a si a incumbência de concretizar direitos fundamentais de outras dimensões (positivos), notadamente os direitos culturais, econômicos e sociais, em virtude das não raras moras dos corpos legislativos.

Entretanto, imperioso assinalar que o novo *status* conferido aos órgãos da jurisdição constitucional revelou um aspecto inconcebível à luz da doutrina liberal.

Com efeito, forçoso reconhecer que atualmente não se pode admitir que o juiz – notadamente aquele que exerce a jurisdição constitucional – seja tão-somente a *boca da lei*. Definitivamente, não devemos deslembra que juízes, ordinários ou constitucionais, julgam – mesmo que inconscientemente – consoante *princípios políticos*, sendo de uma candura incomensurável o raciocínio oposto.

Não pretendemos afirmar com isso que os juízes exercem suas atividades judicantes consoante ideologias político-partidárias. Ao revés, os condicionamentos do julgador, notadamente aquele que exerce a jurisdição constitucional, dão-se na medida da aceitação dos ideais políticos e axiológicos plasmados nos documentos constitucionais. Isso porque, como lembra Dworkin (2005, p. IX), deve-se rejeitar:

[...] a opinião, popular, mas irrealista, de que tais convicções não devem representar absolutamente nenhum papel nessas decisões, que o Direito e a política pertencem a mundos inteiramente diferentes e independentes. Mas também rejeita a visão oposta, de que Direito e política são exatamente a mesma coisa, de que os juízes que decidem casos constitucionais difíceis estão simplesmente votando suas convicções políticas pessoais como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembléia constituinte.

E, por corolário, afirma categoricamente (DWORKIN, 2005, p. 3-4):

Naturalmente, as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. [...] Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político que de outros. (grifo do autor)

Conseqüentemente: “A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político”. (DWORKIN, 2005, p. 6).

Inferese, portanto, que a conduta judicial, quando da proferição de decisões com fulcro em princípios políticos, não pode ser visualizada como uma atitude partidária do julgador, senão de obediência às condicionantes da filosofia política da comunidade, plasmadas no diploma constitucional, na qual o juiz está inserido.

Destarte, é possível asseverar que em todos os julgamentos, sejam os proferidos na jurisdição constitucional – em que são mais perceptíveis os fundamentos políticos da decisão – sejam os prolatados na jurisdição ordinária, o juiz está vinculado aos fundamentos do ideal político de sua comunidade.

Vinculando-se o direito brasileiro à família da *civil law*, é pertinente afirmar que o fundamento político de toda decisão deverá estar em consonância com os princípios, expressos ou implícitos, insertos na Constituição de 1988, na medida em que o *Estado de Direito*, assentado na Constituição, não se resume a uma concepção *centrada no texto legal* (DWORKIN, 2005, p. 6), mas naquela *centrada nos direitos* (DWORKIN, 2005, p. 7). Isso porquanto essa segunda concepção (DWORKIN, 2005, p. 7):

[...] pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. [...] Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. (grifo do autor)

Não é possível inferir daí que a concepção do Estado de Direito, como concepção *centrada no direito*, importa, em verdade, a aplicação de direitos

naturais – não positivados – ou quaisquer formas de superdireitos, de modo símile ao que ocorre no direito alemão, ao menos em sistemas jurídicos de constituição rígida.

É que, mesmo no pós-positivismo – como já assinalado –, “a legislação continua a exercer influência sobre a questão de quais direitos as partes têm, no modelo centrado nos direitos, mesmo quando direitos morais de fundo também exercem uma influência” (DWORKIN, 2005, p. 15). Daí não poder prevalecer princípios que não dialoguem com aqueles que se extraem das normas jurídicas em seu conjunto, pois “a concepção centrada nos direitos supõe que o livro de regras representa as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional.” (DWORKIN, 2005, p. 16).

Sob esse prisma, mister assinalar que, nos sistemas de constituição rígida e dirigente – como o nosso –, os princípios políticos diretores da atividade judicial – e que devem servir para fundamentá-la – não serão extraídos *indutivamente* do conjunto de regras aprovadas pelos corpos legislativos, senão que estarão plasmados, explícita ou implicitamente, no corpo do documento constitucional, carecendo, dessarte, da *dedução*, para que sejam compreendidos e se tornem conformadores da realidade social. É o que ocorre atualmente, *v. g.*, com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que deve ser lido, sob pena de incompatibilidade, à luz dos princípios e regras contidos na Constituição de 1988.

Infere-se, portanto, que o argumento de princípio político deverá fundamentar as decisões judiciais, mormente aquelas proferidas na jurisdição constitucional, condicionado pelo ideal da sua comunidade, isto é, aquilo que estiver inserto, explícita ou implicitamente, no texto constitucional.

O mesmo ocorre com os membros do Ministério Público quando no exercício de suas atribuições, ordinárias ou constitucionais.

Vinculado que está – como de resto, qualquer outra instituição estatal – aos princípios políticos estampados no texto constitucional, notadamente àqueles que encerram direitos fundamentais, o Ministério Público, como instituição democrática, não pode se furtar a contribuir para a conformação e concretização, na linha teórica do pós-positivismo, das cláusulas constitucionais, seja em virtude de uma *omissão legislativa* seja em razão de uma *ação legislativa incompatível com a idéia de justiça* que a unidade da Constituição incorpora.

Daí se infere que a Instituição não poderia se colocar à margem dessa nova atitude interpretativa surgida no panorama jurídico-político.

É nessa ambiência hermenêutica que surgiu, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através da Resolução PGJ nº 77, de 16 de setembro de 2005, a Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade (CCConst), que possui como precípua atribuição de provocar o controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos primários estaduais e municipais pelo Tribunal de Justiça do Estado, tendo como parâmetro a Constituição do Estado.

Crendo na fragilidade do sistema democrático representativo em concretizar eficazmente as necessidades das sociedades modernas, na insuficiência do positivismo normativista como teoria adequada à interpretação dos dispositivos constitucionais, mormente os que encerram princípios, em razão de sua abertura de significados, e na utopia que o direito dito natural encerra, a Coordenadoria trabalha com o escopo de teóricos do pós-positivismo jurídico na interpretação das cláusulas constitucionais principiológicas, especificamente, conferindo-lhes a normatividade necessária para coibir excessos parlamentares (desvios ou excessos legislativos), ou para suprir, mediante a provocação da jurisdição constitucional, a mora legislativa.

Podemos citar, a título de exemplo, o que ocorre em relação a assunto que atormenta a todos: o *nepotismo* na administração pública.

A Coordenadoria firmou entendimento segundo o qual a lei municipal que proíbe a contratação de pessoas que possuam determinado grau de parentesco com agentes políticos municipais não se mostra inconstitucional à luz do princípio da interdependência entre os Poderes, como reiteradas vezes afirmado, muito menos padece do vício de origem, consubstanciado na violação da iniciativa legislativa reservada, na medida em que a matéria ali regulada não se insere nos assuntos de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo (CF/88, art. 61, § 1º), que carece de interpretação restritiva, em ordem a excluir quaisquer aproximações analógicas.

De fato, o diploma legal não malfez o princípio da interdependência entre os Poderes – do qual o primeiro (vício de iniciativa) é corolário. Isso porque não há que se falar, como assentado, em regulação pelo Poder Legislativo, de matéria afeta a assuntos intestinos do Poder Executivo, porquanto, ao editar a lei com esse específico conteúdo, o Poder Legislativo estará, tão-somente, conferindo concretização aos princípios da *moralidade* e *impessoalidade administrativas*, e, sob certo prisma, também o da *eficiência administrativa*. É possível perceber que a interpretação conferida às leis que proibem o nepotismo no âmbito da administração pública está embasada na hermenêutica *pós-positivista*.

Sendo lido sob a perspectiva dos princípios insertos na Constituição de 1988, confere-se maior *peso* aqueles norteadores da administração pública, em

especial aos da moralidade e da impessoalidade, além de se ofertar uma necessária revisão do princípio da separação e independência entre os Poderes. (ALMEIDA, 2007, *passim*).

Independentemente do assunto tratado, o que se revela importante é que tanto juízes quanto membros do Ministério Público não fiquem à margem dessa nova hermenêutica constitucional, e visualizem, lado outro, fenômeno já detectado alhures: a *constitucionalização* do direito pátrio, mesmo do ramo denominado *direito privado*.

2.2.3 - CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O sentido de *constitucionalidade* da lei e dos atos normativos primários se reconduz à idéia de *rigidez e supremacia* do documento constitucional. Sob esse aspecto, somente poderemos falar de *constitucionalidade* ou *inconstitucionalidade* se possuirmos um *parâmetro* superior e perene em relação ao qual se possa aferir a compatibilidade daqueles atos inferiores. Desde Kelsen, com sua engenhosa teoria piramidal do ordenamento jurídico, a Constituição se revelou esse documento rígido e supremo dos Estados contemporâneos. Não nos deslombremos, no entanto, do conselho estampado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que vinculava a existência da Constituição à previsão de garantia dos direitos e à absorção do princípio da separação de poderes.

Não obstante, forçoso afirmar que “as idéias de *constitucionalidade* e *inconstitucionalidade* designam *conceitos de relação*, baseados no elo firmado entre as condutas públicas ou privadas e a carta maior” (BULOS, 2008, p. 60).

Por corolário lógico, no afã de se garantir a higidez do documento constitucional, impor-se-á o sentido de controle dos atos executivos, legislativos e judiciais que com o texto constitucional confrontarem.

Nessa medida, releva destacar a importância da existência de dois *sistemas*, nos quais os diversos *modelos* existentes hodiernamente se inspiraram. Com efeito, os sistemas de controle judicial de constitucionalidade se resumem ao *americano* e ao *austríaco*, que estudaremos na seqüência.

2.2.3.1 - CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: HISTÓRICO

Na ótica histórica, podemos afirmar que o primeiro controle judicial de constitucionalidade a auferir magnitude constitucional no Brasil foi o *difuso*, também denominado *desconcentrado*, *subjetivo*, *aberto*, *concreto*, *descentralizado* ou *incidental*.

Já no alvorecer da República, com o advento da primeira Constituição republicana de 1891, a forma

de controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos ganhou magnitude constitucional, à semelhança do que acontecia nos Estados Unidos da América do Norte a partir da decisão de Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803.

Importa assinalar que, na época do Império, sob a égide da Constituição de 1824, o controle judicial de constitucionalidade, tal como o conhecemos hoje, inexistia, uma vez que esse diploma constitucional deixou a cargo do Poder Legislativo (impregnada que estava a Constituição pelo princípio da soberania do Parlamento) a tarefa de *velar pela guarda da Constituição* (art. 15, § 9º). Portanto, encetava um controle *político* de constitucionalidade.

Nada obstante, e como afirmado, foi na Constituição de 1891 que se consagrou o controle judicial de constitucionalidade, na modalidade *difusa* ou *concreta*. Tal fenômeno se deu em razão de Rui Barbosa, entorpecido pela Constituição estadunidense, praticamente a ter internalizado, consolidando em terras pátrias o *judicial review* norte-americano. Nas palavras sóbrias de Carlos Maximiliano, percebe-se facilmente o requisito obrigatório para o controle de constitucionalidade (SANTOS, 2005, p. 116):

Intérprete da Constituição, e mais autorizado que os outros, é o Poder Judiciário. Não age, todavia, *sponte sua*; pronuncia-se contra a validade de actos do Executivo ou do Congresso Nacional quando os prejudicados o reclamam empregando o remédio jurídico adequado à espécie, obedecendo aos preceitos formaes para obter o restabelecimento do direito violado.

As demais constituições republicanas, além de prever o controle judicial de constitucionalidade difuso, foram aprimorando o modelo, com exceção da de 1937, que praticamente o inutilizou, conquanto previsto no texto constitucional respectivo. (CF/37, art. 96, parágrafo único).

2.2.3.2 - METODOLOGIA

Ao contrário do que ocorre com o controle concentrado de constitucionalidade, que é realizado por via de *ação*, o controle difuso sempre será por meio de *exceção* ou *defesa*. Dessa forma, ao autor da demanda cabe aventá-lo na petição inicial, ou no primeiro momento em que houver oportunidade processual de fazê-lo. No que toca ao réu do processo subjetivo, a peça de defesa será o momento processual apropriado para a arguição. Quanto aos terceiros intervenientes e ao Ministério Público, poderão agitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário no bojo do processo, na primeira oportunidade que lhes for dado falar.

Na metodologia difusa haverá sempre necessidade de a arguição referente à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo primário se realizar no bojo de um processo subjetivo comum. Daí a nomenclatura também conferida a essa forma de controle: *incidental*.

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. (MENDES, 1999, p. 15).

Não cabe, porém, confundir o conflito de interesses subjetivos colocados em juízo com o antecedente lógico da constitucionalidade da lei ou ato normativo primário. Dessume-se, daí, que a demanda principal, seja individual ou coletiva, deverá ter dois pedidos, a saber: o principal, que se referirá ao objeto determinante do litígio (o conflito de interesses intersubjetivo); e o incidental, que terá relação com o controle de constitucionalidade que se quer fazer incidentalmente à demanda principal. Pela perspectiva agora dos efeitos da decisão, o julgado, no controle difuso, tem o condão tão-somente de afastar a incidência do ato viciado (MENDES, 1999, p. 17) *reconhecendo* a inconstitucionalidade naquele processo em que se agitou a pecha de inconstitucionalidade, não sendo correto afirmar que a norma foi extirpada do mundo jurídico.

Anote-se, ademais, que, conquanto o art. 52, X, da Constituição de 1988 esteja passando por nova interpretação no Supremo Tribunal Federal (Rcl. nº 4.335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes), no controle difuso ou concreto a decisão que afasta a incidência da norma invectivada possui efeitos *inter partes* (somente *reconhece*, não *declara* a inconstitucionalidade), sendo necessária a suspensão de sua execução pelo Senado Federal para se conferir àquela, efeitos *erga omnes*.

2.2.4 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A VINCULAÇÃO DOS PEDIDOS

Muito se discutiu – e ainda em alguns setores se discute – sobre a possibilidade de se argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário com ação civil pública (ACP).

Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 32-33) assim expõe a questão:

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público. Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que 'a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*'.

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidên-

cia de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

E conclui seu pensamento afirmando (MENDES, 1999, p. 33):

Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Com o devido respeito ao entendimento acima, ou-
samos dele divergir.

Pensamos que toda celeuma que o tema provoca se resume à distinção que deve ser feita entre *pedido* e *causa de pedir*.

Com efeito, em artigo de doutrina, já afirmava, há muito, Almeida (2001, p. 115):

A primeira tese a ser analisada mais detidamente concerne ao fato de os tribunais asseverarem ser impossível a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que institui "taxa de iluminação pública" em sede de ação civil pública, utilizando-se, em regra, da argumentação segundo a qual a decisão proferida nesta seara possui efeito *erga omnes*.

No particular, entendo que nada mais correto porquanto uma decisão no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade não possuirá efeitos tão-somente *inter partes* e, sim, por força expressa de lei, *erga omnes*.

De efeito, substancia-se inconcebível a tratativa de inconstitucionalidade nas ações civis públicas. Todavia, o *punctum dolens* aí não reside, *permissa venia*.

A arguição de inconstitucionalidade realizada em sede de ação civil pública, na maior parte das vezes, é trazida como mera causa de pedir, motivos que irão animar e dar base ao pedido. Este difere daquela posto que se restringe à condenação do Réu a obrigação de não fazer.

Portanto, incorre em profundo desvio de perspectiva o pensamento segundo o qual acoimar de inconstitucional uma lei seja a mesma coisa que pedir o reconhecimento ou declaração de sua inconstitucionalidade

Dessarte, faz-se mister, primeiramente, distinguir *pedido* e *causa de pedir*, para a determinação de uma linha de raciocínio estreme de obscuridade.

E ainda (ALMEIDA, 2001, p. 116):

A questão prejudicial, como é de grande sabença, é aquela que interfere no mérito da questão, no conflito de interesses posto a julgamento e que, por isso, é questão prévia logicamente relacionada ao litúgio. Miranda (1998, p. 128) verbera, sobre o assunto sob comento, que “Na questão prejudicial, há comunicação de conhecimento, a ser apreciada pelo juiz, que funciona como antecedente lógico, sem ser preciso, ou sem ser provável formar processo separado.

Pois bem.

A inconstitucionalidade de uma lei quando argüida como mera motivação, causa de pedir, não faz coisa julgada, ou seja, não pertencerá ao comando da sentença posto que *é quaestiones praeiudiciales*.

Dessarte, não é impossível ou processualmente incorreto o pedido da ação civil pública proposta porquanto não há pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da lei que instituiu a referida *taxa*.

E, concluindo, asseverou (ALMEIDA, 1999, p. 118):

Vislumbra-se, portanto, que a tese da impossibilidade de argüição de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública está escorregada, não merecendo qualquer reparo. Porém, não menos certo é que o fato de ser cogitada como questão prejudicial naquela ação não terá, tal entendimento, as qualidades de imutabilidade e indiscutibilidade, próprias dos assuntos que estão sob o mandato da coisa julgada.

Portanto, quando a matéria é tratada à luz dos ensinamentos da processualística, com concepções rigorosas de *pedido* e *causa de pedir*, não há como se negar a possibilidade de argüição incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário no bojo de um processo subjetivo, instaurado através da ação civil pública.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal tem dado agasalho à tese acima exposta, na medida em que deixou consignado, no Recurso Extraordinário nº 424.993-6/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ratificando precedentes anteriores, que:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTALER TANTUM DA LEI nº 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO.

Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidentaler tantum da Lei Distrital nº 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal.

Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidentaler tantum. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes.

No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. (grifo nosso).

No mesmo sentido, os seguintes arestos: Rcl. nº 2.224-2/SP; AI nº 476.058-3/MG; AI nº 504.856-1/DF; RE nº 227.159-4/GO.

Divisa-se, destarte, que é possível, segundo a reiterada jurisprudência da nossa Suprema Corte, a argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário por meio de ação civil pública. Adicione-se a tal assertiva que a natureza do interesse que se protege por esse meio processual é irrelevante para a plena possibilidade da argüição concreta de inconstitucionalidade, podendo figurar no conflito posto em juízo interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, uma vez que a constitucionalidade da lei ou ato normativo é questão prévia concernente ao ato com densidade normativa objetivamente considerado, nada interferindo diretamente na qualidade do interesse que se protege.

2.2.5 - CRISES DE CONSTITUCIONALIDADE E DE LEGALIDADE

Com a denominação de *crise de legalidade*, queremos apontar o fenômeno de desobediência à lei (e a isso se reduz), como ato normativo primário, por ato normativo *secundário*. *Crise de constitucionalidade* é fenômeno diverso, na medida em que se traduz em violação de dispositivo normativo de magnitude constitucional por ato normativo primário.

Não raras vezes ocorre relativa confusão entre os institutos, sendo certo que a conceituação rigorosa refletirá diretamente no controle de constitucionalidade, seja por via de ação seja por via de exceção.

Tanto no controle por via de ação quanto naquele por via de exceção, o Supremo Tribunal Federal não aceita tratar judicialmente da mera *crise de legalidade*, para “se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites que esta lhe traça, pratica ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeita à jurisdição constitucional” (STF, ADI nº 2.618-6/PR, Rel. Min. Carlos Velloso).

Há, em outra vertente, a possibilidade de *inconstitucionalidade reflexa* ou *obliqua*, ocorrente na hipótese de ato normativo secundário que, além de malferir dispositivo legal, viola também o disposto em cláusula constitucional.

Ambas as hipóteses são rejeitadas por nossa Suprema Corte como potenciais objetos de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, uma vez que somente a *inconstitucionalidade direta e frontal* à Constituição poderá ensejar a sindicância judicial de constitucionalidade.

Em conseqüência do raciocínio exposto, é possível asseverar que somente são passíveis de controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, os atos normativos primários, quais sejam, aqueles previstos expressamente no art. 59 da Constituição de 1988 (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções).

A regra prevê exceção, também pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na atual ambiência constitucional, é possível discernir duas espécies de *decreto*, como ato normativo praticado pelo chefe do Poder Executivo: o autônomo (CF/88, art. 84, VI) e o regulamentar (CF/88, art. 84, IV).

O controle deste (regulamentar) se fará no âmbito da legalidade, não ensejando controle de constitucionalidade por quaisquer dos métodos, uma vez que deve se reconduzir ao disposto na lei que regulamentar. Desbordando dos limites desta, haverá *ilegalidade*, e não *inconstitucionalidade* (ADI nº 1.383-1/RS, Rel. Min. Moreira Alves).

Já na hipótese dos *decretos autônomos* – que, digase, constituem a exceção na atual engenharia constitucional – o Supremo Tribunal Federal tem aceito a existência de violação direta da Constituição (ADI-MC nº 1.435-8/DF, Rel. Min. Francisco Rezek), para preservação do *princípio da reserva legal*.

Somente nessa hipótese, portanto, é possível falar em controle de constitucionalidade.

Nessa esteira, impende realçar a hipótese, muito comum no cotidiano, a qual, porém, não enseja a sindicância judicial quanto à constitucionalidade – de lei ordinária municipal que viola *tão-somente* dispositivo da lei orgânica do município (LOM). Nesse caso, estamos diante de uma *crise de legalidade*, já que não há de se considerar a LOM como parâmetro para averiguação de constitucionalidade de lei ou ato normativo, em razão de expressa proibição constitucional (CF/88, art. 125, § 2º).

Em resumo, impõe-se a aferição preliminar da existência ou não de lei hierarquicamente superior ao ato acoimado de inconstitucional. Em hipótese afirmativa, ocorrerá, como dito, *tão-só ilegalidade*,

incapaz de ensejar o controle à luz da constitucionalidade, seja difuso, seja concentrado. Em sendo negativa a resposta, estamos ante a um *ato normativo primário*, cuja compatibilidade com a Constituição da República ou com a Constituição do Estado é perfeitamente possível.

2.2.6 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PROCESSO LEGISLATIVO

Muito se tem dito sobre ser impossível o controle de constitucionalidade de projetos de lei, isto é, enquanto a espécie normativa em consideração não se perfaz. Tal assertiva deve ser encarada *cum grano salis*.

Sem dúvida, “a justificativa para o exercício do controle difuso do processo legislativo em trâmite é o fato de ainda inexistir lei ou ato normativo que concluiu todo o procedimento de sua elaboração”. (BULOS, 2008, p. 138).

Importa realçar, consoante as lições doutrinárias, que esse controle, conquanto ainda inexistente a espécie normativa, “possui natureza *repressiva*, e não *preventiva*, pois visa expurgar do ordenamento atos inconstitucionais. Ou seja, não vigora, no Brasil, o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade”. (BULOS, 2008, p. 137).

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal restringe o controle de constitucionalidade dessas hipóteses ao método difuso na medida em que aceita a impetração de mandado de segurança, por parlamentares, por meio do qual é possível argüir a inconstitucionalidade (MS nº 22.503-3/DF, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa). Nesse caso, a desobediência aos preceitos constitucionais referentes ao processo legislativo ensejará a mácula da inconstitucionalidade, a qual poderá ser sindicada pela via da exceção.

Entendemos, entretanto, que a posição da nossa Suprema Corte encerra uma interpretação reducionista do problema no que concerne à legitimidade para as demandas concretas. Isso porque, ao conferir somente aos parlamentares legitimidade *ad causam* para a impetração, exclui os outros eventuais participantes do *devido processo legislativo*, notadamente quando a iniciativa do *iter* for conferida, com reserva, a atores extraparlamentares. É o caso, por exemplo, de mencionar a hipótese de projeto de lei iniciativa reservada do Procurador-Geral de Justiça cuja tramitação, no seio do Poder Legislativo respectivo, desobedeça aos parâmetros constitucionais de regência.

Destarte, impõe-se, a nosso aviso, conferir legitimidade *ad causam* àqueles que, em determinado processo legislativo, figurem como co-autores na concretização da espécie normativa em exame.

Sob outra perspectiva, devemos observar, segundo ainda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a impossibilidade parcial de controle das normas regimentais à luz das cláusulas constitucionais de regência.

Dessa forma, na esteira da orientação jurisprudencial da Suprema Corte, afirmou o Ministro Moreira Alves:

A observância dessas normas regimentais ordinatórias se exaure na esfera do Poder Legislativo, sendo imune à jurisdição desta Corte. Assim como não podemos declarar a inconstitucionalidade de uma lei pela não-observância de formalidade estabelecida por norma regimental de qualquer das Casas do Congresso, por não haver hierarquia entre essas normas, também não podemos admitir que previamente, por meio de mandado de segurança, sob a invocação de inexistente direito subjetivo público, se paralise a atuação do Congresso com base na alegação de não-aplicação ou má aplicação de norma regimental dessa natureza. Questões dessa natureza se resolvem exclusivamente no âmbito de atuação parlamentar. (ADI nº 2.038/BA, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim).

Impende ressaltar, no entanto, que não podemos confundir a impossibilidade de controle de constitucionalidade das *interpretações* conferidas pelo Poder Legislativo às suas normas regimentais com a afronta operada por essas mesmas normas aos preceitos constitucionais relativos ao processo legislativo.

Na segunda hipótese – conflito entre as normas regimentais e o texto constitucional –, possível se mostra a sindicância judicial concernente à constitucionalidade.

Sem dúvida, questões de conveniência ou oportunidade, a exemplo das exegeses de preceitos regimentais pela própria instituição parlamentar, isentam-se do exame judiciário.

Mas se as normas regimentais – e não a exegese legislativa tomada *per se* – discreparem da Carta Suprema, lesando direitos subjetivos, ou ameaçando-lhes a existência, por certo que se torna imprescindível a adoção de um sério e rígido controle difuso de constitucionalidade, em nome do mandamento previsto no art. 5º, XXXV, do Texto de 1988. (BULOS, 2008, p. 141)

Daí imperioso afirmar que a mera *exegese* conferida às normas regimentais por parlamentares se constitui em *atos interna corporis*, ao passo que as *normas* do regimento, objetivamente consideradas, na medida em que malfiram as cláusulas constitucionais pertinentes, notadamente aquelas referentes ao processo legislativo, podem ser objeto de controle de constitucionalidade, pelo método difuso, e a legitimidade *ad causam* – frise-se – deve ser reconhecida a todos os co-autores da realização da espécie normativa em consideração.

Isso porquanto os regimentos internos das Casas Legislativas – de quaisquer entidades federadas – manifestam-se no mundo jurídico através de *resoluções*, em que se traduzem atos normativos primários (CF/88, art. 59, VII), sendo possível, assim, serem objeto do controle difuso de constitucionalidade.

Coerente com esse raciocínio, decidiu o Supremo Tribunal Federal, pelas palavras do Ministro Francisco Rezek, que as normas regimentais:

[...] são normas que, uma vez observada a Constituição Federal, as casas do Congresso elaboram para reger a liturgia do seu trabalho no cotidiano, mesmo quando em instância grave como aquela da mudança da Constituição. E são normas – as do Regimento – que as casas podem modificar, em condições bem menos estritas do que aquelas que regem a mudança da própria Constituição. (MS nº 22.503-3/DF, Rel. Min. Néri da Silveira).

Dessa forma, exsurgindo no mundo jurídico como *resolução* – espécie normativa primária –, impõe-se reconhecer a possibilidade de controle de constitucionalidade de dispositivo que confronte a Constituição de 1988.

2.2.7 - CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: HISTÓRICO

Cronologicamente, no Brasil o sistema de controle concentrado de constitucionalidade – também denominado *objetivo, reservado, fechado, em tese, principal, abstrato* ou *centralizado* – é posterior ao controle difuso.

Dessa forma, o controle por *via de ação* integrou o ordenamento jurídico pátrio somente pela inserção, na Constituição de 1946, da Emenda Constitucional nº 16/65.

O controle por via de ação se reconduz ao denominado *sistema austríaco* de controle concentrado, idealizado por Hans Kelsen, em que se prestigia, no respectivo processo objetivo, a sindicância abstrata da lei ou ato normativo perante o texto constitucional, independentemente da existência de direito subjetivo subjacente.

Em outras palavras: o objetivo principal do controle por via de ação é tão-somente aferir a compatibilidade ou não da lei ou ato normativo primário com os princípios e regras explícita ou implicitamente contidos na Constituição. Não há que se advogar, portanto, a existência ou não de direito subjetivo, mesmo que esse, de modo reflexo, seja atingido pela decisão aí proferida.

O órgão judicial destinatário desta espécie de controle, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe analisar e julgar as questões constitucionais colocadas através dos mecanismos de controle abstrato.

2.2.8 - METODOLOGIA

“Mecanismos do controle concentrado da constitucionalidade são instrumentos jurídicos, previstos na carta magna e nas leis, que permitem ao Supremo Tribunal Federal realizar a defesa abstrata da constituição.” (BULOS, 2008, p. 151)

Atualmente, nossa Constituição em vigor prevê diversas formas de controle abstrato, a saber:

- ação direta de inconstitucionalidade *interventiva* (CF/88, art. 34, VII);
- ação direta de inconstitucionalidade *genérica* (CF/88, art. 102, I, “a”, 1ª parte);
- ação declaratória de constitucionalidade (CF/88, art. 102, I, “a”, 2ª parte);
- arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF/88, art. 102, § 1º);
- ação direta de inconstitucionalidade *por omissão* (CF/88, art. 103, § 2º).

Com suas especificações próprias, cada instrumento de controle abstrato possui seus objetivos e finalidades particulares.

Cabe, entretanto, mesmo que de forma perfunctória, ressaltar algumas particularidades sobre essas ações.

Com efeito, no que toca à ação direta de inconstitucionalidade *genérica* (ADI) e à ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com o advento da EC nº 45/2004, as decisões de mérito nelas proferidas possuem efeitos contra todos e vinculante, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Da perspectiva da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), importa asseverar que a idéia consagrada por Kelsen, segundo a qual o tribunal com jurisdição constitucional é tão-somente *legislador negativo*, não pode mais se sustentar na realidade das sociedades contemporâneas, regidas por diplomas de magnitude constitucional cujo conteúdo ultrapassa, e muito, as primeiras idéias do liberalismo sobre Constituição. Isso porquanto é forçoso reconhecer, no caso específico do Brasil, que a Constituição de 1988 é respaldada pela *teoria da Constituição Dirigente*, na medida em que impõe ao Estado a realização de programas de caráter social, econômico e cultural. Desse modo, as *omissões legislativas*, em Constituições desse teor, traduzem-se em grave descumprimento do texto constitucional, infirmado sua aplicabilidade e relativizando sua eficácia. Assim, mister se faz a rejeição de dogmas vetustos tais como o princípio da separação e independência entre os Poderes, em ordem a desobstruir a conformação e concretização dos direitos sociais *lato sensu*, através de uma postura positiva, em matéria de decisão proferida

em ADO e, por que não dizer, em mandado de injunção, no sentido de se declarar a mora legislativa, mas também de concretizar, de forma provisória, o direito previsto constitucionalmente, uma vez que ao Supremo Tribunal Federal cabe a guarda da Constituição. (ALMEIDA, 2007, *passim*).

Dessa forma, é de se reconhecer o esforço realizado por nossa Suprema Corte nos Mandados de Injunção nº 670, nº 712 e nº 708, ao proferir decisão *aditiva*, reconhecendo o direito de greve dos servidores públicos, ao aplicar na hipótese a Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve na iniciativa privada. Devemos, agora, reivindicar a proferição de decisões *positivas*, já que, no diploma constitucional *cidadão*, nada há que as impeça.

No que concerne à ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o Constituinte relegou à lei ordinária sua completa conformação. Nesse sentido, com o advento da Lei federal nº 9.882/99, que regulou o instituto, à norma constitucional limitada foi conferida eficácia plena.

Particularidades vieram com a publicação da lei. Destarte, a ADPF possui, segundo o estabelecido no § 1º do art. 4º, caráter subsidiário, na medida em que somente será concebível sua propositura se não houver outro instrumento jurídico que possa sanar a lesividade a preceito fundamental.

Ademais, podem ser objeto de ADPF, ao contrário do que ocorre em regra no controle concentrado de constitucionalidade, lei ou ato normativo *municipal*, mesmo aqueles anteriores à Constituição. Anterioridade esta que se estende às leis e atos normativos federais e estaduais. Infere-se, daí, a possibilidade de se aforar ADPF com o fim de coetizar ato normativo municipal com a Constituição da República, como parâmetro. Da mesma forma, para atos normativos anteriores à Constituição (ou pré-constitucionais) que não foram revogados expressamente.

Reside extrema dificuldade em se conceituar adequadamente o que venha a ser *preceito fundamental*, pois a lei não o define. Na seara doutrinária, Bulos (2008, p. 241) assim enfrenta a questão:

Qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária.

Podem ser consideradas preceitos fundamentais as diretrizes insculpidas no pórtico do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político. (grifos do autor).

Mendes, Coelho e Branco, de seu turno, asseveram (2008, p. 1168):

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

Estamos que os autores trazidos à baila conferiram uma concepção de caráter *reducionista* à expressão em exame.

Com efeito, pensamos que a concepção adequada à expressão passa pelo raciocínio que utiliza, obrigatoriamente, a teoria na qual a Constituição de 1988 se sustenta. Destarte, impende reconhecer – como alhures afirmamos – que a atual Constituição da República se traduz naquilo que J. J. Gomes Canotilho denominou *Constituição Dirigente*. Dessa forma, segundo o renomado professor lusitano, a *constituição dirigente* é o “bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática.” (2001, p. 224).

Na hipótese de possuímos, no Brasil, uma Constituição de caráter eminentemente liberal – como a estadunidense de 1787 –, a expressão *preceitos fundamentais* encerraria uma concepção bem mais reduzida, uma vez que tais documentos constitucionais se restringiam à organização do Estado e à previsão dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Ao revés, um texto constitucional afeiçoado em uma teoria que se caracteriza exatamente pela previsão de imposição, tarefas e diretivas de aspectos sociais, econômicos e culturais não pode excluir de seus *preceitos fundamentais* cláusulas que contenham essas mesmas imposições, tarefas e diretivas sociais, econômicas e culturais.

Nessa linha de raciocínio, além daqueles apontados pela doutrina, forçoso adicionar outros preceitos que possam ser, à luz da teoria subjacente, fundamentais, por se traduzirem em características próprias de uma constituição dirigente. Assim, as cláusulas insertas na *Ordem Econômica e Financeira*, na *Ordem Social*, do *Sistema Tributário* e quaisquer outros dispositivos que se caracterizem por ser imposições, tarefas ou diretivas ao Estado ou à sociedade, aí incluídos os agentes econômicos privados.

Nesse sentido se impõe a assertiva segundo a qual a densidade normativa das expressões constitucionais, além de sua contextualização no corpo do documento, não prescinde da vinculação operada pela teoria que sustenta a própria Constituição.

2.3 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

A legislação infraconstitucional de regência do controle de constitucionalidade pode ser resumida em poucos diplomas legais, a saber:

- Lei Federal nº 9.868/1999 – que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.
- Lei Federal nº 9.882/1999 – que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição.
- Lei federal nº 5.869/1973 (Código de Processo Civil) – arts. 480 e ss..
- Lei Federal nº 11.417/2006 – que regulamenta o art. 103-A da Constituição da República e altera a Lei nº 9.784/1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.
- Lei Federal nº 11.418/2006 – que acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição da República, dispondo sobre a *repercussão geral da questão constitucional* nos recursos extraordinários interpostos.
- Constituição do Estado de Minas Gerais – arts. 106, I, *b*, e 118.
- Resolução PGJ nº 77/2005 – cria a Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade e fixa suas atribuições no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.
- Resolução PGJ nº 63, de 3 de dezembro de 2009.

2.4 - JURISPRUDÊNCIA

Neste tópico, pensamos, importa precipuamente a jurisprudência produzida pela nossa Suprema Corte: o Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, escolhemos arestos que se refiram intimamente com o cotidiano ministerial.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 424993/DF. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 12 set 2007. DJ 19/10/2007. Nesse aresto, o Supremo Tribunal Federal ratifica seu posicionamento quanto à possibilidade de se requer a inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo primário em ação civil pública, desde que o pedido de inconstitucionalidade não se revista de pedido principal, transmudando a ACP em ADI.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23780/MA. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 28 set 2005. DJ 03/03/2006. Na decisão,

nossa Suprema Corte confirma posicionamento anterior (MS nº 23665), o qual afasta o nepotismo no âmbito da Administração Pública, de quaisquer dos Poderes, ao argumento de que tal conduta se revela como malferimento ao princípio da moralidade administrativa (CF/88, art. 37, *caput*).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 618240/RJ. 2ª. T. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 1 abr 2008. DJ 18/04/2008. No aresto, a Corte assentou, invocando precedentes, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública quanto a relações de consumo.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 302522/SP. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 11 mar 2008. DJ 11/04/2008. Na decisão, a Corte, por sua 2ª Turma, assentou a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública quanto à defesa do patrimônio público.

2.5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. 607p.

ALMEIDA, Renato Franco de. **Constituição e políticas econômicas na jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. 190p.

ALMEIDA, Renato Franco de. *O parquet* na defesa dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 790, p. 114-125, ago. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 427p.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 359p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997. 755p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.618/PR. Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. j. 12 ago 2004. DJ 31/03/2006. Disponível em www.stf.gov.br Acesso em: 24 de abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 424.993/DF. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 12 set 2007. DJ 19/10/2007. Disponível em www.stf.gov.br Acesso em: 24 de abr. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1391p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. 539 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593p.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 392p.

LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual**. São Paulo: Saraiva, 2007. 181p.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, n 760, p. 11-39, fev. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432p.

PALU, Osvaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 356p.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à constituição brasileira de 1891**. Edição. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005. 930p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 277p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 1024p.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que forma naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v.1.

2.6 - TÉCNICAS DE ATUAÇÃO

RECOMENDAÇÃO

A *recomendação* se traduz em meio hábil para prevenir o contencioso perante o Poder Judiciário, oportunizando que o Poder responsável pela violação do texto constitucional repare, *sponte sua*, a pecha de inconstitucionalidade. Vale referir, ademais, que a recomendação, concernente à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário, pode ser oferecida ao Poder violador da norma constitucional pelo próprio Promotor de Justiça da Comarca. Eis um modelo:

Procedimento Adm. nº: 093/2007-CCConst

Expediente nº: 803023

Representado: Poder Executivo de xxx

Objeto: Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Municipal nº 205/1995

Espécie: recomendação (que se expede)

Lei municipal que regula a contratação temporária por excepcional interesse público. Afastamentos e vacâncias de cargo público. Excepcionalidade. Inexistência. Concessão de direitos sociais aos contratados além do tempo trabalhado. Enriquecimento sem causa. Previsão de hipóteses dessa espécie de contratação fora de lei formal. Violação do princípio da reserva legal. Contratação de servidor público efetivo. Impossibilidade. Inconstitucionalidade dos dispositivos.

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

Dos prolegômenos

Foram requisitadas, *ex officio*, por esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade cópias da Lei Municipal, caso existente, e respectiva certidão de vigência, que regulamenta, no âmbito do Município, a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF/88).

Enviado ofício ao DD. Promotor de Justiça da respectiva Comarca, foram enviados pela ilustre Presidência da Câmara Municipal os documentos solicitados.

Em sendo esse o sucinto relato, entendido necessário, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Tribunal de Justiça, resolve expedir a presente RECOMENDAÇÃO ao Poder Executivo, objetivando com isso que se busque, primeiramente, uma solução perante o próprio Poder elaborador da norma impugnada, dentro do seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos abaixo.

Da fundamentação

a) Do texto legal a merecer reparos

Eis os dispositivos legais maculados pela inconstitucionalidade:

Art. 2º – [...]:

- [...]
- IV – contratação de professor e cantineira, em substituição ou vacância do cargo;
- V – execução de serviços que não exijam habilitação legal dos servidores, desde que inexistente o cargo no plano de carreira dos servidores municipais;
- VI – execução dos servidores (*sic*) para cujas atividades não existam servidores aprovados no concurso;
- VIII – atendimento a situações de urgência não referidas expressamente nesta lei.

Art. 6º – [...]

§ 1º – É vedado a servidor público celebrar contrato, na forma desta lei com a administração pública direta, indireta ou fundacional, salvo motivo fundamento (*sic*) aceito pelo prefeito municipal e ocorrente compatibilidade horária.

Art. 8º - Aplica-se ao pessoal contratado, na conformidade desta lei, as seguintes disposições referentes ao servidor público:

- [...]
- III – gratificação natalina;

VI – adicional de férias (1/3 do salário);
VII – férias;

Divisa-se que, no particular, a Lei Municipal, nos dispositivos apontados, padece do vício da *inconstitucionalidade material*, como demonstraremos na seqüência.

b) Lei Municipal que autoriza contratação temporária para hipótese em que não há excepcionalidade nem temporariedade. Inconstitucionalidade.

Como é possível inferir do dispositivo legal transcrito (art. 2º, IV, V, VI), a autorização conferida pelo Legislador local ao Chefe do Poder Executivo para contratar temporariamente agentes nas hipóteses ali referidas malfez, às escâncaras, a *temporariedade e excepcionalidade do interesse público*.

É sabido que as contratações temporárias (art. 22, *caput*, da CE/89) possuem três pressupostos intrínsecos²¹, a saber: *a determinabilidade temporal, a temporariedade e a excepcionalidade*.

A *determinabilidade temporal* traz o condicionamento da vigência do contrato temporário a prazo certo e determinado, em antagonismo às regras comuns, estatutária ou celetista, cuja relação jurídica funcional tem, por excelência, prazo indeterminado.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho conceitua a determinabilidade temporal:

O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis. O primeiro deles é a *determinabilidade temporal* da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho. Constitui, porém evidente simulação a celebração de contratos de locação de serviços como instrumento para recrutar servidores, ainda que seja do interesse de empresas públicas e sociedade de economia mista.²² (grifo nosso).

O pressuposto da *temporariedade* é substancialmente diferente; *guarda relação com a natureza temporária da necessidade que gerou a formação do vínculo*.

O que torna lícita a contratação temporária, de acordo com o segundo pressuposto, é a necessidade efêmera do vínculo especial, independentemente da natureza permanente da função pública examinada.

A fraude constitucional aparece se a função tem exigibilidade permanente e a implementação da contratação não se dá por excepcional necessidade temporária, concretamente motivada e devidamente amparada em lei.

É o que conclui Cármen Lúcia Antunes Rocha, em consonância com o posicionamento do Desembargador Araken de Assis, *verbis*:

A *necessidade* que impõe o comportamento há de ser *temporária*, segundo os termos constitucionalmente traçados. Pode-se dar que a necessidade do desempenho não seja temporária, que ela até tenha de ser permanente. Mas a necessidade, por ser contínua e até mesmo ser objeto de uma resposta administrativa contida ou expressa num cargo que se encontre, eventualmente, desprovido, é que torna aplicável a hipótese constitucionalmente manifestada pela expressão 'necessidade temporária'. Quer-se, então, dizer que a necessidade das funções é contínua, mas aquela que determina a forma especial de designação de alguém para desempenhá-las é temporária. Esse é o caso, por exemplo, de função de magistério ou de enfermeiro ou de médico a prestar o serviço em posto de saúde [...] Até o advento do concurso público [...] ²³

A contratação temporária de pessoal, prevista no art. 37, IX, da CF/88, portanto, há de se fundar em necessidade eventual. Tratando-se de *necessidade permanente*, como parecem ser as hipóteses elencadas na Lei Municipal hostilizada, especificamente nos incisos V e VI, há *invalidade do contrato*.²⁴

Ao discorrer sobre o segundo pressuposto constitucional da contratação temporária, José dos Santos Carvalho Filho afirma:

²¹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 30.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 500.

²³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 242.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Cível nº 70.000.438.069. Rel. Des. Araken de Assis. j. 09/02/2000.

Depois, temos o pressuposto da *temporiedade* da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade.²⁵

O pressuposto derradeiro é o da *excepcionalidade* da contratação temporária. Caracteriza-a a situação atípica regularmente prevista em lei, o que possibilita a formação do regime especial.

É a pacífica orientação doutrinária:

A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse comum que se tem de acobertar.²⁶

É o que ocorre, no particular, com a hipótese prevista no inciso IV do art. 2º da Lei vergastada.

Como não poderia deixar de ser, nossa Suprema Corte já firmou o entendimento sobre os requisitos da referida contratação, segundo o qual:

A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF/88, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF/88, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão, em lei, dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. Lei nº 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade²⁷.

E mais:

Servidor público: contratação temporária excepcional (CF/88, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes.²⁸

Inconstitucionalidade da previsão da nomeação de auditores e controladores sem aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, conforme determina o art. 37, II, da Constituição Federal²⁹.

Vale lembrar que:

Se a necessidade de contratar da Administração não é temporária, nem resulta de circunstâncias especiais, mas é permanente e resulta da necessidade rotineira do serviço, o que é evidenciado pelas sucessivas prorrogações de contratações que deveriam ser temporárias, é inafastável a exigência constitucional de concurso público. Desrespeitada a exigência, deve ser cominada a nulidade prevista no art. 37, § 2º, da Constituição.³⁰

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006. p. 500.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.229-6/ES. Pleno. DJU 25/06/04.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.987. Pleno. DJ 02/04/2004.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.280. Pleno. DJ 25/06/2004.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Cível n.º 1.000.263.180-4/00. 5ª C. Cível. Rel. Des. Maria Elza, j. 16/05/2002.

Constatada, assim, clara ofensa aos arts. 21, § 1º e § 4º, e 22, *caput*, da Constituição do Estado pelos apontados incisos do art. 2º da Lei Municipal nº 205/95. Isso se dá, a toda vista, pelo fato de a lei *sub examen* não cogitar da temporariedade e da excepcionalidade nas hipóteses transcritas. Ao revés, tais hipóteses administrativas em nada se compatibilizam com os aspectos da temporariedade e da excepcionalidade, haja vista que ocorrerão sempre nos meandros da administração pública.

Incontornável, pois, o vício de inconstitucionalidade contido no inciso apontado.

c) Dispositivo de Lei Municipal que autoriza hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público sem que seja prevista em lei formal. Malferimento ao princípio da reserva legal. Inconstitucionalidade.

Como é possível inferir do dispositivo legal contido no art. 2º, VIII da Lei, a autorização conferida pelo legislador local para que outras situações urgentes possam ensejar a contratação temporária mesmo que não prevista em lei malferem, às escâncaras, o princípio da legalidade, na sua vertente de reserva legal.

Isso porquanto, como é sabido, o princípio da legalidade possui duas perspectivas de concretização, em relação às quais o administrador público e o legislador devem obediência irrestrita. É lícito afirmar assim que, enquanto o administrador deve obediência ao princípio da legalidade, na medida em que somente pode agir ou deixar de agir consoante o que expressamente fixado em lei, o destinatário principal do princípio da reserva legal é o legislador, que deve regular aquilo para o qual a Constituição exige lei formal para sua densificação, excluídas quaisquer outras espécies normativas. Nesse aspecto, impõe-se reconhecer que quaisquer hipóteses que autorizem contratação temporária sem previsão legal, levadas a efeito pelo Poder Legislativo, conflitam com o disposto no art. 37, IX, da Constituição da República, de cujo teor se extrai a seguinte determinação:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (grifo nosso).

Divisa-se, daí, que o inciso constitucional transcrito encerra desenganadamente exemplo perfeito do princípio da reserva legal, o qual não admite exceções que abarquem outras espécies normativas na concretização das cláusulas constitucionais limitadas, como ocorre em relação ao dispositivo legal mencionado, o qual conferiu competência indelegável ao Chefe do Poder Executivo.

Com efeito, à luz da doutrina alienígena, totalmente aplicável ao direito constitucional brasileiro, o princípio da reserva de lei:

[...] pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei (reservados à lei). Esta 'reserva de matéria' significa, logicamente, que elas não devem ser reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diferentes da lei (exemplo: regulamentos). Ainda por outras palavras: existe reserva de lei quando a constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas³¹.

Perquirindo a razão de ser do princípio, chegaremos facilmente aos motivos que levaram o legislador constituinte originário a tal exigência, *verbis*:

No momento actual de progressiva ampliação da competência legislativa do executivo, o problema da *reserva da lei* ganha sentido se quisermos acentuar não tanto a *divisão dos poderes* (hoje substancialmente atenuada face à institucionalização da prática dos decretos-leis) ou a função dos parlamentos como simples órgãos de *controlo político* da legislação governamental, ou ainda a redução das leis parlamentares à *fixação racionalizadora e estabilizadora* de uma ordem estadual (reserva de lei informada pela ideia de Estado de direito), mas sim a *legitimidade democrática* das assembleias representativas, expressa na consagração constitucional da *preferência e reserva de lei formal* para a regulamentação de certas matérias³². (grifo do autor).

Destarte, chega-se à conclusão segundo a qual a exigência de lei formal para a previsão das hipóteses acolhedoras da contratação temporária se traduz em uma garantia democrática para a concretização de uma exceção, qual seja, a investidura em cargos ou funções públicos sem a realização de concurso público.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1504p. p. 718.

³² Ob. cit. p. 719.

Por encerrar, portanto, uma exceção à regra do certame público (art. 37, II, CF/88), as hipóteses de contratação temporária deverão ser expressas em lei formal, com exclusão, frisamos, de quaisquer outras espécies normativas.

Nesse mesmo diapasão, nossa Suprema Corte fixou o entendimento no sentido de que:

A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) *previsão, em lei, dos cargos*; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. Lei nº 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade³³. (grifo nosso).

Sob essa perspectiva, também o inciso VIII do art. 2º é inconstitucional.

d) Servidor efetivo. Celebração de contrato temporário com a administração pública. Impossibilidade. A contratação temporária, como prevista em sede constitucional, visa socorrer a Administração de mão-de-obra em casos nos quais não haja servidores efetivos em número suficiente para colmatar o fato imprevisível.

Por outro lado, infere-se que o § 1º do art. 6º da Lei sob exame confere a autorização legal para contratação temporária de servidores efetivos, componentes do quadro de servidores permanente da administração municipal, quando houver motivo fundamentado e aceitação pelo alcaide, bem como compatibilidade de horário.

É sabido que a exceção aberta à regra do concurso público pela cláusula constitucional de regência (CF/88, art. 37, IX) tem por escopo prover a administração pública de mão-de-obra para extirpar fato imprevisível, temporário, e que releve sob o aspecto do interesse público, quando o quadro de servidores permanentes (efetivos) não seja suficiente para tal desiderato.

Destarte, a autorização de contratação temporária, prevista no dispositivo legal em exame, conquanto cercada de requisitos a serem cumpridos para sua efetivação, desvirtua-se do objetivo constitucional de afastar, excepcionalmente, o concurso público.

Isso porquanto, caso o servidor efetivo possa ser contratado temporariamente, tal fato por si só já é indicador de que a Administração possui número suficiente de servidores do quadro permanente para fazer frente à ocorrência imprevista e excepcional, não havendo, nessa hipótese, necessidade de contratação temporária, a inchar os quadros do poder público, o que enseja gastos de dinheiro público, sem quaisquer carências.

Infere-se, portanto, ser impossível a contratação temporária de servidores do quadro permanente (efetivo) da administração pública, por inverter a lógica finalística da cláusula constitucional de regência, e, via de consequência, revelar-se inconstitucional.

e) Dispositivo de Lei Municipal que olvidou o princípio da razoabilidade. Desproporção entre o serviço prestado à administração pública e os benefícios a que o contratado tem direito. Enriquecimento sem causa. Inconstitucionalidade.

Consoante se infere dos incisos III, VI e VII do art. 8º da Lei Municipal hostilizada, os agentes contratados nos termos da referida Lei terão direito aos seguintes benefícios: décimo terceiro salário (gratificação natalina), adicional de férias e férias.

Com efeito, a leitura dos incisos apontados nos leva a crer que tais determinações legais não prevêm a proporcionalidade e razoabilidade em tais pagamentos, mesmo que o eventual contratado preste serviços à administração pública tão-só pelo período de seis meses.

Tal redação, dessarte, poderá ensejar o pagamento integral de tais benefícios a pessoas que tenham trabalhado somente meio ano, isto é, seis meses, fato que se traduz, desenganadamente, em enriquecimento sem causa para o contratado, em detrimento do erário público municipal.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.229-6/ES. Pleno. DJU 25/06/04.

Isso, por si só, dá ensejo à adequação da redação dos incisos referidos.

f) Legitimidade do Ministério Público e recomendação como instrumento útil para provocar o autocontrole da constitucionalidade pelo Poder elaborador da norma.

O Ministério Público, por força da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, assumiu função nuclear no contexto da tutela dos interesses magno da sociedade brasileira.

Passou a ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição da República/88).

O Estado Democrático de Direito, estatuído no art. 1º da Constituição da República/88, é o Estado da Justiça Material, e o seu compromisso primordial é a transformação, com justiça, da realidade social. Tal transformação, que deve ter em vista a igualdade material, não é possível sem que haja efetiva proteção preventiva, especialmente no plano do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos em geral.

Pelo controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, garantem-se a supremacia e a rigidez constitucionais, impedindo-se que leis e atos normativos infraconstitucionais possam colocar em risco os valores primaciais da sociedade brasileira, consagrados constitucionalmente.

No plano da proteção em abstrato da constitucionalidade, a Constituição da República prevê expressamente um sistema de controle concentrado, a ser exercido pelo STF (art. 102, I, “a”, § 1º, § 2º, e 103), na sua condição de corte constitucional nacional, ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, os quais funcionam como cortes constitucionais regionais (art. 125, § 2º).

Esse mecanismo processual de proteção em abstrato contra a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, exercido pelas cortes constitucionais, não impede que se recorra a outros mecanismos de controle, que podem ser operados pelos próprios *Poderes Legiferantes*, por intermédio do autocontrole da constitucionalidade, ou pelo Chefe do Poder Executivo, neste caso por intermédio do exercício do *poder de veto*. Nem exclui o mecanismo do controle difuso ou incidental da constitucionalidade, que possui, inclusive, natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição da República/88).

Assim, em sendo possível e até mesmo o mais recomendável o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante — seja revogando, seja alterando, para adequação ao sistema constitucional, a lei ou o ato normativo apontado como inconstitucional —, nada mais razoável do que provocar, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, só se lançando mão do controle abstrato e concreto de constitucionalidade em caso de recusa do autocontrole pelo poder competente.

E, de fato, o Ministério Público é um dos principais legitimados ativos para provocar o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos perante as cortes constitucionais pátrias, consoante se extrai dos arts. 103, VI, e 129, IV, ambos da Constituição da República/88; do art. 6º, I, II e III, da Lei Complementar Federal nº 75/93; do art. 25, I, da Lei Federal nº 8.625/93; do art. 66, I e II, da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, e, ainda, do art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Assim, quando desrespeitados direitos constitucionais, especialmente os de dimensão social, não há dúvida de que é dever do Ministério Público promover as medidas necessárias à garantia desses direitos (art. 129, III e IX, da CF/88).

Contudo, essa atribuição do Ministério Público não o impede de utilizar outros mecanismos para assegurar o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente.

Um dos fortes mecanismos de atuação do Ministério Público, que decorre da Constituição e está previsto expressamente no plano infraconstitucional, é a *recomendação*, que poderá ser dirigida ao poder público em geral, tendo-se em vista o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente.

Nesse sentido estabelece o art. 6º, XX, da Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993:

Art. 6º – Compete ao Ministério Público da União:

[...]

XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

O dispositivo transcrito tem plena aplicabilidade ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei Federal nº 8.625 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), de 12/02/1993, a qual, em seu art. 27, I, parágrafo único, IV, também prevê a *recomendação* como instrumento útil que o Ministério Público poderá dirigir aos poderes públicos, estaduais ou municipais, nos termos abaixo:

Art. 27 – Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

I – pelos poderes estaduais e municipais;

[...]

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

A respeito da recomendação, afirma Hugo Nigro Mazzilli:

Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão³⁴.

Como se vê, não há limites constitucionais e infraconstitucionais ao exercício do poder de recomendação para a tutela dos direitos assegurados constitucionalmente, a fim de provocar o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder responsável pela iniciativa da elaboração da norma inconstitucional.

A recomendação, apesar de não ter o condão de vincular a atuação do poder público, pode servir para suscitar a reflexão do administrador, do legislador, enfim, dos agentes públicos a quem ela se dirige, e, com isso, contribuir para a proteção em abstrato e em concreto de direitos constitucionais, especialmente os de dimensão coletiva.

Em verdade, a utilização da via da recomendação, que de nenhum modo descarta a via constitucional do controle abstrato ou concentrado, é um reforço útil e eficaz ao mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade e sua utilização contribui inclusive para a diminuição da sobrecarga das cortes constitucionais pátrias.

g) Conclusão

Ante o exposto, considerando a inconstitucionalidade dos apontados dispositivos da Lei Municipal em referência;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo que para tanto é seu dever constitucional o combate às leis e atos normativos inconstitucionais;

Considerando, também, a possibilidade do autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legislativo, na sua condição de canal legítimo para a adequação do sistema infraconstitucional aos ditames constitucionais;

Considerando, por fim, que a *recomendação* é um dos mais úteis instrumentos de atuação do Ministério Público, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade expede a presente *recomendação* a Vossa Excelência, nos termos e condições abaixo fixados:

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 337.

1) Excelentíssimo Prefeito Municipal, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, valendo-se das suas atribuições constitucionais e infraconstitucionais, e a fim de que sejam excluídos os vícios assinados e salvaguardado o requisito da legalidade das contratações temporárias e a obediência à regra constitucional insculpida no art. 21, § 4º, da Constituição Mineira, inspirada no art. 37, § 2º, da Carta Política de 1988, *recomenda* a Vossa Excelência:

- a) em relação aos incisos IV, V, VI e VIII do art. 2º: a sua revogação.
- b) em relação ao § 1º do art. 6º: a revogação de sua parte final, qual seja, *salvo motivo fundamento* (sic) *aceito pelo prefeito municipal e ocorrente compatibilidade horária*.
- c) em relação aos incisos III, VI e VII do art. 8º: a inserção, no final de cada dispositivo, da expressão – *proporcional ao tempo de serviço prestado*.

2) Fixa-se, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o prazo de trinta dias, a contar da data de sua notificação pessoal, para que Vossa Excelência cumpra a presente recomendação, a ela anuindo.

3) Na ocasião, também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita-se ainda a Vossa Excelência:

- a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;
- b) informações por escrito, no prazo de dez dias, contados a partir do vencimento do prazo de trinta dias acima fixado, sobre o cumprimento ou não da presente recomendação.

Anexas, a cópia da portaria de instauração do presente procedimento administrativo e a da certidão de vigência da lei impugnada.

Cumpra-se.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2007.

ELAINE MARTINS PARISE
Procuradora de Justiça
Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade

RENATO FRANCO DE ALMEIDA
Promotor de Justiça
Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade

REPRESENTAÇÃO

IC97/05 Investigação de nepotismo no município

As representações apresentadas à Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, com o escopo de ser analisada a compatibilidade de dispositivos legais com a Constituição do Estado, devem, peremptoriamente, ser minimamente fundamentadas, declinando-se as cláusulas constitucionais porventura violadas em homenagem ao princípio da especificação das normas e ao disposto na Resolução PGJ n.º 77/2005, com redação dada pela Resolução PGJ n.º 63, de dezembro de 2009, segundo os quais se faz necessária a catalogação dos ditames, preceitos e princípios constitucionais presumivelmente conspurcados pela atividade legiferante ordinária. Eis um modelo:

OFÍCIO n.º 147/2007

Assunto: requerimento (faz)

Betim, 6 de março de 2007.

Excelentíssima Senhora,

A 8ª Promotoria de Betim instaurou, em novembro de 2005, o inquérito civil n.º 097/05, com o objetivo de investigar a prática do nepotismo no poder público municipal.

Detectou-se, no curso da instrução inquisitorial, a existência de inconstitucionalidade em um artigo da Lei Orgânica Municipal, o que motiva a materialização do presente requerimento, conforme será demonstrado, a teor da inclusa documentação.

Até outubro de 2005, o art. 39 da Lei Orgânica do Município de Betim dispunha o seguinte:

Art. 39. O Prefeito, o Vice-Prefeito, o Vereador, o Secretário Municipal, a pessoa ligada a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o segundo grau, ou por adoção, e o servidor e empregado público municipal não podem contratar com o Município, subsistindo a proibição até três meses após findas as respectivas funções.

Através da Emenda n.º 023/2005, inconstitucional alteração ocorreu, afrontosa ao princípio da impessoalidade administrativa:

Art. 39. O Prefeito, o Vice-Prefeito, o Vereador, o Secretário Municipal e o Secretário Adjunto não podem contratar com o Município, subsistindo a proibição até três meses após findas as respectivas funções.

Não obstante já dispor o Ministério Público de elementos indiciários de atos de improbidade administrativa concretamente verificados (art. 13, § 1º, da Constituição do Estado), requerimento à Procuradoria-Geral de Justiça também se faz necessário, no âmbito da especial atribuição de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, ao fixar as balizas principiológicas da Administração Pública, vinculando todos os Poderes do Estado, dispôs o seguinte:

*Art. 13. A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios da legalidade, *impessoalidade*, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade. (grifo nosso).*

Não é necessário maior esforço interpretativo pra diagnosticar que a Emenda n.º 23/2005, que instituiu a nova redação do art. 39 da Lei Orgânica Municipal, padece de grave inconstitucionalidade.

Grave inconstitucionalidade porque, ao permitir que parentes, consanguíneos e afins, das autoridades públicas municipais celebrem contratos com o Município, caminha em sentido diametralmente oposto ao princípio da impessoalidade administrativa e a todas as reformas políticas e constitucionais atualmente em discussão, tendentes a eliminar a prática do nepotismo.

O princípio da impessoalidade visa à neutralidade e à objetividade das atividades administrativas no regime político, que tem como objetivo principal o interesse público.

Esse princípio traz consigo a ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador que esteja no exercício da atividade administrativa. *A pessoa política é o Estado, e as pessoas que compõem a administração pública exercem suas atividades voltadas ao interesse público e não pessoal.*

A grande dificuldade da garantia da impessoalidade estatal reside na circunstância de que as suas atividades são desempenhadas pelas pessoas, cujos interesses e ambições afloram mais facilmente ali, em razão da proximidade do Poder e, portanto, da possibilidade de realizá-las, valendo-se para tanto da coisa que é de todos e não apenas delas. (Carmem Lúcia Antunes Rocha)³⁵

Desse modo, requer-se a Vossa Excelência a promoção das medidas cabíveis para o reconhecimento da inconstitucionalidade da atual redação do *art. 39* da Lei Orgânica Municipal de Betim.

Promotor de Justiça X

³⁵ *Apud* AMARAL, Jasson Hibner. Breves notas sobre o princípio da impessoalidade administrativa, extraído do sítio <[hnp://jus2. uol. com. br/dou!rina/texto. asp?id=8387](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8387)>

3 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA ADMINISTRATIVA³⁶

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo
Evandro Manoel Senra Delgado

3.1 - INTRODUÇÃO

Esta seção trata da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa (PDGAA) com o objetivo de apresentar as atribuições das unidades que a compõem, seus produtos e serviços. Contém orientações e instruções que visam a ser fonte de consulta sobre as normas, procedimentos e responsabilidades no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa. Note-se que esta seção não pretende esgotar o assunto tratado, de modo que o leitor que nele quiser aprofundar-se deverá consultar a legislação pertinente e, quando necessário for, entrar em contato com as unidades apresentadas.

A seção divide-se em duas partes: a primeira apresenta a estrutura organizacional da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa e a segunda descreve alguns produtos e serviços oferecidos por ela.

A parte referente à estrutura organizacional trata das unidades subordinadas à PGJAA e de suas respectivas legislações, siglas, cargos de chefia, subordinações técnica e administrativa, finalidades, atribuições, endereços, telefones, fax e correios eletrônicos.

No que se refere aos produtos e serviços oferecidos pelas unidades que integram a Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa, serão apresentados os seguintes:

Material e Patrimônio - subdivide-se em requisição de material de consumo, requisição de material permanente, inventário patrimonial, conserto de material permanente e material permanente em desuso.

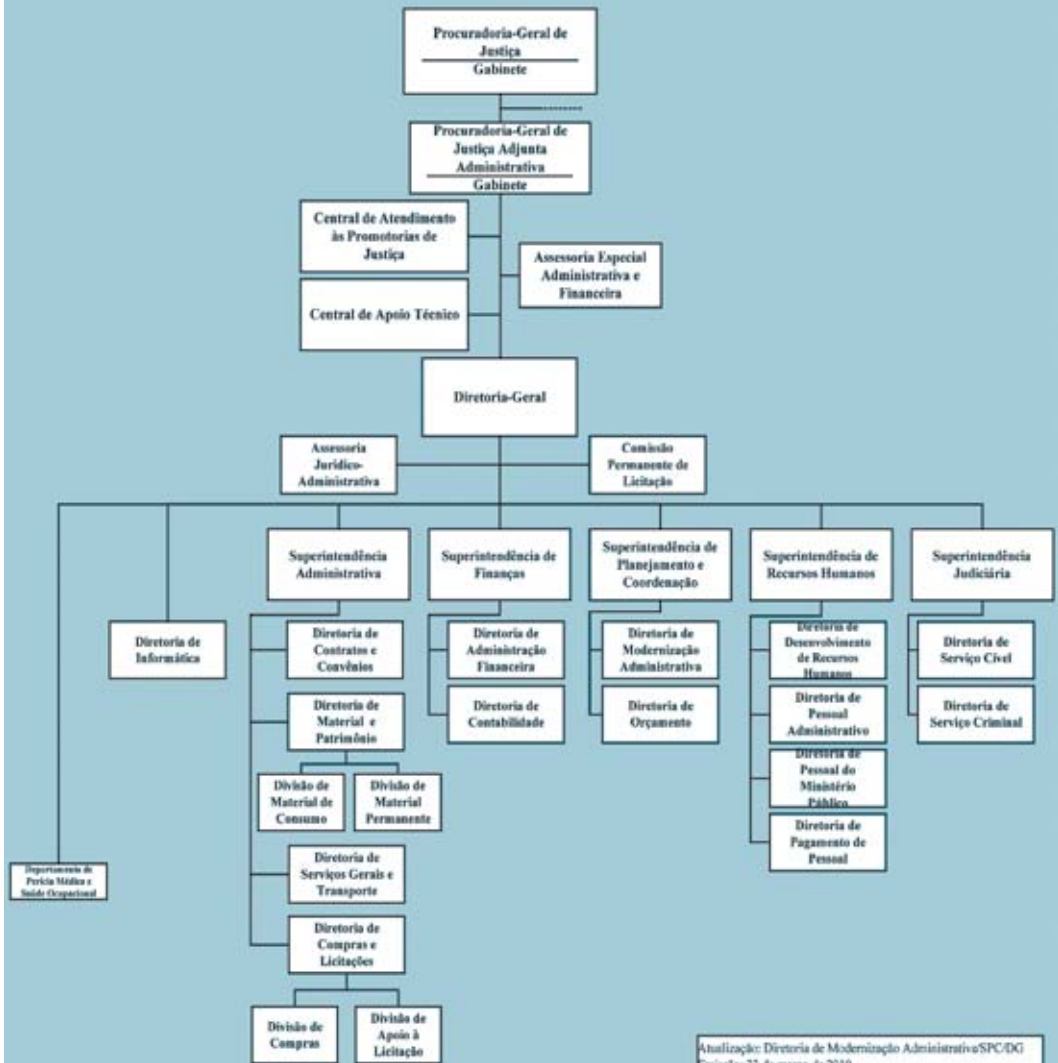
Finanças - contempla os adiantamentos diversos, as diárias de viagem e despesas de viagem.

Serviços Gerais e Transportes - engloba os serviços de conservação, limpeza e apoio administrativo, cópias reprográficas, serviço postal telegráfico, veículos, serviço de telefonia, solicitação de serviços de manutenção e manutenção preventiva.

Informática - esclarece sobre a assistência técnica nos equipamentos, acesso à Internet e outros assuntos correlatos.

³⁶ Os autores desta área na 1ª edição da presente obra foram: o então Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo Paulo Roberto Moreira Cançado, Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira, Assessora Especial Financeira Simone Lima Santos, Assessora Especial Administrativa Ana Cristina Braga Albuquerque, Diretor-Geral Fernando Antônio Faria Abreu.

ESTRUTURA ORGÂNICA 2010 DESTAQUE: PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA ADMINISTRATIVA



3.2 - UNIDADES

A Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa é composta da Central de Apoio Técnico, Central de Atendimento às Promotorias de Justiça, Assessoria Especial Administrativa e Financeira e Diretoria-Geral, que por sua vez se subdivide em Assessoria Jurídico-Administrativa, Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, cinco Superintendências, quinze Diretorias e 4 quatro Divisões.

3.2.1 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA ADMINISTRATIVA

Legislação pertinente:

Lei Complementar nº 66, de 22 de janeiro de 2003 – Cria o Fundo de Proteção e Defesa do Consumidor – FEPDC –, o Conselho Gestor do Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor e dá outras providências. Art. 89, § 2º - Dispõe sobre as competências do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo.

Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005 – Define atribuições aos Procuradores-Gerais de Justiça Adjuntos Jurídico, Administrativo e Institucional, ao Chefe de Gabinete e Secretário-Geral.

Resolução PGJ nº 02, de 19 de janeiro de 2006 – Altera dispositivos da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005.

Resolução PGJ nº 14, de 09 de março de 2006 – Altera dispositivos da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005.

Sigla: PGJAA

Subordinação: Procuradoria-Geral de Justiça

Unidades diretamente subordinadas:

- Assessoria Especial Administrativa e Financeira;
- Central de Apoio Técnico;
- Central de Atendimento às Promotorias de Justiça;
- Diretoria-Geral.

Finalidade:

Executar a política administrativa do Ministério Público, bem como planejar, organizar, dirigir, coordenar, acompanhar e orientar as atividades administrativas, de planejamento e coordenação, de recursos humanos, de informática e financeiras da Instituição.

Atribuições:

Substituir o Procurador-Geral de Justiça na falta do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico;

Assistir o Procurador-Geral de Justiça no desempenho de suas funções administrativas e legislativas;

Executar a política administrativa da instituição;

Elaborar anteprojeto de lei sobre matéria de interesse do Ministério Público e acompanhar sua tramitação;

Coordenar a elaboração da proposta orçamentária do Ministério Público e encaminhá-la ao Procurador-Geral;

Supervisionar as atividades administrativas que envolvam membros do Ministério Público;

Praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público;

Deferir o compromisso de posse e exercício dos servidores do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público;

Interromper, por conveniência de serviço, férias ou licença, salvo por motivo de saúde, dos servidores do quadro dos serviços auxiliares do Ministério Público;

Conceder férias, férias-prêmio, licenças, afastamentos, adicionais e outras vantagens previstas em lei aos servidores do Ministério Público;

Emitir certidões, apostilas, atestados e declarações;

Autorizar e decidir a prestação de serviço em regime extraordinário de trabalho, a movimentação de servidores, a averbação e contagem do tempo de serviço, bem como o pagamento de ajuda de custo e de diárias;

Autorizar a baixa de móveis permanentes nos casos de furto, roubo, extravio, alienação, doação, transferência a outros órgãos estaduais, incorporação indevida e sucateamento, sem prejuízo, nos casos de furto, roubo ou extravio, das medidas administrativas para apuração de responsabilidades e ressarcimento ao erário, nos termos legais e regulamentares;

Autorizar a abertura de processos licitatórios, supervisionar os trabalhos realizados pela Comissão Permanente de Licitação, decidir sobre a homologação dos processos e firmar contratos decorrentes de licitação ou de sua dispensa, observando o que preconiza a legislação vigente;

Julgar recursos provenientes de decisões da Comissão Permanente de Licitação, ressalvados os casos de competência do Diretor-Geral;

Praticar outros atos de natureza administrativa na ausência eventual ou temporária do Procurador-Geral de Justiça, desde que não afetos à esfera de competência dos Procuradores-Gerais de Justiça Adjunto Jurídico e Institucional;

Supervisionar, controlar e dirigir as atividades de planejamento e coordenação e as atividades administrativas e financeiras da Procuradoria-Geral de Justiça;

Coordenar as atividades de assistência e assessoramento e de execução de serviços e tarefas de natureza técnico-administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça;

Autorizar a instauração de sindicância e processo administrativo disciplinar visando à apuração de faltas funcionais de servidores, submetendo a conclusão à deliberação do Procurador-Geral de Justiça;

Oferecer subsídios ao Procurador-Geral de Justiça em situações que demandarem a requisição de dotações orçamentárias destinadas ao custeio das atividades do Ministério Público;

Coordenar, com o apoio do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional, a elaboração das propostas institucionais para fins de integração aos Planos Plurianuais e às Leis de Diretrizes Orçamentárias, bem como das propostas orçamentárias anuais da Procuradoria-Geral de Justiça e dos programas de execução orçamentária e financeira;

Informar ao Procurador-Geral de Justiça, encaminhando subsídios, a necessidade de alteração, na dotação orçamentária do Ministério Público, dos recursos dos elementos semelhantes, de um para outro, dentro das consignações respectivas, de acordo com as necessidades do serviço e as normas legais vigentes;

Solicitar ao Procurador-Geral de Justiça a requisição de policiamento para guarda dos prédios e das salas do Ministério Público ou para a segurança de seus membros e servidores;

Delegar atribuições ao Diretor-Geral para autorizar despesas e/ou assinar notas, reforços e liquidações de empenho que integrem os processos de execução da despesa, bem como exercer outras atribuições que lhe forem conferidas;

Delegar e definir atribuições a outros servidores que lhe sejam subordinados;

Planejar, organizar, dirigir, coordenar e acompanhar as atividades de recursos humanos, informática, material e patrimônio, incluídas as que englobem caráter licitatório, bem assim aquelas relativas a finanças, controladoria, documentação, arquivo

e demais atividades de serviços auxiliares, nestas compreendidas as de manutenção, zeladoria e transportes;

Coordenar a elaboração da Proposta Anual de Orçamento e da Proposta Plurianual de Investimentos do Ministério Público, para apreciação da Procuradoria-Geral de Justiça;

Coordenar, orientar e acompanhar a elaboração e execução de programas pertinentes à formação, capacitação, desenvolvimento e reciclagem dos servidores do Ministério Público Estadual;

Promover a realização de pesquisas e estudos, visando à utilização de novas técnicas e instrumentos de ação administrativa, destinados ao desenvolvimento e aprimoramento das atividades internas;

Coordenar a elaboração de normas e instruções destinadas à racionalização de métodos e procedimentos, articulando-se com os demais órgãos internos, bem assim orientar e supervisionar sua implementação, avaliando os resultados respectivos;

Emitir pareceres, em processos e outros documentos, sobre matérias que englobem assuntos afetos à sua área de atuação;

Coordenar e supervisionar as tarefas destinadas ao suprimento das demandas materiais dos órgãos de execução;

Articular-se com os demais integrantes da estrutura orgânica, visando a elaboração de relatórios parciais e anuais de atividades desenvolvidas pela Instituição;

Autorizar despesas e assinar, nesse último caso conjuntamente com o responsável pelo setor financeiro da Procuradoria-Geral de Justiça, documentos de natureza financeira, inclusive cheques de pagamentos;

Promover e manter atualizado o registro e o controle dos bens patrimoniais do Ministério Público;

Planejar, organizar, supervisionar, coordenar e acompanhar as atividades relacionadas à informatização do Ministério Público;

Orientar e instruir o pessoal sob sua subordinação, para o cumprimento da legislação e demais normas vigentes;

Coordenar os projetos estruturadores de reorganização administrativa e funcional, indicadores de performance das Promotorias de Justiça, sedes próprias e reestruturação da informática/inclusão digital;

Desempenhar outras atividades que lhe forem atribuídas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Cargo de chefia: Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

3.2.1.1 - CENTRAL DE APOIO TÉCNICO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 21, de 09 de maio de 2007 – Institui a Central de Apoio Técnico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – (CEAT), na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa.

Sigla: CEAT

Subordinação: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Finalidade: Dar suporte às funções de execução de natureza civil e criminal, especialmente na área de apoio técnico de pesquisas, estudos, pareceres e laudos periciais, mediante corpo técnico próprio ou na implementação de convênios, nas diversas áreas de atuação.

Atribuições:

Dar suporte técnico-científico aos Centros de Apoio Operacional e às funções de execução, de natureza civil ou criminal, quanto a perícias, laudos, estudos e pareceres, nas diversas áreas do conhecimento;

Propor e acompanhar realização e execução de convênios com entidades de pesquisa e universidades, no que se refere a obtenção de laudos periciais, estudos e pareceres nas diversas áreas, destinadas a instruir procedimentos e inquéritos civis a cargo do Ministério Público;

Receber, coordenar e efetuar o atendimento das demandas de apoio técnico científico multidisciplinar apresentadas pelos Centros de Apoio e pelos membros do Ministério Público da Capital e do interior, por meio de corpo técnico próprio ou de entidades conveniadas;

Prestar auxílio aos órgãos de execução do Ministério Público na instrução de procedimentos administrativos, de inquéritos civis e de inquéritos policiais, podendo requisitar perícias, estudos, pareceres, informações e documentos de órgãos públicos, particulares, entidades de pesquisa e universidades;

Manter intercâmbio e solicitar informações, diretamente, de quaisquer pessoas, órgãos e entidades, visando ao cumprimento de suas atribuições;

Promover permanente interlocução com os Centros de Apoio Operacional na consecução dos objetivos da CEAT e especialmente no tocante a troca

de informações, orientações técnica e jurídica do corpo técnico quanto à atuação funcional e exigências de ordem prática;
Exercer outras funções ou serviços, compatíveis com a sua finalidade.

Cargo de chefia: Coordenador da Central de Apoio Técnico

3.2.1.2 - CENTRAL DE ATENDIMENTO ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 5, de 1º de fevereiro de 2005 – Institui na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa a Central de Atendimento às Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – (CAP).

Sigla: CAP

Subordinação: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Finalidade: Auxiliar a Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa no que diz respeito à execução de suas funções administrativas, assim como centralizar e racionalizar o atendimento das demandas materiais das Promotorias de Justiça da Capital e do interior.

Atribuições:

Assistir à Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa no desempenho de suas funções administrativas;

Organizar, racionalizar e agilizar o atendimento das demandas materiais apresentadas pelos Promotores de Justiça da Capital e do interior;

Assistir à Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa na organização e implantação do projeto “A Procuradoria vai às Promotorias”;

Exercer outras atribuições que lhe forem conferidas.

Cargo de chefia: Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça

3.2.1.3 - ASSESSORIA ESPECIAL ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 10, de 02 de março de 2006 – Cria a Assessoria Especial Administrativa e Financeira, subordinada ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo.

Instrução Normativa PGJ Adj. Adm. nº 01, de 06 de abril de 2006 - Disciplina as atribuições conferidas à

Assessoria Especial Administrativa e Financeira, nos termos da Resolução PGJ nº 10, de 02 de março de 2006.

Sigla: AEAF

Subordinação: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Finalidade: Examinar e apresentar medidas relacionadas às áreas administrativa, financeira e orçamentária do Ministério Público e acompanhar, dessas áreas, aquelas atividades consideradas relevantes para a Instituição.

Atribuições:

Analisar e propor medidas que envolvam situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e do Quadro de Serviços Auxiliares do Ministério Público;

Analisar e propor medidas nas áreas administrativa, orçamentária e financeira do Ministério Público;

Auxiliar, e, quando requisitada, representar o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo em reuniões pertinentes a assuntos orçamentários e financeiros junto a outros órgãos do Estado;

Acompanhar as atividades administrativas, financeiras ou orçamentárias consideradas, pelo Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo ou pela Administração Superior, como relevantes para a Instituição;

Acompanhar e propor medidas que visem a resguardar interesses dos membros do Ministério Público, ativos e inativos, inclusive pensionistas, no âmbito previdenciário, representando, quando requisitada, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo perante o IPSEMG.

Cargos de chefia:

Assessor Especial Administrativo
Assessor Especial Financeiro

3.2.1.4 - DIRETORIA-GERAL

Legislação pertinente:

Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994 – Dispõe sobre a organização do Ministério Público e dá outras providências. Art. 87 – Dispõe sobre o provimento do cargo de Diretor-Geral.

Resolução PGJ nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas.

Resolução PGJ nº 40, de 3 de maio de 2004 – Delega à Diretoria-Geral a atribuição de autorizar a instauração de processos administrativos nos casos especificados nesta Resolução.

Instrução Normativa PGJ Adj Adm nº 2, de 18 de agosto de 2005 – Disciplina a delegação das atribuições previstas no §2º do art.1º da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005.

Sigla: DG

Subordinação:

Técnica: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Administrativa: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Unidades diretamente subordinadas:

- Assessoria Jurídico-Administrativa;
- Departamento de Perícias Médicas e Saúde Ocupacional;
- Diretoria de Informática;
- Superintendência Administrativa;
- Superintendência de Finanças;
- Superintendência de Planejamento e Coordenação;
- Superintendência de Recursos Humanos;
- Superintendência Judiciária.

Finalidade: Garantir a organização, a manutenção, o suprimento e o desenvolvimento dos recursos de apoio operacional e administrativo imprescindíveis ao bom andamento das ações finalísticas da Procuradoria-Geral de Justiça.

Atribuições:

Praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público;

Deferir o compromisso de posse e exercício dos servidores do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público;

Interromper, por conveniência de serviço, férias ou licença, salvo por motivo de saúde, dos servidores do quadro dos serviços auxiliares do Ministério Público;

Conceder férias, férias-prêmio, licenças, afastamentos, adicionais e outras vantagens previstas em lei aos servidores do Ministério Público;

Autorizar e decidir a prestação de serviço em regime extraordinário de trabalho, a movimentação de servidores, a averbação e contagem do tempo de serviço, bem como o pagamento de ajuda de custo e de diárias;

Decidir sobre a homologação dos processos licitatórios e firmar contratos decorrentes de licitação ou de sua dispensa, observando o que preconiza a legislação vigente, na ausência do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo;

Supervisionar, controlar e dirigir, cumulativamente com o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, as atividades de planejamento e coordenação e as atividades administrativas e financeiras da Procuradoria-Geral de Justiça;

Assinar, em nome do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, notas, reforços de empenho e liquidações que integrem os processos de execução da despesa, bem como aprovação de prestação de contas;

Autorizar despesas até o limite de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), conforme previsto no art. 23, inciso II, letra "a", da Lei nº 8.666/93;

Autorizar a instauração de processos administrativos, visando à apuração de condutas do administrador que importem em recusa à assinatura de contratos decorrentes de processos licitatórios, dispensas e inexigibilidades, bem como em descumprimento parcial ou total das obrigações assumidas nos contratos firmados, bem como de julgá-los, observadas as normas vigentes.

Cargo de chefia: Diretor-Geral

A - ASSESSORIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 6, de 31 de janeiro de 2000 – Dispõe sobre a criação da Assessoria Jurídico-Administrativa junto à Diretoria-Geral e regulamenta suas atividades.

Sigla: AJAD

Subordinação:

Técnica: Diretoria-Geral

Administrativa: Diretoria-Geral

Finalidade: Prestar assistência jurídica à Diretoria-Geral e às Superintendências diretamente subordinadas, no que diz respeito a assuntos de natureza administrativa.

Atribuições:

Prestar assessoramento jurídico em questões de natureza administrativa à Diretoria-Geral, sempre que solicitado, e, a seu comando, às Superintendências Administrativa, Judiciária, de Planejamento e Coordenação e de Finanças;

Orientar e emitir parecer sobre aplicação da legislação de pessoal referente a direitos, vantagens, concessões, deveres e responsabilidades dos servidores do Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público, sempre que solicitado pela Diretoria-Geral;

Apresentar sugestões visando a racionalização e a melhoria das atividades administrativas da Procuradoria-Geral de Justiça;

Participar de estudos objetivando a estruturação, regulamentação e implementação de Plano de Carreira dos servidores do Ministério Público;

Realizar outros trabalhos, de natureza jurídica, que venham a ser determinados pelo titular da Diretoria-Geral;

Prestar assessoramento jurídico-administrativo ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, quando solicitado.

Cargo de chefia: Assessor-Chefe / Coordenador II

B - DEPARTAMENTO DE PERÍCIA MÉDICA E SAÚDE OCUPACIONAL

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 64, de 02 de setembro de 2003 – Dispõe sobre a reestruturação do Serviço Médico da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.

Sigla: Dpmso

Subordinação: Diretoria-Geral

Finalidade: Responder pelas questões periciais previstas em lei e pela realização de exames admissionais, periódicos, de retorno ao trabalho, de mudanças de função e demissionais, buscando a promoção e proteção da integridade física e mental dos membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Atribuições:

Avaliar o ambiente de trabalho dos diversos setores, com a finalidade de corrigir distorções que possam prejudicar a saúde dos membros e servidores;

Realizar e analisar exames, pareceres e outros procedimentos médicos para membros e servidores, visando à:

- concessão de licença para tratamento de saúde;
- concessão de licença por motivo de doença em pessoa da família, quando se mostrar indispensável a presença do membro ou servidor;

- redução da jornada de trabalho de servidor legalmente responsável por excepcional em tratamento especializado;
- concessão de licença maternidade;
- concessão de licença por acidente de trabalho;
- concessão para fins de aposentadoria por invalidez;
- reavaliação periódica para fins de obtenção da isenção do desconto do imposto de renda na fonte, nos casos previstos no Regulamento do Imposto de Renda;
- avaliação de readaptação funcional por motivo de saúde;
- avaliação para relotação por motivo de saúde;
- avaliação para reversão de aposentadoria;
- prestação de assistência e medicação de urgência, atendendo a consultas, diligenciando internamentos e realização dos exames necessários;
- prevenção de doenças ocupacionais;
- investigação sobre a incidência de estresses e absenteísmo;
- prevenção de acidentes, atendimento e controle dos acidentados no trabalho;
- execução de programas de prevenção, detecção e acompanhamento de doenças não ocupacionais, tais como diabetes, alcoolismo, tabagismo, consumo de drogas, câncer, doenças infecto-contagiosas e cardiovasculares e promoção de saúde para controle dos fatores de risco, tais como tabagismo, etilismo, hipertensão arterial, colesterol, diabetes, obesidade, sedentarismo, estresse e depressão;
- execução de programas de imunizações através de vacinação;
- intervenção nas causas e conseqüências dos fatores biopsicossociais que interferem na saúde dos membros e servidores;
- comunicação freqüente com o IPSEMG, visando dotar o setor de todas as informações relativas aos programas desenvolvidos por aquele Instituto, nas áreas de psicologia, assistência social, fisioterapia, internação, odontologia e outros benefícios quaisquer;
- integração com a Superintendência Central de Saúde do Servidor, ou serviços conveniados, a fim de solicitar interconsultas nas especialidades que não constam do Quadro de Pessoal do Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, tais como neurologia, oftalmologia, otorrinolaringologia, ortopedia e serviços de apoio a diagnóstico.

Cargo de chefia: Coordenador I

C - DIRETORIA DE INFORMÁTICA

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas- Anexo XIV.

Sigla: DINF

Subordinação:

Técnica: Diretoria-Geral

Administrativa: Diretoria-Geral

Finalidade: Planejar, coordenar e controlar a execução das atividades de gerenciamento e processamento de dados, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.

Atribuições:

Coordenar a elaboração do plano diretor de informática;

Elaborar plano de investimento e emitir parecer técnico prévio quando a utilização e compra de novos equipamentos, softwares, sistemas aplicativos, suprimentos e serviços necessários na área de informática;

Exercer o acompanhamento e controle das despesas contratuais decorrentes da prestação de serviços de informática;

Definir normas e procedimentos para a utilização dos recursos de informática;

Identificar demandas internas de processamento de dados e definir a criação de novos serviços, bem como integração, fusão e extinção dos existentes;

Dar suporte técnico aos usuários para o cumprimento de suas atividades e desenvolver sistemas aplicativos;

Identificar e promover programação de treinamento, visando a melhoria de desempenho dos servidores nas ações internas relacionadas à informática;

Elaborar métodos de coleta de dados que possibilitem a implantação de um eficaz sistema, interno e externo, de preservação e divulgação de informações;

Divulgar e acompanhar a aplicação, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, dos instrumentos normativos e das orientações emanadas dos órgãos e entidades oficiais de informática;

Acompanhar e orientar a implantação de sistemas sob sua responsabilidade, priorizando atividades, dirimindo dúvidas e corrigindo desvios ocorridos em função de mudanças no ambiente de operação do sistema;

Controlar a qualidade dos serviços processados face aos padrões pré-estabelecidos;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Informações adicionais: Subordinação da unidade alterada por atos normativos posteriores.

Cargo de chefia: Coordenador II

D - SUPERINTENDÊNCIA ADMINISTRATIVA

Legislação pertinente:

Resolução PGI nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas - Anexo II.

Sigla: SAD

Subordinação:

Técnica: Diretoria-Geral

Administrativa: Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Contratos e Convênios;
- Diretoria de Material e Patrimônio;
- Diretoria de Serviços Gerais e Transporte;
- Diretoria de Compras e Licitações.

Finalidade: Planejar, coordenar, acompanhar, avaliar e executar as atividades relacionadas com a administração de serviços gerais e transportes, de material e patrimônio.

Atribuições:

Coordenar a prestação de serviços de apoio administrativo a todas as unidades da Procuradoria-Geral de Justiça, exercer vigilância patrimonial, bem como a guarda e manutenção de veículos, máquinas e equipamentos;

Coordenar a execução de atividades de zeladoria e vigilância das instalações do edifício-sede da Procuradoria-Geral de Justiça;

Planejar, orientar e coordenar as atividades de administração de serviços gerais, transportes, material e patrimônio e sugerir normas e instruções para o seu ordenamento;

Coordenar as atividades de recebimento e expedição de correspondência, controle, movimentação e arquivamento de processos e papéis;

Coordenar os serviços de reprografia, comunicação, zeladoria e mensageiros;

Promover licitação para aquisição de material e contratação de serviços;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Informações adicionais: A composição da Superintendência Administrativa constante no anexo II da Resolução nº 46/1995 foi alterada por atos normativos posteriores.

Cargo de chefia: Superintendente

D.1 - DIRETORIA DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

Legislação pertinente:

Lei nº 16.180, de 16 de junho de 2006 – Cria cargos no Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Anexo IV: Dispõe sobre a distribuição de Cargos de Provimento em Comissão.

Resolução PGI nº 02, de 07 de janeiro de 2010 - Cria, na estrutura da Superintendência Administrativa, a Diretoria de Contratos e Convênios e dispõe sobre suas atribuições.

Sigla: DICT

Subordinação:

Técnica: Superintendência Administrativa

Administrativa: Superintendência Administrativa

Finalidade: Planejar, coordenar, promover, orientar e controlar a execução das atividades relativas a contratos, convênios e outros instrumentos congêneres firmados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Atribuições:

Elaborar minutas de contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, com o apoio das unidades tecnicamente competentes;

Planejar, coordenar, providenciar e controlar a formalização de contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, em consonância com as especificações previamente estabelecidas, zelando por sua tempestividade e regularidade;

Solicitar, analisar e providenciar a documentação necessária para a celebração de contratos, convênios e outros instrumentos congêneres;

Realizar e manter atualizado o cadastro e o registro dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres firmados pela instituição, assim como dos servidores responsáveis designados para as respectivas fiscalizações;

Gerenciar, orientar e verificar a efetiva execução dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, ressalvadas as autorizações de fornecimento, com apoio dos servidores responsáveis designados;

Manter o controle e providenciar a atualização das informações relativas à execução dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres em conjunto com o dos servidores responsáveis designados;

Zelar pela guarda da documentação referente aos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres;

Preparar extratos dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, bem como providenciar a publicidade legalmente exigida e acompanhar as respectivas divulgações;

Subsidiar informações atinentes aos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres para divulgação em meio de comunicação de acesso público legalmente exigido;

Preparar a prestação de contas dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, de acordo com exigência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais;

Elaborar os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, bem como a prestação de contas a respeito dos mesmos;

Providenciar a publicidade legalmente exigida dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como acompanhar as respectivas publicações;

Efetuar a guarda dos documentos relativos aos processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação;

Promover a autuação, a instrução e o acompanhamento dos processos administrativos, visando à apuração de fatos relacionados a contratos, convênios e outros instrumentos congêneres;

Disponibilizar informações para fins institucionais;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Informações adicionais: A Lei nº 16.180/2006 cita a Diretoria de Contratos em seu anexo IV.

Cargo de chefia: Coordenador II

D.2 - DIRETORIA DE MATERIAL E PATRIMÔNIO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 03, de 07 de janeiro de 2010 – Dispõe sobre as atribuições e estrutura orgânica da Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Sigla: DMAP

Subordinação:

Técnica: Superintendência Administrativa

Administrativa: Superintendência Administrativa

Finalidade: Planejar, coordenar, promover, orientar, controlar e avaliar as atividades de recebimento, registro, armazenamento, fornecimento, movimentação e recolhimento de materiais permanentes e de consumo, bem como efetuar proposta e promover o registro e o acompanhamento do desfazimento desses materiais.

Atribuições:

Diagnosticar e analisar as demandas institucionais por materiais permanentes e de consumo, bem como orientar sobre seu atendimento mediante análise de informações técnicas;

Planejar, coordenar, promover e avaliar a padronização das especificações de materiais permanentes e de consumo em conjunto com as unidades tecnicamente competentes;

Propor, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, e acompanhar as aquisições de materiais permanentes e de consumo;

Promover e orientar o recebimento, a conferência, o registro e o armazenamento dos materiais permanentes e de consumo adquiridos, bem como daqueles materiais cedidos à instituição;

Zelar pelo adequado armazenamento, pela segurança e pela conservação dos materiais permanentes e de consumo em estoque e em processo de fornecimento, movimentação e recolhimento;

Zelar pelo controle físico e pelo registro financeiro dos materiais de consumo em estoque e dos materiais permanentes;

Planejar, coordenar, promover, acompanhar e avaliar o fornecimento, a movimentação e o recolhimento de materiais permanentes e de consumo;

Promover e controlar o conserto de materiais permanentes, exceto de veículos, de equipamentos de informática, de telefonia e de instalações e equipamentos componentes de edificações;

Propor e acompanhar o desfazimento de materiais de consumo e permanentes prescindíveis à instituição, promovendo o registro da saída dos materiais de consumo ou a baixa patrimonial;

Promover o controle do acervo patrimonial da instituição;

Avaliar e propor normas e procedimentos para a melhoria das atividades de recebimento, registro, armazenamento, conservação, fornecimento, movimentação, recolhimento e desfazimento de materiais permanentes e de consumo;

Apoiar a Comissão Inventariante na realização do inventário de materiais permanentes e de consumo;

Disponibilizar informações para fins institucionais;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

D.2.1 - DIVISÃO DE MATERIAL DE CONSUMO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 03, de 07 de janeiro de 2010 – Dispõe sobre as atribuições e estrutura orgânica da Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Sigla: DIMAC

Subordinação:

Técnica: Diretoria de Material e Patrimônio

Administrativa: Diretoria de Material e Patrimônio

Finalidade: Planejar, executar e controlar as atividades de recebimento, armazenamento, fornecimento e recolhimento de materiais de consumo, bem como auxiliar no processo do desfazimento desses materiais.

Atribuições:

Subsidiar a proposição de critérios para a padronização de materiais de consumo em conjunto com as unidades tecnicamente competentes;

Efetuar, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, as especificações de materiais de consumo, buscando e observando a padronização;

Subsidiar a proposição e, dentro de sua área de competência, realizar a orientação técnica, bem como acompanhar as aquisições de materiais de consumo;

Verificar e conferir a Nota Fiscal em conformidade com os materiais de consumo solicitados;

Receber, conferir e registrar os materiais de consumo estocáveis adquiridos pela instituição;

Providenciar o adequado armazenamento e zelar pela segurança e pela conservação dos materiais de consumo em estoque e em processo de fornecimento e recolhimento;

Efetuar e manter atualizado o controle físico e o registro financeiro dos materiais de consumo em estoque;

Manter atualizados os registros de entrada e saída de materiais de consumo do estoque;

Estimar, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, a demanda por materiais de consumo estocáveis, bem como registrar, acompanhar e analisar o seu comportamento;

Fornecer os materiais de consumo requisitados pelas unidades organizacionais, conforme as especificações constantes nas solicitações, a disponibilidade em estoque, as prioridades de atendimento e o perfil de consumo das unidades;

Programar, providenciar e controlar o fornecimento de materiais de consumo às unidades organizacionais, bem como o seu recolhimento;

Subsidiar a proposição e efetuar o registro da saída dos materiais de consumo prescindíveis à instituição, bem como acompanhar o desfazimento desses materiais;

Subsidiar a proposição de normas e sugerir procedimentos para a melhoria das atividades de recebimento, registro, armazenamento, segurança, conservação, fornecimento, recolhimento e desfazimento de materiais de consumo;

Prestar suporte operacional e disponibilizar informações para subsidiar as atividades da Comissão Inventariante na realização do inventário de materiais de consumo;

Disponibilizar informações para fins institucionais;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

D.2.2 - DIVISÃO DE MATERIAL PERMANENTE

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 03, de 07 de janeiro de 2010 – Dispõe sobre as atribuições e estrutura orgânica da Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Sigla: DIMPE

Subordinação:

Técnica: Diretoria de Material e Patrimônio

Administrativa: Diretoria de Material e Patrimônio

Finalidade: Planejar, executar e controlar as atividades de recebimento, incorporação, armazenamento, fornecimento, movimentação e recolhimento de materiais permanentes, bem como auxiliar no processo do desfazimento desses materiais.

Atribuições:

Subsidiar a proposição de critérios para a padronização de materiais permanentes em conjunto com as unidades tecnicamente competentes;

Efetuar, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, as especificações de materiais permanentes, buscando e observando a padronização;

Subsidiar a proposição e, dentro de sua área de competência, realizar a orientação técnica, bem como acompanhar as aquisições de materiais permanentes;

Receber e conferir os materiais permanentes adquiridos, bem como, quando couber, aqueles materiais cedidos à instituição;

Verificar e conferir a Nota Fiscal em conformidade com os materiais permanentes solicitados;

Efetuar a incorporação dos materiais permanentes adquiridos e cedidos no acervo patrimonial da instituição, mediante o seu registro patrimonial;

Providenciar o adequado armazenamento e zelar pela segurança e pela conservação dos materiais permanentes em estoque e em processo de fornecimento, movimentação e recolhimento;

Efetuar e manter atualizado o controle físico e o registro financeiro dos materiais permanentes;

Manter atualizados os registros de entrada e saída de materiais permanentes do estoque;

Estimar, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, a demanda por materiais permanentes, bem como registrar, acompanhar e analisar o seu comportamento;

Fornecer os materiais permanentes requisitados pelas unidades organizacionais, conforme as especificações constantes nas solicitações, a disponibilidade em estoque e as prioridades de atendimento;

Programar, providenciar e, quando necessário, acompanhar a entrega de materiais permanentes às unidades organizacionais, bem como a sua movimentação e o seu recolhimento;

Efetuar e controlar a carga patrimonial das unidades organizacionais;

Providenciar, registrar, acompanhar e, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, avaliar o conserto de materiais permanentes, exceto de veículos, de equipamentos de informática, de telefonia, de instalações e equipamentos componentes de edificações;

Subsidiar a proposição e efetuar o registro da baixa patrimonial e o acompanhamento do desfazi-

mento dos materiais permanentes prescindíveis à instituição;

Realizar o controle do acervo patrimonial da instituição;

Subsidiar a proposição de normas e sugerir procedimentos para a melhoria das atividades de recebimento, registro, armazenamento, segurança, conservação, fornecimento, movimentação, recolhimento e desfazimento de materiais permanentes;

Prestar suporte operacional e disponibilizar informações para subsidiar a Comissão Inventariante na realização do inventário de materiais permanentes;

Disponibilizar informações para fins institucionais;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

D.3 - DIRETORIA DE SERVIÇOS GERAIS E TRANSPORTE

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas - Anexo III.

Sigla: DSGT

Subordinação:

Técnica: Superintendência Administrativa

Administrativa: Superintendência Administrativa

Finalidade: Dirigir, coordenar, controlar e executar as atividades relacionadas com a área de serviços gerais e transportes.

Atribuições:

Executar atividades de protocolo e movimentação de expediente;

Executar serviços de reprografia e controlar o consumo de material;

Dirigir, orientar e executar as atividades de telefonia e comunicação;

Promover os consertos urgentes, limpeza, conservação das instalações, móveis e equipamentos, bem como adotar providências necessárias à adequada manutenção dos serviços de telefonia, refrigeração, elevadores, energia elétrica e combate a incêndio;

Dirigir, orientar e fazer executar as atividades de vigilância, portaria, copa e zeladoria;

Orientar e fazer executar as atividades de mudanças físicas, conservação e manutenção de móveis, imóveis, instalações e equipamentos;

Orientar e acompanhar o serviço de mensageiros;

Programar, controlar e executar as atividades de transporte oficial e a guarda de veículos, bem como providenciar sua manutenção;

Acompanhar e controlar a movimentação e desempenho da frota de veículos, bem como propor a alienação de bens inservíveis ou de uso antieconômico;

Controlar o uso e a movimentação de veículos;

Elaborar e fazer cumprir a escala de trabalho dos motoristas;

Elaborar periodicamente relatórios sobre o consumo de combustíveis e lubrificantes, bem como demais despesas com manutenção;

Solicitar a aquisição de acessórios, ferramentas, máquinas, peças e utensílios de oficina;

Acompanhar a execução dos contratos afins;

Instruir e subsidiar os processos de licitação para fins de contratação de serviços;

Providenciar o licenciamento, emplacamento e seguro da frota de veículos;

Administrar a garagem;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

D.4 - DIRETORIA DE COMPRAS E LICITAÇÕES

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n° 04, de 07 de janeiro de 2010 – Cria, na estrutura da Superintendência Administrativa, a Diretoria de Compras e Licitações e dispõe sobre suas atribuições e estrutura orgânica.

Sigla: DCLI

Subordinação:

Técnica: Superintendência Administrativa

Administrativa: Superintendência Administrativa

Finalidade: Planejar, coordenar, promover, orientar, acompanhar e avaliar a execução das atividades relativas à aquisição de materiais, serviços e obras pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Atribuições:

Planejar, coordenar, promover, acompanhar e avaliar os processos de aquisição de materiais, serviços e obras efetuados pela instituição;

Promover a análise da solicitação e o controle da instauração dos processos de aquisição de materiais, serviços e obras;

Providenciar a cotação de preços dos materiais, serviços e obras solicitados, bem como a instrução do processo de compras;

Promover a autuação do processo licitatório, bem como designar a modalidade e o tipo de licitação a serem utilizados;

Providenciar, orientar e acompanhar a elaboração de editais de licitação e seus anexos;

Assegurar o apoio às comissões de licitação, permanentes ou especiais, e aos pregoeiros;

Providenciar a publicidade e, quando couber, a prestação de contas legalmente exigidas das compras efetuadas pela instituição, dos editais e dos atos de homologação dos processos licitatórios, de dispensa e de inexigibilidade de licitação;

Receber e encaminhar documentos de cobrança para pagamento;

Zelar pela guarda dos documentos relativos aos processos de aquisição de materiais, serviços e obras;

Disponibilizar informações para fins institucionais;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

D.4.1 - DIVISÃO DE COMPRAS

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n° 04, de 07 de janeiro de 2010 – Cria, na estrutura da Superintendência Administrativa, a Diretoria de Compras e Licitações e dispõe sobre suas atribuições e estrutura orgânica.

Sigla: DICOM

Subordinação:

Técnica: Diretoria de Compras e Licitações

Administrativa: Diretoria de Compras e Licitações

Finalidade: Executar e controlar as atividades relativas às aquisições, diretas e anteriores ao procedimento de licitação, de materiais, serviços e obras.

Atribuições:

Analisar a solicitação de materiais, serviços e obras, zelando pela adequada especificação e observando a padronização;

Efetuar e manter atualizado o cadastro das solicitações, da instauração e do andamento dos processos de aquisição de materiais, serviços e obras;

Realizar a cotação de preços dos materiais, serviços e obras solicitados para subsidiar os processos de aquisição, bem como instruir o processo de compras;

Buscar permanentemente, junto aos fornecedores, as melhores condições de preço, considerando os aspectos de qualidade, economicidade, garantia de fornecimento e atendimento aos requisitos demandados;

Verificar a regularidade da documentação jurídica e fiscal dos fornecedores para subsidiar a formalização da contratação e garantir a legalidade dos atos administrativos;

Elaborar e acompanhar a tramitação dos Pedidos de Compra;

Providenciar a comunicação oficial com os fornecedores e com os solicitantes, quando da disponibilização da autorização de fornecimento;

Conferir os documentos de cobrança para pagamento;

Elaborar relatórios mensais das aquisições feitas pela instituição e promover sua publicidade;

Disponibilizar informações para fins institucionais;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

D.4.2 - DIVISÃO DE APOIO À LICITAÇÃO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 04, de 07 de janeiro de 2010 – Cria, na estrutura da Superintendência Administrativa, a Diretoria de Compras e Licitações e dispõe sobre suas atribuições e estrutura orgânica.

Sigla: DILIC

Subordinação:

Técnica: Diretoria de Compras e Licitações

Administrativa: Diretoria de Compras e Licitações

Finalidade: Promover e acompanhar a execução das atividades relacionadas aos procedimentos de licitação.

Atribuições:

Verificar e analisar os documentos legalmente exigidos, a fim de confirmar a presença dos pressupostos para autuação do processo licitatório;

Elaborar as minutas de editais e dos contratos de licitação e auxiliar as unidades tecnicamente competentes na elaboração dos demais anexos para o processo licitatório;

Indicar, com o apoio das unidades tecnicamente competentes, as condições para a participação no processo licitatório e a forma de apresentação das propostas;

Programar a data, o horário e o local das sessões de licitação a serem realizadas pelas comissões e pelos pregoeiros, conforme a necessidade da instituição;

Providenciar a publicidade legalmente exigida dos editais e dos atos de adjudicação e de homologação dos processos licitatórios, bem como acompanhar as respectivas publicações;

Apoiar as comissões de licitação, permanentes ou especiais, e os pregoeiros, quando solicitado;

Efetuar a guarda dos documentos relativos aos processos licitatórios;

Elaborar relatórios trimestrais dos processos licitatórios feitos pela instituição e promover sua publicidade;

Disponibilizar informações para fins institucionais;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

E - SUPERINTENDÊNCIA DE FINANÇAS

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo VII.

Sigla: SUF

Subordinação:

Técnica: Diretoria-Geral

Administrativa: Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Administração Financeira;
- Diretoria de Contabilidade.

Finalidade: Coordenar, orientar, executar e controlar as atividades relacionadas com a administração financeira e contábil.

Atribuições:

Cumprir e fazer cumprir as normas legais que disciplinam a realização de despesa pública;

Dirigir a execução financeira;

Identificar e gerir os elementos necessários ao acompanhamento da execução contábil e da prestação de contas do exercício financeiro, a serem encaminhados aos órgãos competentes;

Propor e coordenar a implantação de normas que complementem e disciplinem as atividades de administração financeira e contábil ou que sejam requeridas para atender às condições específicas da Procuradoria-Geral de Justiça;

Coordenar e controlar a movimentação das contas bancárias da Procuradoria-Geral de Justiça;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Informações adicionais: Composição da Superintendência de Finanças constante no anexo VIII da Resolução 46/1995 foi alterada por ato normativo posterior.

Cargo de chefia: Superintendente

E.1 - DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo IX.

Sigla: DAFI

Subordinação:

Técnica: Superintendência de Finanças
Administrativa: Superintendência de Finanças

Finalidade: Coordenar, orientar e controlar as atividades de administração financeira da Procuradoria-Geral de Justiça.

Atribuições:

Coordenar, orientar e executar as atividades relativas ao acompanhamento e ao controle financeiro da execução orçamentária;

Emitir e exercer o controle de empenhos e providenciar a liquidação das despesas;

Preparar processos de despesas para pagamento e verificar sua conformidade com as normas pertinentes;

Efetuar pagamento das despesas regularmente autorizadas;

Controlar as disponibilidades financeiras de recursos;

Controlar a movimentação bancária e conciliar, periodicamente, os saldos de conta corrente;

Acompanhar a execução de contratos, convênios e ajustes, sob o aspecto orçamentário e financeiro;

Acompanhar e verificar, mensalmente, os demonstrativos de execução orçamentária e financeira;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

E.2 - DIRETORIA DE CONTABILIDADE

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo VIII.

Sigla: DCON

Subordinação:

Técnica: Superintendência de Finanças
Administrativa: Superintendência de Finanças

Finalidade: Coordenar, orientar, executar e controlar as atividades de contabilidade.

Atribuições:

Realizar a contabilidade analítica e a sintética, observando a legislação e o Plano de Contas vigentes;

Acompanhar a execução orçamentária, apontando diferenças existentes entre as operações previstas e as realizadas;

Verificar a legalidade dos documentos geradores dos fatos contábeis;

Examinar e conferir os processos de pagamento e adiantamento de numerário;

Exercer o controle contábil e das contas bancárias;

Elaborar balancetes e demonstrativos mensais, nos termos da legislação vigente, bem como providenciar o seu encaminhamento aos órgãos competentes;

Manter em sua guarda os documentos financeiros/contábeis comprobatórios das despesas/receitas de exercícios anteriores para a devida prestação de contas, quando necessário;

Exercer outras atribuições correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

F - SUPERINTENDÊNCIA JUDICIÁRIA

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo XV.

Sigla: SUJ

Subordinação:

Técnica: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica

Administrativa: Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Serviço Cível;
- Diretoria de Serviço Criminal.

Finalidade: Coordenar, controlar, acompanhar e executar atividades relacionadas com a movimentação de processos e documentos oriundos dos órgãos de segunda e primeira instâncias e dos pareceres emitidos na Procuradoria-Geral de Justiça.

Atribuições:

Coordenar a distribuição de autos judiciais cíveis e criminais recebidos dos Tribunais de Justiça e Alçada, bem como dos Juizes de Direito e demais autoridades judiciárias;

Efetuar, semanalmente, a publicação no “Minas Gerais” da resenha da distribuição de processos cíveis e criminais, bem como da súmula dos pareceres emitidos;

Executar o trabalho de digitação de pareceres e outras peças judiciárias, bem como proceder à sua conferência;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Superintendente

F.1 - DIRETORIA DE SERVIÇO CÍVEL

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo XVI.

Sigla: DCIV

Subordinação:

Técnica: Superintendência Judiciária

Administrativa: Superintendência Judiciária

Finalidade: Executar atividades relativas à movimentação de processos e peças judiciárias relacionadas com matéria cível.

Atribuições:

Registrar nos processos cíveis, mediante termo específico, o seu recebimento;

Realizar o controle dos registros em fichários de processos cíveis;

Efetuar atos relacionados com a distribuição dos processos cíveis;

Levar “termo de vista” nos processos cíveis distribuídos;

Controlar a devolução dos processos cíveis pelos Procuradores de Justiça;

Providenciar a datilografia de pareceres emitidos pelos Procuradores de Justiça, promover a sua conferência e a assinatura dos mesmos;

Anexar os pareceres digitados aos respectivos processos cíveis;

Manter sempre atualizado o arquivo de cópias de pareceres;

Efetuar remessa de processos cíveis aos órgãos judiciários de origem;

Expedir certidões na área de sua competência;

Atender partes interessadas nos processos cíveis em andamento;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

F.2 - DIRETORIA DE SERVIÇO CRIMINAL**Legislação pertinente:**

Resolução PGJ nº 46, de 1º de novembro de 1995 – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo XVII.

Sigla: DCRI

Subordinação:

Técnica: Superintendência Judiciária

Administrativa: Superintendência Judiciária

Finalidade: Executar as atividades relativas à movimentação de processos e outras peças relacionadas com matéria criminal.

Atribuições:

Registrar nos processos criminais, mediante termo específico, o seu recebimento;

Realizar o controle dos registros em fichários de processos criminais;

Efetuar atos relacionados com a distribuição dos processos criminais;

Levar “termo de vista” nos processos criminais distribuídos;

Controlar a devolução dos processos criminais pelos Procuradores de Justiça;

Providenciar a digitação de pareceres emitidos pelos Procuradores de Justiça, promover a sua conferência e a assinatura dos mesmos;

Anexar os pareceres digitados aos respectivos processos criminais;

Manter sempre atualizado o arquivo de cópias de pareceres;

Efetuar remessa de processos criminais aos órgãos judiciários de origem;

Expedir certidões na área de sua competência;

Atender partes interessadas nos processos criminais em andamento;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

G - SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO E COORDENAÇÃO**Legislação pertinente:**

Resolução PGJ nº 31, de 24 de maio de 2006 – Dispõe sobre as atribuições e a estrutura orgânica da Superintendência de Planejamento e Coordenação (SPC).

Sigla: SPC

Subordinação:

Técnica: Diretoria-Geral

Administrativa: Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Modernização Administrativa;
- Diretoria de Orçamento.

Finalidade: Coordenar a elaboração de planos, programas e projetos e acompanhar a política de ação global do Ministério Público, definindo e implementando ações setoriais de planejamento, orçamento e modernização administrativa.

Atribuições:

Propor, acompanhar e avaliar estudos sobre a estrutura organizacional e seu funcionamento, visando a modernização e a otimização das atividades;

Coordenar, acompanhar e avaliar o processo de planejamento global e setorial e propor ações que visem assegurar os objetivos e metas estabelecidos;

Coordenar, acompanhar e avaliar a execução de planos, programas e projetos técnicos e administrativos;

Elaborar proposta à Lei de Diretrizes Orçamentárias e ao Plano Plurianual de Ação Governamental;

Coordenar e elaborar a proposta orçamentária anual e programar a utilização dos créditos aprovados;

Programar, negociar, acompanhar e avaliar a execução orçamentária;

Promover a elaboração de análises econômico-financeiras para subsidiar procedimentos licitatórios;

Coordenar as atividades de modernização administrativa e desenvolvimento institucional;

Manter intercâmbio permanente com órgãos ou entidades na sua área de competência;

Coordenar, elaborar, acompanhar, orientar, avaliar e promover a coerência de planos, projetos, convênios, programas, ações e medidas institucionais

e administrativas, globais, regionais ou setoriais, incluindo os relativos à modernização do Ministério Público e à captação de recursos nacionais ou internacionais, públicos ou privados;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Superintendente

G.1 - DIRETORIA DE MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n° 31, de 24 de maio de 2006 – Dispõe sobre as atribuições e a estrutura orgânica da Superintendência de Planejamento e Coordenação (SPC).

Sigla: DIMA

Subordinação:

Técnica: Superintendência de Planejamento e Coordenação

Administrativa: Superintendência de Planejamento e Coordenação

Finalidade: Promover, orientar, coordenar, implementar e avaliar ações necessárias ao desenvolvimento organizacional e à modernização administrativa.

Atribuições:

Acompanhar, de forma sistemática, a dinâmica de atuação da Procuradoria-Geral de Justiça, identificando necessidades e sugerindo mudanças organizacionais;

Propor, desenvolver, acompanhar e avaliar estudos sobre a estrutura administrativa e seu funcionamento, visando a modernização e otimização das atividades executadas;

Analisar e compatibilizar propostas de definição e transferência de atribuições, competências e funções de unidades administrativas internas, observadas as diretrizes estabelecidas pelo órgão;

Elaborar e coordenar a implantação de normas, sistemas e métodos de simplificação e racionalização de trabalho, bem como proceder à sua revisão e adequação e indicar o treinamento interno necessário à sua operacionalização;

Promover a padronização de formulários e representações gráficas;

Dar suporte técnico às unidades no que se refere à sua organização interna para o exercício de suas competências;

Apoiar o serviço de informática no desenvolvimento de sistemas informatizados, sugerindo rotinas para o estabelecimento do fluxo de informações;

Levantar e analisar dados sobre métodos e procedimentos implantados, identificando oportunidades de melhoria para elaboração e manutenção dos sistemas, sugerindo modificações para sua racionalização, agilização dos processos e minimização dos custos;

Desenvolver organogramas, fluxogramas, cronogramas e outros instrumentos de análise organizacional;

Elaborar, desenvolver e atualizar Manuais Administrativos;

Participar de estudos de viabilidade de conversão dos sistemas manuais para informatizados, adaptando os procedimentos, visando uma maior racionalização do fluxo de informações;

Propor atos administrativos necessários à implantação de projetos de modernização administrativa;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

G.2 - DIRETORIA DE ORÇAMENTO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n° 31, de 24 de maio de 2006 – Dispõe sobre as atribuições e a estrutura orgânica da Superintendência de Planejamento e Coordenação (SPC).

Sigla: DIOR

Subordinação:

Técnica: Superintendência de Planejamento e Coordenação

Administrativa: Superintendência de Planejamento e Coordenação

Finalidade: Promover ações setoriais de planejamento e programação orçamentária, bem como acompanhar e avaliar sua execução.
Atribuições:

Coordenar a elaboração das propostas orçamentárias anuais, bem como acompanhar e avaliar sua execução;

Promover a solicitação de recursos orçamentários e financeiros para implantação, manutenção, adequação e ampliação dos programas, projetos e atividades;

Controlar, centralizadamente, os convênios, contratos, acordos, ajustes, protocolos ou similares, com vistas ao acompanhamento da utilização de recursos e fornecimento de subsídios às unidades na gestão técnica, orçamentária, financeira e administrativa;

Coordenar a programação de utilização de créditos, acompanhar a liberação de recursos e proceder adequação à disponibilidade orçamentária e financeira;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

H - SUPERINTENDÊNCIA DE RECURSOS HUMANOS

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008 – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.

Sigla: SRH

Subordinação:

Técnica: Diretoria-Geral

Administrativa: Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Desenvolvimento de Recursos Humanos;
- Diretoria de Pagamento de Pessoal;
- Diretoria de Pessoal Administrativo;
- Diretoria de Pessoal do Ministério Público.

Finalidade: Planejar, coordenar, executar, avaliar e controlar a gestão de recursos humanos do Ministério Público.

Atribuições:

Propor, elaborar, coordenar, executar, acompanhar e avaliar políticas, diretrizes, planos e normas referentes:

- a) ao desenvolvimento de recursos humanos e ao plano de carreiras dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público;
- b) ao cadastro funcional dos membros e servidores, ativos e inativos, e ao registro dos cargos das carreiras do Ministério Público;
- c) ao registro dos pensionistas dos membros e servidores do Ministério Público;
- d) à concessão de benefícios diretos e indiretos, bem como ao processamento de folha de pagamento de pessoal.

Gerir, aprimorar e supervisionar a sistemática da avaliação de desempenho dos servidores;

Promover a melhoria do ambiente organizacional e a valorização profissional, fundamentada em diagnóstico correlato prévio;

Promover a potencialização dos recursos humanos do Ministério Público para atendimento dos princípios de eficiência e eficácia;

Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Superintendente

H.1 - DIRETORIA DE DESENVOLVIMENTO DE RECURSOS HUMANOS

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008 – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.

Sigla: DDRH

Subordinação:

Técnica: Superintendência de Recursos Humanos

Administrativa: Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Planejar, coordenar, executar e acompanhar as atividades relacionadas ao desenvolvimento dos recursos humanos e à gestão dos cargos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Atribuições:

Propor normas e diretrizes para a atualização ou concessão dos direitos e deveres dos servidores;

Estabelecer diretrizes e propor critérios técnicos para a elaboração, implementação e revisão do plano de carreiras dos servidores, bem como operá-lo e preparar, quando couber, a publicação dos atos referentes à implantação e efetivação do plano de carreiras;

Planejar e propor normas, orientar, coordenar e operar o sistema de avaliação de desempenho individual dos servidores;

Analisar e propor a criação, transformação, fixação, extinção e provimento de cargos efetivos e comissionados dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público e preparar, quando couber, a publicação dos atos referentes à fixação;

Identificar, propor normas e atualizar as atribuições de cargos, de acordo com as relações estruturais, funcionais e de autoridade, compatibilizando-as com seu grau de dificuldade e respectiva remuneração;

Diagnosticar e analisar as demandas de recursos humanos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares e as necessidades de capacitação, propondo diretrizes para o aprimoramento técnico e o desenvolvimento funcional dos servidores;

Propor a lotação ou a remoção de servidor de acordo com o perfil profissional, desde que atenda às necessidades institucionais;

Identificar, propor e implementar planos de ação para melhoria do ambiente organizacional e a valorização profissional, em conjunto com as demais unidades competentes;

Planejar, propor, coordenar e acompanhar as políticas de benefícios indiretos dos servidores;

Organizar e executar as atividades de apoio técnico e operacional dos processos disciplinares administrativos contra servidores do Ministério Público;

Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais, concessão de direitos, benefícios e vantagens;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

H.2 - DIRETORIA DE PAGAMENTO DE PESSOAL

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008 – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.

Sigla: DPAG

Subordinação:

Técnica: Superintendência de Recursos Humanos
Administrativa: Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Planejar, coordenar, executar e acompanhar as atividades relacionadas à folha de pagamento de pessoal.

Atribuições:

Planejar, coordenar, executar, acompanhar e controlar o processamento da folha de pagamento de pessoal;

Zelar pela guarda de documentos relativos à folha de pagamento;

Controlar e manter registro das ocorrências relativas à folha de pagamento de pessoal;

Emitir certidões e declarações fundamentadas nos registros concernentes à folha de pagamento de pessoal;

Emitir os demonstrativos de pagamentos e os comprovantes de rendimentos pagos e de retenção de imposto de renda, para fins de preenchimento da declaração de ajuste anual do imposto de renda;

Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais, concessão de direitos, benefícios e vantagens;

Processar a Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) anual e a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS);

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

H.3 - DIRETORIA DE PESSOAL ADMINISTRATIVO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008 – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.

Sigla: DPAD

Subordinação:

Técnica: Superintendência de Recursos Humanos
Administrativa: Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Planejar, coordenar, organizar, executar e controlar as atividades relacionadas ao cadastro funcional de servidores e ao registro dos cargos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público e dos beneficiários das pensões por morte de servidor da instituição.

Atribuições:

Cadastrar e manter atualizados os dados funcionais e pessoais dos servidores ativos e inativos em banco de dados apropriado;

Registrar e manter atualizados os dados cadastrais de beneficiários das pensões por morte de servidor do Ministério Público;

Manter atualizado e controlar o cadastro de cargos efetivos e comissionados, registrando a criação, a fixação, a extinção, o provimento e a vacância;

Elaborar e, quando couber, preparar para a publicação os atos referentes a nomeação, designação, exoneração, dispensa, demissão, posse, movimentação funcional, aposentadoria, concessão de direitos e vantagens na sua área de competência, e demais atos administrativos que resultem na alteração cadastral do servidor;

Analisar os requerimentos de averbação de tempo de serviço ou de contribuição previdenciária, bem como registrá-los e contabilizá-los;

Registrar e controlar a frequência, férias regulamentares, férias-prêmio, abonos, plantões, horas extras, licenças e reduções de jornada de trabalho e, quando couber, preparar a respectiva publicação;

Analisar os requerimentos de aposentadoria, preparar e acompanhar os respectivos processos;

Promover a emissão de cédulas de identidade funcional, certidões, atestados e declarações com base nos registros funcionais;

Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais, concessão de direitos, benefícios e vantagens, e para instruir sindicância ou processo administrativo;

Promover o cadastramento de servidores no Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP;

Manter atualizadas as informações para Relação Anual de Informações Sociais - RAIS;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

H.4 - DIRETORIA DE PESSOAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008 – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.

Sigla: DPMP

Subordinação:

Técnica: Superintendência de Recursos Humanos
Administrativa: Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Planejar, coordenar, organizar, executar e controlar as atividades relacionadas ao cadastro funcional de Promotores e Procuradores de Justiça e ao registro dos cargos do Quadro de Pessoal do Ministério Público e dos beneficiários das pensões por morte de membros da instituição.

Atribuições:

Cadastrar e manter atualizados os dados funcionais e pessoais de Promotores e Procuradores de Justiça, ativos e inativos, em banco de dados apropriado;

Registrar e manter atualizados os dados cadastrais de beneficiários das pensões por morte de membro do Ministério Público;

Manter atualizado e controlar o cadastro de cargos, registrando a criação, a fixação, a extinção, a transformação, o provimento e a vacância;

Elaborar e, quando couber, preparar para a publicação os atos referentes a nomeação, exoneração, posse e demais atos administrativos que resultem na alteração cadastral de membro, exceto os relativos a promoção, remoção, designação e disponibilidade;

Registrar a lista de antigüidade dos membros do Ministério Público;

Analisar requerimento de averbação de tempo de serviço ou de contribuição previdenciária, bem como registrá-lo e contabilizá-lo;

Analisar os requerimentos de aposentadoria, preparar e acompanhar os respectivos processos;

Instruir processo de concessão de ajuda de custo por motivo de promoção ou remoção compulsória; Registrar e, quando couber, preparar para a publicação a escala de férias, a concessão de férias-prêmio, as compensações, os afastamentos de membros e as licenças;

Promover a emissão de cédulas de identidade funcional, certidões, atestados e declarações com base nos registros funcionais;

Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais de concessão de direitos, benefícios e vantagens, e para instruir sindicância ou processo administrativo;

Promover o cadastramento de membros no Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP;

Manter atualizadas as informações para Relação Anual de Informações Sociais - RAIS;

Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.3 - PRODUTOS E SERVIÇOS

3.3.1 - MATERIAL E PATRIMÔNIO

3.3.1.1 - REQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSUMO

Legislação pertinente:

Instrução Normativa DG nº 04, de 20 de julho de 2001 – Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, as requisições de cartuchos utilizados em impressoras.

Instrução Normativa DG nº 04, de 04 de dezembro de 2003 – Disciplina a requisição, o controle e a distribuição de material de consumo no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

a) Como requisitar material de consumo constante do catálogo de materiais?

Deve-se preencher o formulário de “Requisição de Material de Consumo” e enviá-lo ao Almoxarifado pelo *fax* 3386-6660 ou por correio eletrônico almoxarifado@mp.mg.gov.br.

Nas comarcas do interior, o formulário deve ser assinado pelo Promotor de Justiça ou por servidor responsável pela Secretaria das Promotorias de Justiça e, na Capital, pelo responsável da Unidade Administrativa solicitante. O formulário está disponível no endereço eletrônico do Ministério Público (<http://www.mp.mg.gov.br>): *Auxiliares > Diretoria-Geral > Superintendência Administrativa > Diretoria de Material e Patrimônio > Divisão de Almoxarifado > Requisição de Material*.

b) Quais informações deverão constar da requisição?

Nome, código, telefone e endereço da unidade administrativa;
Quantidade de servidores, Promotores e Procuradores de Justiça efetivamente lotados na unidade;
Código, quantidade, unidade e descrição do material de consumo solicitado.
Observação: Em caso de divergência entre o código e a descrição do material solicitado, este será atendido pela sua descrição.

c) Com qual periodicidade se pode requisitar material?

Uma vez por mês, conforme o art. 3º da Instrução Normativa 04/2003, e, havendo casos que ultrapassem essa frequência, deverão eles ser justificados.

d) Como o material é entregue ao solicitante?

Para Promotorias de Justiça do interior, é dever do Almoxarifado enviar por correio o material ao solicitante, com prazo previsto de entrega de 7 (sete)

dias após a postagem; para as unidades da Capital, o material será entregue por veículo da Procuradoria-Geral de Justiça.

Observação:

- A entrega dos materiais seguirá a ordem cronológica de chegada das solicitações;
- Em caso de extrema necessidade de algum material, e com a devida justificativa do solicitante, poderá o Almoxarifado priorizar o seu atendimento;
- Poderá a unidade solicitante que possuir veículo retirar os materiais solicitados diretamente no Almoxarifado, desde que comunique antecipadamente, e que haja anuência do coordenador do Almoxarifado.

e) Pode-se requisitar material de consumo e material permanente em um mesmo documento?

Não, cada solicitação deve ser feita no documento próprio.

f) Pode-se devolver ou trocar material de consumo?

Toda devolução de material de consumo – novo ou usado – deverá ser feita acompanhada de ofício, endereçado ao Almoxarifado. Nos casos das unidades do interior, o ofício, juntamente com o material, deverá ser remetido via correio.

Não existe troca de material de consumo; o material em desuso ou solicitado equivocadamente deve ser devolvido ao Almoxarifado.

g) Como ter acesso ao Catálogo de Materiais?

O Catálogo de Materiais encontra-se atualizado e disponível na *intranet* do Ministério Público: *Auxiliares > Diretoria Geral > Superintendência Administrativa > Diretoria de Material e Patrimônio > Divisão de Almoxarifado > Catálogo de Materiais*.

O Catálogo de Materiais pode também ser entregue juntamente com o material requisitado, se for solicitado no formulário de “Requisição de Material de Consumo”.

h) Como adquirir material não constante do Catálogo de Materiais?

As solicitações das unidades administrativas deverão ser encaminhadas à Diretoria-Geral ou, em se tratando de Procuradorias e Promotorias de Justiça, à Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP, pelo Sistema de Apoio à Central de Atendimento às Promotorias de Justiça (SISCAP).

No caso das Promotorias de Justiça do interior do Estado, o envio de uma pesquisa de preços, por fax, junto ao pedido (ofício), facilita o atendimento. No endereço eletrônico do Ministério Público ([http://](http://www.mp.mg.gov.br)

www.mp.mg.gov.br) encontram-se disponíveis modelos de coleta de preços: *Auxiliares > Diretoria-Geral > Superintendência Administrativa > Diretoria de Material e Patrimônio > Div. Compras.*

3.3.1.2 - REQUISIÇÃO DE MATERIAL PERMANENTE

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n° 35, de 13 de agosto de 2001 – Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/ Unidades Administrativas, aquisição, movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Instrução Normativa DG n° 01, de 24 de abril de 2002 – Dispõe sobre as competências das Superintendências Administrativa e de Finanças.

Instrução Normativa PGJ Adj Adm n° 2, de 18 de agosto de 2005 – Disciplina a delegação das atribuições previstas no §2º do art.1º da Resolução PGJ n° 35, de 30 de maio de 2005.

Resolução PGJ n° 35, de 30 de maio de 2005 – Define atribuições aos Procuradores-Gerais de Justiça Adjuntos Jurídico, Administrativo e Institucional, ao Chefe de Gabinete e Secretário-Geral.

Resolução PGJ n° 5, de 1º de fevereiro de 2005 - Institui na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa a Central de Atendimento às Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – CAP.

i) Que são materiais ou bens permanentes?

São aqueles cuja durabilidade pode ultrapassar o período de 2 (dois) anos.

j) Como requisitar materiais permanentes?

Por meio do Sistema de Apoio à Central de Atendimento às Promotorias de Justiça (SISCAP) ou por ofício encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo – PGJAA – ou Diretor-Geral – DG.

k) Como o material é enviado às Promotorias de Justiça?

A entrega é feita por veículo da Procuradoria-Geral de Justiça.

l) Pode-se trocar material permanente?

Sim, com a autorização do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo ou do Diretor-Geral.

m) Pode-se devolver material permanente?

Sim, devendo-se solicitar o recolhimento à Diretoria de Material de Patrimônio.

n) Pode haver movimentação de material permanente entre as unidades administrativas e Promotorias de Justiça sem autorização prévia?

Não. É proibida a movimentação de bens permanentes entre diferentes unidades administrativas sem a autorização prévia do Diretor-Geral ou do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, sob pena de o responsável pelos bens responder administrativamente por eventuais extravios ou perdas.

3.3.1.3 - INVENTÁRIO PATRIMONIAL

Legislação pertinente:

Lei n° 4.320, de 17 de março de 1964 - Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (arts. 94 a 96)

Resolução PGJ n° 35, de 13 de agosto de 2001 – Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/ Unidades Administrativas, aquisição, movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. (art. 5º)

a) Quando se faz o inventário patrimonial?

Anualmente, após a Diretoria de Material e Patrimônio remeter às Promotorias de Justiça e demais unidades organizacionais do Ministério Público a lista dos materiais permanentes sob a responsabilidade de cada uma delas, que deverá ser conferida e assinada pelo responsável da área e depois enviada à comissão instituída na época por resolução específica, dentro do prazo determinado, indicando eventuais ocorrências.

b) É obrigatória a realização do inventário patrimonial?

Sim. Sua realização obedece ao disposto nos artigos 94 e 96 da Lei n° 4.320/64.

c) De quem é a responsabilidade pela realização do inventário patrimonial?

A responsabilidade cabe ao servidor designado para responder pelo controle patrimonial da comarca ou da unidade, conforme a IN n° 02/2006, e também à comissão inventariante instituída anualmente pelo Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo.

d) O que se deve fazer no caso de algum bem não ser localizado na comarca ou unidade?

Deve-se comunicar ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo por meio de ofício enviado

pelo Promotor de Justiça ou por servidor responsável pelo controle patrimonial da comarca ou da unidade.

e) O que fazer em caso de remoção ou promoção do responsável pela carga patrimonial?

O servidor responsável pelo controle dos bens patrimoniais deverá conferir, juntamente com o substituto, a relação de bens sob sua responsabilidade, lavrando termo de transferência no qual constarão eventuais divergências.

f) Quais providências deverão ser tomadas pelo responsável pelo controle patrimonial em caso de furto, extravio ou perda de bens?

O servidor responsável, ao tomar conhecimento de furto, extravio ou perda de bens, deverá providenciar de imediato a Ocorrência Policial e, em sendo necessária, a Perícia Técnica da Polícia Civil. Posteriormente, comunicará o fato ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo para as providências cabíveis.

3.3.1.4 - CONCERTO DE MATERIAL PERMANENTE

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 35, de 13 de agosto de 2001 – Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/ Unidades Administrativas, aquisição, movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. (arts. 8º a 11)

a) Como solicitar concerto de material permanente?

Na Capital, faz-se a solicitação preferencialmente por endereço eletrônico ou por ofício, encaminhando o material permanente à Diretoria de Material e Patrimônio. Caso não seja possível encaminhá-lo, solicite-se à Diretoria de Material e Patrimônio o recolhimento do material.

No interior, estando dentro do prazo de garantia, deve-se contatar o fornecedor, após autorização/ciência da Diretoria de Material e Patrimônio. Estando fora do prazo de garantia, encaminhe-se o bem à Diretoria de Material e Patrimônio para concerto; caso não seja possível encaminhá-lo, solicite-se a ela o seu recolhimento, o qual se dará quando houver viagem para entrega ou recolhimento de bens na região.

3.3.1.5 - MATERIAL PERMANENTE EM DESUSO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 35, de 13 de agosto de 2001 – Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/ Unidades Administrativas, aquisição,

movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. (art. 8º)

Resolução PGJ nº 66, de 17 de setembro de 2004 – Delega poderes ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo para autorizar a baixa de bens móveis permanentes pertencentes ao acervo patrimonial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

a) Como proceder em caso de material permanente com placa patrimonial da PGJ em desuso na comarca?

Pede-se o recolhimento do material por ofício, relacionando-o, ou por meio de formulário de recolhimento de bens, portado pelos servidores da DMAP durante viagem para entrega ou recolhimento de bens nas comarcas.

3.3.2 - FINANÇAS

3.3.2.1 - ADIANTAMENTOS DIVERSOS

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 101, de 22 de outubro de 2002 – Estabelece critérios e procedimentos para realização de despesas não submetidas ao processo normal de pagamento e dá outras providências. (art. 2º)

Resolução PGJ nº 02, de 15 de janeiro de 2003 – Altera o formulário instituído pelo Anexo III da Resolução PGJ nº 101, de 24 de outubro de 2002, de solicitação de adiantamentos diversos.

Resolução PGJ nº 36, de 27 de abril de 2004 – Altera dispositivos da Resolução nº 101, de 24 de outubro de 2002 e dá outras providências.

Resolução PGJ nº 43, de 02 de junho de 2004 – Altera dispositivos da Resolução nº 101, de 24 de outubro de 2002 e dá outras providências.

Portaria DG nº 2050, de 06 de novembro de 2002 – Regulamenta a aplicação de adiantamento para realização de despesa miúda e de pronto pagamento nas comarcas integrantes de Região Administrativa, nos termos da Resolução nº 101, publicada no “Minas Gerais” em 24 de outubro de 2002 e dá outras providências.

Portaria DG nº 904, de 27 de abril de 2004 – Altera dispositivos da Portaria DG nº 2.050, de 08 de novembro de 2002.

a) O que são adiantamentos diversos?

Trata-se de recursos financeiros (numerário) disponíveis aos servidores públicos para satisfação de

despesas diversas que, pela sua natureza, não podem ser submetidas ao processo normal de pagamento, sob pena de passar a oportunidade de sua ocorrência e não haver efetividade na sua realização ou inviabilizar a prestação ou manutenção de um determinado serviço (ex.: combustível e lubrificante em viagem; aquisição de passagens, exceto aéreas; etc.).

b) O que são despesas miúdas e de pronto pagamento?

A despesa miúda e a de pronto pagamento são despesas feitas sob a modalidade de adiantamento e visam ao pagamento de pequenas despesas urgentes ou que, não o sendo, melhoram entretanto a qualidade do serviço (*vide* Resolução PGJ nº 101/2002, alterada pelas Resoluções PGJ nºs 36 e 43/2004). Ex.: material de escritório, pequenos consertos em bens móveis ou imóveis, etc..

c) Quem pode utilizar os adiantamentos diversos?

Somente o servidor ou membro do Ministério Público credenciado ou autorizado pelo ordenador de despesa, desde que esta seja sempre precedida de empenho por estimativa na dotação própria. Ex.: apenas o condutor de veículo em viagem está credenciado a receber adiantamento para despesas com combustíveis e lubrificantes, e não mais que durante o período de viagem.

No caso de despesa miúda e de pronto pagamento, estão credenciados para solicitar o adiantamento os responsáveis pelas unidades administrativas indicados nos incisos I a VII do art. 4º da Resolução PGJ nº 101/2002. Todavia, a utilização por outra pessoa pode ser definida pelo credenciado, contanto que o faça por delegação no próprio documento de solicitação do adiantamento.

d) Quais tipos de despesas poderão ser realizados com recursos de adiantamentos?

Todas aquelas elencadas no art. 2º da Resolução PGJ nº 101/2002. Porém, as despesas miúdas e de pronto pagamento que mais ensejam dúvidas devem-se ajustar ao conceito do art. 2º, § 1º, e não podem estar inclusas nas vedações impostas pela legislação geral e pelo art. 22 da Resolução PGJ nº 101/2002.

A lista a seguir resume os tipos de despesas permitidas:

- Combustíveis e lubrificantes para veículos em viagem;
- Reparos de veículos em viagem;
- Conserto de pneus;
- Gastos com alimentação, pousada e transporte de empregado terceirizado, quando necessário seu deslocamento fora da Sede;

- Aquisição de passagens, exceto aéreas;
- Despesas miúdas e de pronto pagamento;
- Despesas eventuais de gabinete (essa despesa, embora possa ser realizada sob a modalidade de adiantamento, é feita preferencialmente sob a forma de reembolso, se houver empenho prévio em nome da autoridade credenciada a utilizá-la).

e) Quais são os valores e as quantidades de adiantamentos que podem ser solicitados?

Os Anexos I e I-A da Resolução PGJ nº 101/2002, com as alterações subsequentes, especialmente as Resoluções nº 36/2004 e nº 43/2004, definem os valores limites para os Adiantamentos Diversos, os quais podem, entretanto, ser alterados por ato do Diretor-Geral, no interesse do serviço e de acordo com as disponibilidades orçamentária e financeira, nos termos do art. 2º, § 4º, da Resolução PGJ nº 101/2002, com a redação dada pela Resolução PGJ nº 043/2004.

Em se tratando de despesa miúda e de pronto pagamento, os adiantamentos são limitados a número máximo de 12 (doze) por ano e seus valores estão definidos no anexo I-A da Resolução PGJ nº 101/2002 para cada comarca. Para as unidades administrativas da Capital, tanto a despesa miúda e de pronto pagamento como os limites dos demais adiantamentos são definidos no Anexo I da Resolução PGJ nº 101/2002.

Entretanto, os valores adiantados para as despesas de combustíveis e lubrificantes em viagem são definidos em virtude da distância a ser percorrida pelo veículo, e os adiantamentos para aquisição de passagens são realizados em virtude do seu custo.

f) Para o anexo I-A existe algum critério quanto aos valores estipulados?

Os critérios para os valores estabelecidos no Anexo I-A estão dispostos no art. 2º, § 4º, da Resolução PGJ Nº 101/2002, com redação dada pela Resolução PGJ Nº 43/2004.

g) Que despesas NÃO podem ser realizadas com adiantamento de despesa miúda e de pronto pagamento?

São exemplos de vedações ao uso dos recursos desse tipo de adiantamento:

- Aquisição de bens classificados como material permanente;
- Material existente no Almoxarifado da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Passagens aéreas;
- Realização de obras civis ou reformas, exceto pequenos reparos em instalações e na edificação do prédio;
- Alimentos, artigos de luxo, artigos para festas e comemorações, cartões de visita;

- Contratação mensal de serviços de manutenção e limpeza ou de qualquer outro serviço de prestação continuada;
- Medicamentos e materiais de primeiros socorros para formação de estoque ou cujo somatório de gastos seja superior a 10% (dez por cento) do valor do adiantamento fornecido;
- Artigos de higiene íntima;
- Outras (nesse caso é necessário verificar a adequação ao conceito disposto no art. 2º, § 1º, da Resolução PGJ nº 101/2002).

A lista completa e as exceções previstas para os itens acima podem ser consultados no art. 22 da Resolução PGJ nº 101/2002.

h) É permitido que despesas de naturezas diferentes sejam pagas em um mesmo adiantamento?

NÃO. Tanto a legislação geral quanto a legislação interna desta Procuradoria-Geral de Justiça vedam o pagamento de despesas de naturezas distintas com um único adiantamento, exigindo-se que a despesa guarde estrita consonância com o tipo de adiantamento fornecido. Assim sendo, é vedada a aquisição de combustíveis com os recursos do adiantamento de despesa miúda e de pronto pagamento e vice-versa.

As despesas dividem-se em sete tipos, conforme disposto nos incisos do art. 2º da Resolução PGJ nº 101/2002, (direcionar link à pergunta tipos de despesas) e a cada tipo corresponde um adiantamento próprio.

i) Quando poderão ser reajustados os limites monetários e quantitativos dos adiantamentos?

O reajuste dos limites monetários e quantitativos dos adiantamentos que possuem valor fixo obedece a critérios de oportunidade e conveniência da administração superior desta Procuradoria-Geral de Justiça, observadas as disponibilidades orçamentária e financeira da Instituição.

j) Como se deve fazer a requisição de adiantamento?

A requisição de um adiantamento será efetuada utilizando-se do formulário denominado “Solicitação de Adiantamentos Diversos” – modelo disponível no endereço eletrônico do Ministério Público, (<http://www.mp.mg.gov.br>): *Auxiliares > Diretoria-Geral > Superintendência de Finanças > Diretoria de Contabilidade > Formulários > Arquivos > Solicitação de Adiantamentos Diversos (novo)* – que será subscrito pelo Coordenador da Unidade Administrativa ou pela Autoridade da Promotoria de Justiça credenciada para receber o adiantamento (de acordo com o art. 4º da Resolução PGJ nº 101/2002) e deverá ser encaminhado à Diretoria de Contabilidade, até o dia 25 (vinte e cinco) do mês

anterior ao da vigência do adiantamento, no caso de despesa miúda e de pronto pagamento.

O modelo, que serve para todos os tipos de adiantamento, é auto-explicativo e requer que sejam preenchidos todos os campos relativos à pessoa indicada no documento para os recursos do adiantamento.

A indicação de nome diverso do nome do servidor ou membro do Ministério Público credenciado a receber o adiantamento, no próprio formulário, no item “emitir pagamento em nome de”, implica na delegação da responsabilidade de receber, gastar e prestar contas dos recursos disponibilizados mediante depósito em conta movimento.

k) Existem datas e prazos a serem obedecidos para a utilização de adiantamentos?

SIM. Existem prazos para aplicação e prestação de contas dos adiantamentos concedidos (arts. 7º e 8º, 10 e 12 a 14 da Resolução PGJ nº 101/2002; arts. 3º e 4º da Resolução PGJ nº 36/2004). Entretanto, no mês de dezembro, em razão do encerramento do exercício, a Superintendência de Finanças é competente para alterar todos os prazos dos adiantamentos, por meio de publicação no “Minas Gerais”, de forma que as prestações de contas sejam feitas dentro do próprio exercício.

No caso de despesa miúda e de pronto pagamento, cujos adiantamentos estão limitados ao máximo de 12 (doze) por ano, a solicitação deve ser encaminhada até o dia 25 (vinte e cinco) do mês anterior ao período solicitado. Obedecido esse prazo, ainda que a área financeira não libere os recursos no primeiro dia útil do mês de vigência, essa será a data inicial considerada para fins de aplicação dos recursos, e a data final será o último dia do mês de vigência. O prazo para prestação de contas nesse caso vai até o 10º (décimo) dia útil do mês subsequente ao da aplicação.

Em se tratando de adiantamentos que não estão vinculados ao mês de competência, como é o caso de adiantamento para aquisição de combustível para os veículos de Coordenadorias especiais ou para pagamento de despesas decorrentes de deslocamento de empregados terceirizados nas comarcas, o prazo para aplicação dos recursos é de 30 (trinta) dias contados da data da liberação no SIAFI-MG, sendo de 10 (dez) dias úteis o prazo para prestação de contas. Nesse caso, a data da liberação do recurso é informada por intermédio de ofício ao responsável pelo adiantamento.

l) Como é formalizada a prestação de contas?

A formalização da prestação de contas se faz com o encaminhamento do formulário de “Prestação de Contas de Adiantamentos Diversos” à Diretoria de Contabilidade, modelo disponível no endereço ele-

trônico do Ministério Público (<http://www.mp.mg.gov.br>) : *Auxiliares > Diretoria-Geral > Superintendência de Finanças > Diretoria de Contabilidade > Formulários > Arquivos > Prestação de Contas de Adiantamentos Diversos.*

No referido formulário devem ser preenchidos os campos destinados à identificação do responsável, empenho, liquidação, pagamento e valor, além dos documentos comprobatórios da despesa. É também necessário que todo comprovante de despesa seja certificado por dois responsáveis pelo recebimento dos materiais ou serviços, devidamente identificados pelo número do MAMP, no qual conste que os mesmos foram recebidos ou efetuados em condições satisfatórias para o serviço público estadual, conforme modelo de carimbo de certificado a seguir:

“Declaramos que os materiais/serviços foram recebidos/efetuados em condições satisfatórias para o Serviço Público Estadual em ___/___/___.”

Ass. _____

MAMP _____

Ass. _____

MAMP _____

(medidas aproximadas: 7 x 4cm)

Além disso, o documento de comprovação de despesa deverá ser emitido em nome da:

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

CNPJ: 20.971.057/0001-45

Inscrição Estadual: Isenta

Av. Álvares Cabral, 1690 – Santo Agostinho

CEP: 30130-010 - Belo Horizonte/ MG

O formulário possui ainda, junto da prestação de contas, uma folha de continuação da identificação dos documentos encaminhados, caso o espaço da primeira página não seja suficiente.

Deve-se estar atento à devolução da importância do adiantamento não utilizada, mediante depósito em conta movimento da Procuradoria-Geral de Justiça, Banco Itaú S/A, agência 3380, conta nº 00.573-0, cujo comprovante original deve ser anexado aos demais documentos da prestação de contas.

Vale destacar que a prestação de contas somente é considerada aceita quando acompanhada do respectivo comprovante de depósito do saldo não utilizado, se houver.

Caso ocorra um gasto maior que o adiantamento, não haverá ressarcimento, pois a legislação geral veda o ressarcimento de valor gasto em excesso ao valor adiantado, no caso de adiantamento de despesa miúda e de pronto pagamento.

IMPORTANTE: A data de emissão do documento fiscal deverá estar dentro do período de validade do adiantamento.

m) Quais documentos poderão ser rejeitados pela Diretoria de Contabilidade / SUF na prestação de contas?

Nos termos do art. 17 da Resolução PGJ nº 101/2002, serão rejeitados os documentos ilegíveis, rasurados e os que apresentarem discriminação genérica ou em código que impeça a adequada identificação dos bens ou serviços fornecidos; os recibos ou nota fiscal com data anterior à do registro do aviso ou da ordem de pagamento, ou posterior ao prazo estabelecido para o adiantamento do mês; os comprovantes emitidos pelo responsável pelo adiantamento; os documentos fiscais sem o certificado de recebimento no verso com duas assinaturas; notas fiscais com prazo de validade vencido, em desacordo com as normas da Fiscalização Fazendária, Estadual ou Municipal. Também não será aceita a prestação de contas sem a 1ª via de documento fiscal.

No caso específico de adiantamento de combustíveis e lubrificantes para veículos em viagem ou de reparos de veículos em viagem, também será rejeitado o documento com data de emissão anterior à de saída ou posterior à data de retorno à sede.

n) Em que situações não serão concedidos novos adiantamentos?

Não serão concedidos novos adiantamentos quando já existirem dois adiantamentos em aberto ou quando existir pendência não regularizada em adiantamento anterior; ou se a prestação de contas não for aprovada pelo Ordenador de Despesa por recomendação da Auditoria Interna; ou ainda se não houver devolução do saldo não utilizado.

A prestação de contas fora dos prazos estabelecidos pela Resolução PGJ nº 101/2002, alterada pela Resolução PGJ nº 36/2004, também impede a realização de novo adiantamento, independente de haver um único adiantamento em aberto.

o) Poderão ser utilizados adiantamentos a título de despesas com combustíveis para servidores terceirizados?

Nos termos da legislação interna da Procuradoria-Geral de Justiça, existe previsão para o oferecimento de recursos sob a forma de adiantamento para atendimento de despesas com combustíveis para servidores terceirizados.

A legislação geral prevê o adiantamento de combustíveis e lubrificantes somente para veículos em viagem.

Se o adiantamento de combustível for entregue diretamente para motorista em viagem, somente poderá ser utilizado da data de início da viagem até a data de retorno. E a prestação de contas deverá ser realizada no mesmo prazo estabelecido para a pres-

tação de contas de diária de viagem antecipada, ou seja, 03 (três) dias úteis para servidores da Capital e 10 (dez) dias úteis para servidores do interior do Estado.

Se o adiantamento de combustível for realizado para atendimento de viagens durante um certo período, então seu prazo de aplicação é de 30 (trinta) dias, sendo de 10 (dez) dias corridos o prazo para prestação de contas, contados a partir do término do prazo de aplicação dos recursos.

p) O Formulário de “Autorização de Circulação de Veículo - ACV” deve acompanhar a prestação de contas?

Sempre que for necessário, especialmente quando se tratar de prestação de contas de adiantamentos de combustíveis ou para atender despesas com empregados terceirizados.

q) Podem ser utilizados adiantamentos a título de despesas de manutenção em imóveis?

Não objetivamente. Em virtude da atual legislação do INSS e do ISSQN, que onera os serviços com pagamento de contribuição patronal e retenção de valor devido pelo Segurado, ou mesmo de retenção para o Município referente ao ISSQN, até que ocorra vedação expressa nesse sentido, recomenda-se que não se utilize de serviços de pessoa física ou de pessoa jurídica, senão pelo processo normal de pagamento, caso em que é necessário empenho prévio e autorização formal da Superintendência de Finanças. O art. 2º, §1º, da Resolução PGJ Nº 101, de 22 de outubro de 2002, não especifica expressamente a possibilidade ou não de se utilizar os recursos de adiantamento para cobrir despesas de manutenção em imóveis. Entretanto, várias despesas relativas à manutenção de imóveis próprios, locados ou cedidos em comodato, podem ser realizadas com recursos do adiantamento de despesa miúda e de pronto pagamento: pequenos serviços de pintura, adaptação das instalações elétricas e hidráulicas, conserto de janelas, portas e fechaduras, etc.

São vedados serviços como a contratação de mão-de-obra regular para limpeza e conservação, tanto se prestados por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Nestes casos, a licitação é a forma adequada de contratar e realizar despesas com a manutenção.

3.3.2.2 - DIÁRIAS DE VIAGEM

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 24, de 12 de maio de 2006 – Disciplina a concessão de diárias a membro e servidor do Ministério Público e a empregado terceirizado.

Resolução PGJ nº 04, de 13 de janeiro de 2007 – Acrescenta os §§ 3º e 4º ao artigo 2º da Resolução PGJ nº 24, de 11 de maio de 2006.

Resolução PGJ nº 59, de 11 de dezembro de 2007 – Altera o Anexo I da Resolução PGJ nº 24, de 11 de maio de 2006.

a) O que são diárias de viagem?

As diárias têm origem no Direito Administrativo e, a princípio, possuem caráter indenizatório. As diárias são destinadas a cobrir, geralmente, despesas com pousada e alimentação, incluindo despesas com transporte urbano durante a viagem, quando decorrentes de deslocamentos para fora da sede de lotação.

São, portanto, pagamentos ligados diretamente ao deslocamento das respectivas sedes, em razão de serviço, feito pelos membros, servidores do Ministério Público e empregados terceirizados.

b) Quem tem direito a elas e quando?

Os membros, os servidores do Ministério Público e os empregados terceirizados, quando realizarem viagem a trabalho ou para participar de eventos de interesse da Instituição.

c) Quais os documentos necessários para a requisição de diárias?

Quando é requerida diária antecipada, primeiro é encaminhado o formulário de “Solicitação de Diárias de Viagem/ Passagem”, para que seja providenciado o crédito dos recursos financeiros necessários antes do início da viagem. Somente depois de realizada a viagem é que o beneficiário providencia o formulário de “Prestação de Contas de Diária de Viagem”, o qual contém o “Relatório de Viagem”. Juntamente com este formulário devem ser encaminhados os documentos comprobatórios do deslocamento e da despesa com hospedagem, quando for o caso.

Quando a viagem já ocorreu e não foi encaminhado o formulário de “Solicitação de Diária de Viagem/ Passagem”, então é necessário encaminhar a documentação completa, incluindo o “Relatório de Viagem” do formulário de “Prestação de Contas de Diária de Viagem”, comprovantes de passagens ou “Autorização de Circulação de Veículo”, etc.

O formulário de “Prestação de Contas de Diárias de Viagem” deverá ser certificado e assinado por membro do MP ou pela Chefia Imediata do servidor.

d) Quando e como requerer o pagamento de diárias?

A princípio, o pagamento de diária deve ser requerido antes que a viagem seja iniciada, para que se providencie o empenho em nome do beneficiário. Isto porque a despesa pública deve ser previamente empenhada, o valor correspondente ao custo da viagem fica reservado na dotação orçamentária própria e os recursos financeiros já ficam garantidos.

Se o valor da diária for entregue ao beneficiário antes de iniciada a viagem, então o procedimento é definido como DIÁRIA ANTECIPADA. Entretanto, se o pagamento do valor devido pelo deslocamento ocorrer após o retorno, então o procedimento é definido como DIÁRIA VENCIDA.

O requerimento do pagamento de diárias deve ser realizado nos termos da resposta dada à pergunta anterior.

e) Como são calculadas as diárias?

O Anexo I, abaixo, é utilizado como parâmetro para o cálculo das diárias descritas na resposta anterior:

CLASSIFICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS	TABELAS DE VALORES DE DIÁRIAS (R\$)		
	M I N A S G E R A I S	Outros Estados e Capitais	
		1a Diária	Demais Diárias
Empregados terceirizados	108,00	216,00	162,00
Servidores	200,00	400,00	300,00
Membros do Ministério Público	212,00	424,00	318,00
Indenização de despesas de deslocamento (Art. 1º, § 1º)	0,60 Km rodado		

Anexo I (a que se refere art. 26, da Resolução nº 24/2006)

3.3.2.3 - DESPESAS DE VIAGEM

a) Poderá ser utilizado veículo próprio ou táxi para deslocamentos?

Não existe vedação para utilização de veículos não oficiais nos deslocamentos de viagens para fora da sede.

Porém, a indenização de combustível só é feita em situações excepcionais, PREVIAMENTE autorizadas pelo ordenador de despesa. Tal previsão existe desde 01/06/2006, de acordo com as disposições da nova resolução de diárias de viagem (Resolução PGJ nº 24/2006).

A referida norma não cita expressamente a palavra táxi, mas nada obsta, podendo ser inclusive o táxi.

b) Como e quando pedir reembolso da despesa para deslocamento em veículo próprio ou táxi?

Desde que previamente autorizado, o servidor ou membro do MP, após o retorno da viagem, deverá apresentar os comprovantes dos gastos realizados, juntamente com a prestação de contas de diárias de viagem. (Resolução PGJ nº 24, de 11 de maio de 2006).

c) Como é calculada a despesa para reembolso neste caso?

A indenização desse tipo de despesa de deslocamento só ocorre mediante prévia autorização, à razão de R\$ 0,60 (sessenta centavos de real) por quilômetro percorrido nos termos do anexo I da Resolução PGJ nº 24/2006.

d) O servidor ou membro poderá utilizar-se de veículo oficial para viagem?

Sim, desde que seu deslocamento seja de exclusivo interesse da Instituição.

e) Como requisitar veículo oficial?

Por ofício encaminhado ao Diretor-Geral ou ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo.

3.3.3 - SERVIÇOS GERAIS E TRANSPORTE

3.3.3.1 - SERVIÇOS GERAIS

a) O que são serviços gerais?

São serviços direcionados à manutenção predial e de equipamentos, limpeza e conservação, telefonia, reprografia, distribuição de correspondências, copa, portaria, vigilância etc.

b) A quem se dirigir, em caso de inadequação do serviço?

À Superintendência Administrativa ou à Diretoria de Serviços Gerais e Transporte, pelos telefones (31) 3330-8128 / (31) 3330-8143.

c) É permitido aos funcionários contratados por meio de empresa terceirizada trabalhar em regime extraordinário?

Não. O atual contrato não prevê o pagamento de horas-extras.

d) É permitido aos funcionários contratados trabalhar em função diversa daquela para a qual foi designado?

Não. A modificação das funções originais caracteriza desvio de função, podendo acarretar sérios problemas trabalhistas à Procuradoria-Geral de Justiça.

A - CÓPIAS REPROGRÁFICAS

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 103, de 22 de novembro de 2005 – Racionaliza gastos com materiais de informática, de escritório, gráfico, combustível, manutenção de veículos na Procuradoria-Geral de Justiça e dá outras providências. (art. 19, inciso III)

Resolução PGJ nº 36, de 27 de abril de 2004 – Altera dispositivos da Resolução nº 101, de 24 de outubro de 2002 e dá outras providências. (art. 1º)

Resolução PGJ nº 43, de 02 de junho de 2004 – Altera dispositivos da Resolução nº 101, de 24 de outubro de 2002 e dá outras providências. (art. 1º)

a) Como solicitar cópias reprográficas?

A solicitação de cópias reprográficas deverá ser feita por meio do formulário de “Requisição de Fotocópias”, obtido no Almoarifado, devidamente preenchido e assinado pelo responsável da unidade demandante.

b) Outras pessoas podem utilizar este serviço?

Apenas em casos excepcionais e desde que ressarcidos os valores do custo por cópia, como, por exemplo, cópias de editais, processos, ou outros documentos de interesse da pessoa relativos aos trabalhos desenvolvidos no Ministério Público. É vedada expressamente a utilização do serviço reprográfico para cópias particulares não relacionadas aos trabalhos desenvolvidos no Ministério Público.

c) Como é realizado o controle diário do número de cópias reprográficas?

O controle diário do número de cópias reprográficas é realizado por meio do formulário de “Requisição de Fotocópia”, juntamente com a leitura dos registros de cópias constantes nos equipamentos.

d) Como é feita a prestação de contas?

Para os equipamentos locados, a leitura mensal da quantidade de cópias efetuadas deve ser encaminhada em formulário próprio à empresa contratada, por fax, e à Diretoria de Serviços Gerais e Transportes, pelo fax (31) 3330-8183.

Para os usuários do convênio com o Tribunal de Justiça, a quantidade de cópias efetuadas deve ser encaminhada, trimestralmente, por ofício, à Diretoria de Material e Patrimônio.

Em caso de contratos com terceiros, o formulário, obtido da empresa contratada, deve ser encaminhado a ela por meio de fax, com a leitura mensal da quantidade de cópias efetuadas. Em seguida, a contratada emitirá as respectivas faturas, enviando-as à Superintendência Administrativa.

Em caso de máquina própria da Procuradoria-Geral de Justiça, o coordenador da unidade na qual o equipamento se encontra é responsável pelo controle da quantidade de cópias efetuadas.

e) De quem é a responsabilidade pelo controle de cópias reprográficas?

É do responsável de cada unidade administrativa ou da pessoa por ele designada.

f) Como solicitar materiais e suprimentos para as máquinas de reprografia?

Para os equipamentos locados, o pedido deve ser direcionado à empresa contratada por meio de fax ou telefone.

Para os equipamentos próprios da Procuradoria-Geral de Justiça, o pedido deve ser encaminhado ao Almoarifado por meio de formulário próprio.

g) Caso a máquina apresente defeitos, como proceder?

Tratando-se de equipamentos locados, deve-se verificar o número de série do equipamento e contatar imediatamente a empresa contratada.

Se o equipamento for próprio da Procuradoria Geral de Justiça, deve-se contatar a Diretoria de Serviços Gerais, para que esta providencie a solução com a empresa de manutenção contratada.

B - SERVIÇO POSTAL TELEGRÁFICO

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 101, de 22 de novembro de 2005 – Otimiza o uso de postagens de correspondências no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Resolução PGJ nº 13, de 26 de fevereiro de 2004 – Dispõe sobre critérios de determinação dos valores das despesas postais.

a) Qual o limite mensal por Promotoria de Justiça ou Unidade Administrativa?

Comarcas de Entrância Especial: valor fixo de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), acrescido de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para cada Promotoria de Justiça instalada a partir da segunda Promotoria;

Comarcas de Segunda Entrância: valor fixo de R\$ 200,00 (duzentos reais), acrescido de R\$ 40,00 (quarenta reais) para cada Promotoria de Justiça instalada a partir da segunda Promotoria;

Comarcas de Primeira Entrância: valor fixo de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

b) O que fazer se o limite mensal for excedido?

O limite excedido deverá ser justificado, por ofício, à Diretoria-Geral.

c) Que tipos de postagem devem ser utilizados?

Deve-se utilizar carta simples, carta registrada, carta registrada com Aviso de Recebimento (AR) e SE-DEX, observando a Resolução PGJ nº 101, de 22 de novembro de 2005.

d) Quando a correspondência deve ser registrada ou registrada com AR?

A correspondência deve ser registrada quando houver a necessidade de comprovação oficial de recebimento, permitindo o acompanhamento da sua movimentação por meio do número do registro.

A utilização dos serviços de AR e de carta registrada é restrita ao envio de contratos, processos administrativos e judiciários, intimações e notificações, observada a avaliação do titular da Promotoria de Justiça ou dos Coordenadores das unidades.

e) Que observar quanto à preparação de expedientes a serem postados?

Deve-se observar o envelopamento, a embalagem e a etiquetagem, conforme as normas definidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

Além disso, precisam ser tomados os seguintes cuidados:

- Separar os documentos por assunto;
- Remeter os documentos endereçados à Procuradoria-Geral de Justiça em um único envelope;
- Não encaminhar os requerimentos e outros assuntos juntamente com os processos.

C - SERVIÇO DE TELEFONIA**Legislação pertinente:**

Resolução PGJ nº 102, de 22 de novembro de 2005 – Racionaliza o uso do serviço de telefonia no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

a) Quais os limites de gastos com telefonia a serem observados?

De acordo com os limites fixados na Resolução nº 102/2005, de 22 de novembro de 2005:

- as Promotorias de Primeira Entrância dispõem de R\$120,00 (cento e vinte reais);
- as Promotorias de 2ª Entrância dispõem de R\$130,00 (cento e trinta reais);
- as Promotorias de Entrância Especial e outras unidades administrativas dispõem de R\$150,00 (cento e cinquenta reais).

Em todos os casos, o limite se aplica a cada ramal disponível, e os valores fixados devem ser acrescidos do valor da assinatura.

b) Como requerer instalação de linhas telefônicas ou extensões?

As extensões devem ser solicitadas à Diretoria de Serviços Gerais e Transporte/ Manutenção, por correio eletrônico, desde que não impliquem em custo adicional à PGJ.

No interior, havendo custo adicional, é necessário fazer três orçamentos e, em seguida, encaminhar o requerimento, por ofício, à Central de Atendimento às Promotorias. Na Capital, basta encaminhar o pedido por ofício à Central de Atendimento às Promotorias, quando se tratar de Promotorias de Justiça, ou à Diretoria-Geral, quando for caso de Unidades Administrativas. Se houver dúvida, pode-se contatar a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção.

Quanto à solicitação de nova linha telefônica, o procedimento deverá ser o mesmo indicado acima. Nos requerimentos mencionados, devem constar a justificativa, as linhas já existentes e o número de usuários.

c) O que não é permitido na utilização dos serviços de telefonia fixa?

- Ligações para celulares, DDD e DDI, salvo se o ramal estiver autorizado;
- Recebimento de ligações a cobrar;
- Ligações para telegrama fonado, serviços 0900, anúncios fonados, consulta à lista e similares.

D - SOLICITAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO**a) Quais os serviços de manutenção prestados pela PGJ?**

- Manutenção preventiva e corretiva em elevadores, sistema de ar condicionado (central, *split*, *multisplit*, tipo janela), pára-raios, equipamento de *No Break*, portões de garagem e cancelas, cercas elétricas e subestações;
- Instalação, manutenção preventiva e corretiva em central de PABX, rede de telefone, rede lógica, rede elétrica e rede hidro-sanitária;
- Os serviços mencionados são executados em imóveis próprios ou locados.

b) Em quais equipamentos a PGJ faz manutenção?

A PGJ realiza a manutenção em todos os equipamentos mencionados na resposta acima. A execução dos trabalhos é efetuada pela própria equipe da Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção, ou por contratação de empresas especializadas.

Na Capital, em se tratando de manutenção em ar-condicionado ou elevador, a Diretoria de Serviços

Gerai e Transportes/ Manutenção deverá ser comunicada para solucionar o problema.

c) Como proceder em caso de solicitação de serviços e pequenas reformas de manutenção em imóveis?

São dois os procedimentos:

- **Imóvel próprio ou locado:** a solicitação, por ofício, deve ser encaminhada à Superintendência Administrativa para análise da viabilidade de atendimento.
- **Dentro do prédio do Fórum:** primeiramente, deve-se analisar com a direção do Fórum se a responsabilidade é do Tribunal de Justiça ou da PGJ. Caso a responsabilidade seja da PGJ, deve ser encaminhado o pedido da reforma, juntamente com a autorização do Diretor do Fórum, à Superintendência Administrativa.

d) Após a conclusão do serviço, quais os procedimentos a serem adotados em relação à nota fiscal?

A nota fiscal deve ser atestada, conforme o modelo abaixo, pela unidade/Promotoria de Justiça e conter assinatura do membro e de um servidor, e, logo em seguida, ser encaminhada, por ofício, à Superintendência Administrativa.

Modelo de Atestado

Atestamos que os

Serviços ___

Materiais___

Foram recebidos em condições satisfatórias em ___/___/___

Nome legível – MAMP

Nome legível – MAMP

e) Como proceder em caso de solicitação de ampliação ou reformas?

O interessado deve encaminhar a solicitação, por ofício, à Central de Atendimento às Promotorias ou à Diretoria-Geral, a fim de que seja feita a análise do pedido.

f) Como proceder em caso de defeitos no sistema telefônico?

Sistema RVI – Rede Virtual Integrada: primeiramente, faz-se necessário verificar se o problema é na rede ou no aparelho. Para isso, basta testar o aparelho em outro ponto ou utilizar outros aparelhos.

Após o teste, comunicar com a empresa prestadora do serviço, solicitando a correção do problema.

Central Telefônica: deve-se solicitar o serviço de reparo entrando em contato com a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção.

E - MANUTENÇÃO PREVENTIVA

a) O que é manutenção preventiva?

Manutenção preventiva é a ação executada por profissional habilitado, efetuando o ajustamento e as correções dos equipamentos, com o objetivo de prolongar a vida útil do bem e evitar riscos de acidentes e danos.

b) Como proceder em caso de manutenção preventiva de instalações elétricas?

A manutenção preventiva de instalações elétricas é feita pelos técnicos da Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção, que verificam as instalações por meio de inspeções visuais, reapertos, medições de grandezas elétricas e instalações de novos equipamentos de proteção, se necessário.

Em caso de dúvida ou solicitação de modificação nas instalações elétricas, deve-se contatar a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção no ramal 8165.

IMPORTANTE: antes da instalação de um novo equipamento, contatar a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção, a fim de analisar a compatibilidade com a rede elétrica.

c) Como proceder em caso de manutenção de instalações hidráulicas?

A manutenção de instalações hidráulicas é realizada pela Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção, que verifica a presença de vazamentos, o funcionamento de bombas e providencia a troca de filtros para bebedouros. Portanto, a solicitação desses serviços deve ser feita diretamente à Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção.

d) Como proceder em caso de manutenção de aparelhos de ar-condicionado?

- Ar-condicionado de janela: a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção ou a empresa contratada realiza inspeções mensais, avaliando o bom funcionamento do equipamento. O usuário deve proceder à limpeza dos filtros semanalmente ou quinzenalmente, retirando-os e lavando em água corrente.
- Sistema Central: são examinados os quadros de comando, atuações, torre, bombas e demais componentes do sistema.

Nos edifícios da PGJ, José Campomizzi Filho e Castellar Modesto Guimarães, o serviço é realizado por um operador fixo da empresa contratada. Nos de-

mais endereços, um usuário designado deverá efetuar o serviço. Em caso de dúvida, entrar em contato com a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/Manutenção.

e) Como proceder em caso de serviço de prevenção e combate a incêndio?

Existem brigadas ativas e treinadas em todos os recintos da Capital. Quanto ao interior, para maiores informações, contatar a Coordenadoria de Planejamento Institucional.

3.3.3.2 - TRANSPORTE

Legislação pertinente:

Resolução PGJ nº 103, de 22 de novembro de 2005 – Racionaliza gastos com materiais de informática, de escritório, gráfico, combustível, manutenção de veículos na Procuradoria-Geral de Justiça e dá outras providências.

a) Como proceder em caso de abastecimento?

Os abastecimentos devem ser feitos por meio da emissão de guias próprias na Diretoria de Serviços Gerais e Transporte ou nas unidades onde existam veículos à disposição.

Devem constar nas guias:

- a placa do veículo;
- a quilometragem registrada no hodômetro;
- a quantidade de combustível; e
- as assinaturas do responsável pelo setor, do motorista e do funcionário executor dos serviços.

Há um convênio entre Procuradoria-Geral de Justiça e Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG) para veículos do interior e da Capital, para que o combustível fornecido, via contrato, seja colocado nos tanques da PMMG. Assim, o abastecimento é feito diretamente nesses tanques, por bombas próprias, e o respectivo controle do saldo executado mensalmente.

Entretanto, nas comarcas do interior que possuem um veículo de prestação de serviços, mas não dispõem de batalhão da PMMG com bomba de combustível própria, deve-se solicitar ao Diretor-Geral, por ofício, a celebração de contrato com posto de combustível, para fornecimento do produto.

b) Como se deve fazer a manutenção?

A manutenção deve ser feita nas oficinas contratadas pela PGJ, sendo a preventiva efetuada a cada 10.000 km, e a corretiva quando necessário.

c) Como fazer a requisição de veículos?

As requisições devem ser feitas num prazo de 24 horas de antecedência, para atendimentos na re-

gião metropolitana de Belo Horizonte, e de 48 horas, para as demais localidades.

Quando se tratar de viagem fora do município, a requisição deve ser feita por meio de ofício dirigido ao Diretor-Geral. No caso de deslocamentos dentro da região metropolitana, o agendamento é feito com a Diretoria de Serviços Gerais e Transporte, por telefone.

3.3.4 - INFORMÁTICA

Legislação pertinente:

Instrução Normativa DG nº 3, de 1º de outubro de 2002 – Disciplina utilização dos recursos de informática à disposição dos membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas.

a) Como é feita a assistência técnica nos equipamentos?

Deve-se entrar sempre em contato com o tele-suporte da Diretoria de Informática (DINF), pelos números (31) 3330-8228 / (31) 8123-8173, a fim de obter orientações acerca de conserto, garantia etc. Além disso, quaisquer dúvidas ou dificuldade em relação ao uso de equipamentos de informática, acesso à internet, troca de cartuchos etc, também devem ser solucionadas por intermédio do tele-suporte.

Nos casos de equipamentos fora do prazo de garantia, as manutenções são realizadas somente na DINF, pelos técnicos desta diretoria, e o transporte dos equipamentos, devidamente embalados (bolas de papel, isopor etc.), deverá ser efetuado por meio de SEDEX ou pelo portador.

Nos casos de equipamentos dentro do prazo de garantia, os servidores da Diretoria de Informática, após receberem a reclamação do usuário sobre o defeito, contatarão a empresa fornecedora, para que esta preste a assistência técnica no local onde se encontrar o equipamento.

Envio dos equipamentos:

Impressoras – devem ser enviadas à Diretoria de Informática (DINF), para que se providencie a manutenção;

Estabilizadores de Tensão – devem ser enviados à Diretoria de Material e Patrimônio (DMAP), para que se efetue a troca e a devolução.

b) Como é feito o acesso à Internet?

Cada membro ou servidor do Ministério Público possui usuário e senha de acesso à Internet para uso institucional. A senha permitirá o acesso às áreas restritas *Intranet*, *Extranet* e Sistemas Corpora-

tivos. Para obtê-la, o membro ou o servidor deve entrar em contato com a Diretoria de Informática.

O acesso à Internet é oferecido de duas formas: Banda Larga ou Acesso Discado, sendo a primeira oferecida em todas as comarcas nas quais existe o serviço disponível, enquanto nas demais o acesso é discado.

Nas comarcas com Banda Larga:

O serviço de Banda Larga nas comarcas de Segunda Entrância e de Entrância Especial é oferecido por uma empresa terceirizada, devendo o usuário contatar, em caso de problemas na conexão, a Diretoria de Informática, para que esta providencie a solução.

Já nas comarcas de Primeira Entrância, nas quais o serviço de Banda Larga é contratado com fornecedores locais, o usuário também poderá contatá-los diretamente.

Nas comarcas com Acesso Discado:

Nas comarcas de Primeira Entrância nas quais se utilizam os serviços de Acesso Discado, o tempo máximo de acesso oferecido é de 20 horas por Promotor e 10 horas para a comarca.

c) Quais são os programas que a Procuradoria-Geral de Justiça oferece às comarcas?

Os programas oferecidos às comarcas são:

- Antivírus; e
- Editor de textos.

Nos equipamentos mais novos é instalado um *software* gratuito e completo, com planilha de cálculo.

IMPORTANTE: A Procuradoria-Geral de Justiça não se responsabiliza por *softwares* que não foram instalados pela Diretoria de Informática.

No endereço eletrônico institucional do Ministério Público (<http://www.mp.mg.gov.br>), encontram-se disponíveis alguns sistemas como, por exemplo, o Sistema de Registro Único (SRU), o Relatório Mensal, o Sistema de Apoio à Central de Atendimento às Promotorias de Justiça (SISCAP), o Sistema de Apoio à Fiscalização do Procon Estadual (SAP) e outros. Para acessá-los, é necessário solicitar à Diretoria de Informática o cadastro do usuário e da senha.

d) Quais cuidados devem ser tomados com os equipamentos e serviços de informática?

- Em caso de necessidade de manutenção, é proibido efetuar reparos sem autorização da Diretoria de Informática e encaminhar os equipamentos para os fornecedores sem a orientação prévia do tele-suporte.

- Sempre ligar e desligar os equipamentos corretamente.
- Procurar atualizar o antivírus com frequência, preferencialmente em todas as semanas. Os arquivos de atualização podem ser obtidos na página da PGJ ou no endereço eletrônico do fornecedor. Na Capital, a atualização é realizada automaticamente pela rede.
- Em caso de dúvida, nunca acessar o correio eletrônico, o *link* no conteúdo da mensagem ou o seu anexo, quando não tiver conhecimento prévio do assunto e do remetente.
- Não permitir a retirada dos equipamentos da Promotoria de Justiça sem autorização da Diretoria de Informática, nem mesmo pelas empresas responsáveis pela manutenção.
- Não instalar *software* sem autorização da Diretoria de Informática.
- Acessar somente os endereços eletrônicos relacionados ao trabalho.
- Seguir as orientações de uso dos recursos da informática, contidas na Instrução Normativa DG nº 3, de 1º de outubro de 2002.

e) Quem pode ter correio eletrônico institucional?

O correio eletrônico institucional está autorizado aos membros, à Secretaria de Promotoria e aos servidores cuja rotina de trabalho exige o seu uso. O cadastramento é feito pelo tele-suporte.

IMPORTANTE: a utilização do correio eletrônico é estritamente para fins de trabalho.

Regras básicas para o bom uso do correio eletrônico:

- Mensagens institucionais devem ser transmitidas por contas “@mp.mg.gov.br”.
- Utilize o correio eletrônico somente para mensagens de caráter institucional.
- Evite enviar mensagens não solicitadas, em massa, a destinatários que não requisitaram a informação.
- Antes de enviar uma mensagem, verifique a utilidade do conteúdo, o interesse do destinatário ou do grupo.
- Evite propagar mensagens sobre ameaças digitais, pessoas desaparecidas, solicitação de ajuda ou golpes praticados em determinada região.
- Evite acessar ou atender as solicitações contidas em uma mensagem duvidosa.
- Procure informações a respeito da origem das mensagens recebidas.
- Evite manter senhas pré-gravadas.
- Desligue as opções que permitem visualizar instantaneamente as mensagens recebidas.
- Não utilize o correio eletrônico para enviar mensagens sigilosas, sem a utilização de criptografia forte e certificação digital.
- Não responda a mensagens que solicitem senhas ou que relatem problemas de cadastro.

- Em caso de transferência de arquivos para o computador – *download* – utilize somente endereços eletrônicos confiáveis.

4 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA INSTITUCIONAL

Procurador de Justiça
Fernando Antônio Fagundes Reis

A Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Institucional consiste em uma unidade da Procuradoria-Geral de Justiça, cabendo-lhe desenvolver atividades de cooperação com os órgãos internos e externos ao Ministério Público estadual, além de assistir ao Procurador-Geral de Justiça em suas representações funcionais e sociais.

Nesse sentido, auxilia na promoção da integração dos órgãos de execução, buscando estabelecer uma ação institucional uniforme a partir do relacionamento e da articulação com a sociedade civil organizada, tendo como parâmetro a realização e o acompanhamento das audiências públicas promovidas pelo Ministério Público.

Nos termos da Lei Complementar estadual nº 66, de 22 de janeiro de 2003, e da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005, incumbe-lhe promover a interlocução com os Poderes do Estado e outras instituições que tenham por objeto a atuação em áreas de interesse do Ministério Público, como também com os diversos segmentos da sociedade.

Exerce também um trabalho de acompanhamento das proposições legislativas de interesse do Ministério Público, prestando, para tanto, assistência ao Procurador-Geral de Justiça.

Contribui, ainda, na promoção de análises e temas de natureza político-institucional e de programas de cooperação com órgãos públicos e privados.

Por fim, edita a revista *Rede*, publicação voltada para a divulgação das ações institucionais do Ministério Público, bem como para a discussão de temas de interesse do mesmo teor.

5 - CHEFIA DE GABINETE

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt
Promotor de Justiça Paulo de Târso Morais Filho

5.1 - INTRODUÇÃO

A Chefia de Gabinete da Procuradoria Geral de Justiça exerce, há muitos anos, importante e dinâmico papel na estrutura da Administração Superior do Ministério Público, sendo responsável pela interlocução com os Promotores de Justiça de todo o Estado. Os encargos são tão diversos quantas são as atribuições constitucionais e legais de nossa Instituição. Procura-se, através de atendimento diário, evitar que haja solução de continuidade nos

serviços prestados em cada comarca, empregando os meios humanos e materiais disponíveis. Deve-se lembrar que o ingresso de novos membros na Instituição ocorre de forma moderada, observados os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Como Minas Gerais conta 213 comarcas de 1ª instância, 42 de 2ª instância e 14 de instância especial, necessário manter a atual política, que visa garantir que o Ministério Público esteja presente em cada ponto e região do Estado.

Não obstante as dificuldades hoje constatadas, pode-se afirmar, sem receio de erro, que muito evoluímos nos últimos anos e que, em breve, será possível alcançar maior nível de provimento nas pequenas comarcas, conclusão de um trabalho de planejamento que conjuga racional distribuição de membros e servidores da Instituição.

5.2 - ATRIBUIÇÕES DE CHEFIA DE GABINETE PREVISTAS NA RESOLUÇÃO PGJ Nº 35/2005

I - sob orientação do Procurador-Geral de Justiça, coordenar o serviço dos órgãos de execução do Ministério Público na 1ª instância;

II - designar Promotores de Justiça para acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo recair a escolha, preferencialmente, sobre órgão de execução com atribuição para, em tese, oficiar no feito, segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços;

III - designar Promotores de Justiça para assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição do titular do cargo, ou, em caso de excepcional volume de feitos, com o consentimento deste;

IV - designar Promotores de Justiça para propor ação de perfilhação compulsória;

V - designar outro Promotor de Justiça para funcionar em feito determinado de atribuição do titular, com concordância deste;

VI - autorizar, na forma da lei, o Promotor de Justiça a ausentar-se da Promotoria de Justiça, justificadamente, pelo prazo máximo de cinco dias úteis;

VII - designar Promotores de Justiça para plantões em finais de semana, em feriados ou em razão de outras medidas urgentes;

VIII - elaborar a escala de férias individuais dos Promotores de Justiça, assegurando a continuidade do serviço;

IX - conceder férias, férias-prêmio, licenças e afastamentos previstos em lei aos Promotores de Justiça;

X - promover a indicação, ao Procurador Regional Eleitoral, dos Promotores Eleitorais, nos termos das Resoluções PGJ nº 10/01 e nº 43/01;

XI - formular a minuta da movimentação, inclusive eleitoral, da escala anual de férias e de licença especial dos membros do Ministério Público, encaminhando-a ao Procurador-Geral de Justiça, para decisão;

XII - exercer outras atribuições que lhe forem delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça, inclusive a de representação.

5.3 - ATRIBUIÇÕES CORRELATAS

1. Planejar a racional e eficiente distribuição dos membros do Ministério Público entre as comarcas existentes no Estado de Minas Gerais, verificando, com base em parâmetros objetivos, a necessidade de instalação e provimento de cargos;
2. assegurar, através da designação de Promotores de Justiça substitutos ou, não sendo possível, por meio da designação de membros titulares de comarcas próximas, a existência de um representante do Ministério Público para cada comarca do Estado;
3. propor e planejar, em conjunto com os integrantes de cada comarca, divisão de atribuições que resulte em atuação proporcional e eficiente de cada órgão de execução;
4. formular proposta de divisão de atribuições para deliberação pela Câmara de Procuradores de Justiça, na hipótese de inexistência de consenso entre os membros do Ministério Público integrantes de determinada comarca;
5. elaborar as normas, resoluções e atos relativos às atividades da Chefia de Gabinete, tais como regime de férias, plantões, designação para função eleitoral e autorizações para moradia fora da comarca;
6. autorizar ou não o afastamento de membros do Ministério Público de suas funções, nas hipóteses de férias, compensações, deslocamento para fora do país, comparecimento a seminários, congressos e congêneres;
7. receber e encaminhar aos órgãos próprios da Instituição requerimentos e expedientes diversos;
8. atender os membros do Ministério Público, procurando viabilizar, com base nos recursos existentes, suas atividades funcionais nas hipóteses de acumulação de atribuições, sobrecarga de encargos ou atraso justificado de serviço;
9. providenciar a publicação de portarias e atos, designando membros da Instituição para atuação conjunta nas questões multidisciplinares.

5.4 - PARÂMETROS DE ATUAÇÃO

1. Movimentação na carreira, instalação e provimento de cargos, observando as necessidades de todos os quadrantes do Estado, de forma a assegurar proporcional distribuição dos membros em atividade e evitar esvaziamento de determinadas regiões;
2. proceder a instalação de novos cargos com base em indicadores objetivos, tais como população, número de municípios da comarca, volume de serviço judicial e extrajudicial;
3. publicação de editais para provimento de cargos vagos quando inviável nova distribuição de atribuições entre Promotorias de Justiça já existentes, que atenda às necessidades da comarca;

4. verificação da possibilidade de resolução dos problemas de sobrecarga de serviço através da estruturação da Promotoria de Justiça com pessoal de apoio, no caso, servidores do quadro permanente (técnicos e oficiais);
5. atendimento, desde que de forma compatível com as necessidades institucionais, das demandas individuais, no que se refere a afastamentos, apoio funcional e questões similares;
6. permanente consulta à Corregedoria-Geral do Ministério Público sobre questões funcionais, acúmulo de atribuições e situações que demandem realizações de esforços para preservação da regularidade do serviço dos órgãos de execução e imagem da Instituição;
7. interlocução com os Centros de Apoio Operacional para constituição de grupos de atuação em áreas específicas;
8. abordagem objetiva das questões institucionais, de forma a resolver e prevenir conflitos internos.

5.5 - METAS

1. Obter, através da racional distribuição dos membros do Ministério Público em atividade no Estado, proporcional divisão de atribuições entre os órgãos de execução e estruturação das Promotorias de Justiça com pessoal de apoio, maior eficiência funcional, de forma a atender à demanda proveniente das múltiplas áreas de atuação da Instituição;
2. otimizar os recursos humanos e materiais existentes, diante da limitação de gastos com pessoal imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

6 - SECRETARIA-GERAL³⁷

Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado
Miriângelli Rovena Borges
Alexandre Carlos Botrel

6.1 - INTRODUÇÃO

A Secretaria-Geral figura entre os órgãos de assessoramento do Procurador-Geral de Justiça (LC nº 34/94, art. 88, inciso III) sendo dirigida por Procurador de Justiça ou Promotor de Justiça da mais elevada entrância, em atividade ou não, cabendo-lhe, entre outras atribuições, a organização dos expedientes administrativos encaminhados à Chefia da Instituição (LC nº 34/94, art. 91).

O Procurador-Geral de Justiça, através da Resolução PGJ nº 35/05, conferiu ao Secretário-Geral as seguintes atribuições:

- despachar os expedientes de rotina afetos à Chefia da Instituição;
- despachar diretamente com o Procurador-Geral de Justiça os assuntos de relevância institucional;

³⁷ O autor desta área na 1ª edição da presente obra foi o então Secretário-Geral Luciano Luz Badini Martins.

- promover a integração entre os órgãos da Administração Superior e destes com o Procurador-Geral de Justiça;
- preparar os expedientes que devam ser levados à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público e à Câmara de Procuradores de Justiça;
- analisar os expedientes e procedimentos referentes a matérias de interesse da Instituição e de seus membros, dando conhecimento ao Procurador-Geral de Justiça e aos Procuradores-Gerais de Justiça Adjuntos;
- coordenar e supervisionar os serviços administrativos da Secretaria-Geral;
- expedir ordens e instruções internas para o bom funcionamento dos serviços da Secretaria-Geral;
- preparar os atos administrativos do Procurador-Geral de Justiça;
- receber e promover a triagem de todas as correspondências endereçadas ao Procurador-Geral de Justiça, inclusive as enviadas por meio eletrônico;
- acompanhar os trabalhos do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJG);
- prestar as informações oficiais da Administração Superior aos meios de comunicação na ausência do Procurador-Geral de Justiça;
- coordenar e supervisionar os serviços afetos à Assessoria de Comunicação Social da Procuradoria-Geral de Justiça, inclusive o Cerimonial;
- coordenar e supervisionar os serviços afetos à Secretaria dos Órgãos Colegiados, expedindo ordens e instruções internas para o seu bom funcionamento;
- exercer outras atribuições que lhe forem delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Dentre as atuais atribuições da Secretaria-Geral, ante a manifesta complexidade, merecerão maior detalhamento neste manual de atuação a coordenação da área de comunicação social da Procuradoria-Geral de Justiça e da Secretaria dos Órgãos Colegiados, bem como a gerência do projeto estruturador *Sedes Próprias*.

6.2 - UNIDADES

6.2.1 - ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL (ACS)

A Assessoria de Comunicação Social do Ministério Público de Minas Gerais tem como principais atribuições coordenar, planejar, executar e gerenciar a política de comunicação da Instituição. A unidade, subordinada técnica e administrativamente à Secretaria-Geral, é regulada pela Resolução PGJ nº 38/2006.

A ACS apresenta, atualmente, a seguinte estrutura: Núcleo de Imprensa (Nimp), Núcleo de Relações

Públicas e Cerimonial (NRPC) e Núcleo de Publicidade Institucional (NPBI).

O Núcleo de Imprensa é responsável pela divulgação do trabalho do Ministério Público e esclarecimentos sobre a Instituição para os jornalistas, bem como pela intermediação entre o Ministério Público e a imprensa e pela produção de material jornalístico institucional.

Cabe ao Nimp atender à imprensa; produzir *press releases* para as mídias impressa e eletrônica; gerenciar o conteúdo da *home page* do MPMG; produzir publicações periódicas, como o jornal *MPMG Notícias* e a revista *Rede*, e outras que se fizerem necessárias; identificar a fonte qualificada para responder às indagações da imprensa e estabelecer o contato entre membros do Ministério Público e jornalistas; organizar entrevistas coletivas; produzir boletins para Rádio Justiça e TV Justiça; elaborar *clipping* diário.

O Núcleo de Relações Públicas e Cerimonial é responsável pelo planejamento de relações públicas para implementação de estratégias, programas, projetos e atividades institucionais em consonância com a política de comunicação definida pelo Ministério Público para públicos internos e externos, bem como pelo cerimonial, que é o conjunto de regras e formalidades que orientam as cerimônias para os atos públicos e solenes.

Entre as atividades do NRPC estão: execução e atualização de banco de dados que contenham informações oficiais; confecção e expedição de correspondências protocolares e sociais; planejamento, organização e execução dos eventos e solenidades institucionais; acompanhamento e assessoramento ao procurador-geral de Justiça e demais membros do Ministério Público em solenidades, eventos e atos oficiais externos de que participem institucionalmente; recepção, acompanhamento e organização protocolar de visitas de autoridades.

O Núcleo de Publicidade Institucional é responsável por identificar as necessidades de comunicação publicitária entre a Instituição e seus públicos, criar e executar peças publicitárias, definir os meios de comunicação a serem utilizados e acompanhar a impressão das peças pelas gráficas.

Competem ao NPBI: direção de arte, projeto gráfico, criação de texto, diagramação, ilustração e definição do material de peças impressas e eletrônicas como folders, cartazes, convites, cartilhas, livros, manuais, cartões, banners, pastas, placas, papelaria para eventos, entre outros.

6.2.2 - SUPERINTENDÊNCIA DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – SOC

Além da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público, são órgãos da Administração Superior do Ministério Público o Colégio de Procuradores de Justiça, o seu Órgão Especial, a Câmara de Procuradores de Justiça e o Conselho Superior do Ministério Público.

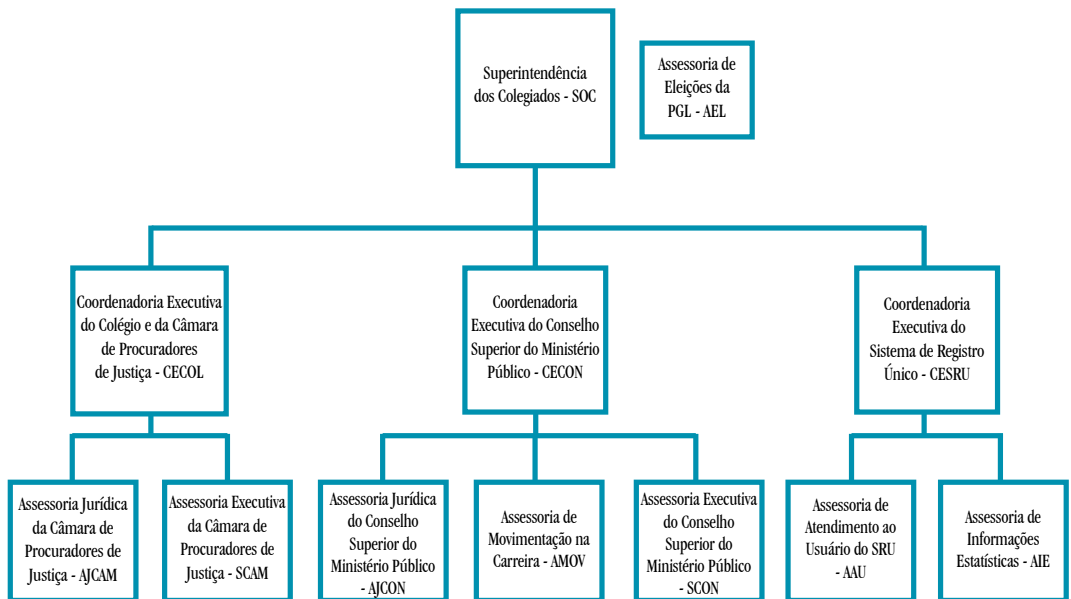
Esses Órgãos Colegiados dispõem de uma unidade administrativa de apoio, estruturada com coordenadorias e assessorias executivas e técnico-jurídicas, denominada Superintendência dos Órgãos Colegiados – SOC. Além das atribuições essenciais à prestação de serviços aos Órgãos Colegiados, a SOC, subordinada técnica e administrativamente à Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, é responsável pela gerência do SRU (Sistema de Registro Único) e pelas eleições que ocorrem no âmbito da Administração Superior do Ministério Público de Minas Gerais.

Para melhor organização e necessária especialização dos serviços, a SOC foi subdividida, conforme consta do organograma abaixo, nas seguintes unidades: Coordenadoria Executiva do Colégio e da Câmara de Procuradores de Justiça – SECOL, que é composta pelas Assessorias Executiva e Jurídica; Coordenadoria Executiva do Conselho Superior do Ministério Público – CECON, que é composta pelas Assessorias Executiva, Jurídica e de Movimentação na Carreira dos Membros do Ministério Público; Coordenadoria Executiva do Sistema de Registro Único – CESRU, que é composta pelas Assessorias de Atendimento ao Usuário do SRU e de Informações Estatísticas; Assessoria de Eleições – AEL.

O Colégio e a Câmara de Procuradores de Justiça dispõem de sua Coordenadoria Executiva, que possui, dentre as mais importantes atribuições, prestar assessoria e secretariar as sessões ordinárias do Órgão Colegiado – realizadas às segundas quartas-feiras de cada mês – bem como as sessões extraordinárias e solenes. É responsável, também, por toda a tramitação dos feitos afetos à competência da Câmara de Procuradores de Justiça, desde a interposição do recurso, ou apresentação da proposta, até decisão final do Órgão Colegiado, subsidiando os membros do Órgão Colegiado com pesquisa de legislação, jurisprudência e doutrina, análise de questões incidentais, tais como impedimento dos membros para o julgamento de recursos e demais expedientes, tempestividade e cabimento jurídico dos requerimentos.

O Conselho Superior do Ministério Público, que atua como órgão de execução da Administração Superior do Ministério Público, conta com o apoio administrativo de sua Coordenadoria Executiva. A referida Coordenadoria é responsável por assessorar e secretariar as sessões ordinárias do Órgão Colegiado – realizadas quinzenalmente às segundas-feiras – bem como as sessões extraordinárias, estas realizadas conforme previstas no art. 20 do respectivo Regimento Interno. A aludida Coordenadoria Executiva também é responsável pelo controle de toda a tramitação dos inquéritos civis e procedimentos preparatórios submetidos à apreciação do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, bem como dos estágios probatórios de Promotores de Justiça.

O Conselho Superior do Ministério Público conta, ainda, com o apoio de sua Assessoria Jurídica, que é integrada por um corpo de analistas que elaboram minutas de votos dos inquéritos ci-



vis e procedimentos preparatórios, sujeitos à deliberação do Órgão Colegiado. A Assessoria realiza, ainda, pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais e elabora minutas de acórdãos das decisões do Órgão Colegiado.

A Assessoria de Movimentação na Carreira assiste os membros do Conselho Superior no exercício das atividades relacionadas a todo o processo que envolve a movimentação na carreira, através de promoções e remoções. É responsável, também, pela organização e administração do processo de vacância e provimento de vagas existentes no Ministério Público, bem como pelos serviços de suporte concernentes à confecção de listas de candidatos inscritos, elaboração de estudos sistemáticos acerca do preenchimento das exigências legais pelos referidos candidatos e acerca dos critérios de preferência estabelecidos em lei e pelo Conselho Superior do Ministério Público. Compete, ainda, à aludida Assessoria gerir o processo de elaboração das listas sêxtuplas para preenchimento de vagas destinadas ao Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, bem como listas tríplexes para o processo de escolha do representante dos Ministérios Públicos Estaduais na composição dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

A Administração Superior do Ministério Público, empenhada em proporcionar à Sociedade maior celeridade na execução das tarefas das Promotorias de Justiça, já assoberbadas com o grande número de processos e procedimentos, e propiciar ao Órgão de Execução a otimização no acompanhamento sobre os feitos extrajudiciais, bem como otimizar o trabalho de Servidores e Membros da Instituição, mediante a automação de tarefas como controle de prazos, geração eletrônica de documentos e atos procedimentais, de forma pioneira, instituiu, em 15 de fevereiro de 2008, o SRU – Sistema de Registro Único (sistema de gerenciamento dos procedimentos afetos à atuação do Ministério Público).

A Coordenadoria Executiva do Sistema de Registro Único – CESRU é responsável pela gerência e desenvolvimento do mencionado sistema de registro, competindo-lhe, dentre diversas outras atribuições: o suporte, aperfeiçoamento e treinamento de todos os servidores e membros da Instituição para sua utilização, através de parceria com o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público; catalogar, analisar e priorizar as demandas emanadas pelos usuários do sistema e pelos demais interessados; especificar e coordenar a inclusão de novas funcionalidades e melhorias do sistema; emitir relatórios estatísticos e estratégicos, internos e externos, sobre a atuação do Ministério Público. Incumbe, ainda, à referida unidade administrativa, a operacionalização, em nível institucional, das diretrizes determinadas pela Comissão de Implantação, Expansão e Utilização do SRU, designada pelo Procurador-Geral de Justiça. Vale lembrar que, na referida Coordenadoria, é mantida

uma Central de Atendimento para esclarecimento de dúvidas acerca da utilização do SRU e da disciplina dos feitos extrajudiciais.

Compete à Assessoria de Eleições - AEL assessorar, secretariar e auxiliar na organização e execução das tarefas às comissões eleitorais designadas com a incumbência de conduzir os processos eleitorais realizados no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, quais sejam: de lista tríplex para o cargo de Procurador-Geral de Justiça (bienal); do Corregedor-Geral do Ministério Público (bienal); da Câmara de Procuradores de Justiça (bienal); do Conselho Superior do Ministério Público (anual); de listas tríplexes para o processo de escolha do representante dos Ministérios Públicos Estaduais para composição do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça (bienal).

6.2.3 - O PROJETO ESTRUTURADOR SEDES PRÓPRIAS

Tradicionalmente, à Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça incumbe a coordenação e supervisão dos serviços afetos à Secretaria dos Órgãos Colegiados e de Comunicação Social, assim como o despacho dos expedientes de rotina destinados ao Procurador-Geral de Justiça.

Todavia, por delegação do Procurador-Geral de Justiça (Resolução PGJ nº 35/2005, art. 1º, § 5º, inciso XIV), cabe atualmente ao Secretário-Geral também a gerência do projeto estruturador *Sedes Próprias* (Resolução PGJ nº 20/2006).

Em outubro de 2006, a edificação de novas sedes próprias do Ministério Público em todo o interior de Minas Gerais projetava investimentos de R\$ 113.447.500,00. Desta forma, as naturais limitações orçamentárias exigiram a definição de critérios objetivos para a identificação das prioridades de construção de sedes próprias. Em síntese, observaram-se os seguintes fatores: inexistência de espaço adequado no fórum; inconveniência da locação; impossibilidade de cessão reforma ou desapropriação de edificação e, por fim, existência de terreno disponível.

O planejamento apresentado ao Procurador-Geral de Justiça por grupo integrado por membros e servidores do Ministério Público Estadual (Resolução PGJ nº 36/2005) permitiu que a Administração Superior promovesse a implantação do projeto das sedes próprias da Instituição guiada por critérios rigorosamente objetivos.

A propósito, merece destaque a criação, no âmbito da Procuradoria-Geral Adjunta Administrativa, do Núcleo de Engenharia e Arquitetura (NEA), do projeto estruturador *Sedes Próprias*, com as seguintes atribuições: realização de vistorias prévias em terrenos e prédios a serem desapropriados, doados ou cedidos à Procuradoria-Geral de Justiça; elabo-

ração de projetos arquitetônicos e apresentação de orçamentos; acompanhamento da elaboração de projetos complementares; confecção de *layout* de sedes próprias e provisórias; definição de *design* de mobiliário, decoração, adornos, placas diversas; análise de todo o projeto executivo, especialmente de planilhas orçamentárias; fiscalização de obras, especialmente para fins de medição.

Por fim, a inclusão de inédita rubrica orçamentária para *construção de sedes próprias* assegurou recursos necessários – e cada vez mais significativos – à consolidação do projeto, que, após três anos, legitimado pelo singular apoio da classe e seu destinatário final, o cidadão, alcançou todas as regiões administrativas do Estado.

Com efeito, hoje há dezenas de projetos em curso ou já concluídos em comarcas como Belo Horizonte (Edifícios José Campomizzi Filho e Lucas Lopes, sede da Coordenadoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico, edifício da Rua Ouro Preto e o prédio em construção das Promotorias de Justiça com atuação no Juizado Especial Criminal), Aiuruoca, Alfenas, Almenara, Araçuaí, Araguaia, Araxá, Barbacena, Betim, Campo Belo, Campo Belo, Caratinga, Cataguases, Caxambu, Congonhas, Conselheiro Lafaiete, Contagem, Diamantina, Divinópolis, Formiga, Governador Valadares, Ipatinga, Itajubá, Januária, Jequitinhonha, João Pinheiro, Juiz de Fora, Lavras, Manga, Manhuaçu, Mariana, Monte Carmelo, Montes Claros, Nova Lima, Nova Ponte, Ouro Preto, Passos, Patos de Minas, Poços de Caldas, Ponte Nova, Porteirinha, Pouso Alegre, Ribeirão das Neves, Sabará, Sacramento, Santa Luzia, Santa Rita do Sapucaí, Santa Vitória, São Francisco, São João del' Rei, São Lourenço, São Sebastião do Paraíso, Sete Lagoas, Teófilo Otoni, Ubá, Uberaba, Uberlândia, Unai, Varginha, Vespasiano.

7 - CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL³⁸

Diretor do Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional
Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento
Fernando Soares Miranda

7.1 - INTRODUÇÃO

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) é órgão auxiliar do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, dirigido por Procurador ou Promotor de Justiça da mais elevada entrância, de livre escolha do Procurador-Geral de Justiça. Tem

³⁸ Na primeira edição desta obra os autores da presente área foram: Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional Gregório Assagra de Almeida, Promotora de Justiça Célia Beatriz Gomes dos Santos e Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento Fernando Soares Miranda

como finalidade precípua a promoção do conhecimento jurídico e a valorização e aproveitamento do patrimônio intelectual e cultural dos membros e servidores do Ministério Público estadual.

Nos termos do art. 83, II, da Lei Complementar nº 34/94, incumbe ao CEAF, entre outras, as atribuições de instituir cursos de aperfeiçoamento e especialização de membro do Ministério Público e de serviços auxiliares. A Resolução PGJ nº 25/08 estabelece que o CEAF tem como objetivo operacional planejar, coordenar, executar, supervisionar, controlar e avaliar as atividades de formação, capacitação e desenvolvimento funcional de membros e servidores integrantes das carreiras do Ministério Público, formulando políticas para obtenção, preservação, compartilhamento e disseminação do conhecimento.

O CEAF como Escola Pública Institucional

O CEAF tem as condições de *Escola Pública Institucional*, com competência para a realização de cursos de formação, de aperfeiçoamento e de pós-graduação *lato sensu* a serem oferecidos aos membros e servidores da Instituição. O CEAF conta com uma biblioteca especializada, cujos acervos bibliográficos, arquivísticos e documentais possibilitam pesquisas de legislação, de doutrina e de jurisprudência. Possui diversos mecanismos de interação com o mundo acadêmico, o mundo do trabalho e a sociedade. É participante da Rede de Escolas de Formação de Agentes Públicos de Minas Gerais (REAP), que visa ao intercâmbio de experiências entre técnicos que atuam em escolas de governo ou similares. Tem programas de intercâmbio nacionais e internacionais, mediante convênios de cooperação, com ampla divulgação e igualdade de oportunidade para os membros do Ministério Público.

Sua estrutura administrativa, definida por meio da Resolução PGJ nº 25/2007 e criada com o objetivo de atender as exigências de uma *Escola Pública Institucional*, é constituída de uma Superintendência, uma Secretaria Executiva e seis Diretorias, responsáveis pelas áreas de Formação e Aperfeiçoamento de Membros do Ministério Público, Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Ministério Público, Estudos e Pesquisas, Produção Editorial, Estágios e Convênios Acadêmicos e de Informação e Conhecimento.

Integram a área de competência do CEAF duas unidades colegiadas de caráter deliberativo: o Conselho Científico, a quem compete deliberar sobre a filosofia, as diretrizes gerais e a programação das atividades curriculares, e o Conselho Editorial, a quem compete deliberar sobre a conveniência, o valor técnico e científico das publicações institucionais e especiais, entre as quais se destacam a Revista Jurídica do Ministério Público (*DE JURE*), com periodicidade semestral, e o MPMG Jurídico, com periodicidade trimestral.

As unidades físicas do CEAF ocupam o primeiro e o segundo andares do Edifício José Campomizzi Filho, com instalações modernas e funcionais. Nesse espaço, há uma sala de aula, com capacidade para 40 alunos, equipada com computadores pessoais, em rede sem fio, com tela de projeção e *data-show*. Ainda nesse espaço, está projetada a instalação de equipamentos para gravação digital das aulas, palestras e conferências, que poderão ser transmitidas ao vivo ou acessadas pela internet a partir de outras unidades do Ministério Público e do interior do Estado.

Para o cumprimento de suas atribuições como *Escola Pública Institucional*, o CEAF conta com os equipamentos e recursos necessários para o desempenho de suas ações, estando capacitado a oferecer novos cursos e ampliar a participação dos membros e dos servidores do Ministério Público estadual e de outros interessados nas atividades de formação e aperfeiçoamento.

O novo projeto da Biblioteca do Ministério Público estadual, em execução, propiciará maior conforto aos usuários, adequando-se às exigências do Ministério da Educação relativas à autorização e ao reconhecimento dos cursos promovidos pelo CEAF. Também está sob a responsabilidade da Diretoria de Informação e Conhecimento o Projeto Memorial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que tem a finalidade de recuperar, conservar e divulgar testemunhos materiais e imateriais representativos da trajetória e da história institucional, para fins de estudo e educação.

Os Encontros Regionais do Ministério Público foram regulamentados pelo CEAF, visando incentivar o debate interno das questões institucionais ao lado de buscar um relacionamento mais próximo com a sociedade civil, nas audiências públicas regionalizadas.

Entre os novos projetos de relevância institucional em andamento no CEAF, é importante destacar a edição deste Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a implantação de um curso de pós-graduação em Direitos Fundamentais.

7.2 - DIRETORIA

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional tem sua direção e competências estabelecidas no art. 82 da Lei Complementar nº 34, de 19 de setembro de 1994. Como órgão auxiliar do Ministério Público estadual, o CEAF é dirigido por Procurador de Justiça ou Promotor de Justiça da mais elevada entrância escolhido pelo Procurador-Geral de Justiça. O CEAF pode também ser integrado por outros membros e estagiários do Ministério Público, designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

Fazem parte da estrutura de deliberação do CEAF dois órgãos colegiados: o Conselho Editorial e o Conselho Científico, responsáveis pela definição da linha editorial e avaliação das contribuições encaminhadas para publicação e pela seleção e conteúdo programático dos cursos oficiais ministrados pelo CEAF.

7.2.1 - UNIDADES ADMINISTRATIVAS

O CEAF está estruturado administrativamente da seguinte forma: Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento, Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Membros do Ministério Público, Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Ministério Público, Diretoria de Estágios e Convênios Acadêmicos, Diretoria de Produção Editorial, Diretoria de Estudos e Pesquisas e Diretoria de Informação e Conhecimento. Integram ainda a Superintendência a Secretaria Executiva e a Assessoria de Eventos. A organização do CEAF, com as atribuições das suas unidades administrativas, e está normalizada pela Resolução do PGJ nº 25, de 25 de maio de 2007.

7.2.1.1 - SUPERINTENDÊNCIA DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

A Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento, unidade administrativa do CEAF tem como objetivo operacional planejar, coordenar, executar e avaliar as atividades de formação e aperfeiçoamento dos integrantes das carreiras do Ministério Público e aquelas relativas à obtenção, preservação, compartilhamento e disseminação do conhecimento.

As competências da Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento são:

- I - propor e planejar atividades que visem ao aprimoramento do ensino e da formação, definindo metas e estratégias e especificando repercussões orçamentárias;
- II - propor projetos de pesquisa visando estimular a produção de conhecimento e o desenvolvimento de metodologias que permitam melhor compreensão das práticas e dos campos de estudos jurídicos e administrativos, podendo atuar em parceria com unidades do Ministério Público ou associada a projetos de outros órgãos públicos;
- III - acompanhar o desenvolvimento das atividades de formação e aperfeiçoamento, provendo meios para sua execução e avaliação;
- IV - planejar, executar e acompanhar as atividades de formação e aperfeiçoamento, relativas aos cursos, estudos especiais, reuniões de trabalho, discussões dirigidas, palestras, seminários, simpósios, painéis, encontros e ciclos de estudos;
- V - dirigir a execução do currículo pleno dos cursos de formação inicial, observando as normas de seu funcionamento e a legislação em vigor;
- VI - manter os registros acadêmicos dos cursos e demais atividades de formação e aperfeiçoamento realizadas;

VII - articular as atividades de divulgação e produção editorial relativas às atividades de formação e de aperfeiçoamento realizadas;

VIII - planejar, executar e acompanhar as atividades concernentes a captação, geração, registro, codificação, preservação, apropriação e disseminação do conhecimento; e

IX - promover a implementação de políticas de gestão e informatização de acervos bibliográficos e arquivísticos, de mídias de informáticas e de outros suportes informacionais no âmbito do Ministério público.

Cargo de chefia: Superintendente

A - DIRETORIA DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento dos Membros do Ministério Público visa promover o planejamento, a coordenação e a execução das atividades de formação, qualificação e desenvolvimento funcional dos membros do Ministério Público.

Entre as atividades de sua competência, merecem destaque as seguintes:

- Organizar os programas dos cursos preparatórios de candidatos aprovados no concurso de ingresso na carreira de membro do Ministério Público, de aprimoramento funcional para a promoção por merecimento e de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento;
- planejar, coordenar e executar atividades de formação, qualificação e desenvolvimento funcional dos membros do Ministério Público;
- manter registros acerca da participação e aproveitamento do corpo discente nas atividades de formação e aperfeiçoamento realizadas, conforme critérios propostos pelo Conselho Científico;
- emitir certidões e certificados relativos às atividades de formação e de aperfeiçoamento realizadas;
- efetuar os registros acadêmicos relacionados ao desenvolvimento das atividades curriculares de formação e aperfeiçoamento;
- supervisionar a execução do plano didático pedagógico dos cursos, propondo melhorias para o aperfeiçoamento do ensino;
- apoiar a formação do quadro docente e indicar instituições e profissionais para a realização de atividades de formação e aperfeiçoamento;
- organizar e manter arquivos e documentos relativos ao registro e ao conteúdo das atividades de formação e de aperfeiçoamento e remeter exemplares à Diretoria de Informação e Pesquisa, objetivando sua disponibilização, uso, registro e preservação da história e da memória resultantes das atividades culturais, de formação e de aperfeiçoamento.

Cargo de chefia: Coordenador II

B - DIRETORIA DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DE SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Ministério Público é responsável pelo planejamento e execução de todas as atividades que visam dar ao servidor conhecimento da Instituição e instrumentos para melhor desempenhar suas funções.

Entre as atividades desempenhadas, destacam-se as seguintes:

- planejar metodologias de ensino e executar os programas do curso preparatório de candidatos aprovados no concurso de ingresso nas carreiras dos Serviços Auxiliares do Ministério Público, de aprimoramento funcional e de aperfeiçoamento;
- planejar, coordenar e executar atividades de formação, qualificação e desenvolvimento funcional dos servidores do Ministério Público;
- manter registros acerca da participação e aproveitamento do corpo discente nas atividades de formação e aperfeiçoamento realizadas, conforme critérios propostos pelo Conselho Científico;
- emitir certidões e certificados relativos às atividades de formação e de aperfeiçoamento realizadas;
- efetuar os registros acadêmicos relacionados ao desenvolvimento das atividades curriculares de formação e aperfeiçoamento;
- supervisionar a execução do plano didático pedagógico dos cursos, propondo melhorias para o aperfeiçoamento do ensino;
- apoiar a formação do quadro docente e indicar instituições e profissionais para a realização de atividades de formação e de aperfeiçoamento;
- organizar e manter arquivos e documentos relativos ao registro e ao conteúdo das atividades de formação e de aperfeiçoamento e remeter exemplares à Diretoria de Informação e Conhecimento, objetivando sua disponibilização, uso, registro e preservação da história e da memória resultantes das atividades culturais, de formação e de aperfeiçoamento.

Cargo de chefia: Coordenador II

C - DIRETORIA DE CONVÊNIOS E ESTÁGIOS ACADÊMICOS

Andréia Ferreira Mattozinhos

A Diretoria de Estágios e Convênios Acadêmicos coordena e controla toda a documentação pertinente ao estágio, desde o início até o desligamento, fornecendo informações, certidões e certificados de todos os estágios oferecidos pelo Ministério Público tanto na área do Direito (bolsistas e oriundos de convênios) quanto nas demais áreas técnicas.

Os estagiários bolsistas na área de Direito limitam-se a 1000 (mil), e os estagiários de outras áreas limitam-se a 200 (duzentos), conforme determinam as Resoluções PGJ nº 73/2008 e PGJ nº 74/2008, ambas de 05 de dezembro de 2008, estando a contratação dos estagiários até o limite previsto nas resoluções, condicionado às necessidades institucionais e às disponibilidades orçamentária e financeira da Procuradoria-Geral de Justiça.

A resolução PGJ nº 74/2008 regulamenta o estágio de outras áreas técnicas no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que se dará conforme disposto no § 3º, do art. 94 de Lei Complementar nº 34/94, ou seja, os estagiários serão admitidos mediante celebração de convênios com instituições de ensino.

A Resolução PGJ nº 73/2008, regulamenta o estágio de Direito no âmbito do Ministério Público, estabelecendo a existência de três tipos de estágios: o estágio bolsista, feito através de seleção pública nos termos do art. 22 da Resolução PGJ nº 73/2008, regulamentado pelas Instruções Normativas CEAJ nº 01, 02 e 04/2009, o estágio de servidor e o estágio oriundo de convênios.

No que se refere aos estágios para acadêmicos de Direito oriundos de convênios, compete à Diretoria de Estágios e Convênios Acadêmicos promover parcerias entre o Ministério Público e as diversas instituições de ensino, fundações e Municípios, dentre outros, visando ao aprendizado e aprimoramento por parte do estagiário dos procedimentos inerentes às atividades específicas do representante do Ministério Público nas diversas áreas de sua atuação, observado o disposto na Lei Federal nº 11.788/2008, de 25 de setembro de 2008.

Os estágios celebrados por meio de convênios podem ser de duas modalidades: obrigatório e não obrigatório (art. 2º, da Lei Federal nº 11.788/2008, de 25/09/2008 e no art. 46 da Resolução nº 42, de 16/07/2009 do CNJM). No obrigatório não há ônus para o Ministério Público, contudo, é necessário cumprimento do projeto pedagógico da Instituição de Ensino, que também elaborará o termo de compromisso e determinará a carga horária e a duração do estágio. No estágio não obrigatório todos os ônus correrão por conta da entidade conveniada.

Objetivando à evolução e à constante posição de vanguarda da Instituição, está em estudo a futura implantação do estágio estendido que possibilitará a contratação como estagiário do Ministério Público de bacharéis em Direito que estejam cursando pós-graduação ou mestrado. Continuamos dando prosseguimento à celebração de Convênios com instituições de ensino internacionais visando à promoção da cooperação técnica e ao aprimoramento dos membros do Ministério Público

através de realização de seminários, simpósios, especializações, mestrados e doutorados.

Por fim, compete à Diretoria promover o estudo, a criação e a implementação de novas formas de estágio e convênios que propiciem o permanente intercâmbio e troca de conhecimento entre o Ministério Público e o meio jurídico e acadêmico nacional e internacional.

Cargo de chefia: Coordenador II

D - DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Diretora de Produção Editorial Alessandra de Souza Santos
Daniela Paula Alves Pena
João Paulo de Carvalho Gavidia
Patrícia Brandão Cordeiro
Rafael de Almeida Borges

A Diretoria de Produção Editorial (DIPE) tem como objetivo operacional executar as atividades relativas à produção das publicações impressas periódicas e especiais e de materiais em meio eletrônico e digital, elaborados e editados no âmbito do Ministério Público, excetuando-se a produção e a distribuição das publicações afetas à Assessoria de Comunicação Social da Procuradoria-Geral de Justiça.

Dentre as atividades de sua competência, destacam-se as seguintes:

- Planejar, propor e coordenar a execução de atividades que visem à produção periódica e especial e ao aprimoramento da produção de mídias impressas, digitais e eletrônicas de cunho técnico-científico e pedagógico, definindo metas e estratégias e especificando repercussões orçamentárias;
- pesquisar, acompanhar e sugerir ao Conselho Editorial a adequação dos periódicos da Instituição aos critérios de avaliação estabelecidos por agências de fomento à pesquisa, zelando pela regularidade das publicações periódicas criadas e editadas no âmbito do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;
- inscrever e acompanhar o processo de credenciamento dos periódicos editados pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional em sistemas de bases de dados acadêmicos;
- proceder ao registro das publicações editadas pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional no Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia e/ou na Fundação Biblioteca Nacional;
- acompanhar e avaliar as novas tecnologias disponíveis no mercado, visando eventual migração de produtos para novos suportes;
- manter os arquivos das publicações periódicas e especiais, bem como manter acervo de impressos através de reserva técnica e acervo digital de materiais multimídia produzidos no âmbito do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Dentre os produtos editados pela Diretoria de Produção Editorial, podemos citar as revistas periódicas *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (ISSN 1809-8487), de caráter semestral e MPMG Jurídico (ISSN 1809-8673), de caráter trimestral. Ambas publicações são disponibilizadas para membros e servidores do Ministério Público de Minas Gerais e amplo cadastro externo, composto pelos Tribunais Superiores, Tribunais Federais, Ministério Público da União, Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos dos Estados, universidades federais e particulares de todo o País, além de renomados juristas nacionais e estrangeiros.

A DIPE edita ainda o livro *Manual de Atuação Funcional* (ISBN 978-85-61532-02-4, 1ª edição – versão impressa) a cada dois anos em versão impressa e, a partir da segunda edição, o livro conta também com versão em CD-Rom.

D.1 - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (DE JURE)

A Revista Jurídica *DE JURE* foi instituída pela Resolução PGJ nº 9, de 4 de março de 1996, como o órgão de divulgação dos trabalhos jurídicos de interesse dos membros do Ministério Público de Minas Gerais. A partir de seu sexto número, janeiro/junho de 2006, a Revista foi inteiramente reestruturada, passando a ter periodicidade semestral e a obedecer a um novo projeto editorial que visava transformá-la numa publicação *pluralista nas informações e democrática quanto ao acesso às informações*. Dessa forma, foi ampliada sua abrangência, objetivando divulgar a instituição do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no cenário nacional e internacional.

A expressão latina *DE JURE*, que significa de acordo com o direito, foi acrescentada ao nome original da publicação. A Revista é dividida nas seguintes áreas: doutrina nacional e doutrina internacional, direito penal e processo penal, direito civil e processo civil, direito coletivo e processo coletivo e direito público constitucional, administrativo e institucional – além de contar com a seção *diálogo multidisciplinar*, voltada a profissionais de outras áreas, e com uma palestra de interesse institucional. A Revista *DE JURE* tem sido constantemente aprimorada, visando conseguir avaliação positiva pela CAPES, através de seu programa *QUALIS* de avaliação de periódicos. Para tanto, foram convidados diversos juristas de renome nacional e internacional para integrarem o Conselho Editorial como convidados, e a análise dos artigos submetidos ao Conselho Editorial é feita por revisão cega de pares.

A partir do nº 14, a Revista *De Jure* conta com conteúdo extra em DVD, contendo peças jurídicas e vídeo de palestra de grande relevância institucional. Os artigos para publicação na Revista *De Jure* devem ser remetidos através do sítio www.mp.mg.gov.br/dejure, onde há formulário próprio para que o autor cadastre os seus dados pessoais e dados do artigo. Há também uma ferramenta de upload do arquivo no referido sítio eletrônico. As normas de publicação podem ser visualizadas no sítio acima e quaisquer questionamentos podem ser remetidos para o endereço eletrônico: dejure@mp.mg.gov.br.

D.2 - REVISTA MPMG JURÍDICO

A Revista MPMG Jurídico é estruturada com artigos de opinião nas seguintes esferas do Direito: penal e processo penal, civil e processo civil, coletivo, processo coletivo e público. Possui também uma seção de entrevistas com personalidades do meio jurídico e outra destinada a promover diálogo interdisciplinar com domínios variados.

O *MPMG Jurídico* publica artigos ou comentários encaminhados pelos membros e servidores do Ministério Público, como também de colaboradores externos.

Os interessados em colaborar com a Revista MPMG Jurídico devem enviar os textos, conforme especificações constantes no sítio eletrônico www.mp.mg.gov.br, menu Institucional, menu Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, menu Publicações ou através do endereço eletrônico mpmgjuridico@mp.mg.gov.br. Os autores devem encaminhar os artigos para publicação através desse endereço eletrônico, juntamente com seus dados pessoais, endereço para postagem e foto conforme especificações já mencionadas.

D.3 - MANUAL DE ATUAÇÃO FUNCIONAL

O Manual de Atuação Funcional, obra editada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (1ª edição, ISBN 978-85-61532-02-4) e que teve como paradigma o Manual Prático do Promotor de Justiça (obra da Corregedoria-Geral de Justiça editada pela Ed. Del Rey em 1997) foi instituído por intermédio da Resolução PGJ nº 71, de 04 de dezembro de 2008, com a aprovação dos Conselhos Científico e Editorial. O seu projeto levou em consideração as transformações ocorridas no âmbito do Ministério Público, especialmente por força do novo constitucionalismo que vem sendo consolidado no País. Pretendeu-se não só a atualização de conteúdos, mas também a ampliação do objeto de trabalho, decorrente de modificações legislativas e jurisprudenciais significativas para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

As atualizações periódicas do Manual de Atuação Funcional foram regulamentadas por meio da Instrução Normativa Conjunta PGJ/CEAF nº 01, de 23 de junho de 2009.

Além de produtos impressos, a Diretoria de Produção Editorial é responsável pela produção de materiais de cunho acadêmico-pedagógico em formato multimídia digital, como CD-Rom por exemplo, e pela gravação, edição e confecção de materiais em formato de vídeo, principalmente, vídeos de cursos de treinamento e palestras, além de videoaulas para ensino a distância.

O e-mail da Diretoria de Produção Editorial é: dipe@mp.mg.gov.br.

Cargo de chefia: Coordenador II

E - DIRETORIA DE ESTUDOS E PESQUISA

A Diretoria de Estudos e Pesquisa tem como objetivo operacional promover estudos e pesquisas nas diversas áreas de atuação do Ministério Público e apoiar o funcionamento dos grupos e núcleos de estudos instituídos no âmbito do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (art. 22 da Resolução PGJ nº 25/07).

Essa Diretoria tem como incumbência precípua o fomento da pesquisa e estudos acadêmicos no âmbito do Ministério Público, por meio de ações coordenadas pela própria *Escola-CEAF*, como forma de se garantir uma contínua e plena evolução dos programas de formação inicial e permanente dos integrantes da Instituição ministerial. Assim, ela visa subsidiar a própria evolução acadêmica e pedagógica da *Escola-CEAF* em seu perfil cada vez mais voltado à viabilização de grandes projetos educacionais com visibilidade e impacto inclusive nacionais.

Nessa linha, a Diretoria de Estudos e Pesquisa é responsável, entre outras tarefas, de formular a celebração de convênios com entidades como Fundação João Pinheiro, USP, UNICAMP, UFMG, PUC Minas, Fundação Getúlio Vargas entre outras, em áreas de grande interesse para o Ministério Público, tendo por objetivo o desenvolvimento de variados projetos de estudo.

Outra incumbência dessa unidade administrativa consiste na coordenação dos grupos de estudos em todo o Estado de Minas Gerais, importante ferramenta para o pleno debate sobre variados temas de interesse institucional, o qual pode induzir as propostas operacionais inestimáveis ao final dos trabalhos.

O CEAF deve manter-se atento às grandes questões sociais, jurídicas, acadêmicas e institucionais que estão ao seu redor. Por isso, necessária a existência de um setor responsável por fornecer elemen-

tos seguros para pautar a atuação do Centro de Estudos, trazendo para dentro da instituição uma análise aprofundada sobre tais questões, para propiciar a aplicação, de forma adequada, dos nossos recursos materiais e aproveitar, satisfatoriamente, a nossa mão-de-obra qualificada.

A Diretoria de Estudos e Pesquisa elabora ainda estudos específicos sobre indicadores sociais e econômicos, para, uma vez identificadas as carências em cada setor, possibilitar ao CEAF o desenvolvimento de programas, palestras e seminários abordando essa temática de maneira consciente e estruturada.

Cargo de chefia: Coordenador II

F - DIRETORIA DE INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO

É a responsável pela Biblioteca e o Arquivo do Ministério Público. Tem como subdivisões: a Divisão de Acervos Bibliográficos, a Divisão de Acervos Arquivísticos, a Divisão de Atendimento e Pesquisa Jurídica e a Divisão de Referência Legislativa.

Cargo de chefia: Coordenador II

F.1 - DIVISÃO DE ATENDIMENTO E PESQUISA JURÍDICA

A Divisão de Atendimento e Pesquisa Jurídica tem como meta principal realizar pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e de legislação para os membros da Instituição na Capital e no interior, além de atender às solicitações dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público e da Administração Pública relacionadas a matérias institucionais.

Compete-lhe igualmente, o atendimento aos usuários da Biblioteca, cuidando das atividades de empréstimo, renovação, reserva e devolução das obras, e, ainda, orientando o usuário na realização de consultas ao acervo.

O atendimento é realizado no próprio balcão da Biblioteca, bem como por telefone, fax ou e-mail. Para atingir suas finalidades, cabe ainda à Divisão zelar pelo bom desempenho das atividades, no aspecto da qualidade do material pesquisado, prazo para encaminhamento de respostas e qualidade da comunicação com o usuário.

O encaminhamento das pesquisas é feito de acordo com as características do material encontrado, buscando-se utilizar os meios e recursos disponíveis e adequados para que sejam disponibilizadas em tempo hábil ao destinatário.

A Divisão mantém permanente comunicação com as demais unidades da Diretoria de Informação e Conhecimento, solicitando apoio quando necessário e indicando fontes de informação e conteúdos

informativos relevantes para a entrada e retroalimentação do sistema de informação.

Nesse sentido, articula-se com a Divisão de Acervos Bibliográficos, sugerindo livros e periódicos para compor o acervo da Biblioteca, e contribui uma elaboração do Informativo *On Line* através da seleção de artigos de periódicos, jurisprudências e outras informações.

Realiza, ainda, a seleção de matérias para compor o arquivo de pesquisas relevantes e recorrentes da Divisão e procede a análises periódicas dos serviços prestados, produzindo estatísticas com o objetivo de subsidiar a tomada de decisões para a melhoria no atendimento.

Cargo de chefia: Coordenador I

F.2 - DIVISÃO DE REFERÊNCIA LEGISLATIVA

A Divisão de Referência Legislativa tem por finalidade realizar atividades de processamento técnico e sistematização dos atos normativos produzidos pelo Ministério Público, assim como da legislação de interesse para a Instituição competindo-lhe, ainda, a manutenção e disponibilização, em banco de dados, de tal repertório, bem como a atualização de dados. À Divisão compete também manter vocabulário controlado para representação de assuntos nos bancos de dados institucionais e subsidiar a elaboração de atos normativos no âmbito do Ministério Público.

A Divisão disponibiliza na internet, no campo serviços, o texto integral dos atos normativos publicados pela Instituição e alimenta bases de dados textuais em *winisis*, para o tratamento e disponibilização da legislação de interesse e de informações produzidas no âmbito do Ministério Público e relativas à sua ação normativa, deliberativa e funcional.

São seis bases de dados alimentadas pela Divisão de Referência Legislativa, conforme se segue:

ATAS: atas dos órgãos colegiados do Ministério Público;
AUTORI: controle de vocabulário complementar das bases de dados do Ministério Público;
BIOGMP: dados biográficos e organizacionais do Ministério Público;
LEG-MG: legislação orgânica, estatutária e institucional do Ministério Público;
NORMAS: atos normativos do Ministério Público;
TES: controle de vocabulário das bases de dados do Ministério Público.

A Divisão de Referência Legislativa ainda envia, semanalmente, para o *e-mail* dos membros, servidores e órgãos da Instituição, o *Informativo On Line*, serviço de disseminação da informação, com o objetivo de subsidiar as atividades meio e fim do Ministério Público, e mantém intercâmbio

com as demais divisões da Diretoria de Informação e Conhecimento, principalmente com a Divisão de Atendimento e Pesquisa Jurídica, apoiando suas atividades de pesquisa no que diz respeito aos atos normativos.

Cargo de chefia: Coordenador I

F.3 - DIVISÃO DE ACERVOS BIBLIOGRÁFICOS

A Divisão de Acervos Bibliográficos tem como finalidade promover a gestão e o controle dos acervos do Ministério Público, mantendo-os atualizados, buscando acompanhar os lançamentos do mercado editorial, permitindo a sua organização e disponibilidade para uso e circulação, a fim de subsidiar as atividades técnicas e acadêmicas dos membros e servidores da Instituição.

Os acervos do Ministério Público, localizados na Biblioteca do Ministério Público e em outras unidades da Instituição (acervos setoriais), são compostos de livros, obras de referência, revistas e outros suportes informacionais.

A Divisão é responsável pela aquisição dos acervos, pelo acompanhamento do processo de compra e dos contratos de aquisição e/ou renovação de assinaturas de periódicos.

Compete-lhe, ainda, a inclusão, manutenção, atualização e disponibilização das bases de dados do software *Pergamum* – Sistema Integrado de Biblioteca –, desenvolvido pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e utilizado nacionalmente por várias instituições. E também o processamento técnico e o controle patrimonial dos acervos do Ministério Público, por meio do Sistema *Pergamum*, bem como o desenvolvimento de ações de preservação e conservação.

O sistema possibilita a consulta aos acervos, a reserva de obras emprestadas e a renovação de empréstimos em rede de comunicação de dados, permitindo que o usuário receba avisos de devolução das obras, de atraso de materiais emprestados e informação sobre novas aquisições.

A Divisão de Acervos Bibliográficos viabiliza para as diversas unidades do Ministério Público a aquisição das obras solicitadas, o seu processamento técnico e a sua consulta pelo Sistema *Pergamum*.

Cargo de chefia: Coordenador I

F.4 - DIVISÃO DE ACERVOS ARQUIVÍSTICOS

O Arquivo e a Divisão de Acervos Arquivísticos têm por objetivo garantir a preservação e acesso aos documentos produzidos e recebidos pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O Ministério Público, no exercício de suas atividades, produz e recebe documentos que possuem valor histórico e informativo, compondo a memória institucional e sendo parte importante do patrimônio documental brasileiro. O extravio ou a destruição indiscriminada desses documentos públicos pode acarretar danos irreparáveis à Instituição, aos direitos dos cidadãos e à História de nosso país. A Divisão de Acervos Arquivísticos e o Arquivo são as unidades responsáveis por zelar pelo patrimônio documental do Ministério Público do Estado de Minas Gerais que se encontra sob a sua guarda.

A Divisão de Acervos Arquivísticos, por meio do Projeto de Gestão de Documentos, elabora os instrumentos técnicos de gestão de documentos, define os pré-requisitos para a seleção dos documentos a serem arquivados.

O Arquivo tem por finalidade garantir a preservação e o acesso aos documentos arquivados, independentemente de seu suporte físico, que tenham a ele sido transferidos ou recolhidos. Seu acervo reunirá documentos textuais, mapas, projetos arquitetônicos, plantas, fotografias, filmes, cartazes, fitas de vídeo, entre outros, procedentes das diversas unidades do Ministério Público. É também responsável pelo desenvolvimento de um banco de dados que permita melhor controle do acervo e melhor acesso pelos usuários.

Cargo de chefia: Coordenador I

7.2.1.2 - SECRETARIA EXECUTIVA

A Secretaria Executiva tem como objetivo operacional executar as atividades de suporte e de apoio administrativo, necessárias ao funcionamento do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Entre suas competências, merecem destaque as seguintes:

- assistir o Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e executar e supervisionar os serviços administrativos do seu Gabinete;
- executar o suporte operacional requerido para o funcionamento do Conselho Científico, do Conselho Editorial e das demais atividades de formação e aperfeiçoamento;
- lavrar atas das reuniões do Conselho Científico e do Conselho Editorial;
- manter articulação com as demais unidades, na sua área de competência, apoiando o cumprimento adequado das diretrizes emanadas pela direção do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;
- organizar, divulgar e executar atividades de apoio técnico e operacional, proporcionando infra-estrutura para realização de cursos, seminários, simpósios, congressos, conferências, encontros e ciclos de estudos relativos às atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, tais como: a organização de

reuniões preparatórias, contato com os palestrantes, viabilização de transporte e hospedagem, definição com os setores demandantes sobre a produção de cartazes, convites, folhetos e outras peças de divulgação, controle de comparecimento e emissão de certidões e certificados relativos aos de participação em eventos do CEAF;

- prestar assistência e orientação no planejamento e execução das atividades de formação e aperfeiçoamento.

Cargo de chefia: Coordenador I

7.2.1.3 - CONSELHO EDITORIAL

O Conselho Editorial é unidade colegiada vinculada ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), nos termos do disposto na Resolução PGJ nº 25, de 25 de maio de 2007, tendo sido regulamentado pela Resolução PGJ nº 4, de 24 de janeiro de 2008, que também aprovou o seu regimento interno.

O órgão é composto de nove membros, sendo o Diretor do CEAF o presidente; e os demais integrantes designados pelo Procurador-Geral de Justiça, para um mandato de um ano, com possibilidade de recondução.

Compete ao Conselho Editorial, entre outras atribuições, analisar e deliberar sobre o conteúdo da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – *DE JURE* e da Revista MPMG Jurídico, como também das demais publicações impressas, digitais ou eletrônicas que tratem da atividade ou ação dos membros do Ministério Público; de estudos jurídicos, compostos de livros que contenham análise de temas de natureza jurídica; de publicação de legislação afeta ao Ministério Público; de estudos técnicos, compostos de livros que contenham análise de temas de natureza técnica não-jurídica; de anais de seminários, congressos e conferências; de material de mídia digital, referente a eventos, palestras, seminários, congressos realizados pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

O Conselho Editorial decide ainda sobre a participação de colaboradores externos, nacionais ou estrangeiros, para auxiliar na análise dos trabalhos submetidos ao seu exame, na condição de Conselheiros convidados ou de Revisores *AdHoc*.

7.2.1.4 - CONSELHO CIENTÍFICO

O Conselho Científico é unidade colegiada vinculada ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), nos termos do disposto na Resolução nº 25, de 25 de maio de 2007, tendo sido instituído e regulamentado pela Resolução PGJ nº 3, de 24 de janeiro de 2008.

O órgão tem como finalidade a deliberação sobre a política de formação inicial e permanente dos integrantes das carreiras do Ministério Público, nos termos do disposto no art. 10 da Resolução nº 25, de 25 de maio de 2007. É composto pelo Diretor do CEAF, que o preside, pelo Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento e por oito membros do Ministério Público designados pelo Procurador-Geral de Justiça, preferencialmente dentre os detentores do título de doutor ou de mestre. O mandato dos membros do Conselho Científico terá duração igual ao do Procurador-Geral de Justiça e se extinguirá com a posse do substituto eleito.

7.2.2 - CURSOS, SERVIÇOS E APOIO TÉCNICO

7.2.2.1 - INFORMATIVO *ON LINE*

O Informativo *On Line*, com periodicidade semanal, é elaborado pela Divisão de Referência Legislativa e enviado para o *e-mail* dos membros, servidores e órgãos da Instituição, com o objetivo de subsidiar as atividades meio e fim do Ministério Público. O serviço também está disponível para outras pessoas e instituições interessadas, que devem solicitar sua inclusão no cadastro externo pelo e-mail biblioteca@mp.mg.gov.br.

O Informativo *On Line* não dispensa a consulta da publicação oficial do Estado ou da União, para a comprovação de direitos nos termos da legislação vigente.

7.2.2.2 - CURSOS E EVENTOS

A - CURSO PREPARATÓRIO PARA PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS

O curso preparatório, organizado pela Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento dos membros do Ministério Público e coordenado pelo Diretor do CEAF, tem o objetivo de proporcionar aos membros iniciantes o conhecimento sobre a organização, o funcionamento do Ministério Público e a realidade prática da atuação ministerial.

Tendo em vista a Lei Complementar nº 34/94 e o Regulamento do Curso de Preparação e Vitaliciamento dos Membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, por meio da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento dos Membros do Ministério Público, elabora o plano de curso, como resultado de um processo de reflexão e crítica de que participam os membros da Administração Superior.

A definição do formato do curso de preparação baseia-se na teoria do pensamento complexo, nos métodos ativos, especialmente nos fundamentos do método experiencial e nos princípios da ava-

liação formativa. Os conteúdos são organizados para possibilitar estudos transdisciplinares, como requer a complexidade dos problemas enfrentados pelo Promotor de Justiça e das incumbências do Ministério Público a garantia da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O curso dá relevância ao processo de aprendizagem ativo, em que o desenvolvimento das capacidades decorre da integração da teoria com a experiência e as atividades permitem o exercício do aprender fazendo, de forma reflexiva e crítica. A avaliação formativa fundamenta-se nos aspectos cognitivos, afetivos e relacionais, numa perspectiva de desenvolvimento integral das capacidades do participante do processo de ensino.

B - CURSO DE VITALICIAMENTO

Em cumprimento aos dispositivos da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, da Resolução nº 2, de 21 de novembro de 2005, do Conselho Nacional do Ministério Público, o CEAF promove o Curso de Vitaliciamento dos Promotores de Justiça em estágio probatório.

O curso compõe-se de atividades de caráter obrigatório e facultativo. É obrigatória a participação em atividades curriculares promovidas pelo CEAF, de forma presencial ou a distância, e também a elaboração de relatório contendo as reflexões do participante sobre os temas dos eventos. É facultativa a participação em cursos, seminários, congressos, fóruns e outros não promovidos pelo CEAF, realizados no Brasil ou no exterior.

As atividades obrigatórias são avaliadas pelo Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, observando-se o envolvimento nas atividades, a relevância do conteúdo apresentado no relatório e as considerações reflexivas sobre os temas tratados nas palestras e nos cursos. As atividades facultativas são avaliadas mediante apresentação do certificado de participação e relevância das manifestações do participante.

C - ESCOLA VIRTUAL

A Escola Virtual do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) é uma alternativa para o oferecimento de cursos de aprimoramento funcional e de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e de atividades de formação, capacitação e desenvolvimento funcional de membros e servidores integrantes das carreiras do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Trata-se de um ambiente de ensino-aprendizagem via *internet*, que utiliza o Moodle, uma plataforma de código aberto, construída com base nos princí-

pios das perspectivas psicogenéticas de Piaget, que possibilita o desenvolvimento de atividades construtivistas. O acesso à Escola Virtual pode ser feito diretamente no endereço eletrônico www.eadceaf.mp.mg.gov.br ou no link disponível no portal do Ministério Público, na página do Ceaf. O sistema permite o atendimento de um público-alvo numeroso e a oferta simultânea de cursos, em diversas áreas do conhecimento, garantindo a permanência de membros e de servidores nas centenas de localidades do Estado de Minas Gerais.

A Escola Virtual possibilita, além da oferta de uma grande variedade de cursos, a continuidade de cursos presenciais e semipresenciais, uma interação dialógica entre membros e servidores de diversas localidades, a formação de uma rede colaborativa de aprendizagem, uma comunidade dinâmica de compartilhamento e disseminação de informações nos ambientes de trabalho.

O ambiente de ensino a distância apresenta um conjunto de ferramentas que podem ser utilizadas pelo professor-tutor durante a realização das atividades curriculares. De acordo com a metodologia adotada, cada curso pode utilizar um conjunto diferente de ferramentas. O “Questionário” possibilita que o tutor aplique testes, utilizando diversos tipos de questões: múltipla escolha, resposta curta, falso e verdadeiro. O *Fórum* permite o envio de mensagens sobre tópicos em discussão num determinado momento do curso. Além dessas ferramentas, o sistema pode disponibilizar material de apoio, exercícios, enquetes, perguntas frequentes, artigos para leitura complementar, informações sobre a metodologia e a organização dos cursos.

A administração do sistema de gerenciamento de aprendizagem é de responsabilidade das Diretorias de Formação e Aperfeiçoamento, que dão suporte aos criadores de cursos, gerenciam as inscrições, emitem certificados e monitoram as estatísticas do programa.

A Escola Virtual permite uma eficaz combinação de estudo e trabalho, sem a necessidade de deslocamento de membros e servidores de seus locais de trabalho.

D - CURSOS E TREINAMENTOS INTERNOS

D.1 - CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL DE SERVIDORES

Aos servidores aprovados em concurso público e nomeados por ato do Procurador-Geral de Justiça é oferecido o Curso de Formação Inicial, com base no método de aprendizagem cognitiva, e tem como finalidade integrá-los aos elementos da cultura, ao sistema de valores e às demandas operacionais da Instituição, para garantir a modernização permanente e a melhoria da atuação do Ministério Público.

O curso é realizado em dois dias úteis, com duração de 16 horas. No período de abril a junho de 2008, foram atendidos 250 servidores, agrupados em turmas de quarenta. Os conteúdos programáticos abrangem temas como a organização e as missões do Ministério Público, a carreira do servidor, os atos normativos e as normas de redação oficial.

D.2 - TREINAMENTO PARA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO ÚNICO (SRU)

A Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores trabalha em parceria com a Secretaria dos Órgãos Colegiados e a Diretoria de Informática na implantação do Sistema de Registro Único, organizando treinamento para utilização do sistema nos encontros regionais de servidores.

D.3 - PROJETO SOFTWARE LIVRE

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais pretende adotar o *software* livre em todas as suas unidades administrativas nos próximos anos. E, conta com o apoio da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores para a realização de treinamento de formadores sobre o *Writer* e o *Calc* e para a disseminação do conhecimento sobre a importância da utilização dessas novas ferramentas.

Atendendo a demandas das Promotorias de Justiça, dos Centros de Apoio Operacional e de outros setores da Procuradoria-Geral de Justiça, o CEAF, por meio das Diretorias de Formação e Aperfeiçoamento de Membros e de Servidores do Ministério Público, dá apoio operacional e organiza cursos e treinamentos sobre temas específicos.

7.2.3 - APOIO TÉCNICO

7.2.3.1 - EDITORAÇÃO, GRAVAÇÃO E TRANSMISSÃO

- Editoração de folhetos, cartilhas, capas e estampas para CDs e DVDs.
- Criação de desenhos, logomarcas e *banners*.
- Criação e impressão de convites, folders, cartazes, certificados, formulários, rótulos de CDs e DVDs, capas e etiquetas para os eventos promovidos ou realizados com o apoio do CEAF.
- Criação de apresentações em *Power Point* para os cursos, seminários, palestras, simpósios e outros eventos promovidos ou realizados com o apoio do CEAF.
- Gravação em áudio e vídeo de cursos, palestras, simpósios, seminários, reportagens e outros eventos promovidos ou realizados com o apoio do CEAF.
- Reprodução de cópias de documentários, reportagens, vídeos, gravações de áudio e outros materiais em DVDs e CDs, atendendo à demanda e solicitação das Promotorias de Jus-

tiça, Centros de Apoio Operacional, Administração Superior e outros setores da PGJ.

- Organização de cursos, simpósios e debates com participação interativa, via internet, dos membros das unidades externas da PGJ e das Promotorias de Justiça do interior do Estado.
- Transmissão de cursos e outros eventos pela internet, com acesso público ou restrito aos membros do MP.

7.2.3.2 - PESQUISA

A demanda por pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e de legislação de membros da Instituição, na Capital e no interior, além dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público e da Administração Pública, relacionadas a matérias institucionais, são atendidas pela Diretoria de Informação e Conhecimento, por meio da Divisão de Atendimento e Pesquisa Jurídica. Os pedidos podem ser feitos por telefone ou encaminhados por e-mail para o endereço biblioteca@mp.mg.gov.br.

A Diretoria de Estudos e Pesquisa, por outro lado, atua no fomento de pesquisas e estudos acadêmicos no âmbito do Ministério Público. Incentiva a formação e orienta o funcionamento dos Núcleos de Estudos Jurídicos do Ministério Público no interior do Estado. Atua promovendo a integração com outras instituições de estudos e pesquisas nacionais e internacionais, visando à coleta e disseminação de informações que possam subsidiar a atuação funcional do Ministério Público.

7.3 - LEGISLAÇÃO PERTINENTE E ATOS NORMATIVOS

Lei Complementar nº 034, de 12 de setembro de 1994 – Dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado e dá outras providências.

Resolução PGJ nº 25, de 25 de maio de 2007 – Dispõe sobre a organização do - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

8 - COORDENADORIA DE INCLUSÃO E MOBILIZAÇÃO SOCIAL - CIMOS

Procurador de Justiça
Fernando Antônio Fagundes Reis

A Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Social foi criada através da Resolução n.º 08, de 18 de março de 2009, com o objetivo de ser um espaço organizado dentro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, dedicado às questões de participação e inclusão social, de debate e formação, sempre na perspectiva da interlocução com os diversos atores sociais, nos mais variados espaços, sejam eles ONGs, sindicatos, igrejas, etc., criando uma interface entre o MP e a Sociedade Civil Organizada.

Ampliar canais de participação social, implementando práticas participativas, dentro de um contexto de garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais. Nessa perspectiva, o Ministério Público cumpre seu papel precípua, sendo interlocutor com os Movimentos organizados da Sociedade Civil, para garantia destes direitos, listados e não garantidos efetivamente, numa perspectiva de inclusão social.

Conseguir que o MP seja mais um espaço de apoio e luta em favor daqueles que estão à margem. Ser parceiro “[...] colocando o pé no barro...”. Essa possibilidade está muito bem caracterizada pelo colega Helio Bicudo, em recente artigo em nossa revista “De Jure” (julho/dezembro 2007).

9 - COMISSÃO DE CONCURSO

Promotor de Justiça Eduardo Nepomuceno de Sousa

9.1 - NATUREZA

Nos termos da legislação aplicável ao Ministério Público, a Comissão de Concurso tem natureza de *órgão auxiliar dos serviços institucionais*, subordinada diretamente ao Procurador-Geral de Justiça.

Na Lei Orgânica Estadual nº 34, de 1994, a Comissão de Concurso encontra-se prevista nos artigos 76 a 81, tendo caráter eminentemente transitório. Também a Lei Federal nº 8.625/93 e a Lei Complementar nº 75, de 1993, situam a Comissão de Concurso no capítulo referente a órgãos auxiliares.

Prevalece, dessarte, como característica própria do órgão o seu aspecto transitório, só havendo a necessidade de instalação antes de deflagrada a abertura de concurso para o ingresso na carreira.

9.2 - COMPOSIÇÃO

A Lei Complementar mineira dispõe que a Comissão de Concurso será sempre presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, sendo composta, ainda, por membros da instituição e por representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais.

É importante destacar que, em 06 de novembro de 2006, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução de número 14, estabelecendo normas gerais para concursos de ingresso na carreira ministerial. Em tal regulamento, havia previsão a respeito da composição das Comissões de Concurso, incluindo nestas a presença de dois representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e de dois juristas de notável saber.

Tal regramento, contudo, veio a sofrer significativa alteração, em 3 de dezembro de 2007, com a edição

de nova Resolução, de número 24, pelo mesmo Conselho Nacional do MP. Desta feita, em relação à composição das Comissões de Concurso, a norma fez expressa remissão às Leis Orgânicas Estaduais, de modo a evitar desarmonia legislativa³⁹.

Assim, em Minas Gerais, de acordo com a Lei Orgânica Estadual nº 34, de 1994, podem compor a Comissão de Concurso, como Examinadores, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça de última entrância.

A escolha dos membros da Comissão de Concurso é feita em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, órgão detentor de tal atribuição por força da Lei Complementar. Todos os Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça de entrância final são elegíveis, exceto aqueles que tenham relação de suspeição, impedimento ou incompatibilidade ou, ainda, não preencham os requisitos previstos no art. 77 da Lei Complementar nº 34/94⁴⁰. Não há previsão normativa a respeito da inscrição de interessados para composição da Banca Examinadora. No XXVII Concurso de Ingresso, realizado no ano de 2007, em Minas Gerais, houve publicação de Edital com tal finalidade.

O Conselho Superior detem, pois, a discricionariedade para a escolha dos demais componentes.

A presidência da Comissão de Concurso será sempre do Procurador-Geral de Justiça, sendo que, na hipótese de ausência ou afastamento, será substituído na forma prevista no Regulamento do Concurso, podendo ser pelos demais titulares de cargos da Administração Superior (Procurador-Geral Adjunto Jurídico, Adjunto Institucional e Adjunto Administrativo) ou pelo integrante da Banca Examinadora mais antigo na carreira.

A Lei Orgânica Estadual prevê, ainda, a indispensabilidade da presença, como integrante da Comissão de Concurso, de representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

A escolha dos representantes da OAB não é objeto de eleição pelo Conselho Superior do Ministério Público. A entidade encaminha ao Procurador-Geral de Justiça uma lista sêxtupla, contendo nome de

³⁹ Nos termos da Resolução 24: “Art. 2º O *caput* do art. 3º da Resolução n. 14, de 6 de novembro de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 3º As Comissões de Concurso serão presididas e constituídas na forma prevista nas respectivas Leis Orgânicas’.

⁴⁰ São requisitos previstos: ser preferencialmente especialista na disciplina, não compor o Conselho Superior, não estar respondendo a ação penal, não estar afastado de suas atribuições para exercício de atividade classista, não ter participado de curso de preparação de candidato nos últimos seis meses, não ser parente consanguíneo ou afim de candidato até o quarto grau inclusive e não estar respondendo a processo disciplinar.

Advogados especialistas na disciplina determinada. Em Minas Gerais, tradicionalmente, tem-se reservado aos integrantes da Ordem a cadeira de Direito Civil e Comercial nos concursos de ingressos, embora não se constitua uma obrigação, podendo o Regulamento do Concurso estabelecer, se for o caso, de forma diversa.

Compete ao Procurador-Geral de Justiça escolher um ou dois nomes, dentre os seis possíveis, para titularidade e suplência da disciplina, respectivamente, se for o caso, nos termos do Regulamento do Concurso. Tal escolha é comunicada ao Conselho, devendo, após, ser publicada a composição da Banca Examinadora no órgão oficial.

Os integrantes da Comissão de Concurso, após indicação feita pelo Conselho Superior do Ministério Público e escolha do representante da OAB, assumirão a titularidade e/ou suplência das disciplinas que serão objeto de avaliação dos candidatos durante o certame.

A partir de então, a Comissão, como órgão auxiliar, passa a ter existência própria e a funcionar, assim permanecendo até o encerramento do certame, que se dá com o julgamento do concurso e divulgação do resultado, últimos atos praticados pela Comissão.

A Lei Orgânica Estadual não estabelece quais disciplinas serão avaliadas pela Comissão de Concurso. Tal definição depende de atos do próprio Procurador-Geral e da Administração Superior do Ministério Público. Compete à Procuradoria-Geral de Justiça ou, por delegação, a outro órgão auxiliar, no caso, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, a elaboração do Regulamento do Concurso.

Cada concurso para ingresso na carreira possui regulamento próprio, o qual, depois de elaborado, é submetido à aprovação da Câmara de Procuradores de Justiça⁴¹.

O Regulamento do Concurso define todas as disciplinas que serão objeto de avaliação, as etapas e formas de classificação, eliminação e aprovação dos candidatos. A partir de tal norma, publica-se, por ato do Procurador-Geral de Justiça, o Edital de Concurso, que é o instrumento oficial de abertura do certame.

Cada disciplina exige a presença de um Examinador titular e um revisor, que poderá ser o suplente.

Também integram a Comissão de Concurso outros dois membros escolhidos diretamente pelo Procurador-Geral de Justiça, que são o Secretário e seu substituto imediato.

⁴¹ Art. 24, inciso XVII, da LC 34/93.

Compete ao Secretário, com auxílio de seu suplente, a tarefa de assumir toda a atividade preparatória para a realização do concurso e prática dos atos de execução, desde a publicação do Regulamento e Edital, devendo acompanhar a inscrição dos candidatos e o desenrolar de todas as fases do certame, comunicando os fatos relevantes à própria Comissão de Concurso, a qual tem competência para decidir, inclusive, os casos omissos.

No âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, já houve expressa previsão, em Regulamento de Concurso, a respeito do exercício do cargo de Secretário do Concurso pelo Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, órgão auxiliar, que tem, dentre suas atribuições, a de realizar o curso de formação dos ingressos na carreira. Não se trata, contudo, de imposição legal, mas faculdade da Administração.

9.3 - ATRIBUIÇÕES

A principal atribuição da Comissão de Concurso é a elaboração, aplicação e correção das provas aos candidatos inscritos nos concursos. O processo de seleção de novos membros é de responsabilidade do órgão auxiliar.

A Comissão de Concurso possui atribuições recursais, em relação a pequenas decisões da Secretaria do Concurso, em relação à fase de inscrição no Concurso, como, por exemplo, indeferimento do pedido de isenção de taxa, dispensa da apresentação de documentos, pedidos especiais para realização de prova.

A verificação a respeito do cumprimento das condições e requisitos objetivos para participação dos candidatos no concurso é feita pela análise da Comissão de Concurso. Destaca-se, nesse aspecto particular, o exame a respeito do tempo de atividade jurídica, que passou a ser uma exigência para o ingresso na carreira, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

O Conselho Nacional do Ministério Público, após amplas discussões, editou a Resolução de número 40, em 26 de maio de 2009, que definiu, objetivamente, o conceito e o alcance da expressão atividade jurídica, entendendo que a contagem de tal tempo só se inicia após a conclusão do curso de Direito.

O estudo e deliberação a respeito do preenchimento ou não dos requisitos é tarefa exercida, na via administrativa e de forma soberana, pela Comissão de Concurso. Eventual recurso, na esfera administrativa, seria submetido ao crivo da própria Comissão, que tem poder, inclusive, de realizar diligências.

Durante a fase de provas, as quais são elaboradas, individualmente, pelos membros da Comissão, caberá a esta acompanhar a realização e, posteriormente, julgar os eventuais recursos a respeito das questões submetidas aos candidatos.

O Ministério Público mineiro tem a tradição de realizar concurso para ingresso na carreira com três etapas de provas, com fases de provas objetivas, discursivas e orais/tribuna.

A fase de provas objetivas possui número fixo de questões para cada disciplina, sendo que, de acordo com os critérios fixados no Regulamento do concurso, serão classificados somente os candidatos que fizerem a pontuação mínima, eliminados os demais.

Cada titular de disciplina, integrante da Comissão de Concurso, auxiliado pelo suplente ou revisor, elabora o grupo de questões de sua pasta, as quais são submetidas ao grupo de candidatos inscritos.

As respostas são lançadas em gabarito próprio, corrigido eletronicamente, de forma que, nesta fase, não há correção de prova diretamente pelo Examinador.

É possível haver recurso nesta fase, sendo que o titular da disciplina atua como Relator, em seu voto, com o participação do Revisor e dos demais integrantes titulares, inclusive o Procurador-Geral de Justiça, presidente da Comissão, como vogais.

A fase discursiva, em todos os Regulamentos, sempre foi composta por uma questão prática ou dissertação e três outras, de caráter mais objetivo. Atualmente, as disciplinas avaliadas na primeira fase, de caráter objetivo, são submetidas aos candidatos também na segunda fase. Em concursos anteriores, algumas matérias, por previsão expressa da norma reguladora, eram objeto de avaliação apenas na primeira fase.

As notas lançadas pelos integrantes da Comissão de Concurso são encaminhadas para a Secretaria própria, a qual é responsável pela conferência, identificação, lançamentos e divulgação do resultado.

A fase discursiva também permite a interposição de recurso, valendo o mesmo sistema de julgamento da etapa anterior.

A última fase do concurso, em verdade, compõe-se de duas etapas, ou seja, prova oral e prova de tribuna. Na primeira, o candidato responde a questões elaboradas, em cada disciplina, pelo prazo estabelecido no Regulamento, o qual, segundo os Editais já publicados, atinge vinte minutos. Já na tribuna, o candidato sorteia um ponto específico e discorre sobre ele, perante toda a Comissão, durante cinco minutos.

As notas de cada prova são encaminhadas à Secretaria da Comissão para conferência, registro e lançamento em instrumento próprio.

A última fase, dada a impossibilidade de sigilo, da forma como ocorre nas fases anteriores, é aberta ao público. Desde o concurso realizado no ano de 2007, XLVII, tem-se tomado a cautela de gravar as provas, para fins, inclusive, de facilitar a interposição e julgamento de eventual recurso.

A atividade da Comissão encerra-se após a prova de tribuna, com a avaliação dos títulos dos candidatos aprovados e o julgamento do concurso.

A Secretaria da Comissão fiscaliza a aplicação da prova e providencia os meios necessários para a melhor realização de todo o concurso. Ao final, compete-lhe divulgar o resultado final e submeter o exame de todo o concurso, com a documentação que o instruiu, ao Conselho Superior do Ministério Público, para fins de homologação.

A nomeação dos candidatos é ato próprio do Procurador-Geral de Justiça, fora, pois, das atribuições do órgão auxiliar, vez que já encerradas as atividades da Comissão de Concurso.

9.4 - FINALIDADE

A Comissão de Concurso tem por finalidade selecionar, dentre os bacharéis em direito, aqueles que integrarão as fileiras do Ministério Público.

Por força da Constituição Federal, arts. 37, II, e 127, § 2º, o ingresso na carreira depende da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

A Comissão de Concurso é responsável pela elaboração das questões às quais são submetidos os candidatos, assim procedendo durante todas as etapas do concurso.

A Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que também dispõe sobre concursos para a magistratura, estabelece a necessidade de inserção de novas disciplinas ao exame dos candidatos, tais como Filosofia do Direito, Introdução Crítica, dentre outras, demonstrando o interesse de selecionar profissional com perfil mais humanista. Tal preceito tem aplicabilidade extensiva também ao MP, por força do art. 129, § 4º, da CF/88.

9.5 - SUSPEIÇÃO, IMPEDIMENTOS E INCOMPATIBILIDADES

Os integrantes da Comissão de Concurso, indistintamente, sujeitam-se ao preenchimento de condições objetivas e subjetivas para o exercício das funções. Afora aquelas já previstas em lei como

requisitos para participação, notadamente art. 77, da LC nº 34/94, retromencionadas, existem circunstâncias outras que também impedem a assunção da atividade.

Em 20 de fevereiro de 2006, foi publicada a Resolução nº 4, do CNMP, que previu a vedação de participação, como membro de Comissão de Concurso, daqueles que tivessem exercido magistério e/ou direção de cursos destinados à preparação de candidatos a concursos públicos, até três anos após cessar tais atividades.

Também a Resolução nº 14, do CNMP, proíbe a participação de membro do MP na Comissão de Concurso que tenha, entre os candidatos inscritos, parentes consanguíneos civis ou afins até o terceiro grau, bem como amigos íntimos ou inimigos capitais.

Como já visto, no Ministério Público de Minas Gerais, é adotado critério ainda mais rigoroso, ao impedir a participação de membro com parentesco civil ou afim até o quarto grau, nos termos do art. 77, VII, da LC nº 34/94.

Ainda segundo o Conselho Nacional⁴², é proibida a participação, na Comissão, de pessoa que tenha sido, nos três anos anteriores ao do concurso, titular, sócia, dirigente, empregada ou professora de curso destinado a aperfeiçoamento de alunos para fins de aprovação em concurso público.

De acordo com a Resolução nº 24, do CNMP, no caso de se tornar inviável a composição da Banca Examinadora, é possível convidar membros do Ministério Público de outros Estados.

A Resolução nº 40, do CNMP trata como hipótese de suspeição de membro da Comissão o deferimento de inscrição de candidato que seja seu servidor funcionalmente vinculado, cônjuge, companheiro, ex-companheiro, padrasto, enteado ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive.

A mesma Resolução, complementando aquela anterior, de nº 29, estabelece que será ainda considerado suspeito aquele que tiver participação societária, como administrador ou não, em cursos formais ou informais de preparação de candidatos para ingresso na Instituição, ou contar com parentes até o terceiro grau, em linha reta, colateral ou por afinidade nessa condição de sócio ou administrador.

Aplica-se, ainda, no que couber, aos membros da Banca Examinadora as causas de impedimento e suspeição previstas nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil⁴³.

⁴² Resolução nº 29, de 31 de março de 2008.

⁴³ A saber: "Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

Entende-se que o impedimento ou suspeição deixa de prevalecer se o candidato gerador da situação vier a ser eliminado do concurso, em qualquer fase.

9.6 - REMUNERAÇÃO

Todos os componentes da Comissão de Concurso, de acordo com o art. 81, da LC nº 34/94, fazem jus à percepção de gratificação pelo exercício da função de Presidente, Secretário, Examinador, titular ou suplente, conforme o caso.

A gratificação percebida pelos integrantes da Comissão é fixada por ato do Procurador-Geral de Justiça e tem a natureza remuneratória (*pro labore*), sendo considerada contraprestação por trabalho novo, com incidência do imposto de renda.

Não se aplica, nesse caso, dado o caráter de impermanência e de ser uma atividade anômala, a contribuição previdenciária, conforme entendimento acolhido administrativamente pela Instituição. Nesse sentido, houve criação de comissão interna, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, a qual chegou a tal conclusão em parecer conclusivo e aprovado.

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litúgio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”.

A gratificação é paga em parcela única, ao final do certame, não podendo ter valor superior ao teto remuneratório estabelecido para o Ministério Público.

Também os atos auxiliares, como o de fiscalização de salas, é merecedor de remuneração, com natureza semelhante.

9.7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, n.º 34, de 1994.

Lei Federal nº 8.625, de 1993.

Lei Complementar nº 75, de 1993.

Código de Processo Civil.

Conselho Nacional do Ministério Público, Resoluções.

Conselho Nacional de Justiça, Resoluções.

10 - SECRETARIA ESPECIAL DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior
Servidora Marluce Metzker Silva Oliveira

10.1 - INTRODUÇÃO

O Ministério Público brasileiro passa por um movimento de reflexão e de revisão de suas estruturas internas visando ao melhor atendimento das questões sociais, tendo o planejamento estratégico como uma ferramenta eficaz para o alinhamento de ações e a otimização de recursos em busca do cumprimento de sua finalidade.

No Ministério Público mineiro, a necessidade de iniciar um processo de planejamento de ações estratégicas focadas na missão e na visão de futuro da Instituição motivou a criação de um órgão, com *status* de secretaria especial, ligado ao gabinete do Procurador-Geral de Justiça.

Os recursos orçamentários são finitos. Assim, privilegiar somente as ações de curto prazo pode comprometer o futuro da Instituição e sua sustentabilidade. A implantação do planejamento estratégico prepara a Instituição para um salto de qualidade, buscando alcançar uma maior efetividade no resultado de suas ações.

Nesse sentido, o objetivo da Secretaria de Planejamento Estratégico (SEPE), instituída pela Resolução PGJ nº 12, de 3 de abril de 2009, como órgão de assessoramento do Procurador-Geral de Justiça, é conduzir um processo democrático, envolvendo todas as instâncias, para o estabelecimento de metas de curto, médio e longo prazo, visando nortear a atuação da Instituição, adequar sua estrutura e promover seu crescimento sustentável.

O trabalho proposto procura desenvolver em todos os membros e servidores da Instituição a visão sistêmica, a visão do todo e o pensamento estratégico, resgatando e mantendo em foco o significado de seu trabalho cotidiano e de suas rotinas, que somente existem para atendimento das demandas sociais.

É fundamental que o MPMG tenha um planejamento estratégico. Da mesma forma, é essencial o trabalho sistemático de acompanhamento de assuntos de interesse institucional, perante os Conselhos Nacionais, as Casas Legislativas, os Tribunais Superiores e outros órgãos, visando à defesa das prerrogativas e das atribuições da Instituição.

10.1.1 - COMPETÊNCIAS

Estão a cargo da Secretaria Especial de Planejamento Estratégico as atividades de planejamento estratégico, promoção institucional, articulação de políticas públicas e sociais, inteligência e segurança.

O artigo 2º da Resolução PGJ nº 12/2009 elenca as seguintes competências:

I - assessorar o Procurador-Geral de Justiça na definição, elaboração, coordenação, acompanhamento, orientação e avaliação de planos, projetos, programas, ações e medidas institucionais, incluindo de inteligência e segurança;

II - auxiliar no processo de formulação de estratégias para a atuação institucional e na definição de objetivos, metas e indicadores de resultado;

III - promover a integração, o intercâmbio de informações e a articulação entre órgãos de Execução e os de Administração Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, resguardado o princípio de independência funcional, visando à unidade das ações institucionais;

IV - promover, nas questões afetas a sua finalidade, sob orientação do Procurador-Geral de Justiça e em conjunto com o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional, a interlocução do Ministério Público do Estado de Minas Gerais com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nas esferas estadual e federal, e com outras instituições que tenham por objeto a atuação em áreas de interesse institucional;

V - supervisionar a elaboração da proposta do Plano Geral de Atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, apresentando-a ao Procurador-Geral de Justiça, nos moldes do art. 19 da Lei Complementar 34/94;

VI - coordenar, orientar e acompanhar, com apoio da Coordenadoria de Planejamento Institucional, a execução do Plano Geral de Atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, bem como sugerir alterações ao Procurador-Geral de Justiça;

VII - estimular, em conjunto com a Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais, a integração entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e as instituições e entidades de interesse social, visando à articulação de políticas públicas;

VIII - acompanhar, em conjunto com o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional, os processos de relevante interesse do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nas esferas estadual e federal, e nos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público;

IX - promover articulações para celebração de convênios, acordos e parcerias do Ministério Público do Estado de Minas Gerais com os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nas esferas estadual e federal, e com os demais Ministérios Públicos e entidades afins;

X - coordenar, sob orientação do Procurador-Geral de Justiça, o Fórum Permanente dos Centros de Apoio Operacional;

XI - promover o desenvolvimento de recursos humanos e de conhecimento relativos à segurança e inteligência institucionais, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento das atividades de segurança e inteligência institucionais; [...]

10.1.2 - ESTRUTURA

Para desempenho dessas atribuições, a Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI), criada em setembro de 2001, foi vinculada à estrutura da SEPE. Também foi previsto um serviço de apoio administrativo e parlamentar, inclusive com utilização de escritório avançado, em Brasília, para suporte e articulação local.

Para atendimento a essa nova configuração, a COPLI recebeu também nova estrutura, mantendo suas atribuições originais de planejamento, segurança e inteligência institucionais e agregando outras. O coordenador da COPLI atua como assessor na SEPE.

Em abril de 2010, a Secretaria Especial de Planejamento Estratégico e a COPLI receberam novas instalações no 7º andar do Ed. Carlos Ferreira Brandão.

10.2 - ATUAÇÃO

10.2.1 - PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

O planejamento estratégico é uma metodologia gerencial que permite estabelecer, por meio de objetivos e metas a serem atingidos em um determinado período de tempo, a direção a ser seguida pela Instituição. Essa metodologia traduz-se em um

conjunto de ações voltado para a visão ampla, global e de longo alcance da organização, com foco na missão, na sustentabilidade e no desenvolvimento institucional, e é baseada na análise do contexto.

O principal objetivo do planejamento estratégico é criar um maior grau de interação entre a Instituição e seu ambiente interno e externo, para que possa haver maior facilitação em estabelecer objetivos e metas estratégicos e otimizar resultados. Significa conhecer o momento presente e visualizar o futuro, percebendo mudanças, prevenindo crises, buscando alternativas de ação e discutindo novas perspectivas para a Instituição.

Para elaborar e executar essa importante ferramenta de gestão utilizada por grandes corporações públicas e privadas é preciso envolver todas as áreas da Instituição, sendo essencial interação entre todos.

Assim, sob coordenação da SEPE, equipes da Procuradoria-Geral de Justiça, capitaneadas pela Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI), realizaram pesquisas acerca das iniciativas de outros órgãos e instituições, públicas e privadas, em especial os Ministérios Públicos de outros estados que implantaram o planejamento estratégico, para subsidiar a definição do modelo a ser implantado, das fases necessárias e dos caminhos que levarão a esse objetivo.

A comissão, designada pelo Procurador-Geral de Justiça e composta de membros e servidores para realizar estudos e traçar as diretrizes do trabalho a ser desenvolvido, também realizou visitas técnicas e promoveu reuniões com consultores que desenvolveram trabalhos similares em outros órgãos e Ministérios Públicos.

Essa equipe multidisciplinar congrega competências técnicas diversas (Administração, Planejamento, Direito, Recursos Humanos, Informática, Orçamento) e visões complementares das várias áreas de atuação do MPMG, propiciando a troca de experiências e um resultado mais abrangente e efetivo.

Assim, o Ministério Público de Minas Gerais elaborou projeto básico que permitirá a implantação do seu planejamento estratégico, com objetivos de longo prazo (horizonte temporal no ano de 2023) e metas de curto, médio e longo prazo.

O projeto básico tem como objeto:

- a. contratação de serviços de consultoria de organização especializada;
- b. elaboração do plano estratégico de longo prazo;
- c. construção e implementação de um modelo de gestão estratégica.

O documento define, ainda:

- a. metodologia a ser usada;
- b. serviços a serem contratados;
- c. critérios de avaliação das propostas dos licitantes.

Os trabalhos, com início previsto para julho de 2010, serão desenvolvidos com participação dos membros e servidores da Instituição, em seis etapas definidas no projeto básico:

- a. elaboração do Diagnóstico Preliminar, Plano de Trabalho e Plano de Comunicação;
- b. construção de Cenários Prospectivos para as áreas de resultado;
- c. elaboração do Plano Estratégico;
- d. construção do Mapa Estratégico para as áreas de resultado;
- e. elaboração dos Planos Operacionais;
- f. definição de um Modelo de Gestão Estratégica ideal e permanente para o MPMG.

A eficácia do planejamento estratégico requer sólida participação dos níveis superiores da Instituição e exige empenho individual dos níveis operacionais e de execução, desde a elaboração até a real implementação e o acompanhamento.

O grande desafio é desenvolver uma nova cultura entre membros e servidores, para que o planejamento estratégico não seja apenas um documento, e sim um compromisso de todos buscando a finalidade do MP: a prestação eficiente de serviços à população.

10.2.2 - ACOMPANHAMENTO LEGISLATIVO

O acompanhamento das questões de interesse do Ministério Público de Minas Gerais e do Brasil está sendo realizado sistematicamente na capital federal.

Em janeiro de 2010, foi instalado o escritório de apoio, em Brasília, que atua no acompanhamento diário dos assuntos de interesse da Instituição que tramitam no Congresso Nacional, nos Tribunais Superiores e Conselhos Nacionais, com imediata divulgação aos promotores e procuradores de Justiça. Oferece, ainda, suporte aos membros do Ministério Público mineiro que tenham compromissos agendados na capital federal.

O resultado desse trabalho e também a íntegra das pautas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) estão disponíveis no portal do MPMG, na página eletrônica do Acompanhamento em Brasília. As notícias são atualizadas diariamente, bem como as agendas de reuniões e votações do Congresso.

A atividade de acompanhamento legislativo é de suma relevância para a gestão da Instituição, bem assim para a defesa de prerrogativas do Ministério

Público. Com esse objetivo, em conjunto com a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), Associação Nacional do Ministério Público Militar (ANMPM), Procuradoria-Geral da República (PGR) e o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPGE), foram obtidos vários resultados na interlocução com os Poderes da República e impedidos retrocessos; houve ainda modificação e aperfeiçoamento dos projetos e apresentação das propostas de elevado interesse da Instituição.

O trabalho, no entanto, deve ser permanente e integral.

O escritório, localizado no Setor Comercial Norte, na região central de Brasília, fica no seguinte endereço: SCN Quadra 1, Bloco F, sala 904, Tel.: 61 3245-3364. Email: acompbsb@mp.mg.gov.br .

10.2.3 FÓRUM PERMANENTE DE CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

O Fórum Permanente de Centros de Apoio Operacional (FPCAO), instituído pela Resolução PGJ nº 02/2009, de 9 de fevereiro de 2009, tem a finalidade orientar, articular, integrar e acompanhar as ações dos Centros de Apoio Operacional e do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor (PROCON-MG), com vistas a aperfeiçoar a atuação institucional.

O FPCAO é composto do Procurador-Geral de Justiça, que o preside, do Coordenador da Secretaria Especial de Planejamento Estratégico, que o dirige, do Coordenador da COPLI, que atua como Secretário Executivo, dos coordenadores dos Centros de Apoio Operacional, do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor (PROCON), das Procuradorias de Justiça Cível, Criminal, de Direitos Difusos, de Controle de Constitucionalidade e de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Municipais e, ainda, dos representantes da Corregedoria-Geral do MPMG, Ouvidoria do MPMG e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Em reuniões mensais, são discutidos temas de relevância institucional promovendo o entendimento e alinhamento de projetos e ações.

10.3 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Resolução PGJ nº 12/2009. Publicada no Diário Oficial em 04/04/2009.

Institui, na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça, a Secretaria Especial de Planejamento Estratégico (SEPE).

Resolução PGJ nº 32/2010. Publicada no Diário Oficial em 06/05/2010.

Dispõe sobre a estrutura orgânica e atribuições da Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI).

Resolução PGJ nº 02/2009. Publicada no Diário Oficial em 09/02/2009.

Institui o Fórum Permanente dos Centros de Apoio Operacional no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

10.4 - COORDENADORIA DE PLANEJAMENTO INSTITUCIONAL (COPLI)

Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira
Servidora Marluce Metzker Silva Oliveira

10.4.1 - INTRODUÇÃO

O Ministério Público, no cumprimento de seus fins institucionais, exerce variadas atribuições que requerem o planejamento das atividades institucionais, como meio de otimizar os recursos humanos, materiais, tecnológicos e orçamentários disponíveis, visando aprimorar a qualidade dos serviços e do atendimento às demandas sociais.

Da mesma forma, a diversidade e a complexidade da atuação dos membros e servidores do Ministério Público exigem adequadas condições de segurança para que produzam resultados cada vez mais eficientes, eficazes e efetivos.

Nessa trajetória de crescimento do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), em 6 de setembro de 2001, foi criada a Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI), cuja atuação é pautada pela crença de que o trabalho em equipe, a consulta aos envolvidos, o intercâmbio e a cooperação entre as unidades da Procuradoria-Geral de Justiça e diversos órgãos, internos e externos ao MPMG, bem assim as parcerias interinstitucionais se apresentam como meio essencial e facilitador à realização de sua missão institucional.

Para desempenho de suas funções, a COPLI desenvolveu uma metodologia própria, que visa à solução de problemas com foco nos resultados, buscando sempre a ação mais abrangente e efetiva.

A COPLI é vinculada à Secretaria Especial de Planejamento Estratégico (SEPE), órgão de assessoramento do Procurador-Geral de Justiça, instituída pela Resolução PGJ nº 12, de 3 de abril de 2009.

10.4.2 - COMPETÊNCIAS

Em 5 de maio de 2010, por meio da resolução PGJ nº 32/2010, a COPLI teve suas competências originais de planejamento, inteligência e segurança

institucionais ampliadas, com a finalidade de programar, desenvolver, orientar, acompanhar e avaliar as atividades de planejamento institucional, a construção de indicadores, a modernização administrativa e o desenvolvimento de sistemas.

Art. 3º Compete à Coordenadoria de Planejamento Institucional:

I prestar assessoramento direto e imediato ao Coordenador da Secretaria Especial de Planejamento Estratégico;

II promover, orientar e coordenar a elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público e do Planejamento Estratégico, com a participação das Procuradorias e Promotorias de Justiça e demais unidades organizacionais;

III promover, orientar, acompanhar e coordenar a elaboração e a execução do Plano Geral de Atuação do Ministério Público e do Planejamento Estratégico, bem como sugerir alterações ao Procurador-Geral de Justiça;

IV elaborar, acompanhar, orientar e compatibilizar projetos, programas, ações e medidas institucionais;

V acompanhar de forma sistêmica a atuação do Ministério Público, identificando necessidades e sugerindo mudanças;

VI organizar e prestar apoio técnico-operacional necessário para a realização das audiências públicas e do Fórum Permanente dos Centros de Apoio Operacional;

VII auxiliar no planejamento, definição e acompanhamento da política de segurança da informação no âmbito do Ministério Público, atuando como membro do Conselho Gestor de Segurança da Informação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CGSI);

VIII planejar, executar, coordenar, supervisionar e avaliar as atividades de inteligência e de segurança institucionais de pessoal, instalações e respectivas operações;

IX promover o desenvolvimento do conhecimento relativos à segurança e à inteligência institucionais, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento das atividades de segurança e de inteligência institucionais;

X analisar e propor convênios relacionados às atividades de inteligência e segurança institucionais;

XI manter intercâmbio, solicitar informações e cooperação de quaisquer membros ou órgãos de execução do Ministério Público;

XII promover, coordenar, orientar e executar ações necessárias à construção de indicadores, à modernização administrativa e ao desenvolvimento de sistemas;

XIII coordenar, com base em diretrizes estratégicas, o desenvolvimento de sistemas informatizados;

XIV elaborar e coordenar a implantação de normas, sistemas e métodos de simplificação e racionalização de trabalho, bem como proceder à sua revisão e adequação e indicar o treinamento interno necessário à sua operacionalização;

XV exercer outras funções que lhe forem delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

10.4.3 - ESTRUTURA

A Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI) tem a seguinte estrutura orgânica:

Superintendência de Planejamento e Coordenação (SPC):

- a) Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais (DPIN);
- b) Diretoria de Sistemas e Monitoramento de Informações Estratégicas (DMIN);
- c) Centro de Segurança e Inteligência Institucional (CESIN).

O CESIN se subdivide em três núcleos, com atribuições, estrutura e coordenação distintas:

- a) Núcleo de Inteligência – composto de policiais civis e coordenado por um Delegado de Polícia;
- b) Núcleo de Segurança Patrimonial – composto de bombeiros militares e coordenado por um Oficial do Corpo de Bombeiros Militar;
- c) Núcleo de Segurança Pessoal – composto de policiais militares e coordenado por um Oficial da Polícia Militar.

10.4.4 - HISTÓRICO

Desde sua criação, para melhor atendimento às demandas e adequação à organização administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça, a COPLI necessitou passar por algumas alterações de estrutura e de competências internas, chegando à forma atual, que lhe foi dada pela Resolução PGJ nº 32/2010.

Competência crucial do órgão, a COPLI coordenou, desde 2001, a elaboração do Plano Geral de Atuação, que define as diretrizes de atuação e metas prioritárias a serem alcançadas pelo MPMG, envolvendo a participação de todos os membros e do corpo administrativo da Instituição (com ampliação da exigência do art.19 da Lei Complementar nº 34/94).

Durante as reuniões para realização do primeiro trabalho, ficou evidenciada a crescente preocupação com a segurança de pessoas e instalações, que se mostrou fundada com uma sequência de furtos, arrombamentos e incêndios nas instalações ocupadas pelo Ministério Público e de ameaças a membros e servidores, concretizadas na morte trágica de um promotor de Justiça. Esse quadro determinou a ampliação das competências da COPLI (com a reedição da Resolução PGJ nº 60/2001, em 01/10/2002), que passou a ser responsável por buscar soluções abrangentes e planejar a execução de medidas de proteção adequadas.

Nos primeiros anos de sua existência, a COPLI contava apenas com um Promotor de Justiça, que era o coordenador, uma Oficial do MPMG, graduada em Administração, e um Oficial da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG).

Em 08/03/2003, ao ser publicada a Resolução PGJ nº 3/2003, a Coordenadoria – que exercia suas atividades com o apoio de órgãos administrativos e já vinha atuando de forma pontual nas questões de segurança e inteligência – teve regulamentadas e ampliadas suas atribuições. A partir de então, com a incorporação da estrutura funcional da Superintendência de Planejamento, o envolvimento e a execução das competências atribuídas à COPLI ficaram a cargo dos três centros ali instituídos: Centro de Orçamento Institucional (CENOR), Centro de Projetos e Estudos Institucionais (CEPIN) e Centro de Segurança e Inteligência Institucionais (CESIN).

A gratificação de apoio à investigação concedida a policiais que estejam à disposição do Ministério Público, instituída pelo art. 26 da Lei nº 14.323/2002 e regulamentada pelas Resoluções PGJ nº 97/2002 e PGJ nº 92/2004, permitiu à COPLI receber policiais civis e militares, e também bombeiros militares, para atuarem nas ações de segurança e inteligência institucionais.

Com a criação e estruturação da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa, algumas competências (proposta e execução orçamentária, política de informática e desenvolvimento de sistemas, planejamento setorial e elaboração de projetos de captação de recursos) deixaram de pertencer à COPLI (Resoluções PGJ nº 65/2004 e nº 30/2006).

Em 29 de junho de 2006, com a edição da Resolução PGJ nº 43/2006, que cria Sistema de Audiências Públicas, à COPLI foi atribuída competência para promover o apoio logístico e operacional necessário à realização de audiências públicas no Ministério Público, promover o encaminhamento das manifestações coletadas durante os eventos e inserir essas demandas no Plano Geral de Atuação.

Da mesma forma, a Resolução PGJ nº 2/2009, que cria o Fórum Permanente dos Centros de Apoio Operacional, atribuiu à COPLI a secretaria executiva e o apoio técnico-operacional necessário ao desenvolvimento das atividades desse órgão.

Sua história se completa com a vinculação da Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI) à Secretaria Especial de Planejamento Estratégico, por meio da Resolução PGJ nº 12/2009, que incumbiu à COPLI novas competências referentes à elaboração, à implantação e ao acompanhamento do Planejamento Estratégico no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais.

10.5 - ATUAÇÃO

10.5.1 - PLANO GERAL DE ATUAÇÃO (PGA)

O processo de elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público (PGA), previsto no art. 19 da Lei Complementar nº 34/94, é anual e participativo. A COPLI realiza diversas reuniões e con-

tatos com os membros da Instituição para colher sugestões de ações prioritárias nas diversas áreas de atuação do Ministério Público.

Os membros do Ministério Público elegem as prioridades institucionais, visando a uma atuação pautada por diretrizes comuns, inclusive em conjunto com outros órgãos internos e externos, conforme estratégias propostas por eles e pelos órgãos de macroatuação (Centros de Apoio Operacional, Coordenadorias regionais e estaduais).

A partir de 2008, o PGA contempla também prioridades trazidas pela sociedade civil organizada, ouvida em audiências públicas regionais realizadas durante o ano anterior.

O estabelecimento de metas e objetivos prioritários promove a interlocução, a cooperação e o esforço conjunto dos diversos promotores e procuradores de Justiça em torno de um objetivo comum. Esse direcionamento à atuação funcional é revertido em crescimento e desenvolvimento da Instituição, pelo volume de conhecimento produzido, por experiências e reflexões compartilhadas e pelo atendimento mais efetivo de questões graves e urgentes da sociedade.

A definição de prioridades é, também, essencial para a otimização dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; propicia a melhor administração da demanda e incentiva a atuação por resultados; subsidia o planejamento institucional-administrativo, justifica e facilita a negociação do orçamento da Instituição.

A consulta democrática aos membros do MPMG e à sociedade valida o processo de escolha de temas a serem tratados com primazia, inclusive permitindo à Administração a alocação de recursos para a consecução desses objetivos. Da mesma forma, a participação dos membros da Instituição e da sociedade vincula a atuação do promotor de Justiça, que deve dar resposta às questões eleitas e terá a seu dispor todo o apoio institucional necessário.

O documento final do Plano Geral de Atuação, contendo objetivos, metas e estratégias de atuação prioritária, é apresentado pelo Procurador-Geral de Justiça à Câmara de Procuradores de Justiça, para aprovação (LC nº 34/94, art. 19). Nesse processo, também estão incluídas as fases de planejamento, elaboração participativa, acompanhamento da execução e avaliação dos resultados.

10.5.2 - AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Instituído pela Resolução PGJ nº 43/2006, o sistema de audiências públicas tem como objetivo colher sugestões, demandas e informações diretamente da sociedade civil organizada, com a finalidade de possibilitar a definição de ações institucionais prio-

ritárias do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de alcance local, regional ou estadual.

As audiências ordinárias são realizadas, anualmente, em nove regiões do Estado: Capital, Central, Sul de Minas, Triângulo/Alto Paranaíba, Zona da Mata, Centro-Oeste, Noroeste/Norte de Minas, Jequitinhonha/Mucuri e Rio Doce. Os eventos contam com a presença da Administração Superior, da Ouvidoria do MPMG, dos coordenadores de Centros de Apoio e dos promotores de Justiça da região.

A primeira audiência pública foi realizada em 18/09/2006, das 14 às 18 horas, em Belo Horizonte (Venda Nova), contando um público de aproximadamente 300 pessoas. Em 2007, houve audiências e reuniões prévias com representantes das organizações sociais, com o intuito de mobilizar a participação popular e identificar temas prioritários para apresentação de demandas. Esse formato enriqueceu as audiências públicas e proporcionou ao MPMG um contato direto com as comunidades e maior conhecimento das dificuldades locais.

São convidados a participar os representantes da sociedade civil organizada (sindicatos, associações de bairro, movimentos sociais, pastorais, membros de conselhos municipais constituídos, partidos políticos, ONGs), autoridades (prefeituras, câmaras municipais, secretarias de governo e outros órgãos) e demais pessoas físicas e jurídicas interessadas.

À COPLI cabe a coordenação geral, a organização, o apoio logístico e a secretaria executiva das audiências. Também está a cargo da COPLI o encaminhamento das demandas aí levantadas, o acompanhamento dos resultados e o aproveitamento e a consideração das questões suscitadas no processo de elaboração do PGA.

As demandas são remetidas aos órgãos responsáveis por seu atendimento (Centros de Apoio, Promotorias de Justiça, Ouvidoria).

10.5.3 - PROJETOS INSTITUCIONAIS

A COPLI foi responsável pela elaboração de diversos projetos e pela realização dos respectivos convênios para captação de recursos. Dentre eles destacam-se:

- a) Ministério do Meio Ambiente, no valor de R\$ 1.428.000,00, destinado a equipar as Promotorias de Justiça do Rio São Francisco;
- b) Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), no valor total de R\$ 1.227.000,00, por intermédio da Secretaria de Estado de Defesa Social, destinado a equipar as áreas de Combate ao Crime Organizado, Conflitos Agrários, Criminal e Inteligência Institucional;

- c) Secretaria Especial de Direitos Humanos, no valor de R\$ 1.224.404,00, destinado à regionalização das Promotorias de Defesa da Infância, com construção de sedes próprias em Teófilo Otoni, Governador Valadares e Montes Claros.

A COPLI atua também em projetos e ações dos Órgãos da Administração Superior e dos Centros de Apoio Operacional, realizando análise, emitindo pareceres e prestando apoio técnico-operacional. Como exemplos, podem ser citados o sistema de audiências públicas (2006-2009) e o Simpósio MP-Cível em Debate (2006-2007), nos quais a COPLI foi responsável pela elaboração do projeto, pela organização dos eventos e pela secretaria executiva.

As sugestões e demandas de membros do Ministério Público para aperfeiçoamento de suas atividades são, por despacho do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, remetidas à COPLI, para realização de estudos de viabilidade ou elaboração de projetos para implantação. No cumprimento dessa atribuição, a COPLI realiza pesquisas teóricas para embasamento e promove contatos e reuniões com órgãos internos e externos, dando o encaminhamento demandado pelo Gabinete.

10.5.4 - TERMOS DE PARCERIA COM OUTRAS INSTITUIÇÕES

Na execução dessa competência, a COPLI cuida da elaboração e intermediação de convênios de segurança e inteligência e também de outros de interesse institucional.

A articulação de ações conjuntas interinstitucionais é intermediada pela COPLI, por demanda da Administração Superior e dos Centros de Apoio Operacional. Essa articulação se traduz em estudos e contatos com os diversos órgãos internos e externos envolvidos, buscando a celebração de convênios e termos de cooperação e a divulgação da parceria.

E, assim, foram firmadas parcerias com diversos órgãos e instituições, como:

- a) Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), para fiscalização do Programa Bolsa-Família e do Benefício de Prestação Continuada;
- b) Ouvidoria-Geral do Estado, para troca de informações e participação nas audiências públicas;
- c) Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, para realização de mutirões pela cidadania e palestras sobre direitos humanos, no Vale do Jequitinhonha (2006) e no Vale do Rio Doce (maio/2008);
- d) Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE), para engajamento na campanha *O que você tem a ver com a Corrupção?*

Destacam-se os termos de cooperação técnica para acesso a bancos de dados cadastrais, com base no inciso XIV do art. 67 da LC nº 34/94, os quais permitem o trabalho de localização e qualificação de pessoas e empresas realizado pelo CESIN e pelos Centros de Apoio Operacional.

Estão disponíveis, atualmente, consultas ao cadastro de empresas da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG), da Receita Federal (CNPJ e CPF), do Sistema de Informações Policiais (pessoas naturais, veículos e condutores de MG) e, ainda, da Rede Nacional de Informações de Segurança Pública (INFOSEG).

10.5.5 - MODERNIZAÇÃO

Outra atribuição relevante, incorporada em 2010 à COPLI, é o desenvolvimento de projetos de organização, sistemas e métodos, ramo da administração que estuda a forma de realizar e distribuir as tarefas. Esse estudo é crucial para a avaliação da estrutura organizacional, para melhoria dos processos de trabalho e para alocação de atribuições, de autoridade e de responsabilidade entre as unidades da Instituição.

O levantamento das rotinas das unidades diagnosticadas aponta sugestões de solução dos principais problemas de processo de trabalho identificados e indica a necessidade de desenvolvimento ou aprimoramento de sistemas eletrônicos de suporte.

10.5.6 - INTELIGÊNCIA INSTITUCIONAL

A atividade de inteligência no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais destina-se principalmente à proteção das informações produzidas e próprias da Instituição e à busca de informações externas de interesse institucional.

As informações estratégicas consolidam dados produzidos por todas as instâncias organizacionais para subsidiar e agilizar o planejamento, a condução e resolução de questões gerenciais. Assim, a partir da reestruturação da COPLI, incumbe à Diretoria de Sistemas e Monitoramento de Informações (DMIN) sugerir, subsidiar e acompanhar o desenvolvimento de sistemas de informações. Da mesma forma, também o desenvolvimento de indicadores para mensurar o desempenho da execução do planejamento da Instituição com o fim de apoiar a elaboração e acompanhamento de planos, projetos e orçamentos. Os indicadores são ferramentas que auxiliam na identificação de gargalos e ineficiências nos processos e fornecem base para um processo decisório mais eficaz.

O Núcleo de Inteligência do Centro de Segurança e Inteligência Institucionais (CESIN) é responsável pelo desenvolvimento de ações para obtenção, análise e disseminação da informação útil ao processo

decisório institucional, pela salvaguarda da informação contra acessos não autorizados e pela integração das ações de planejamento e execução das atividades de inteligência no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais. A finalidade é fornecer subsídios ao Procurador-Geral de Justiça nos assuntos de interesse institucional.

Quando se fala em segurança da informação, trata-se não somente dos dados digitais que trafegam pela rede lógica de computadores ou que estejam armazenados em um sistema eletrônico mas de toda informação registrada em documentos, autos de processos e procedimentos, publicações, gravações de áudio e vídeo ou mesmo transmitida oralmente por conversação, por telefonia etc., de importância e valor para a Instituição, necessitando ser adequadamente protegida. Esses documentos e materiais são alvos permanentes de ações adversas, em particular de espionagem e de sabotagem, efetivadas por meio de furto ou de técnicas especializadas, tais como fotografia e memorização, e ainda daquelas que objetivam destruir ou adulterar o documento ou material sigiloso, impedindo o correto aproveitamento de seu conteúdo.

Merecem destaque as ações não intencionais, acidentais ou de *vazamento* de informação, cometidas por pessoa que, involuntariamente, tomou ciência de dados reservados e os divulgou. É o caso de prestadores de serviço (*office-boys*, faxineiros, artífices etc.), visitantes ocasionais ou ouvintes passivos de um telefonema ou conversa paralela. Nesse sentido, é necessário revestir de atenção todo o ciclo de vida de uma informação sigilosa ou potencialmente estratégica, desde a sua produção até sua destruição, passando pelo controle de recebimento, expedição, tráfego, manuseio e arquivamento por qualquer meio físico ou eletrônico disponível.

A salvaguarda de informações é atividade de inteligência e de segurança institucional. Um incidente envolvendo perda de informações pode significar desde a paralisação de processos, rotinas e procedimentos até risco à integridade física de membros, servidores, instalações e equipamentos do Ministério Público.

No Centro de Segurança e Inteligência Institucionais (CESIN), vinculado à COPLI, o Núcleo de Inteligência executa suas funções pautado pela experiência e pelas doutrinas de inteligência disponíveis, desenvolvendo, entre outras, as seguintes ações de inteligência e contra-inteligência:

a) Intermediação institucional com a Polícia Civil de Minas Gerais (PCMG) com vistas à execução de atividades inerentes ao MPMG, mas que se relacionam, sobretudo legalmente, com aquela instituição. Nesse sentido são promovidos agendamentos de visita a estabelecimento prisional da PCMG; cadastramento de membros e servidores do MPMG

para acesso ao Sistema de Informações Policiais (SIP), em consonância com o convênio firmado; encaminhamento de solicitações diversas (como laudos periciais), demandas relacionadas ao DETRAN, acompanhamentos de registros de ocorrências policiais etc.; busca de parceria e aproximação institucional, objetivando a superação de obstáculos historicamente evidenciados.

b) *Varredura* telefônica em casos de suspeita justificada de escuta não autorizada. O CESIN realiza a inspeção nas linhas telefônicas das Promotorias de Justiça e, em situações excepcionais, nas residências dos membros do MPMG.

c) Auxílio a investigações desenvolvidas pelos Centros de Apoio Operacional (CAO) do MPMG, em suas diversas áreas, quando solicitado.

d) Ações/operações de inteligência e investigação por demanda direta do gabinete do Procurador-Geral de Justiça.

e) Ações/operações de inteligência nas audiências públicas e outros eventos do MPMG com grande afluxo de público e/ou que representem risco potencial, inclusive na prevenção à fraude nos concursos da Instituição.

f) Desenvolvimento do projeto de sistema de inteligência do Ministério Público e de manuais e cartilhas de inteligência e segurança.

g) Pesquisa para instrução de procedimento de investigação social ou sindicância preliminar de candidatos aprovados em concurso público para ingresso no Ministério Público, no Poder Judiciário, na Polícia Federal e em outros órgãos públicos, inclusive de outros Estados da Federação.

h) Localização e qualificação de pessoas físicas e jurídicas – o Núcleo de Inteligência realiza pesquisas nos diversos bancos de dados conveniados com a PGJ e outras fontes abertas, para subsidiar a instrução de processos ou outros procedimentos em trâmite no Ministério Público.

Com base no inciso XIV do art. 67 da LC nº 34/94, o Ministério Público, no exercício de suas funções, poderá “consultar banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo legal e a inviolabilidade dos direitos individuais” (art. 1º da Lei Complementar nº 80/2004). Assim, foram negociados e concretizados termos de cooperação técnica com órgãos e instituições, públicas e privadas, que permitem acesso a diversos sistemas de dados.

Os diversos sistemas de dados disponíveis possibilitam, em conjunto, pesquisa cruzada de dados básicos cadastrais de indivíduos (qualificação e endereço); número e situação do CPF (se regular,

pendente de regularização ou suspensão); antecedentes criminais; dados de condutor de veículo automotor e candidato à Carteira Nacional de Habilitação; pesquisa de veículos automotores (infrações, impedimentos, propriedade, ocorrências, licenciamento etc.); dados de empresas (razão social, CNPJ, endereço, se ativa ou inativa); dados de sócios (CPF, endereço, se sócio-administrador, sócio-gerente, contribuição social); situação cadastral de indivíduos e empresas e, ainda, informações a respeito de emissão de cheques e movimentação de débitos no comércio do Estado de Minas Gerais.

Importante ressaltar que o acesso às bases de dados é limitado a poucos usuários cadastrados, que atuam nos Centros de Apoio Operacional e na COPLI. Essa limitação obedece à análise de viabilidade, que envolve aspectos técnicos e de logística afetos a PGJ e aos órgãos conveniados, aspectos financeiros (uma vez que alguns dos acessos são pagos, cadastrar mais usuários significa maior ônus) e, ainda, aspectos fundamentais de segurança na utilização de dados de terceiros. Cada usuário cadastrado recebe senha individual de acesso e assina um termo de compromisso no qual reconhece a confidencialidade dos dados, passando a ser pessoalmente responsável pela salvaguarda da informação. Da mesma forma, aquele que recebe as informações remetidas pelo CESIN, após pesquisa nos bancos de dados, compartilha do sigilo.

Visando preservar a lisura do procedimento e a imagem institucional do Ministério Público, o relatório do CESIN contém a classificação de documento *reservado* e a citação dos arts. 37 e 65 do Decreto Federal nº 4.553/2002.

Art. 37, § 1º – Todo aquele que tiver conhecimento, nos termos deste Decreto, de assuntos sigilosos fica sujeito às sanções administrativas, civis e penais decorrentes da eventual divulgação dos mesmos.

Art. 65 – Toda e qualquer pessoa que tome conhecimento de documento sigiloso, nos termos deste Decreto fica, automaticamente, responsável pela preservação do seu sigilo.

Também contém a seguinte advertência, por força dos termos dos convênios de cooperação firmados com os órgãos e instituições parceiras: “Este relatório de inteligência não deve ser anexado a processos e/ou procedimentos investigatórios, sendo vedado imprimir, retransmitir ou transcrever sob forma de certidão as informações aqui contidas”.

Para que os membros do Ministério Público tenham acesso às informações contidas nos bancos de dados conveniados, basta encaminhar sua consulta a COPLI/CESIN, por meio do preenchimento de formulário eletrônico disponível no portal do Ministério Público de Minas Gerais (<www.mp.mg.gov.br/copli>).

10.5.7 - SEGURANÇA DE INSTALAÇÕES

O CESIN, por meio do Núcleo de Segurança Patrimonial, realiza atividades com o objetivo de prevenir acidentes, incêndios e violações de sistemas de segurança nas edificações ocupadas pelo Ministério Público estadual. Essas ações buscam resguardar a integridade das pessoas, dos materiais e das instalações, visando proporcionar um estado em que os interesses vitais da Instituição estejam livres de interferências e perturbações causadas por fatores adversos previsíveis.

Nesse sentido, o CESIN desenvolve e executa, em conjunto com as áreas administrativas responsáveis, planos de segurança para monitoramento e controle de acesso, prevenção contra incêndios e pânico e, ainda, segurança patrimonial, de acordo com a Lei nº 14.130/2001, o Decreto Estadual nº 44.746/2008, as Normas Brasileiras de Regulamentação (NBR) e as Instruções Técnicas do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (IT 01 a IT 35).

As atividades do CESIN, no que diz respeito à segurança de instalações, podem ser assim descritas:

a) Apoio e intermediação institucional – a aproximação entre o Corpo de Bombeiros e o Ministério Público é facilitada, visando ao atendimento de demandas das duas instituições, primordialmente em questões afetas ao meio ambiente.

b) Vistorias preventivas – em apoio às atividades da Diretoria-Geral da PGJ, o CESIN realiza vistorias preventivas de segurança em imóveis a serem locados para funcionamento das Promotorias de Justiça de Minas Gerais. O estudo contempla a verificação de existência e funcionamento de sistemas de prevenção contra incêndio e pânico das edificações, de sistemas de segurança institucional patrimonial, da capacidade de atendimento e fluxo de pessoas, das vias de acesso às Promotorias, localização de rotas de fuga, proximidade dos órgãos de segurança pública, *layout* e disposição interna da edificação quanto à segurança. O parecer técnico do CESIN é emitido com as recomendações necessárias para decisão da Administração da PGJ.

c) Sistemas de proteção perimetral – o Núcleo de Segurança Patrimonial elabora e propõe projetos de segurança para as diversas edificações ocupadas pelo MPMG. Conforme a necessidade apurada, são recomendadas desde travas em portas e janelas, até sistemas eletrônicos de segurança, com utilização de sensores de presença, cerca elétrica, monitoramento de sistema de intrusão, controle de acesso através de catracas, portal de detecção ou detectores de metais manuais, circuito interno de TV ou outros.

d) prevenção a incêndios e identificação de materiais perigosos – essa atividade enseja a criação e

reciclagem de brigadas de incêndio, que são treinadas para vistoria permanente do estado de manutenção de escadas e corrimãos; análise de saídas e sinalização de emergência; de aparelhos extintores e sistema de hidrantes; de detectores de fumaça; identificação de materiais perigosos; isolamento e evacuação de área sinistrada ou sob ameaça; controle de pânico; extinção de focos de incêndio e acionamento de equipes antibombas.

e) cursos para membros e servidores do Ministério Público Estadual – já foram realizados: formação e reciclagem de brigadas de incêndio; estágio em atividades de altura; estágio em atividades submersas, mergulho; estágio em localização por GPS.

f) planejamento e execução de projetos de segurança – controle de acesso e identificação de pessoas por biometria; sistema digital de circuito fechado de televisão; sistema de detecção de metal.

10.5.8 - SEGURANÇA DE PESSOAS

O Núcleo de Segurança Pessoal tem como atribuição primordial estabelecer medidas de proteção aos membros do Ministério Público, que foram ameaçados em decorrência de sua atividade funcional, realizando sua escolta, extensiva à família, em situação de risco.

São atividades específicas desse Núcleo:

a) intermediação institucional com a Polícia Militar de Minas Gerais em assuntos de interesse das duas instituições;

b) escolta de segurança dos membros do Ministério Público e de seus familiares em situação de risco pessoal, com deslocamento de uma equipe para avaliação de segurança ou escolta do ameaçado, se necessário;

c) escolta do Procurador-Geral de Justiça em missões oficiais;

d) acompanhamento em eventos oficiais do Ministério Público, fazendo a intermediação com a Polícia Militar local para adoção de medidas preventivas de segurança;

e) proteção para os membros do Ministério Público de outras unidades da Federação, quando em visita oficial a Minas Gerais;

f) orientação e acompanhamento de membros do Ministério Público para compra e registro de armas no Exército Brasileiro e na Polícia Federal;

g) organização de curso de direção defensiva e de curso de tiro para membros do Ministério Público, visando à aquisição de arma ou ao treinamento daqueles que já possuem arma e desejam aprimorar suas habilidades.

10.6 - SOLICITAÇÃO DE SERVIÇOS AO CESIN

Todo acontecimento que possa causar ou representar algum risco ou dano ao Ministério Público – ou a seu pessoal, suas instalações, materiais ou conhecimentos – deverá ser comunicado imediatamente à Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI).

Visando à celeridade de atendimento, as informações e os serviços prestados pela COPLI podem ser solicitados e difundidos por meio eletrônico (*email* oficial/institucional) ou ofício via fax, observado, em qualquer caso, o grau de sigilo reservado.

Em casos de urgência, as solicitações poderão ser feitas por telefone, no plantão de segurança que funciona 24 horas e pode ser acionado de qualquer parte do Estado pelos membros do Ministério Público de Minas Gerais em situação de risco pessoal, envolvimento em ocorrência policial ou para orientações de segurança.

As solicitações feitas por telefone deverão ser formalizadas posteriormente, para registro.

10.6.1 - CONTATOS

a) Página institucional eletrônica: www.mp.mg.gov.br/copli

b) Endereço: Rua Dias Adorno, 367 – 7º andar, Bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte/MG, CEP 30190-100

c) Fone: (31) 3330-9928 – Fax: (31) 3330-9931

d) Plantão de segurança 24 horas – (31) 3250-5080

e) *email* – planejamento@mp.mg.gov.br; cesin1@mp.mg.gov.br; cesin3@mp.mg.gov.br; cesin4@mp.mg.gov.br

10.7 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Resolução PGJ nº 32/2010

Dispõe sobre a estrutura orgânica e atribuições da Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI).

Lei Complementar nº 34/94-MG, art. 19

Dispõe sobre a elaboração do Plano Geral de Atuação (PGA).

Lei Complementar nº 54, art. 54

Assegura aos integrantes do Corpo de Bombeiros Militar os mesmos direitos e prerrogativas dos militares da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

Lei nº 14.323/2002, art. 26

Dispõe sobre gratificação de apoio à investigação devida a policiais a serviço do Ministério Público.

Resolução PGJ nº 97/2002

Regulamenta o art. 26 da Lei nº 14.323/2002, que dispõe sobre a concessão de gratificação de apoio à investigação devida a policiais que estejam à disposição do MPMG.

Resolução PGJ nº 92/2004

Acrescenta dispositivo à Resolução PGJ nº 97, de 1º de outubro de 2002, estendendo o benefício aos integrantes do Corpo de Bombeiros Militar.

Lei Complementar nº 34/94, art. 67, XIV

Inciso inserido na Lei Orgânica, pela LC nº 80, de 09/08/2004, art. 1º, para permitir consulta a banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública.

Decreto Federal nº 4.553 de 27/12/2002

Dispõe sobre sigilo de documentos.

Lei Estadual nº 14.130/2001

Trata da prevenção contra incêndio e pânico no Estado de Minas Gerais.

Decreto nº 44.270/2006 e Decreto Estadual nº 44.746/2008

Regulamentam a Lei nº 14.130/2001.

11 - ATUAÇÃO FUNCIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO⁴⁴

Sandra Helena Barbosa de Andrade
Superintendente de Recursos Humanos

11.1 - O PAPEL DO SERVIDOR PÚBLICO: POSTURA, DIREITOS, DEVERES E PROIBIÇÕES DO SERVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os órgãos públicos são, no conjunto, os maiores fornecedores de bens e serviços, devendo buscar eficiência no desempenho de suas funções, subordinadas ao critério da efetividade, isto é, os gastos públicos devem promover os resultados almejados, resolvendo os problemas sociais e econômicos para os quais se destinam.

Podemos inferir que o Estado, em suas instâncias e esferas de atuação, tem com papel buscar o bem estar, a facilitação à vida e a garantia do exercício da liberdade, bem como a promoção da igualdade e da justiça.

Para tanto, há toda uma estrutura montada e formada para sustentar o Estado e dar viabilidade de execução às suas políticas e finalidades. Além de todo aparato legal, técnico, estrutural, de logística, mobiliário, espaço físico, equipamentos e outros, ele, é claro, é movimentado pelas pessoas, que

⁴⁴ Os autores desta área na 1ª edição da presente obra foram: Simone Maria Lima Santos, Yara Rodrigues Pereira, Adalberto Menezes Faria, Geraldo Rogério Gomes Silveira, Patrícia Alves da Cruz Mauro.

dão sustentação e “vida” ao sistema. Essas pessoas ocupam postos pré-definidos para executarem seus ofícios.

O trabalho de qualidade na esfera pública deve ser a grande preocupação. Afinal, prestamos serviços que visam à satisfação de necessidades, coletivas ou não, mas fundamentais ao cidadão.

Para uma gestão pública de sucesso, é inevitável a qualificação profissional dos servidores e sua motivação, condições necessárias para se alcançar todos os outros objetivos, principalmente ter como prioridade a confiança na administração dos recursos de interesse da sociedade.

O Ministério Público Mineiro vem sofrendo um vertiginoso crescimento, não apenas em suas áreas de atuação, mas no seu aparelhamento técnico-administrativo para dar suporte à atividade-fim essencial à função jurisdicional do estado, nos precisos termos da Constituição da República Federativa do Brasil. À guisa exemplificativa, segue quadro comparativo do crescimento do quadro de pessoal nos últimos dez anos:

Exercício	Número de servidores ativos	Número de pedidos de exoneração	Turnover (%)
2000	782	44	5,63
2001	794	82	10,33
2002	902	106	11,75
2003	1166	39	3,34
2004	1382	60	4,34
2005	1459	136	9,32
2006	1462	97	6,63
2007	1462	52	3,56
2008	1923	81	4,21
2009	2104	49	2,33

A crescente conscientização da sociedade no tocante aos seus direitos individuais e coletivos aumenta a procura pelas instituições públicas que, a seu turno, devem reinventar formas de aumento da eficiência sem inchaço dos quadros, já que diante das normas de responsabilidade fiscal, há um balizador máximo para aparelhamento da máquina. Daí exsurge a necessidade de um corpo técnico de qualidade.

Quais atitudes, postura e comportamento a Instituição espera do servidor? Ações que visem aos melhores resultados.

As atribuições e responsabilidades do servidor público são focadas para o bem da coletividade, garantindo a manutenção do Estado. São eles os agentes que viabilizam as ações e a implementação das políticas de gestão e que, em geral, atuam diretamente ou indiretamente para os cidadãos.

O servidor público cômico de seus direitos e deveres e do seu papel na instituição que trabalha retorna à sociedade o que dele se espera: labor com eficiência e moralidade, com conduta lastreada na legalidade, impessoalidade e publicidade, pilares da Administração Pública nos precisos termos da CF/88.

11.2 - DOS DEVERES

- exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- ser leal às instituições a que servir;
- observar as normas legais e regulamentares;
- cumprir as ordens superiores, exceto quando ilegais;
- atender com presteza o público em geral, prestando as informações requeridas, exceto as protegidas por sigilo;
- levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;
- zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;
- guardar sigilo sobre assunto de seu local de trabalho;
- manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
- ser assíduo ao serviço e pontual;
- tratar igualmente todos os indivíduos;
- representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.
- desempenhar as atribuições relativas a seu cargo e função, com efetividade e espírito de cooperação e urbanidade;
- apresentar-se convenientemente trajado
- trazer sempre em local visível o crachá de identidade funcional, quando em serviço na Instituição ou representando-a em serviços externos;
- comunicar qualquer alteração de interesse funcional, tais como: de nome, escolaridade, endereço, estado civil, jornada de trabalho.

11.3 - DAS PROIBIÇÕES, SEM DISTINÇÃO DE CARGO OU FUNÇÃO

- referir-se de modo depreciativo, verbalmente ou por escrito, no exercício de seu cargo/função, aos seus colegas, subordinados, superiores e público em geral;
- fazer propaganda política nas dependências da Instituição;
- levar para fora das dependências do Órgão documentos ou objetos de propriedade deste, sem prévia autorização;
- utilizar bens materiais ou veículos do Órgão sem ser em serviço;
- praticar usura ou exercer comércio no ambiente de trabalho;
- receber propina, vantagens ou favores de terceiros, sob qualquer pretexto, em razão do cargo que ocupa;
- valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, inclusive quanto à utilização do pessoal subordinado;

- portar armas em locais de trabalho, salvo por força de suas atribuições e com a devida autorização;

- **exercício da Advocacia** (Lei n.º 16.180/2006) – é vedado ao servidor do Quadro de Serviços Auxiliares do Ministério Público o exercício da advocacia, bem como de qualquer outra atividade jurídica remunerada, exceto a de magistério e as acumulações previstas em Lei, observada a compatibilidade de horários, devendo o servidor firmar declaração de que não pratica o exercício da advocacia.

11.4 - PENALIDADES DISCIPLINARES

11.4.1 - RESPONSABILIDADES

O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. Além disso, ele é responsável por todos os prejuízos que, na condição de servidor, causar ao patrimônio do Estado, com ou sem intenção de fazê-los.

O pagamento de indenização ao Estado, a que fica obrigado o servidor, não o exime da pena disciplinar cabível.

11.4.2 - REGIME DISCIPLINAR

Infração disciplinar

Constitui infração disciplinar toda ação/omissão do servidor que possa comprometer a dignidade e o decoro da função pública, ferir a disciplina e a hierarquia, prejudicar a eficiência dos serviços públicos ou causar prejuízos (de qualquer natureza) à Administração.

Processo disciplinar

Constatada irregularidade, a autoridade responsável é obrigada a promover imediata apuração, em processo disciplinar administrativo, assegurada a ampla defesa e o contraditório ao acusado, bem como o direito de acompanhar o processo, nos termos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado de Minas Gerais, Lei n.º 869/52 e da Resolução PGJ n.º 5/2009.

Durante o processo disciplinar, o servidor não pode ser exonerado a pedido, nem se afastar do serviço, a não ser em virtude de doença, suspensão preventiva, prisão administrativa ou prisão em flagrante.

Fatos que atenuem a pena ou justifiquem a inocência podem ser inseridos no processo mediante revisão (não é considerado fundamento para a revisão a simples alegação de injustiça da penalidade). O direito a esses recursos prescreve

em 5 (cinco) anos, a contar a partir da data em que forem conhecidos os fatos ou circunstâncias que deram motivo ao processo de revisão.

Afastamento Cautelar ou Suspensão Preventiva

Como medida cautelar, a suspensão preventiva não constitui pena, sendo utilizada apenas para a livre e cabal apuração da infração constatada.

Penalidades que poderão ser impostas, considerando-se a gravidade da infração

- repreensão;
- multa;
- suspensão;
- destituição de função;
- demissão;
- demissão a bem do serviço público.

11.5 - DOS DIREITOS

➤ **Remuneração** – *vencimento* do cargo efetivo, acrescido das *vantagens* pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

▪ **Vencimento** - retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei. O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível.

▪ **Vantagens** – valores recebidos além do vencimento. Dividem-se em:

- Indenizações – não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito. Ex: diárias, auxílio transporte.

- Gratificações – podem incorporar aos vencimentos nos casos especificados em lei. Ex: gratificação natalina, gratificação pelo exercício de função de chefia.

- Adicionais – podem incorporar aos vencimentos nos casos especificados em lei. É retribuição de uma função especial exercida em condições comuns. Ex: adicional por tempo de serviço, adicional pela prestação de serviço extraordinário.

➤ **Adicional por tempo de serviço - Quinquênio** – concessão de adicional de 10% sobre o vencimento básico e gratificação a cada período de cinco anos de efetivo exercício, o qual a este se incorpora para fins de aposentadoria, sendo sua percepção assegurada aos servidores ingressos no serviço público do Estado de Minas Gerais até 15 de julho de 2003. (*Art. 112 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, acrescido pela EC 57/2003*)

➤ **Adicional trintenário** – concessão de adicional de 10% sobre o vencimento básico quando completar trinta anos de serviço o

- qual a este se incorpora ao vencimento para fins de aposentadoria, sendo sua percepção assegurada aos servidores ingressos no serviço público do Estado de Minas Gerais até 15 de julho de 2003. (**Art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, acrescido pela EC 57/2003**)
- **Adicional de Desempenho - ADE** – Corresponde a um percentual mensal, não cumulativo, calculado sobre o vencimento básico do servidor, levando-se em conta o número de Avaliações de Desempenho satisfatórias e devido ao servidor cuja posse em cargo efetivo dessa instituição tenha ocorrido após 15 de julho de 2003. (**Previsto no art. 31 da Constituição do Estado, na Lei n.º 18.008/08 e Res. PGJ n.º 18/2009**).
 - **Férias-Prêmio** – concessão ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo e recrutamento amplo, de férias-prêmio com duração de 03 meses (contados em dias corridos) a cada período de 05 anos de efetivo exercício no serviço público do Estado de Minas Gerais. (**Lei n.º 869/42 e art. 31, § 4º, da Constituição do Estado**).
 - **Férias regulamentares e pagamento de 1/3 de férias** – A partir do 11º mês de efetivo exercício no cargo, poderá o servidor gozar férias regulamentares de 25 dias úteis. As férias regulamentares poderão ser divididas em dois períodos, sendo que nenhum deles poderá ser inferior a 10 (dez) dias. Quando houver a divisão das férias em mais de um período, o pagamento de 1/3 do vencimento bruto será efetuado junto da folha de pagamento do mês referente ao 1º período marcado. (**Lei n.º 869/52, art. 152**)
 - **13º salário** – A gratificação natalina é o valor correspondente a um salário mensal e será proporcional caso o servidor não tenha completado 01 ano de efetivo exercício. No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o servidor poderá optar por uma das formas de recebimento.
 - **Licença para tratamento de saúde** – será concedida ao servidor licença médica, a pedido ou de ofício, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus, mediante requerimento e atestado médico original, encaminhado no prazo de até 5 (cinco) dias úteis do início do afastamento, ao Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, para avaliação da concessão da licença. (**Lei n.º 869/52 e Res. PGJ n.º 017/2005**).
 - **Licença para cirurgia plástica** – somente serão passíveis de licença médica para tratamento da saúde as *cirurgias plásticas com caráter funcional*. A solicitação de licença deverá ser encaminhada previamente ao Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, acompanhada de laudo/relatório médico, especificando tal caráter. (**Res. PGJ n.º 17/2005**).
 - **Licença para tratamento de saúde de pessoa da família** – a licença será concedida ao servidor efetivo, pelo prazo de até 30 (trinta) dias, por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, ascendente, irmãos, filho, enteado, pessoa que viva sob sua dependência econômica ou mantenha com este vínculo de parentesco civil ou afim. A licença será concedida se a assistência direta do servidor for indispensável, comprovada mediante laudo ou relatório médico. (**Lei n.º 869/52, art. 158, III e Res. PGJ-MG n.º 26/2000 e n.º 17/2005**).
 - **Licença Maternidade** – a servidora efetiva terá direito a 180 (cento e oitenta) dias de licença-maternidade, devendo apresentar requerimento em formulário próprio junto com a certidão de nascimento da criança. A servidora que ocupa cargo de recrutamento amplo deve observar também a legislação da Previdência Social. (**Res. PGJ-MG n.º 017/2005 e Res. PGJ-MG n.º 25 e 26/2009**).
 - **Licença Paternidade** - o servidor terá direito a 05 (cinco) dias úteis, devendo apresentar requerimento em formulário próprio junto com a certidão de nascimento da criança. (**CF/88, art. 39, § 3º, ADCT, art. 10, § 1º; CE/89, art. 31 e Res. PGJ-MG n.º 017/2005**).
 - **Licença Adoção** – à servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança para fins de adoção será concedida licença-maternidade pelo período de: 180 (cento e oitenta) dias, criança até 01 ano; 120 (cento e vinte) dias, criança com mais de 01 e menos 04 anos e 90 (noventa) dias, criança de 04 a 08 anos. (**Art. 70, da Lei Complementar n.º 64/2002, Res. PGJ-MG n.º 017/2005 e Res. PGJ-MG n.º 25 e 26/2009**).
 - **Licença para tratar de assuntos particulares** – A LIP, sem remuneração, terá a duração de até 2 (dois) anos e somente será concedida ao servidor estável, observado o interesse da administração. Importante ressaltar que, durante a vigência da LIP, o servidor fica obrigado a contribuir com os valores da contribuição previdenciária, tanto o percentual devido pelo empregado quanto a parte do empregador. (**CF/88, art. 41 e Lei n.º 869/52, arts. 158, VI e 164 e Res. PGJ n.º 017/2005**).

- **Licença para acompanhar cônjuge** – o servidor terá direito à licença não remunerada para acompanhar cônjuge que seja servidor público estadual, federal ou militar, quando este for mandado para servir em outro ponto do Estado ou do território nacional ou estrangeiro e vigorará pelo tempo que durar o afastamento do cônjuge. O requerimento deverá ser feito em formulário próprio, acompanhado da devida declaração do órgão do cônjuge e de cópia da certidão de casamento. **(Lei nº 869/52, art. 186 e Res. PGJ nº 17/2005).**
 - **Dispensa para casamento** – o servidor efetivo, quando do casamento, poderá ausentar-se até 08 (oito) dias consecutivos, a contar da data da certidão de casamento constante do requerimento. **(Lei nº 869/52 e Res. PGJMG nº 017/2005).**
 - **Licença para Doação de Sangue** – o servidor poderá doar sangue 02 vezes ao ano e terá direito a dois dias de descanso, o dia deverá ser gozado quando do gozo de férias regulamentares. **(Res. PGJMG nº 17/2005).**
 - **Licença Luto/Nojo** – licença em virtude de falecimento de pessoa da família, ausência até 08 dias consecutivos (pais, filhos, cônjuge, irmão). Mediante requerimento e atestado de óbito. **(Lei nº 869/52 e Res. PGJMG nº 017/2005).**
 - **Atividade Política** – A partir da candidatura até o dia seguinte ao da eleição, o servidor poderá ausentar-se, tendo assegurado 03 meses de vencimento básico do cargo efetivo. **(Lei nº 869/52).**
 - **Afastamento para cumprir mandato eletivo** - É permitido ao servidor investido em mandato eletivo federal, estadual ou municipal. Trata-se de afastamento não remunerado. **(Lei nº 869/52).**
 - **Licença para prestação de serviços obrigatórios por lei** – será considerado efetivo exercício e remunerado o dia que o servidor estiver afastado para prestar serviço obrigatório **(Lei nº 869/52 e Res. PGJMG nº 017/2005).**
 - **Licença para prestação de serviços eleitorais (TRE)** – o servidor fará jus à 02 dias na Instituição para cada dia de serviço prestado ao TRE, mediante certidão do Juiz Eleitoral.
 - **Jornada de Trabalho** – O servidor concursado terá jornada de 35 horas semanais e o servidor ocupante de cargo em comissão terá jornada obrigatória de 40 horas semanais.
- Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de 40 (quarenta) horas e observados os limites máximos dos horários estabelecidos em regulamentação específica. Entende-se por servidor mesmo o ocupante de cargo em comissão.
- O horário de trabalho é registrado diariamente por meio magnético ou mecânico, ou ainda, conforme regulamentado por norma legal. Todos os servidores devem observar rigorosamente o seu horário de trabalho, sendo o registro feito pelo próprio servidor. **Nenhum servidor pode deixar seu local de trabalho durante o expediente sem autorização, devendo comunicar à sua chefia imediata quando não puder comparecer ao serviço por motivo de doença ou força maior.**
- **Ausência Justificada** – O servidor poderá ausentar-se até 03 dias por semestre, amparado por legislação específica. Sempre que possível ele deverá programar a utilização do abono junto com a chefia imediata. **(Resolução PGJ nº 047/2008).**
 - **Horário Especial para Exames e Provas** – se coincidirem com o horário do expediente do servidor, o interessado deverá apresentar requerimento e comprovação da Instituição de Ensino informando o dia e o horário do exame/prova, informando à chefia imediata com antecedência. **(Resolução PGJ nº 047/2000).**
 - **Horário especial para servidor responsável por pessoa portadora de necessidades Especiais** – O servidor deverá, mediante laudo médico e perícia feita pelo Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, solicitar horário especial e comprovar a dependência direta entre o portador de necessidades especiais e o servidor **(Lei nº 9.401/86 e Decreto nº 27.471/87).**
 - **Horário Especial para Amamentação** – A servidora com filho até 06 meses poderá sair com 01 hora de antecedência, ou ausentar-se 01 hora e 30 minutos durante o expediente para amamentar o filho **(Resolução PGJMG nº 59/2004).**
 - **Programa de assistência em creche e pré-escola** – o servidor com filho até 07 anos tem direito ao pagamento do auxílio pecuniário mensal, mediante apresentação de declaração e documentação necessárias. **(Res. PGJMG nº 107/2005).**

- **Vale-Lanche** – valor pecuniário pago mensalmente, de janeiro a novembro, aos servidores do Quadro de Serviços Auxiliares do MP (*Res. PGJMG nº 13/2005*).
- **Progressão por Pós-Graduação** – É a obtenção de 03 (três) padrões de vencimento, ao comprovar conclusão de curso de pós-graduação nas áreas relativas às atribuições funcionais do Ministério Público, até o limite de 2 (dois) títulos. Consideram-se cursos de pós-graduação, na forma da lei, os programas de mestrado e doutorado, autorizados e regulamentados pelo Órgão competente, e os cursos de pós-graduação *lato sensu*, em nível de especialização, com carga horária mínima de 360 horas de aula, e o denominado MBA, ministrados por instituições devidamente credenciadas. (*Res. PGJ nº 026/2000; Res. PGJ n.º 34/2008 e Res. PGJ nº 50/2009*).

11.6 - ESTÁGIO PROBATÓRIO E AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

Estágio Probatório

É o período de 03 (três) anos a que fica sujeito o servidor nomeado por concurso público, com o objetivo de apurar os requisitos necessários à confirmação no cargo para o qual foi nomeado. A avaliação individual e periódica de desempenho é exigida como requisito para a estabilidade, a fim de contribuir para a melhoria da eficiência do serviço público e da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Previsão Legal:

São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Redação dada pela EC nº 19/98 ao art. 41 da Constituição Federal e pela EC nº 49/01 ao art. 35 da Constituição Estadual.

Avaliação de Desempenho

A mensuração é o elemento central do sistema de avaliação de desempenho e configura-se, sobretudo, em um processo que consiste no acompanhamento sistemático da atuação do servidor baseado em critérios objetivos e comparado a padrões pré-definidos.

Previsão Legal:

O processo de avaliação de desempenho foi instituído legalmente através da Emenda à CF nº 19/98 (www.senado.gov.br), da Emenda à CE nº 57/03 (www.almg.gov.br) e finalmente por meio das Resoluções PGJ nº 60/2007 – servidores estáveis e 9/2009 – servidores em estágio probatório (www.mp.mg.gov.br).

Fatores avaliados:

- Produtividade
- Assiduidade
- Disciplina
- Responsabilidade
- Capacidade de Iniciativa

Periodicidade:

Durante o período de estágio probatório (36 meses) o servidor é avaliado no 8º, 20º e 32º mês, a partir da data de seu efetivo exercício. A partir de quando se torna estável, a avaliação de desempenho passa a ser anual.

Recursos:

Este método de Avaliação de Desempenho pretende ser participativo. A avaliação deverá ser realizada em conjunto com o servidor, que poderá apresentar ressalvas ou mesmo discordar, objetivamente, das notas auferidas.

Caso haja discordância, o avaliado deverá protocolizar Recurso fundamentado, em documento apartado, dirigido ao Presidente da Comissão de Avaliação de Desempenho, no prazo de até 10 (dez) dias a contar da ciência do resultado de cada etapa avaliativa e, na hipótese de recurso contra o resultado final apurado no estágio probatório, o servidor terá o prazo de 15 (quinze) dias, contados da data do recebimento da notificação do resultado por via postal, com Aviso de Recebimento (AR).

Na elaboração das razões do recurso, o servidor deverá ater-se aos itens e subitens componentes do formulário de avaliação, indicando aqueles que forem objeto de contestação.

11.7 - PLANO DE CARREIRAS

REGULAMENTAÇÃO:

Lei Estadual nº 11.181, de 10 de agosto de 1993;
Lei Estadual nº 12.053, de 05 de janeiro de 1996;
Lei Estadual nº 13.436, de 30 de dezembro de 1999;
Lei Estadual nº 14.323, de 20 de junho de 2002;
Lei Estadual nº 16.180, de 16 de junho de 2006;
Lei Estadual nº 17.681, de 23 de julho de 2008;
Lei Estadual nº 18.008, de 07 de janeiro de 2009.

Resolução PGJ nº 26, de 31 de maio de 2000;
Resolução PGJ nº 102, de 23 de outubro de 2002;
(Revogada)
Resolução PGJ nº 80, de 16 de setembro de 2005;
(Revogada)
Resolução PGJ nº 41, de 12 de junho de 2006;
(Revogada)
Resolução PGJ nº 50, de 19 de julho de 2006;
(Revogada)
Resolução PGJ nº 29, de 08 de maio de 2008;
(Revogada)

Resolução PGJ n.º 34, de 28 de maio de 2008;
(Revogada)
Resolução PGJ n.º 18, de 1.º de maio de 2009;
Resolução PGJ n.º 50, de 1.º de maio de 2009.

CONCEITOS:

Plano de Carreira

É o conjunto de normas que agrupa e define as carreiras dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, consistindo em mecanismo de desenvolvimento dos servidores no decorrer da vida funcional, observada a igualdade de oportunidades, o mérito funcional, a qualificação profissional e o esforço pessoal.

Carreira

É o conjunto de classes, inicial e subseqüentes, da mesma identidade funcional, integradas pelos agrupamentos de cargos de provimento efetivo, de complexidade e de retribuição crescentes, organizados em níveis, de acordo com os graus de escolaridade.

Classe

É o agrupamento de cargos de provimento efetivo, de igual denominação e com atribuições de natureza correlata. Classes com ingresso por concurso: E, D, C. Classes com ingresso por Promoção Vertical: B e A.

Padrão de MP

Padrão de vencimento ou Unidade de remuneração a partir da qual se estruturam as classes e o próprio Plano de Carreiras do MPMG, sendo a diferença entre cada padrão de MP e seu subseqüente correspondente a 3,26%.

Progressão anual

É a obtenção de 01 (um) padrão de vencimento, observado o interstício mínimo de 1 (um) ano de efetivo exercício, contados a partir da data de ingresso, para as classes iniciais, e a partir da data de vigência da PROMOÇÃO VERTICAL para as classes subseqüentes.

Promoção horizontal

É a obtenção de 2 (dois) padrões de vencimento, observados os interstícios mínimos de 2 (dois) anos na classe inicial, contados a partir da data de ingresso, e 3 (três) anos nas classes subseqüentes, contados a partir da data de vigência da PROMOÇÃO VERTICAL.

Promoção Vertical

É a passagem do servidor ao padrão inicial da classe subseqüente na carreira a que pertencer, na ocorrência de vaga e observados os requisitos legais previstos na Resolução PGJ n.º 50/09 e Edital próprio de processo de Promoção Vertical, este publicado anualmente no mês de agosto.

REQUISITOS: posicionamento na carreira, escolaridade, Avaliação de Desempenho e outros dispositivos previstos em Edital.

Progressão por Pós-Graduação

É a obtenção de 03 (três) padrões de vencimento, ao comprovar conclusão de curso de pós-graduação nas áreas relativas às atribuições funcionais do Ministério Público, até o limite de 2 (dois) títulos.

Consideram-se cursos de pós-graduação, na forma da lei, os programas de mestrado e doutorado, autorizados e regulamentados pelo Órgão competente, e os cursos de pós-graduação *lato sensu*, em nível de especialização, com carga horária mínima de 360 horas de aula, e o denominado MBA, ministrados por instituições devidamente credenciadas.

11.8 - GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Resolução PGJ n.º 25/2008, de 1.º de maio de 2008, criou a Superintendência de Recursos Humanos, unidade administrativa subordinada técnica e administrativamente à Diretoria-Geral.

É no âmbito da SRH que são elaboradas e executadas as políticas, diretrizes e normas referentes ao desenvolvimento de recursos humanos, ao plano de carreiras, à concessão de benefícios diretos e indiretos, à sistemática de avaliação de desempenho dos servidores e ao processamento da folha de pagamento de pessoal.

No cenário das macropolíticas institucionais, é de competência dessa Superintendência promover a melhoria do ambiente organizacional e a valorização profissional, bem como promover a potencialização dos recursos humanos do Ministério Público para atendimento dos princípios de eficiência e eficácia.

A SRH é composta pela seguinte estrutura orgânica:

Superintendência de Recursos Humanos – SRH: tem como finalidade planejar, coordenar, executar, avaliar e controlar a gestão de recursos humanos do Ministério Público.

Assessoria Psicossocial – ASPS: tem como finalidade acompanhar e acolher os servidores, estabelecendo ações para avaliar a interação com

o ambiente institucional e promovendo o seu bem-estar físico, psíquico e social.

Central de Atendimento e Orientação de Pessoal – CAOP: tem como finalidade centralizar o atendimento e direcionamento das questões referentes aos servidores e sua situação funcional, constituindo um canal de relacionamento ativo e um caminho de aproximação, visando agilizar, desburocratizar e padronizar os processos de atendimento e, em última instância, a valorização dos servidores da PGJ-MG.

Diretoria de Desenvolvimento de Recursos Humanos – DDRH: tem como finalidade planejar, coordenar, executar e acompanhar as atividades relacionadas ao desenvolvimento dos recursos humanos e à gestão dos cargos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Diretoria de Pagamento de Pessoal – DPAG: tem como finalidade planejar, coordenar, executar e acompanhar as atividades relacionadas à folha de pagamento de pessoal.

Diretoria de Pessoal Administrativo – DPAD: tem como finalidade planejar, coordenar, organizar, executar e controlar as atividades relacionadas ao cadastro funcional de servidores e ao registro dos cargos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público e dos beneficiários das pensões por morte de servidor da instituição.

Diretoria de Pessoal do Ministério Público – DPMP: tem como finalidade planejar, coordenar, organizar, executar e controlar as atividades relacionadas ao cadastro funcional de Promotores e Procuradores de Justiça e ao registro dos cargos do Quadro de Pessoal do Ministério Público e dos beneficiários das pensões por morte de membros da instituição.

12 - ESTAGIÁRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida
Diretora de Estágios e Convênios Andréia F. Matozinhos

12.1 - RESOLUÇÃO EXPLICADA NOVA LEI DE ESTÁGIO/ESTAGIÁRIOS DE DIREITO

12.1.1 - ANTES DA LEI Nº 11.788/2008:

- Duas categorias de estagiários: bolsistas e voluntários;
- seguro contra acidentes pessoais pago em favor de todos os estagiários;
- estágio de até 3 (três) anos no máximo;
- recesso de 30 dias concedido a todos os estagiários;

- estagiários bolsistas selecionados por meio de concurso (foram 400 as vagas disponibilizadas na última seleção pública);
- estágio concedido a alunos que não tivessem mais de uma dependência de aprovação em qualquer matéria;
- estabelecia direitos e deveres dos estagiários;
- previa os casos de desligamento;
- previa a prorrogação do estágio;
- direito à suspensão do estágio;
- direito a faltas, desde que justificadas;
- jornada de 4 horas diárias;
- carteira funcional;
- certidão ou certificado quando do término do estágio.

12.1.2 - DEPOIS DA LEI Nº 11.788/2008 – RESOLUÇÃO Nº 73/2008

DO ESTÁGIO

Temos as seguintes modalidades de estagiários (art. 4º da Resolução): estagiário contratado diretamente pelo MP/PGJ, estagiário servidor e estagiário oriundo de convênio com órgãos e entidades públicos e privados;

- O estagiário contratado diretamente pela PGJ/MP recebe mensalmente bolsa e auxílio-transporte (valores fixados no art. 7º da Resolução). A seleção se dará através de seleção pública (arts. 21 a 23 da Resolução);
- existe uma exceção no caso de estagiário contratado pela PGJ, que é a seleção ser feita quando não houver estagiários excedentes em face da urgente necessidade da Promotoria e se dará da seguinte forma: a) o membro do MP faz um ofício ao Diretor do CEAJ, que, após consulta quanto à disponibilidade orçamentária, deferirá ou não o pleito. Se deferido, o membro do MP dará ampla publicidade ao exame de seleção, através de convocação por edital público, composto de pelo menos 1 (uma) prova escrita (§1º do art. 18 da Resolução nº 42 do CNMP); caberá ao Membro solicitante a elaboração, a aplicação e a correção de prova escrita de conhecimentos jurídicos, na qual não poderá constar a identificação do candidato, ficando autorizada apenas a identificação numérica, sendo indicado para ocupar a vaga de bolsista disponibilizada o candidato que obtiver a maior nota (§1º, art. 18 da Resolução nº 42/2009 do CNMP);
- Ao estagiário servidor é vedada a percepção de bolsa ou de quaisquer outros benefícios; tem jornada especial (arts. 5º e 6º da Resolução) e a seleção será feita nos mesmos moldes dos antigos voluntários;
- O estagiário oriundo de convênio terá todos os ônus de seu estágio por conta dos órgãos e entidades conveniadas e a seleção será feita da mesma forma que eram selecionados os antigos voluntários (arts. 24 a 26 da Resolução);

- O estágio tem duração máxima de 2 anos, exceto para os portadores de deficiência, que poderão estagiar até a conclusão do curso. (art. 7º da Resolução);
- A jornada é de 4 horas diárias;
- Não existe mais a figura do estagiário voluntário;
- A nomeação ocorrerá por publicação de portaria assinada pelo Diretor do CEAf (art. 27 da Resolução);
- Não há mais retroatividade. A posse e o exercício do estágio terão início sempre no dia 21 (vinte um) de cada mês ou no primeiro dia útil subsequente (art. 28 da Resolução);
- As funções do estagiário estão relacionadas no art. 14 de Resolução;
- Dentre os deveres do estagiário relacionados no art. 15 da Resolução, destaca-se o envio semestral de relatório ao CEAf e à Instituição de Ensino a qual o aluno estiver vinculado, assinado pelo membro do Ministério Público responsável pela supervisão do estágio. A não comprovação do envio do relatório implicará suspensão do pagamento da bolsa até a regularização da situação funcional do estagiário;
- As vedações impostas ao estagiário e as penalidades pelo seu descumprimento estão relacionadas nos arts. 16 a 18 da Resolução;
- O desligamento do estágio está previsto nos arts. 29 a 32 da Resolução, e o parágrafo único do art. 33 permite a prorrogação do estágio pelo prazo máximo de 6 meses quando for indispensável para obtenção do Certificado, mantidas as vedações previstas na Resolução;
- O estágio, para recebimento do certificado, deverá ter duração mínima de 1 (um) ano (art. 34 da Resolução);
- O estagiário servidor fará jus ao Certificado a partir do cumprimento da carga horária mínima de 1.464 horas (§ 1º do art. 34 da Resolução);
- O estagiário que não obtiver aproveitamento satisfatório ou cujo desligamento ocorrer nos casos previstos no art. 29 da Resolução, exceto o inciso II, não receberá o Certificado;
- Será exigida do estagiário a apresentação de exame médico que comprove aptidão para a realização do estágio, sendo necessário que ele se submeta à perícia médica oficial.

DO ESTAGIÁRIO

É garantido a todo estagiário:

- Seguro contra acidentes pessoais e morte, dentro dos preços executados no mercado (art. 10 da Resolução);
- Pagamento da bolsa e do auxílio-transporte previstos nos arts. 7º a 9º da Resolução;
- Transferência de uma Promotoria para outra, ainda que de outra Comarca, mediante

- autorização de ambos os Promotores (aquele com quem o estagiário está e aquele para quem o estagiário vai – art. 11 da Resolução);
- Recesso de 30 dias, que pode ser dividido em dois períodos iguais, preferencialmente quando das férias escolares; o recesso será concedido de maneira proporcional quando o estágio tiver duração inferior a 1 (um) ano, podendo ainda haver pagamento proporcional referente ao recesso não usufruído quando houver desligamento do estagiário antes do prazo previsto (art. 12 da Resolução);
- Falta justificável em caso de falecimento de pais, irmãos, cônjuges ou filhos (8 dias consecutivos); nascimento ou adoção de filhos (120 consecutivos, se mulher e 5 dias consecutivos); licença para tratamento de saúde, sendo necessária a compensação se superior a 15 dias; realização de provas, até o máximo de 20 dias por ano devidamente comprovado (art. 13 da Resolução);
- Suspensão do estágio, prevista no art. 33 da Resolução, quando da realização de cursos ou intercâmbio dentro ou fora do País, desde que devidamente comprovado; por motivo de doença grave do estagiário, do pais, do cônjuge ou dos filhos mediante comprovação por laudo médico, por motivos particulares, desde que haja a concordância do membro do MP supervisor do estágio. Os pedidos deverão ser encaminhados pelo membro do Ministério Público supervisor do estágio. Durante o período que durar a suspensão do estágio, não será selecionado outro estagiário para a vaga;
- Fornecimento de Carteira de Identidade Funcional, a qual deverá ser devolvida quando do desligamento (art. 35 da Resolução);

DAS OBRIGAÇÕES DO SUPERVISOR

As obrigações do supervisor do estágio (inovação trazida pela Lei nº 11.788/2008) estão descritas no art. 19 da Resolução, são elas:

- Orientar e supervisionar o estagiário;
- Entregar o termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas pelo estagiário por ocasião do desligamento do estágio;
- Manter sob sua responsabilidade documentos que comprovem a relação de estágio;
- Garantir a compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no plano de estágio – que será elaborado em conjunto pelo Membro do MP e o estagiário sendo que este plano de estágio integra o Termo de Compromisso;
- Assegurar instalações que ofereçam condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural;

- Dar visto e assinar o relatório de atividades do estágio a ser enviado semestralmente à instituição de ensino e ao CEAF.

DAS OBRIGAÇÕES DA DIRETORIA DE ESTÁGIOS E CONVÊNIOS

As obrigações da Diretoria de Estágios e Convênios estão descritas no art. 20 da Resolução, são elas:

- Solicitar, em favor do estagiário, seguro contra acidentes pessoais e documento da faculdade que comprove a matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior atestado pela Instituição de Ensino;
- Elaborar termo de compromisso a ser assinado entre a PGJ e o estagiário com a anuência da Instituição de Ensino;
- Manter à disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de estágio;
- Manter atualizado o número total de estagiários.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Das disposições gerais constam:

- é vedada aos órgãos e às entidades a concessão de auxílio alimentação e assistência à saúde, bem como de outros benefícios diretos e indiretos aos estagiários (art.39);
- aplica-se ao estagiário a legislação relacionada à saúde e segurança do trabalho, sendo que a implementação desta é de responsabilidade do supervisor do estágio, que deverá acionar as unidades médica e de engenharia do Ministério Público (art. 37 da Resolução);
- aos estagiários nomeados até 25/09/08 aplicam-se os dispositivos previstos na Lei nº 6.494/77. Todos deverão desligar-se quando do vencimento do Termo de Compromisso ou na falta deste quando do vencimento da carteira funcional.

IV

Corregedoria-Geral do Ministério Público



1 - INTRODUÇÃO

Corregedor-Geral do Ministério Público
Márcio Heli de Andrade

Promotor de Justiça Luciano França da Silveira Júnior

A Corregedoria-Geral do Ministério Público¹ constituiu-se em órgão integrante da Administração Superior do Ministério Público, incumbindo-lhe a orientação e a fiscalização das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público².

Nada obstante a Corregedoria ser identificada, com maior evidência, por seu contorno disciplinar, a estrutura legislativa orgânica lega ao órgão, concomitantemente ao atuar fiscalizatório, militância de cunho orientador, tornando essa instância administrativa sítio destinatário de relevantes demandas institucionais.

Na esteira do desempenho dessas atribuições, cumpre ao órgão – personificado na figura do Corregedor-Geral – a sensibilidade de perscrutar as eventuais deficiências emanadas dos órgãos de execução, fornecendo-lhes os ensinamentos hábeis para otimização do labor desenvolvido, tanto na seara finalística como em sede de atividade-meio.

Sem prejuízo, valendo-se do instrumental normativo de natureza correccional, a atuação da Corregedoria-Geral objetiva, outrossim, atingir escopo de aferição – objetiva e subjetiva – quanto ao desempenho das atividades funcionais, cotejando-as com as condutas pública e privada protagonizadas pelos membros ministeriais.

Nesse arcabouço, a dialética híbrida da Corregedoria sugere a inexistência de aspecto prevalente quanto aos tópicos de atuação enumerados, fomentando-se nas dinâmicas orientadoras e fiscalizatórias o substrato para a complexa moldura que emerge no âmbito correccional, tornando a Casa referência inarredável para o equilíbrio nas relações intestinas, assim como naqueles dissensos hauridos de questionamentos externos.

¹ A Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais foi criada, de fato, por ato administrativo do então Procurador-Geral de Justiça Wagner Luna Carneiro, no ano de 1972, passando a existir, de direito, pela Lei nº 6.226, de 26 de dezembro de 1973, consoante informa o Procurador de Justiça aposentado e ex-Corregedor-Geral Joaquim Cabral Netto na apresentação do compêndio *Consolidação dos Atos Normativos – Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Ato CGMP nº 1, de 04 de junho de 2003. Belo Horizonte, 2003, p. 5.

² Conforme prelecionado nos arts. 5º, inciso IV, e 17 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, normas reproduzidas nos arts 4º, inciso I, alínea “d”, e 38 da Lei Complementar nº 34/94. Insta registrar que, nada obstante a terminologia Corregedoria-Geral, a atuação disciplinar desempenhada não atinge aos servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ficando a cargo do Procurador-Geral de Justiça o exercício de tal *munus*.

2 - CORREGEDOR-GERAL

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais é eleito para mandato de dois anos, permitido apenas uma recondução, sendo certo que somente Procuradores de Justiça podem postular o cargo. Registre-se que a eleição se opera na esfera do Colégio de Procuradores, sempre na segunda quinzena de dezembro dos anos ímpares, apresentando o certame disciplina própria, consubstanciada em resolução expedida pelo Procurador-Geral de Justiça.

Nomeado o eleito pelo Procurador-Geral de Justiça, mediante ato a ser publicado no órgão oficial, a posse ocorre – com exercício imediato – perante o Colégio de Procuradores de Justiça³.

O Corregedor-Geral tem assento, como membro nato, na Câmara de Procuradores⁴ e junto ao Conselho Superior do Ministério Público.

As atribuições do Corregedor-Geral, emanadas de competência de natureza administrativa, encontram-se enumeradas no art. 39, incisos I a XXVIII, da Lei Complementar nº 34/94.⁵

³ Vide art. 37 e parágrafos da Lei Complementar nº 34/94.

⁴ Órgão Especial do Colégio de Procuradores (art. 20 da Lei Complementar nº 34/94).

⁵ Art. 39. Compete ao Corregedor-Geral do Ministério Público:

- I- realizar inspeções nas Procuradorias de Justiça, remetendo relatório reservado à Câmara de Procuradores de Justiça;
- II- realizar inspeções e correições nas Promotorias de Justiça, remetendo relatório reservado ao Conselho Superior do Ministério Público;
- III- oferecer denúncia contra o Procurador-Geral de Justiça, na forma prevista pelo art. 17, I;
- IV- realizar, de ofício ou mediante determinação do Conselho Superior do Ministério Público, inspeções para verificação de regularidade de serviço dos inscritos para promoção ou remoção voluntária;
- V- acompanhar o estágio probatório dos membros do Ministério Público;
- VI- propor ao Conselho Superior do Ministério Público o vitaliciamento ou não de membro da instituição;
- VII- fazer recomendações, nos limites de sua atribuição, sem caráter vinculativo, a órgão de execução;
- VIII- instaurar, de ofício, por provocação do órgão da Administração Superior do Ministério Público ou do Procurador-Geral de Justiça, processo disciplinar administrativo contra membro da instituição;
- IX- encaminhar ao Procurador-Geral de Justiça o processo disciplinar administrativo afeto à decisão deste;
- X- remeter, de ofício ou quando solicitado, informações necessárias ao desempenho das atribuições dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público;
- XI- apresentar, quando requisitado pelo Procurador-Geral de Justiça, relatório estatístico sobre as atividades das Procuradorias e das Promotorias de Justiça;
- XII- prestar ao membro do Ministério Público informações de caráter pessoal e funcional, assegurando-lhe o direito de acesso, retificação e complementação dos dados;
- XIII- manter atualizados os assentamentos funcionais dos

No elenco atributivo, cujo rol não se encerra exaustivo, prevê a legislação orgânica iniciativas de cunho correccional, como a realização de inspeções ordinárias nas Procuradorias de Justiça, assim como inspeções e correições nas Promotorias de Justiça.

Lado outro, viabilizadas deliberações de escopo orientador, realçando-se nesse campo a feitura de recomendações – sem caráter vinculativo – aos órgãos de execução, bem como o acompanhamento do estágio probatório dos membros ministeriais⁶.

Incumbe ao Corregedor-Geral, privativamente, a instauração, de ofício ou mediante provocação do órgão da Administração Superior ou do Procurador-Geral de Justiça, de processo disciplinar administrativo contra membro da Instituição.

Cominado ao Corregedor-Geral a compilação de dados estatísticos advindos das atuações funcionais e ainda a formalização e manutenção atualizada dos assentos funcionais dos membros do Minis-

membros do Ministério Público;

XIV- requisitar informações, exames, perícias, documentos, diligências, certidões, pareceres técnicos e informações indispensáveis ao bom desempenho de suas funções;

XV- elaborar o regulamento de estágio probatório;

XVI- elaborar o regimento interno, submetendo-o à apreciação da Câmara de Procuradores de Justiça;

XVII- informar ao Conselho Superior do Ministério Público sobre a conduta pessoal e a atuação funcional dos membros da instituição inscritos para promoção ou remoção por merecimento ou antigüidade, inclusive permuta;

XVIII- acompanhar as comunicações de suspeição de membros do Ministério Público, por motivo de foro íntimo, apurando, quando for o caso e reservadamente, a razão de sucessivas arguições;

XIX- submeter à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público impugnação à permanência na carreira do Promotor de Justiça em estágio probatório;

XX- examinar o relatório anual das Procuradorias e Promotorias de Justiça;

XXI- dar posse e exercício aos Promotores de Justiça promovidos ou removidos e, em caráter supletivo, aos Promotores de Justiça Substitutos nomeados, encaminhando os termos respectivos à Procuradoria-Geral de Justiça;

XXII- elaborar as listas previstas no art. 40;

XXIII- dar posse e exercício aos Subcorregedores-Gerais do Ministério Público;

XXIV- rever e atualizar, anualmente, os atos e as recomendações expedidas pela Corregedoria-Geral do Ministério Público;

XXV- propor ao Procurador-Geral de Justiça e à Câmara de Procuradores de Justiça a expedição de instruções e outras normas administrativas, sempre que necessário ou conveniente ao serviço;

XXVI- convocar membro do Ministério Público para deliberação sobre matéria administrativa ou de interesse da instituição;

XXVII- designar membro do Ministério Público para os fins previstos no art. 170;

XXVIII- desempenhar outras atribuições previstas em lei ou no regimento interno.

tério Público, cabendo-lhe informar ao Conselho Superior acerca da conduta pessoal e atuação laborativa dos órgãos de execução inscritos para promoção ou remoção, por critérios de merecimento ou antigüidade.

Enfim, as tarefas irrogadas ao Corregedor-Geral, algumas das quais neste escorço evidenciadas diante do relevo e da recorrência na *praxis* da atuação percebida na rotina da Casa, buscam a concreção das diretrizes principiológicas genéricas estabelecidas nos normativos legislativos institucionais, desaguando em organicidade administrativa formalizada como esteio à estruturação formatada para o enfrentamento das incumbências.

3 - ESTRUTURA DE ACESSORAMENTO

Junto à Corregedoria-Geral militam, no mínimo, seis Subcorregedores-Gerais, Procuradores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça, extraídos de listas tríplices elaboradas pelo Corregedor-Geral.

A função de Subcorregedor-Geral, de natureza obrigatória, prevê eventuais substituições do Corregedor-Geral em suas faltas, afastamentos temporários, impedimentos ou suspeição, observado o critério de antigüidade.

São destinados aos Subcorregedores-Gerais, mediante designação, a realização de inspeções e de correições, assim como o exercício da presidência e militância como membros de comissão disciplinar decorrente de procedimento persecutório instaurado em desfavor de Procurador de Justiça.

O Subcorregedor-Geral, cujo exercício da função não importa em dispensa de suas normais atribuições⁷, pode ainda receber tarefas outras do Corregedor-Geral, mediante delegação específica.

O Corregedor-Geral será assessorado ainda por cinco Promotores de Justiça da mais elevada entrança, por eles indicados e designados pelo Chefe da Instituição.

Os Promotores de Justiça Assessores, diversamente dos Subcorregedores-Gerais, têm dedicação exclusiva, afastando-se de suas atribuições finalísticas afetadas aos cargos de origem.

A Corregedoria-Geral do Ministério Público conta com serviço estruturado de Secretaria, constituída mediante *staff* de servidores especificamente lotados, presente à figura de um coordenador administrativo.

⁶ A Resolução CSMP nº 90, de 15 de dezembro de 2003, dispõe sobre o estágio probatório dos membros ministeriais, sendo ato elaborado pelo Corregedor-Geral e aprovado no âmbito do Conselho Superior.

⁷ Ressalvadas as hipóteses de exercício temporário do cargo de Corregedor-Geral ou durante a realização de inspeções e correições.

4 - ESTRUTURA NORMATIVA INTERNA

Paralelamente aos contornos formatados pelas legislações orgânicas nacionais e estaduais, a Corregedoria-Geral do Ministério Público possui arcabouço normativo destinado à estruturação *interna corporis*.

Com efeito, a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 1, de 13 de março de 1987, instituiu o Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais. Lamentavelmente, devido à extemporaneidade da Resolução, aludido regimento não mais se harmoniza com a moderna atividade correccional, visto que editado em momento pretérito ao novel perfil institucional, delineado pela Constituição Federal de 1998.

Ademais, a organicidade ministerial atrelava-se, na oportunidade da instituição do ato, à vetusta Lei nº 8.222/82, tornando imperiosa a necessidade de atualização do Regimento Interno, nada obstante a sapiência dos inspiradores da Resolução ainda vigente, as lapidares figuras dos Dr. Helvécio Miranda Magalhães e Dr. Joaquim Cabral Netto.

Registre-se que esboçados, em reiteradas investiduras de Corregedores-Gerais, projetos de regimento interno, não se logrando, contudo, aprovação junto à Câmara de Procuradores de Justiça, Colegiado incumbido da apreciação (art. 39, inciso XVI, da Lei Complementar nº 34/94).

Diante da ausência de aprovação de um Regimento Interno atualizado, a Corregedoria-Geral passou a baixar atos administrativos procurando adequar sua estrutura, sendo o repositório de suas deliberações destinado ao escopo normativo dos órgãos de administração e também às iniciativas de natureza orientadora, indo ao encontro dos ditames pertinentes aos cambiamenti institucionais experimentados pelas mudanças prelecionadas na Constituição Federal e nas legislações orgânicas.

Hodiernamente, os atos normativos e orientadores emanados da Corregedoria-Geral quedam-se consolidados no âmbito do Ato CGMP nº 1, de 12 de fevereiro de 2008, revisto e atualizado anualmente⁸, compilação que enfeixa tanto as deliberações administrativas de observância cogente como os ensinamentos de escopo professoral não vinculativos, iniciativa que buscou, de forma exitosa, centralizar em diploma solteiro a vastidão de pronunciamentos esparsos, dando ao atuar da Casa caráter sistêmico.

⁸ A Consolidação dos Atos Normativos e Orientadores da Corregedoria-Geral do Ministério Público restou aprovada, originariamente, pelo Ato nº 1, de 04 de junho de 2003, baixado pelo então Corregedor-Geral Manoel Divino de Siqueira, sendo publicada no *Minas Gerais* em 5 de junho do mesmo ano.

5 - CONSOLIDAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS E ORIENTADORES

A Consolidação reportada, como sugere o vocábulo, tenciona agregar – com atualizações anuais, encetadas de regra no mês de fevereiro – todos os atos baixados pela Corregedoria-Geral, seja no campo destinado à observância obrigatória pelos membros ministeriais, haja vista versarem sobre liames de estruturação e acervo dos órgãos de administração –, seja na seara dos ensinamentos orientadores, estabelecidos estes na via não vinculativa.

A Consolidação vigente, aprovada e publicada no mês de fevereiro do ano corrente (Ato nº 1, de 12/02/2008), divide-se em cinco títulos e respectivos anexos, mantendo o perfil da deliberação originária.

O Título I estabelece as disposições preliminares, delineando as índoles dos provimentos emanados da Casa, cingindo-os aos atos normativos de caráter cogente e de observância obrigatória e aos pronunciamentos orientadores, cotizados, por sua vez, em recomendações e orientações⁹, revendo ainda as balizas legais para a formalização do compêndio e declinando, por fim, a periodicidade e a dinâmica de revisão e atualização do Ato.

O Título II debruça-se sobre os atos normativos comumente hauridos da Corregedoria-Geral, vinculados através de avisos, portarias, instruções normativas e comunicações, especificando o art. 8º e seus parágrafos a destinação e especificidade de cada espécie.

Aludido Título contempla dois Capítulos, o primeiro versando sobre a estruturação dos órgãos de administração, prevendo a implementação das pastas obrigatórias, consoante Seção I, arts. 9.º e seguintes, assim como os livros obrigatórios (arts. 14 a 23, Subseção I) e facultativos (arts. 24 e 25, Subseção II). O segundo elenca os disciplinamentos das posturas funcionais de observância cogente pelos órgãos de execução nos aspectos administrativos em geral, delineados nos arts. 25 *usque* 54. Nesse rol, a Corregedoria-Geral procura levar aos órgãos de execução as cautelas e as providências necessárias ao escopo de cunho organizacional¹⁰.

⁹ Consideradas recomendações as deliberações que destinam aos órgãos de execução aconselhamentos genéricos, de relevância jurídica e institucional, objetivando otimização da atuação na atividade fim (art.4º). As orientações, por sua vez, são provimentos decursivos da análise de determinado caso concreto, ressalvada a não-substituição do órgão de execução natural pelo Órgão Correccional em casos de eventuais consultas dirigidas à Corregedoria-Geral (art. 5º).

¹⁰ Em termos ilustrativos, entre as posturas cominadas realçam-se as providências a serem adotadas por ocasião das correções ordinárias nas Promotorias de Justiça (art. 41, incisos I a VII); possibilidade de disciplinamento de datas e horários para atendimento ao público (art. 32, § 1º

As normas inseridas no Título II possuem caráter de observância imperativa, uma vez que versadas na seara administrativa, consoante lastro afeto ao art. 110, inciso XV, da Lei Complementar nº 34/94.

O Título III, denominado Dos Dados Estatísticos, destina-se à previsão dos relatórios incumbidos às variadas esferas de atuação funcional (Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça, Assessoria do Procurador-Geral, ocupantes de Coordenadorias de Centros de Apoio).

O Capítulo do referido título dedica-se, nos arts. 57 a 61, ao Relatório Mensal, de preenchimento cogente pelos Promotores de Justiça, repositório pertinente a minudenciar todo o labor desempenhado por estes órgãos de execução, nas mais variadas formas de militância, instando consignar que atualmente a Corregedoria-Geral recebe tais informações por via eletrônica, disponibilizada em *link* institucional próprio, inserto na *home page* da Procuradoria-Geral de Justiça.

A dinâmica moderna de compilação de dados, por sua periodicidade mensal¹¹ e detalhamento de campos a dissecar toda a produtividade, assim como a estrutura administrativa existente, tem permitido à Corregedoria-Geral aferir, com maior efetividade, a realidade de cada órgão de administração, viabilizando emissões abalizadas de juízos valorativos, em sede correcional, possibilitando ainda intervenções de apoio aos órgãos de execução, otimizando a atuação ansiada em face do Órgão.

O Capítulo II disciplina a compilação dos dados afetos ao recesso forense, centralizando-os em relatório uno, estipulando prazo de remessa idêntica ao relatório mensal tradicional.

O Título IV enfeixa acerca das recomendações e das orientações destinadas ao exercício da atividade-fim, assentando o parágrafo único do art. 63 que tais pronunciamentos – formalizados através de articulados – não têm caráter vinculativo, *ex vi* do art. 39, inciso VII, da Lei Complementar nº 34/94.

O Capítulo I pontifica as disposições gerais, discernindo, como mencionado alhures, as recomendações das orientações, acertando que ambas englobam não só aspectos jurídico-processuais, mas

e § 2º); cautelas no contato com a mídia (art. 42, § 1º a § 5º); providências iniciais quando da assunção à Promotoria de Justiça (art. 44, § 1º e § 2º); procedimento quanto às expedições de requisições e notificações às autoridades elencadas na Lei nº 8.625/93 (art. 47, § 1º e § 2º); procedimento de comunicação de suspeição (art. 51, § 1º a § 7º) e impedimento (art. 52, § 1º a § 3º).

¹¹ O Relatório Mensal deve ser encaminhado pelo Promotor de Justiça à Corregedoria-Geral, via *intranet*, do primeiro ao décimo dia do mês subsequente ao de referência (art. 57, § 1º), podendo ser delegado a servidor do Ministério Público lotado na respectiva Promotoria de Justiça o preenchimento dos campos.

também questões praxistas, coexistindo com as diretrizes emanadas de outras instâncias da Administração Superior, entre as quais as hauridas do Plano Geral de Atuação e das Coordenadorias.

O Capítulo II, em tema de recomendações, declina disposições comuns (Seção I), afetas à tomada de compromisso em sede de atermação testemunhal e observância do BACEN-JUD (construção eletrônica em rito de execução).

A Seção II compila as recomendações em sede de matéria penal (arts. 67-B a 86), encerrando a Seção III aspectos alusivos à atuação na matéria cível e no temário de interesses difusos e coletivos (arts. 87 a 101).

Na matéria penal, as recomendações, de forma precipua, destinam-se a incutir nos órgãos de execução a premência da observância do devido processo legal (art. 67-B), disciplinamentos no exercício da persecução penal (arts. 67, 68, 71, 74, 74-A, 75, 79, 80, 82) e cautelas no manuseio das prerrogativas processuais (arts. 67-C, 68-A, 70, 72, 77, 81).

No campo de atuação cível, reportada a deliberação colegiada quanto ao estudo de otimização da intervenção ministerial no processo civil¹² (art. 87), assim como na desnecessidade de o Promotor de Justiça exarar parecer recursal na militância de *custos legis*, dando-se ênfase às diretrizes de atuação nos interesses indisponíveis, seara difusa, mormente na defesa ambiental (art. 89), infância e juventude (arts. 92, 93, 94, 95 e 96), curadoria do patrimônio público e probidade administrativa (arts. 91, 97 e 98).

Ponto finalizando, a Consolidação culmina com disposições finais e transitórias (arts. 102 *usque* 109), revogando avisos, ato e recomendações esparsos, inserindo-os, como de praxe, no bojo do Diploma solteiro, procedimento a se renovar anualmente, tornando o Ato referência precipua como repositório dos pronunciamentos da Casa.

Insta averbar que a Consolidação prevê anexos, encartados à guisa de compilar as deliberações, sejam unilaterais ou bilaterais, cujas vigências escapam ao âmbito do Ato¹³.

¹² O entendimento institucional quanto à intervenção no processo civil encontra-se previsto na Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 12 de novembro de 2007, publicada no *Minas Gerais* de 28/11/2007, decorrente das conclusões do Simpósio MP Cível em Debate, extraídas do conclave realizado na cidade de Araxá.

¹³ No Ato vigente, presentes nos Anexos a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 1, de 13 de março de 1987 (Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais); Ato CGMP nº 2, de 18 de setembro de 2003 (Dispõe sobre o regulamento do processo disciplinador administrativo); Resolução CSMP nº 90, de 15 de dezembro de 2003 (Dispõe sobre o estágio probatório dos membros do Ministério Público); Resolução TSE nº 21.702, de 2 de abril de 2004 (Instrução sobre o

6 - REGIME DISCIPLINAR

Incidindo o membro do Ministério Público em exercício irregular da função, mediante postura omissiva ou comissiva, responde penal, civil e administrativamente.

A atuação disciplinar cinge-se a esse último aspecto, dispondo a Lei Orgânica Estadual, no regime disciplinar, a sujeição da atividade funcional dos membros ministeriais a instrumental correccional destinado à Corregedoria-Geral, assegurando escopo fiscalizador, a saber: inspeções permanentes, ordinárias e extraordinárias; correções ordinárias e extraordinárias; processo disciplinar administrativo.

No campo das inspeções, a de caráter permanente se estabelece com as chamadas papeletas emitidas pelos Procuradores de Justiça que, ao oficiarem em feitos submetidos a 2.^a Instância, lançam conceitos acerca da atuação dos Promotores de Justiça, consoante permissivo do art. 73 da Lei Complementar nº 34/94.

Os conceitos superlativos – sejam depreciativos ou meritórios – devem ser encaminhados à Corregedoria-Geral, cabendo ao Órgão proceder ao registro nos assentamentos funcionais do órgão de execução, oportunizando contraditório no caso de anotações que importem em demérito (art. 39, § 2º, LC nº 34/94).

número de vereadores a eleger segundo a população de cada município); Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 14 de setembro de 2004 (Regulamenta o art. 67, I, da LC nº 34/94, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal, e dá outras providências); Resolução Conjunta nº 01, de 4 de março de 2005 (Dispõe sobre o procedimento e requisitos para homologação da divisão de atribuições entre Promotorias de Justiça); Resolução Conjunta CSMP CGMP nº 2, de 07 de março de 2005 (Especifica critérios para fundamentação de voto na promoção e remoção por merecimento na carreira de membro do Ministério Público); Resolução PGJ nº 57, de 23 de agosto de 2006 (Dispõe sobre estágio para estudantes de Direito no âmbito do Ministério Público do Estado e Minas Gerais); Resolução CNMP nº 20, de 28 de maio de 2007 (Disciplina, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial); Resolução PGJ nº 45, de 10 de setembro de 2007 (Consolida os atos normativos que versam sobre designação de Promotores de Justiça da Capital para plantões); Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 03, de 12 de novembro de 2007 (Fixa orientações funcionais, sem caráter normativo, sobre a intervenção do Ministério Público no processo civil); Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03, de 14 de dezembro de 2007 (Regulamenta o inquérito civil e o procedimento preparatório na área de interesses difusos ou coletivos e institui o Sistema de Registro Único de Inquéritos Cíveis e Procedimentos Preparatórios - SRU); Resolução CNMP nº 26, de 17 de dezembro de 2007 (Disciplina a residência na comarca pelos membros do Ministério Público e determina outras providências).

Inspeções ordinárias destinam-se às Procuradorias de Justiça, devendo ser realizadas pelo Corregedor-Geral ou Subcorregedor-Geral designado, na forma do regimento interno¹⁴ (LC nº 34/94, art. 205, § 2º).

As inspeções extraordinárias estabelecem-se como procedimentos correccionais cuja realização dispensa prévia designação (art. 204, LC nº 34/94), sendo instrumento efetivado em hipóteses de averiguação disciplinar de maior urgência, permitindo encetamento de apurações sem que se efetive publicidade, principalmente quando não se recomenda a ciência da averiguação *in loco*. Servem tais inspeções, outrossim, e com freqüência, para levantamentos estatísticos visando subsidiar modificação das atribuições de Promotorias de Justiça, subsidiando a Chefia da Instituição, assim como a Câmara de Procuradores, deliberação deste jaez no caso de cambiamento não consensual entre os membros ministeriais interessados.

As correções ordinárias convolvam-se em visitas periódicas da Corregedoria-Geral às Promotorias de Justiça, oportunidade em que incumbidos os membros designados da Casa de verificar a regularidade do serviço, a eficiência, a pontualidade, o exercício das funções, o cumprimento dos deveres do cargo e a conduta pública e particular dos membros da Instituição (art. 205, LC nº 34/94).

A Lei Orgânica estabelece que a Corregedoria-Geral realizará, anualmente, correções ordinárias em um terço das Promotorias de Justiça do Estado, no mínimo. Ao Promotor de Justiça que titularizar ou responder pelo órgão de administração correccionado cabe a tomada de providências variadas, previstas no art. 41, incisos I a VII, da Consolidação dos Atos Normativos e Orientadores da Corregedoria-Geral (Ato CGMP nº 1/08)¹⁵.

As correções extraordinárias serão realizadas, de ofício ou mesmo por determinação dos Órgãos da Administração Superior (art. 206, LC nº 34/94), para verificação de situação envolvendo atuação funcional que demande aprofundamento investigatório, dedicando-se, diversamente do casuismo ordinário, à apreciação de fatos específicos, delineados na portaria de instauração.

¹⁴ Sendo o Regimento Interno anterior à Lei Orgânica, as Inspeções Ordinárias em Procuradorias de Justiça não têm regulamentação, arrefecendo a atuação correccional em sede de órgãos ministeriais ofiçiantes junto à 2a Instância.

¹⁵ O Promotor de Justiça deve afixar o edital de correção no âmbito forense; providenciar espaço físico adequado para os trabalhos; recepcionar a Comissão – constituída de regra de um Subcorregedor-Geral que preside o labor e um Promotor de Justiça Assessor; apresentar pastas e livros obrigatórios, disponibilizando, ainda, acervo de feitos – judiciais ou administrativos, arquivados e em andamento – de sua esfera de atuação, cadernos destinados ao manuseio dos membros da Corregedoria-Geral para fins de emissão de conceito.

Registre-se que o instrumental reportado tem natureza inquisitória, podendo os elementos colocados nas inspeções e correições subsidiar instauração de processo disciplinar administrativo, cuja persecução viabiliza culminar na imposição de eventual punição.

Quanto ao processo disciplinar administrativo, demanda instauração por portaria do Corregedor-Geral, subdividindo-se em sindicância e procedimento disciplinar administrativo.

A natureza da persecução deriva da penalidade prevista, sendo hipótese de sindicância a capitulação de advertência, açambarcando o procedimento disciplinar administrativo as penalidades disciplinares de censura, disponibilidade compulsória, remoção compulsória e exoneração.

A inobservância dos deveres do cargo, sem a cominação de expressa penalidade, ensejará a inscrição de nota desabonadora nos assentos funcionais do membro do Ministério Público, observado o contraditório, havendo previsão de imposição de advertência caso haja recorrência na aludida conduta (art. 209, § 2º e § 3º, Lei Complementar nº 34/94).

Volvendo às penalidades, aplica-se a advertência às infrações disciplinares, previstas na legislação orgânica, não punidas com sanção específica (art. 209, § 1º, LC nº 34/94).

Ademais, também prevista a penalidade de advertência diante das capitulações inseridas nos incisos I a VII do art. 211 da Lei Complementar nº 34/94¹⁶, devendo a sanção ser aplicada pelo Corregedor-Geral ou, supletivamente, pelo Procurador-Geral de Justiça, por escrito e de forma reservada.

A censura tem cabimento no caso de reincidência¹⁷ em infração punível com pena de advertência, assim como nas hipóteses dos incisos I a IV, art. 212, Lei Complementar nº 34/94.¹⁸

¹⁶ Quanto aos atos punidos com a pena, tipificados a negligência no exercício da função; inobservância das determinações e instruções de caráter administrativo expedidas pela Administração Superior; prática de ato reprovável; utilização indevida das prerrogativas do cargo; descumprimento de alguns dos deveres funcionais estipulados no art. 110, LC nº 34/94; constatação de irregularidade em serviço; afastamento injustificado do exercício das funções ou do local onde o membro ministerial exerça suas atribuições; desatendimento de convocações.

¹⁷ Para fim orgânico-disciplinar, considera-se reincidente o membro do Ministério Público que praticar nova infração antes de obtida a reabilitação ou verificada a prescrição de falta funcional anterior, consoante art. 224 da Lei Complementar nº 34/94.

¹⁸ Conduta incompatível com a dignidade do cargo, nas hipóteses declinadas pelo art. 110, II, III e XVI, do referido Diploma Orgânico; procedimento funcional incompatível com o desempenho das atribuições do cargo; acumulação indevida de funções, ressalvado o disposto no art. 111,

Aludida pena deve ser aplicada pessoalmente pelo Procurador-Geral de Justiça, em sessão pública do Conselho Superior do Ministério Público.

A remoção compulsória aperfeiçoar-se-á em caso de reincidência em infração punível com pena de censura, assim como nos casuísmos dos incisos II a IV do art. 215 da Lei Complementar nº 34/94¹⁹, sem prejuízo da verificação de outros casos²⁰, atrelando-se sempre à existência de interesse público determinador da mitigação do princípio da inamovibilidade, pertinente a órgão de execução titular.

O foro para processamento e julgamento da penalidade tem natureza colegiada, afeta ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 214, LC nº 34/94), demandando determinação de votação por maioria absoluta (dois terços) dos seus integrantes, em sessão secreta.

Decretada a remoção, o membro ministerial ficará em disponibilidade, até oportuna designação do Procurador-Geral, sem prejuízo do percebimento das vantagens do cargo, incidindo, lado outro, as vedações ínsitas à função.

Prevê a legislação que a vaga decorrente de remoção compulsória será provida, obrigatoriamente, por promoção, impedindo o removido de postular promoção, por antiguidade ou merecimento, pelo prazo de um ano.

A disponibilidade compulsória encerra-se como apenamento fundado em motivo de interesse público, tendo como instância julgadora também o Conselho Superior, através de votação idêntica absoluta, em reunião deliberativa secreta.

As tipificações para a imposição da pena quedam-se declinadas nos incisos I a V, art. 219, Lei Complementar nº 34/94²¹ estipulando a legislação que o órgão ministerial punido perceberá vencimentos

IV, e parágrafo único, LC nº 34/94; descumprimento do disposto no art. 137, § 3º, da mesma Lei.

¹⁹ Exposição de membro ministerial a risco de descrédito quanto às prerrogativas do cargo ou à instituição; recusa de atendimento ao Procurador-Geral de Justiça ou ao Corregedor-Geral do Ministério Público quando em visita, inspeção ou correição; descumprimento do disposto no art. 111, III, V e VI.

²⁰ A remoção compulsória nem sempre terá caráter disciplinar, podendo se estabelecer, como realçado, por interesse público alheio à eventual prática de infração.

²¹ Grave omissão nos deveres do cargo; ocorrência de fatos que, envolvendo o membro ministerial, resulte em perigo iminente ao prestígio da Instituição; capacidade de trabalho reduzida, produtividade escassa, atuação funcional comprometedor ou demonstração superveniente de insuficientes conhecimentos jurídicos; induzimento dos órgãos da administração superior a erro, por meio reprovável; inobservância da vedação prevista no art. 111, I, LC nº 34/94.

e vantagens proporcionais, observado o mínimo de 1/3 da remuneração, sendo a vaga decorrente do afastamento preenchida, obrigatoriamente, por promoção.

A exoneração destina-se ao membro do Ministério Público que não goza de vitaliciedade e tenha incidido no cometimento de infrações cujas penas restem tipificadas como censura, remoção compulsória ou disponibilidade compulsória.

Prevista ainda, no regime disciplinar, providência prefacial denominada disponibilidade cautelar, que será decretada por ato fundamentado do Procurador-Geral de Justiça, quando inconveniente o exercício das funções por parte do Órgão Ministerial submetido a processo disciplinar.

O ato de disponibilidade terá a duração determinada pelo Procurador-Geral, pressupondo a instauração de sindicância ou procedimento disciplinar administrativo, não podendo exceder ao trânsito em julgado da decisão proferida, ficando assegurado ao órgão ministerial percebimento de vencimentos e vantagens integrais do cargo.

Os prazos prescricionais apegam-se às infrações capituladas, ocorrendo em um ano no caso de advertência; dois anos em face de censura; quatro anos em relação à disponibilidade ou à remoção compulsórias (art. 226, incisos I a III, LC nº 34/94). A infração disciplinar punida em lei como crime terá o prazo de prescrição deste, registrando-se que a instauração do processo disciplinar administrativo – formalizada através de portaria baixada pelo Corregedor-Geral – interrompe o fluxo temporal, prescrição que não terá curso durante o período do estágio probatório.

Acentue-se que, no caso de reincidência, o prazo prescricional será contado em dobro (art. 225, LC nº 34/94).

7 - PROCESSO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO

Como alhures realçado, o processo disciplinar administrativo divide-se em sindicância e procedimento disciplinar administrativo. A sindicância será instaurada para aplicação da penalidade de advertência, servindo o procedimento disciplinar administrativo para a aplicação das demais sanções.

O processo disciplinar administrativo será conduzido por comissão, composta de três membros designados pelo Procurador-Geral de Justiça, devendo os comissionados ser necessariamente Subcorregedores-Gerais, na hipótese de persecução instaurada em desfavor de Procurador de Justiça (art. 228, § 1º, LC nº 34/94).

A existência de indícios de incapacidade mental do membro ministerial processado motiva a suspensão do feito, com as cautelas do art. 229, LC nº 34/94,

franqueando-se ao interessado, em caso de decisão condenatória, recurso – no prazo de quinze dias, a fluir a partir de intimação pessoal – à Câmara de Procuradores de Justiça.

A legislação orgânica prevê a aplicação subsidiária, ao processo disciplinar administrativo, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais²².

Atendendo comando do art. 231, Lei Complementar nº 34/94, baixado o Ato CGMP nº 2, de 18 de setembro de 2003, que dispõe sobre o regulamento do processo disciplinar administrativo, diploma que compila disposições gerais sobre a persecução disciplinar, esmiuçando o rito pertinente à sindicância e ao procedimento disciplinar administrativo²³ balizando ainda as dinâmicas afetas à revisão e à reabilitação (arts. 36 e seguintes do Regulamento).

Incidem no processo disciplinar os princípios gerais atinentes ao exercício da ampla defesa e presunção do estado de inocência.

Quanto ao primeiro, a militância defendente pode ser exercida pessoalmente ou através de advogado constituído (arts. 238 e 246, § 1º, LC nº 34/94). No caso de revelia, a defesa deverá ser apresentada por Procurador de Justiça ou Promotor de Justiça da mais elevada entrância, mediante designação do presidente da Comissão Processante.

No tocante à presunção de inocência, a garantia encontra-se mitigada pelo prelecionado no art. 184, inciso II, *in fine*, da Lei Complementar nº 34/94, uma vez que o dispositivo impede deferimento de inscrição para promoção, por antigüidade ou merecimento, a membro ministerial que esteja submetido a processo disciplinar administrativo.

Imprescindível obtemperar que, diante do gravame descortinado com a mera instauração do processo disciplinar administrativo, a Corregedoria-Geral do Ministério Público, antes de eventual iniciativa nesse sentido, procura efetivar procedimentos inquisitórios – seja através das inspeções e correições, ordinárias ou extraordinárias, seja em sede da chamada apuração sumária, prevista no § 4º do art. 2º, do Ato nº 2/2003.

²² Art. 232, Lei Complementar nº 34/94, esclarecendo-se que o Estatuto dos Funcionários Civis do Estado é identificado como Lei nº 869/52.

²³ Basicamente, em sede de rito, difere a sindicância do procedimento disciplinar administrativo pelo prazo cominado à conclusão dos trabalhos apuratórios (trinta dias para a sindicância, sessenta para o PDA, em ambas as hipóteses sendo permitida uma prorrogação); prazo de apresentação de defesa preliminar (cinco dias na sindicância, dez dias no PDA); rol de três testemunhas, na sindicância, e cinco, na hipótese de PDA, cômputo que se vincula a cada fato discutido, consoante prelecionam os arts. 19, § 1º, e 28, inciso II, ambos do Ato CGMP nº 2, de 18 de setembro de 2003. A sindicância, de caráter sigiloso, pode servir, outrossim, para instruir o procedimento disciplinar administrativo (art. 234, LC nº 34/94).

A rotina do Órgão Correcional demonstra que, em variados casos, as representações formuladas em desfavor de membros ministeriais não vêm suficientemente instruídas, motivando despacho do Corregedor-Geral no sentido da instauração de apurações sumárias, formalizadas nos chamados expedientes.

Nesses casos, o Subcorregedor-Geral ou o Promotor de Justiça Assessor, na hipótese de reclamação contra Procurador de Justiça, recebendo o feito após regular distribuição interna, empreende as diligências necessárias à instrução inquisitória e reservada aos fatos narrados, preservando-se sempre a oitiva, seja por atermação ou por escrito, do membro ministerial destinatário da representação. As apurações sumárias não se apegam a formalismos procedimentais e objetivam colacionar os elementos de convicção necessários para a emissão de pronunciamento abalizado sobre as questões apreciadas.

Aludida dinâmica tenciona evitar a instauração de processo disciplinar com lastro sobremaneira precário, contexto que acarretaria gravame ao processado, mormente quanto à impossibilidade de movimentação vertical na carreira.

Lado outro, havendo justa causa para instauração, entendida como indícios suficientes da prática imputada, assim como materialidade do ilícito administrativo, quando a infração deixar vestígios, impõe-se o encetamento do processo, visto que o art. 236 da Lei Complementar nº 34/94 permite o arquivamento das representações – ou de eventuais peças de informação – somente quando manifestamente improcedentes.

Na hipótese do arquivamento prefacial, o Corregedor-Geral, além de cientificar o membro ministerial interessado, deve fazê-lo em relação ao Procurador-Geral de Justiça, que, entendendo insubsistentes os motivos externados, poderá avocar o expediente e determinar a instauração de sindicância (parágrafo único, art. 236, LC nº 34/94).

Ocorrendo condenação disciplinar, com trânsito em julgado, o membro ministerial poderá postular, a qualquer tempo, revisão do processo disciplinar, dirigindo-se à Câmara de Procuradores de Justiça, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de provar a inocência²⁴ ou de justificar a imposição de penalidade menos contundente (art. 248, LC nº 34/94).

A revisão poderá ser requerida pelo próprio interessado ou, se falecido ou interdito, por cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

Caso julgada procedente a pretensão, tornar-se-á sem efeito o ato punitivo ou será, conforme a hipótese, aplicada pena disciplinar adequada, restabelecendo-se os direitos atingidos e cerceados pela punição.

A reabilitação poderá ser obtida pelo membro ministerial, junto ao Conselho Superior, quando ocorridas punições tipificadas como advertência ou censura, objetivando o cancelamento das respectivas notas nos assentamentos funcionais, desde que decorridos dois anos do passamento em julgado da decisão condenatória, salvo se reincidente.

8 - CONTROLE EXTERNO

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, estabelecido – em similitude com o paradigma estabelecido com a Magistratura – o controle externo do Ministério Público, consubstanciado no art. 130-A, incisos I a VI e § 1º a § 5º, da Constituição Federal.

A reforma derivou de sentimento político prevalente quanto à indigitada insuficiência das instâncias de controle interno, mormente no campo disciplinar, cujas decisões, em alguns casos, incutiram percepção quanto à existência de espírito de corpo, viabilizando que, em seara de fiscalização externa, poder-se-ia otimizar combate a práticas funcionais – omissivas e comissivas – dotadas de vicissitudes.

Com efeito, o controle externo, nos contornos estabelecidos, não tem aptidão para menoscabar a militância finalística dos membros ministeriais, que continuam gozando de independência funcional, incidindo, a rigor, sobre a atuação administrativa e financeira da Instituição, assim como destinado ao cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

O controle efetiva-se personificado no Conselho Nacional do Ministério Público, sediado no Distrito Federal, composto por quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria do Senado Federal, para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

O Conselho é presidido pelo Procurador-Geral da República, militando quatro membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público dos Estados, dois juizes (um indicado pelo Supremo Tribunal Federal, outro pelo Superior Tribunal de Justiça), dois advogados (indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil) e dois cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada (um indicado pela Câmara dos Deputados; outro, pelo Senado Federal).

²⁴ Além das casuísticas previstas legalmente, estabelece o Ato CGMP nº 2/03, expressamente, a possibilidade de revisão quando fundada a sanção em prova falsa (art. 33, inciso II). Veda o Ato, como fundamento para a revisão, a simples alegação de injustiça, assim como a reiteração do pedido por mesmo fundamento (art. 33, § 1º e § 2º).

A competência do Conselho Nacional do Ministério Público encontra-se estipulada no § 2o, incisos I a V, do art. 139-A, CF/88, incumbindo-lhe, em suma, zelar pela autonomia funcional e administrativa do Parquet, expedindo atos regulamentadores e recomendando providências; zelar pelos princípios norteadores da administração pública, podendo desconstituir atos, revê-los ou fixar prazo para se adotarem providências necessárias ao exato cumprimento da lei; receber e conhecer das reclamações contra membros ministeriais e respectivos agentes dos serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional interna corporis, impondo sanções disciplinares, assegurada ampla defesa; rever, mesmo de ofício, processos disciplinares de membros ministeriais julgados há menos de um ano; elaborar relatório anual, propondo providências que julgar necessárias sobre a situação institucional e as atividades do Conselho, devendo o pronunciamento integrar mensagem prevista no art. 84, XI²⁵.

Percebe-se que, entre as competências estipuladas, estão inseridas, de forma evidente, as atribuições de natureza correccional e disciplinar, legando a reforma constitucional ao Conselho o recebimento e conhecimento das reclamações contra membros ministeriais, preservada a atuação da Corregedoria-Geral da Instituição, dotando-se o Colegiado de avocação de processos disciplinares em curso, com possibilidade de determinação de remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, sem prejuízo de aplicação de outras sanções administrativas.

A reforma prevê casuismo, sobremaneira ineditista e gravoso, de revisão em desfavor do órgão ministerial destinatário de julgamento disciplinar, desde que a decisão tenha sido proferida em lapso não superior a prazo anual²⁶.

Foi criada, no bojo da reforma, a função de Corregedor Nacional, escolhido, em votação secreta, entre os membros do Ministério Público que integram o Colegiado, sendo vedada recondução²⁷.

Foram conferidas ao Corregedor Nacional as atribuições previstas nos incisos I a III, § 3º, art. 130-A, CF/88, a saber, receber reclamações e denúncias de qualquer interessado, direcionadas tanto a membro ministerial como a seus serviços auxiliares; exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correção geral; requisitar e designar membros do Mi-

nistério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

Como alhures mencionado, a atuação correccional e disciplinar, no âmbito do Conselho Nacional, coexiste com a atuação da Corregedoria-Geral originária, firmando-se o atuar externo com o escopo de arrostar eventuais omissões ou deficiências na militância persecutória interna corporis, em viés supletivo, conforme disciplinado com minudência no art. 71 e seus parágrafos e incisos do Regimento Interno do Órgão Colegiado.

Com esse perfil, a sobreposição de atuações, que a princípio poderia fomentar a fragilização do instrumental interno da atuação correccional, possibilita estabelecimento de uma dialética de aprimoramento, tornando a atividade de fiscalização – nem sempre suficientemente compreendida ao ser exercitada perante agentes dotados de extensas garantias funcionais – o esteio para manter o Ministério Público como instituição dotada de referencial intrinsecamente vinculado à probidade e ao legalismo.

9 - SUGESTÃO PARA APROFUNDAMENTO DO ASSUNTO

- Ato nº 1, de 12 de fevereiro de 2008, que dispõe sobre a consolidação dos Atos Normativos e Orientadores da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
- Resolução Conjunta nº 02, de 3 de abril de 2008, que disciplina a residência na Comarca pelos membros do Ministério Público.
- Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

²⁵ Mensagem da Presidência da República remetida ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa.

²⁶ Vide art. 87, inciso III, do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

²⁷ Vide arts. 30 e 31 do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

V

Órgãos Colegiados da Administração Superior



1 - INTRODUÇÃO

Procurador de Justiça João Batista da Silva

Neste capítulo trataremos dos chamados Órgãos Colegiados do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que são: o Colégio de Procuradores de Justiça, seu Órgão Especial, denominado Câmara de Procuradores de Justiça, e o Conselho Superior do Ministério Público.

Considerando-se que tais Órgãos estão didaticamente organizados na Lei Federal nº 8.625/93 e explicitados na Lei Complementar Estadual nº 34/94, legislação de consulta obrigatória para os membros do *Parquet*, e, ainda, tendo-se em vista que a organização do Ministério Público não enseja maiores divagações doutrinárias, como em geral ocorre com as chamadas leis orgânicas, não há muito a discorrer sobre a auto-explicativa legislação que rege e organiza os Órgãos Colegiados do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Contudo, o tema não poderia faltar num Manual de Atuação Funcional que pretende ser um instrumento útil para um eficaz exercício das múltiplas e díspares atividades funcionais do Ministério Público mineiro, nelas incluídas, também, as denominadas atividades-meios que demandam a intervenção dos Órgãos da Administração Superior da Instituição, neles incluídos os Órgãos Colegiados.

2 - ÓRGÃOS COLEGIADOS¹

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625/93), que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, estabelece no seu art. 5º que os Órgãos da Administração Superior² do Ministério Público são: I - a Procuradoria-Geral de Justiça; II - o Colégio de Procuradores de Justiça; III - o Conselho Superior do Ministério Público; IV - a Corregedoria-Geral do Ministério Público. Em resumo, esses são os órgãos responsáveis pela gestão do Ministério Público.

¹ “Órgãos colegiados ou pluripessoais são todos aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta e majoritária da vontade de seus *membros*. Nos órgãos colegiados não prevalece a vontade individual de seu Chefe ou Presidente, nem a de seus integrantes isoladamente: o que se impõe e vale juridicamente é a decisão da maioria, expressa na forma legal, regimental ou estatutária”. (MELRELLES, Hely Lopes apud. PONDÉ, Lafayette. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. Malheiros, p. 74.)

² “Órgãos superiores são os que detêm poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica, mas sempre sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia mais alta. Não gozam de autonomia administrativa nem financeira, que são atributos dos órgãos independentes e dos autônomos a que pertencem. Sua liberdade funcional restringe-se ao planejamento e soluções técnicas, dentro da sua área de competência, com responsabilidade pela execução, geralmente a cargo de seus órgãos subalternos.” (idem)

Dos quatro citados órgãos da Administração Superior do Ministério Público, dois – a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público – são singulares ou unipessoais. Os outros dois – o Colégio de Procuradores de Justiça e o Conselho Superior do Ministério Público – são órgãos colegiados ou pluripessoais.

Importante observar que, entre os órgãos da Administração Superior do Ministério Público definidos no citado art. 5º da Lei nº 8.625/93 e no art. 4º da Lei Complementar Estadual nº 34/94, não está relacionada a Câmara de Procuradores. Isso se explica no art. 13 da mesma lei federal, que dispõe, *verbis*: “Art. 13. Para exercer as atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça com número superior a quarenta Procuradores de Justiça, poderá ser constituído Órgão Especial, cuja composição e número de integrantes a Lei Orgânica fixará.”

Adverte, contudo, o parágrafo único do supracitado art. 13 da Lei Federal nº 8.625/93: “Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses previstas nos incisos I, IV, V e VI do artigo anterior, bem como a outras atribuições a serem deferidas à totalidade do Colégio de Procuradores de Justiça pela Lei Orgânica.”

Além dos referidos órgãos de Administração Superior do Ministério Público, a Lei nº 8.625/93, em seu art. 7º, estabelece que os Órgãos de execução do Ministério Público são: I – o Procurador-Geral de Justiça; II – o Conselho Superior do Ministério Público; III – os Procuradores de Justiça; IV – os Promotores de Justiça.

Observa-se que o Conselho Superior do Ministério Público aparece tanto no rol dos órgãos de Administração Superior quanto no de órgãos de Execução. Essa ambivalência do Conselho Superior será explicada quando dele tratarmos especificamente.

3 - COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

O art. 21 da LC nº 34/94 define o Colégio de Procuradores de Justiça como órgão da Administração Superior do Ministério Público, presidido pelo Procurador-Geral de Justiça e integrado por todos os Procuradores de Justiça. Nos treze incisos do referido art. 21 estão definidas as atribuições que são privativas do Colégio de Procuradores de Justiça.

O art. 10, II, da Lei Federal nº 8.625/94 dispõe que o Procurador-Geral de Justiça preside o Colégio de Procuradores de Justiça como membro nato e isso se fez necessário por ser possível, dependendo da Lei Orgânica de cada Estado, a indicação de Promotor de Justiça, e não apenas de Procurador de Justiça, para o cargo de Procurador-Geral. Esse não é o caso de Minas Gerais, onde, em face do disposto no § 1º do art. 5º da LC nº 34/94, “O Procurador-Geral de Justiça será nomeado pelo Governador do Esta-

do, entre os Procuradores de Justiça com o mínimo de dez anos de serviço na carreira [...]”.

Entendemos conveniente transcrever na íntegra os dispositivos legais que discriminam as atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça, uma vez que, pela sua importância na vida da Instituição, foram deferidas à totalidade do Colégio de Procuradores pela Lei Complementar Estadual nº 34/94, da qual se extrai:

Art. 21 O Colégio de Procuradores de Justiça, órgão da administração superior do Ministério Público, é presidido pelo Procurador-Geral de Justiça e integrado por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe:

Nota: Vide art. 12 da Lei nº 8.625/93.

I- opinar, por solicitação do Procurador-Geral de Justiça ou deliberação de 1/4 (um quarto) de seus integrantes, sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público e outras de interesse institucional;

Nota: Vide art. 12, I, da Lei nº 8.625/93.

II- representar, na forma desta lei, ao Poder Legislativo para a destituição do Procurador-Geral de Justiça;

Nota: Vide arts. 9º, § 2º, e 12, IV, da Lei nº 8.625/93.

III- conferir exercício ao Procurador-Geral de Justiça;

IV- eleger, dar posse e exercício ao Corregedor-Geral do Ministério Público;

V- destituir, na forma desta lei, o Corregedor-Geral do Ministério Público;

Nota: Vide art. 12, VI, da Lei nº 8.625/93.

VI- eleger, na segunda quinzena do mês de novembro dos anos pares, 10 (dez) membros do órgão especial, conferindo-lhes, concomitantemente, posse e exercício com os demais componentes, nos termos do regimento interno;

Nota: Vide art. 13 da Lei nº 8.625/93.

VII- conferir posse e exercício, na segunda quinzena do mês de dezembro, aos membros do Conselho Superior do Ministério Público;

Nota: Vide art. 14 da Lei nº 8.625/93.

VIII- autorizar, em caso de omissão da Câmara de Procuradores de Justiça e por iniciativa da maioria de seus integrantes, que o Procurador-Geral de Justiça ajuíze ação civil de decretação de perda do cargo de membro do Ministério Público;

Nota: Vide art. 12, X, da Lei nº 8.625/93.

IX- convocar reunião extraordinária, na forma do regimento interno;

X- recomendar ao Corregedor-Geral do Ministério Público a instauração de processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público;

Nota: Vide art. 17, V, da Lei nº 8.625/93.

XI- decidir, em grau de recurso, acerca das causas de inelegibilidade para escolha de membro de órgão colegiado do Ministério Público e do Corregedor-Geral do Ministério Público;

XII- elaborar seu regimento interno, regulamentando, inclusive, a atuação da Câmara de Procuradores de Justiça;

XIII- exercer outras atribuições conferidas por lei.

Art. 22 As decisões do Colégio de Procuradores de Justiça serão motivadas e publicadas, salvo nas hipóteses legais de sigilo.

Nota: Vide art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.

Parágrafo único. As propostas referentes a homenagens, votos de conagração e atos assemelhados, ressalvados os casos de notório interesse institucional, não serão objeto de publicação.

As relevantes atribuições outorgadas ao Colégio de Procuradores de Justiça evidenciam a importância que o legislador conferiu ao órgão colegiado maior do *Parquet*, que hoje se consubstancia no suporte político-administrativo da Administração Superior da Instituição. De fato, assim como os Chefes do Poder Executivo, nas três esferas da Administração Pública, firmam-se nas leis e no apoio político emanados dos colegiados legislativos, além de se cercarem de Ministérios, Secretarias, Conselhos e dos mais diversos órgãos de apoio, no Ministério Público o Colégio de Procuradores de Justiça inegavelmente representa o necessário apoio político-institucional aos demais órgãos de sua Administração Superior. É o potencial da experiência institucional, angariada pelos mais antigos membros da Instituição, colocado a seu serviço.

O Regimento Interno do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que pode ser acessado no endereço eletrônico da Procuradoria-Geral de Justiça, trata da composição do órgão; das atribuições do seu Presidente; da Câmara de Procuradores de Justiça, sua composição, sua competência e suas três modalidades de sessões: solenes, ordinárias e extraordinárias; da eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público; da destituição do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público e, por fim, dos recursos, inclusive aqueles interpostos contra decisão acerca de conflito de atribuições.

As sessões do Colégio de Procuradores de Justiça, a exemplo das sessões de seu Órgão Especial, Câmara de Procuradores de Justiça, podem ser classificadas como solenes, ordinárias e extraordinárias. As sessões solenes são aquelas destinadas a conferir exercício ao Procurador-Geral de Justiça, dar posse e exercício ao Corregedor-Geral do Ministério Público e conferir posse e exercício, na segunda quinzena do mês de dezembro, aos membros do Conselho Superior do Ministério Público. Embora essas atribuições estejam previstas no citado art. 21, III, IV e VII, da LC nº 34/94 como sendo do Colégio de Procuradores de Justiça, na sua totalidade, na prática quase sempre elas são exercidas pelos integrantes de seu Órgão Especial, a Câmara de Procuradores de Justiça. Não há, neste caso, que se falar em ilegalidade, uma vez que, tratando-se de sessão solene, ainda que somente os membros da Câmara ou parte deles se façam presentes, pode-se considerar que a sessão foi do Colégio de Procuradores

de Justiça, até porque, nessas cerimônias, não há convocação de todos os Procuradores de Justiça, mas tão-somente convite, ficando a convocação restrita aos integrantes da Câmara de Procuradores de Justiça.

As sessões ordinárias do Colégio de Procuradores de Justiça objetivam a eleição do Corregedor-Geral do Ministério Público e, na segunda quinzena do mês de novembro dos anos pares, dos dez membros da Câmara de Procuradores de Justiça. Essas atribuições não podem ser exercidas pela Câmara de Procuradores de Justiça, mas tão-somente pelo plenário do Colégio de Procuradores de Justiça.

Por fim, as sessões extraordinárias seriam para as hipóteses de o Colégio de Procuradores de Justiça opinar, por solicitação do Procurador-Geral de Justiça ou deliberação de um quarto de seus integrantes, sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público e outras de interesse institucional; representar, na forma da lei, ao Poder Legislativo para a destituição do Procurador-Geral de Justiça; destituir, na forma da lei, o Corregedor-Geral do Ministério Público; autorizar, em caso de omissão da Câmara de Procuradores de Justiça e por iniciativa da maioria de seus integrantes, ao Procurador-Geral de Justiça o ajuizamento ação civil de decretação de perda do cargo de membro do Ministério Público; recomendar ao Corregedor-Geral do Ministério Público a instauração de processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público e decidir, em grau de recurso, acerca das causas de inelegibilidade para escolha de membro de órgão colegiado do Ministério Público e do Corregedor-Geral do Ministério Público. Também essas atribuições são privativas do plenário do Colégio de Procuradores de Justiça.

As demais competências do Colégio de Procuradores de Justiça – exercer outras atribuições conferidas por lei ou elaborar seu regimento interno, inclusive a atuação da Câmara de Procuradores de Justiça – podem ser exercidas pela Câmara de Procuradores de Justiça, exceto se a lei conferir novas atribuições à totalidade do Colégio de Procuradores de Justiça.

Atualmente, na forma da Lei Complementar Estadual nº 61, de 12 de julho de 2001, o quadro de Procuradores de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais compõe-se de 182 cargos.

4 - CÂMARA DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Na forma estabelecida no citado art. 13 da Lei Federal nº 8.625/93, a Lei Complementar Estadual nº 34/94, em seu art. 20, tendo em vista que o Colégio de Procuradores do *Parquet* mineiro possui um número superior a quarenta membros, instituiu o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, denominado Câmara de Procuradores de Justiça.

Com efeito, um colégio composto por um número elevado de Procuradores de Justiça, todos com direito a voto nas sessões deliberativas, teria grandes dificuldades para o bom desenvolvimento dos trabalhos. Por esse motivo, a Lei Federal nº 8.625, no seu citado art. 13, facultou aos Ministérios Públicos Estaduais com mais de quarenta cargos de Procuradores de Justiça a criação do Órgão Especial do Colégio de Procuradores. Naturalmente, os Estados que instituíram o Órgão Especial do Colégio de Procuradores também definiram, pela legislação local, os critérios para a escolha de seus membros.

A Lei Complementar Estadual nº 34/94, após tratar do Colégio de Procuradores de Justiça, dispõe, nos seus arts. 23, 24 e 25, sobre a Câmara de Procuradores de Justiça, Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça que tem por função exercer a maioria das atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

A Câmara de Procuradores de Justiça compõe-se do Procurador-Geral de Justiça, que a presidirá, do Corregedor-Geral do Ministério Público, ambos membros natos, além de vinte Procuradores de Justiça, com mandato de dois anos. Metade dos vinte Procuradores de Justiça componentes da Câmara será constituída pelos Procuradores de Justiça mais antigos na instância, e a outra metade, eleita pelos membros do Colégio de Procuradores de Justiça. São considerados eleitos para a Câmara de Procuradores de Justiça os dez Procuradores de Justiça mais votados. Serão considerados suplentes dos membros eleitos aqueles que os seguirem na ordem de votação, até o máximo de dez, substituindo-os nos afastamentos e nos impedimentos e sucedendo-os em caso de vaga.

Em descompasso com a *mens legis* do § 7º do art. 23 da LC nº 34/94, que estabelece que o membro eleito da Câmara de Procuradores de Justiça é inelegível para o mandato subsequente, salvo na condição de suplente com exercício inferior a seis meses, os dez Procuradores de Justiça mais antigos na instância são praticamente membros vitalícios da Câmara de Procuradores de Justiça.

O processo eleitoral para a Câmara de Procuradores de Justiça está previsto em treze parágrafos do art. 23 da LC nº 34/94, dispondo o último parágrafo do mesmo artigo que

A Câmara de Procuradores de Justiça se reunirá mensalmente em sessão ordinária, ou por convocação extraordinária do Procurador-Geral de Justiça, ou por proposta da maioria de seus integrantes, na forma do regimento interno.

Dispõe o art. 4º do Regimento Interno do Colégio de Procuradores de Justiça que

[...] a Câmara de Procuradores de Justiça é o órgão que exerce as atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça, salvo nos casos de eleição e posse de seus próprios membros, de proposição ao Poder Legislativo da destituição do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público, ou ainda de decisão sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público.

Enquanto as atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça conferem-lhe um perfil de órgão de sustentação político-institucional à Administração Superior do Ministério Público, seu Órgão Especial, a Câmara de Procuradores de Justiça, possui caráter administrativo e recursal em face dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público.

São estas, na íntegra, as atribuições da Câmara de Procuradores de Justiça previstas na LC nº 34/94:

Art. 24 Compete à Câmara de Procuradores de Justiça:

I- propor ao Procurador-Geral de Justiça a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica e providências relacionadas com o desempenho das funções institucionais;

Nota: Vide art. 12, II, da Lei nº 8.625/93.

II- aprovar os projetos de criação, transformação e extinção de cargos e serviços auxiliares e a proposta orçamentária anual do Ministério Público;

Nota: Vide art. 12, III, da Lei nº 8.625/93.

III- aprovar o Plano Geral de Atuação do Ministério Público;

IV- representar ao Corregedor-Geral do Ministério Público acerca da instauração de processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público e recomendar a realização de inspeções e correições;

Nota: Vide art. 17, V, da Lei nº 8.625/93.

V- dar posse e exercício aos Procuradores de Justiça e posse coletiva e exercício aos Promotores de Justiça Substitutos aprovados em concurso;

VI- deliberar, por iniciativa de 1/4 (um quarto) de seus integrantes ou do Procurador-Geral de Justiça, que este ajuíze ação civil de decretação de perda do cargo de membro do Ministério Público;

VII- julgar, nos termos do regimento interno, recurso contra decisão;

Nota: Vide art. 12, VIII, da Lei nº 8.625/93.

a) de vitaliciamento ou não de membro do Ministério Público, inclusive permanência na carreira durante o estágio probatório;

Nota: Vide art. 12, VIII, "a", da Lei nº 8.625/93.

b) condenatória em processo disciplinar administrativo;

Nota: Vide art. 12, VIII, "b", da Lei nº 8.625/93.

c) proferida em reclamação sobre o quadro geral de antigüidade;

Nota: Vide art. 12, VIII, "c", da Lei nº 8.625/93.

d) de recusa de indicação para promoção ou remoção por antigüidade;

Nota: Vide art. 12, VIII, "e", da Lei nº 8.625/93.

e) de indeferimento do requerimento de acesso, complementação ou retificação de dados do assento funcional;

f) prevista no art. 7º, parágrafo único;

VIII- rever atos e decisões do Procurador-Geral de Justiça sobre a situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e dos serviços auxiliares, na forma do regimento interno;

IX- decidir sobre pedido de revisão de processo disciplinar administrativo;

X- decidir acerca das causas de inelegibilidade para escolha de membro do Conselho Superior do Ministério Público;

XI- aprovar o regimento interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público;

XII- aprovar, por maioria absoluta, proposta de fixação das atribuições das Procuradorias e Promotorias de Justiça e dos respectivos cargos;

Nota: Vide art. 23, § 2º, da Lei nº 8.625/93.

XIII- aprovar, por maioria absoluta, a exclusão, inclusão ou outra modificação nas atribuições das Procuradorias e Promotorias de Justiça e dos respectivos cargos;

Nota: Vide art. 23, § 3º, da Lei nº 8.625/93.

XIV- conhecer dos relatórios reservados elaborados pela Corregedoria-Geral do Ministério Público em inspeções realizadas nas Procuradorias de Justiça, recomendando as providências cabíveis;

Nota: Vide art. 17, II, da Lei nº 8.625/93.

XV- convocar reunião extraordinária, na forma do regimento interno;

XVI- determinar a apuração da responsabilidade criminal de membro do Ministério Público quando, em processo disciplinar administrativo, verificar-se a existência de indícios da prática de infração penal;

XVII- aprovar o regulamento do concurso para ingresso na carreira do Ministério Público e o do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;

XVIII- deliberar sobre a indicação de Subcorregedores-Gerais e de Promotores de Justiça para assessorar o Corregedor-Geral do Ministério Público, no caso de recusa injustificada do Procurador-Geral de Justiça à designação;

Nota: Vide art. 18, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.

XIX- instituir comissões, permanentes ou temporárias, para preparar os assuntos a serem levados à sua apreciação, sem prejuízo das atividades de seus membros e sem acréscimo, a qualquer título, de sua remuneração;

XX- desempenhar outras atribuições conferidas por lei ou previstas no regimento interno.

§ 1º Os recursos referidos no inciso VII, "a" a "d", terão efeito suspensivo.

§ 2º Salvo disposição em contrário, as decisões da Câmara de Procuradores de Justiça serão tomadas por maioria simples de votos, presente mais da metade de seus integrantes, cabendo ao seu Presidente, em caso de empate, o voto de qualidade, na forma prevista no art. 18, III.

§ 3º As decisões da Câmara de Procuradores de Justiça serão motivadas e publicadas no prazo de 5 (cinco) dias, exceto nas hipóteses legais de sigilo.

Nota: Vide art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.

§ 4º As propostas referentes a homenagens, votos de congraçamento e atos assemelhados, ressalvados os casos de notório interesse institucional, não serão objeto de publicação.

Como se constata, as atribuições recursais da Câmara de Procuradores de Justiça evidenciam a importância desse órgão colegiado, tanto para a vida funcional da Instituição quanto para a de seus membros e servidores individualmente considerados, os quais a ela poderão recorrer sempre que não se conformarem com as decisões administrativas originárias que lhes afetem de qualquer maneira, seja da Procuradoria-Geral de Justiça, da Corregedoria-Geral do Ministério Público, do Conselho Superior do Ministério Público ou mesmo da Diretoria-Geral.

O Regimento Interno da Câmara de Procuradores de Justiça, em seu art. 36, inc. VII, dispõe que, na sessão,

anunciado o julgamento, o relator fará a exposição do fato e, em seguida, poderão os interessados, por si ou procurador, com prolação nos autos, fazer defesa oral não excedente a dez minutos, inscrevendo-se, para isso, quinze minutos antes de iniciada a sessão.

A possibilidade de sustentação oral na tribuna de defesa dos interesses dos recorrentes perante a Câmara de Procuradores de Justiça constitui um importante instrumento de interação pessoal e direta entre os recorrentes e os membros do Órgão Colegiado Recursal, os quais, integrantes de uma Instituição afeita ao debate jurídico, respeitam e valorizam esse indispensável instituto processual.

Salvo disposição em contrário, as decisões da Câmara de Procuradores de Justiça serão tomadas por maioria simples³ de votos, presentes mais da metade de seus integrantes, cabendo ao seu Presidente, em caso de empate, o voto de qualidade⁴, na forma prevista no art. 18, III, da Lei Complementar nº 34/94 (RI, art. 36, § 4º).

5 - CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Na dicção do art. 26 da Lei Complementar nº 34/94, o Conselho Superior do Ministério Público é órgão da Administração Superior do Ministério Público e incumbem-lhe velar pela observância dos princípios institucionais.

³ Como cediço, *quorum* é número de membros de um órgão colegiado, exigido por lei, para que sejam tomadas determinadas decisões em conjunto. A técnica de positividade constitucional e legal adotada para estabelecer as *maiorias* nos órgãos colegiados se desdobra em: a) maioria simples, que é a metade mais um dos membros do órgão colegiado presentes no ato da votação; b) maioria qualificada, que pode ser de 1/3 (um terço), de 2/3 (dois terços) ou de 3/5 (três quintos) da totalidade dos membros do órgão colegiado e c) maioria absoluta, que é o número inteiro imediatamente superior à metade da totalidade dos membros do órgão colegiado.

⁴ O chamado voto de qualidade, também conhecido como *voto minerva*, ocorre quando, estando previsto na lei ou no regimento, o Presidente do órgão colegiado, após ter votado como os demais membros do órgão, exerce, se necessário, o direito ao voto de desempate.

Relembrando, os princípios institucionais do Ministério Público, estatuídos no § 1º do art. 127 da Constituição Federal, são a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional⁵. Contudo, a incumbência do Conselho Superior não se limita a velar pelos princípios institucionais do Ministério Público. A lei outorgou-lhe outras relevantes atribuições institucionais que serão tratadas posteriormente neste capítulo.

Na forma do art. 27 da Lei Complementar nº 34/94,

O Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, que o presidirá, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público e por nove Procuradores de Justiça eleitos por todos os integrantes da carreira, para mandato de um ano.⁶

Como se verifica no citado dispositivo legal, diferentemente da eleição para a Câmara de Procuradores de Justiça, cujos eleitores são somente os Procuradores de Justiça, na eleição para o Conselho Superior do Ministério Público, a exemplo do que ocorre na eleição para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, os eleitores são todos os integrantes da carreira.

⁵ *“Princípio da unidade*: Os membros da instituição ministerial integram um só órgão, sendo chefiados, somente, por um procurador-geral. Enfatize-se, contudo, que inexistente unidade entre o *Parquet* Federal e os Ministérios Públicos Estaduais. De igual modo, não há que se falar em unidade entre o Ministério Público de um Estado e de outro nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União. É que o princípio da unidade só incide no âmbito de cada Ministério Público. *Princípio da Indivisibilidade*: A indivisibilidade decorre do próprio colorário da unidade, ou seja, o *Parquet* não pode ser subdividido internamente em várias outras instituições autônomas e desvinculadas entre si. Por isso, seus membros não se vinculam aos processos nos quais oficiam, podendo ser substituídos uns pelos outros, conforme dispuser a lei. *Princípio da Independência Funcional*: Em primeiro lugar, vale anotar que a importância dada pela Constituição ao princípio da independência funcional do *Parquet* foi tamanha que constitui crime de responsabilidade do Presidente da República o cometimento de atos atentatórios ao livre exercício da instituição ministerial (art. 85, II). A independência funcional do Ministério Público deve ser concebida da forma mais ampla possível. Isto quer dizer que seus integrantes só devem dar satisfações à Constituição, às leis e à sua própria consciência (RTJ, 147:142 [...])” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1124).

⁶ Artigo alterado pelo art. 1º da LC nº 61, de 12/07/2001. Assim dispunha o artigo alterado: “Art. 27. O Conselho Superior do Ministério Público será composto pelo Procurador-Geral de Justiça, que o presidirá, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público e por 10 (dez) Procuradores de Justiça eleitos pelos integrantes da carreira, para mandato de 1 (um) ano”. A redução do número de membros eleitos do CSMP de 10 para 9 objetivou formatar o CSMP com 11 integrantes, número ímpar que passou a impossibilitar os costumeiros empates em suas decisões, o que obrigava o Procurador-Geral de Justiça a exercer o desgastante voto de qualidade.

Assim como se dá para os demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, também para integrar o Conselho Superior do Ministério Público, somente Procuradores de Justiça podem candidatar-se. Isso decorre do disposto no art. 14, II, da Lei Federal nº 8.625/93 e do contido no citado art. 27 da LC nº 34/94. O eleitor poderá votar em cada um dos elegíveis até o número de cargos postos em eleição, sabendo-se que no Ministério Público mineiro nove é o número de membros do CSMP a serem eleitos. São elegíveis todos os Procuradores de Justiça que não estejam afastados da carreira, bastando ao interessado manifestar-se, por escrito, ao Procurador-Geral de Justiça, no prazo de cinco dias, contado do primeiro dia útil subsequente à convocação da eleição. O processo eleitoral para a composição do Conselho Superior do Ministério Público está disciplinado nos arts. 28, 29 e 31 da LC nº 34/94. O art. 32 da mesma lei dispõe que “O Conselho Superior do Ministério Público reunir-se-á quinzenalmente, em sessão ordinária, por convocação extraordinária de seu Presidente ou por proposta de 1/3 (um terço) de seus membros”.

As atribuições do Conselho Superior do Ministério Público estão previstas no art. 33 da Lei Complementar nº 34/94, a seguir transcrito:

Art. 33 Ao Conselho Superior do Ministério Público compete:

Nota: Vide art. 15 da Lei nº 8.625/93.

I elaborar as listas sêxtuplas a que se referem os arts. 94, “caput”, e 104, parágrafo único, II, da Constituição Federal e o art. 78, § 3º, da Constituição Estadual;
Nota: Vide art. 15, I, da Lei nº 8.625/93.

II- indicar ao Procurador-Geral de Justiça, em lista tríplice, os candidatos a promoção ou remoção por merecimento;

Nota: Vide art. 15, II, da Lei nº 8.625/93.

III- indicar o nome do mais antigo membro do Ministério Público para promoção ou remoção por antigüidade;

Nota: Vide art. 15, IV e § 3º da Lei nº 8.625/93.

IV- aprovar os pedidos de remoção por permuta entre membros do Ministério Público;

Nota: Vide arts. 15, VI, e 64 da Lei nº 8.625/93.

V- eleger os membros do Ministério Público que integrarão a comissão de concurso para ingresso na carreira;

Nota: Vide art. 15, III, da Lei nº 8.625/93.

VI- decidir, em sessão pública e pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus integrantes, sobre a permanência de membro do Ministério Público em estágio probatório e seu vitaliciamento;

Nota: Vide art. 15, VII, da Lei nº 8.625/93.

VII- determinar, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus integrantes, a remoção ou a disponibilidade compulsória de membro do Ministério Público;

Nota: Vide art. 15, VIII, da Lei nº 8.625/93.

VIII- decidir sobre reclamações apresentadas no prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação, e aprovar o quadro geral de antigüidade;

Nota: Vide art. 15, XI, da Lei nº 8.625/93.

IX- sugerir ao Procurador-Geral de Justiça a edição de recomendação, sem caráter vinculativo, aos

órgãos de execução para o desempenho de suas funções;

Nota: Vide art. 15, X, da Lei nº 8.625/93.

X- autorizar, atendida a necessidade do serviço, o afastamento de membro do Ministério Público para, sem prejuízo de vencimentos e vantagens, frequentar curso ou seminário de aperfeiçoamento ou estudos, no País ou no exterior, de duração máxima de 2 (dois) anos, evidenciado o interesse da instituição e observado, ainda, o disposto no art. 137, § 3º;

Nota: Vide art. 15, XI, da Lei nº 8.625/93.

XI- decidir, em caso de omissão injustificada do Procurador-Geral de Justiça, pela abertura de concurso para provimento de cargos iniciais da carreira, quando o número de vagas exceder a 1/5 (um quinto) do quadro respectivo;

Nota: Vide art. 59, § 1º, da Lei nº 8.625/93.

XII- homologar o resultado do concurso para ingresso na carreira do Ministério Público;

XIII- autorizar, em razão de ato excepcional e fundamentado, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus integrantes, o Procurador-Geral de Justiça a exercer, pessoalmente ou por designação, as funções processuais afetas a outro membro da instituição;

Nota: Vide art. 10, IX, “g”, da Lei nº 8.625/93.

XIV- representar ao Corregedor-Geral do Ministério Público acerca da instauração de processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público;

Nota: Vide art. 17, V, da Lei nº 8.625/93.

XV- determinar a apuração da responsabilidade criminal de membro do Ministério Público quando, em processo disciplinar administrativo, verificar-se a existência de indícios da prática de infração penal;

XVI - opinar sobre o aproveitamento de membro do Ministério Público em disponibilidade;

Nota: Vide art. 68 da Lei nº 8.625/93.

XVII- solicitar ao Corregedor-Geral do Ministério Público informações sobre a conduta e a atuação funcional de membro da instituição, determinando a realização de visitas de inspeção para verificação de eventuais irregularidades no serviço, especialmente no caso de inscritos para promoção ou remoção voluntária;

XVIII- conhecer dos relatórios reservados elaborados pela Corregedoria-Geral do Ministério Público em inspeções e correições realizadas nas Promotorias de Justiça, recomendando as providências cabíveis;

Nota: Vide art. 17, II e VII, da Lei nº 8.625/93.

XIX- determinar a suspensão do exercício funcional de membro do Ministério Público em caso de verificação de incapacidade física ou mental;

XX- aprovar o regulamento de estágio probatório elaborado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público;

XXI- elaborar seu regimento interno;

XXII- exercer outras atribuições previstas em lei ou no regimento interno.

§ 1º Salvo disposição em contrário, as deliberações do Conselho Superior do Ministério Público serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus integrantes, cabendo ao seu Presidente o voto de qualidade.

§ 2º As decisões do Conselho Superior do Ministério Público serão motivadas e publicadas no prazo de 5 (cinco) dias, exceto nas hipóteses legais de sigilo.

Nota: Vide art. 15, § 1º, da Lei nº 8.625/93.

§ 3º Na indicação para promoção ou remoção voluntária por antiguidade, observar-se-á o disposto no art. 186.

§ 4º Na indicação para promoção ou remoção voluntária por merecimento, o processo de votação será oral, atendidos os critérios estabelecidos no art. 177.

§ 5º Das decisões referentes aos incisos VI, VII e VIII, caberá recurso à Câmara de Procuradores de Justiça no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação do ato no órgão oficial.

§ 6º Não será admitida a inscrição nas listas a que se refere o inciso I dos membros do Ministério Público que, nos 12 (doze) meses anteriores à data da elaboração, tenham exercido, ainda que transitoriamente, o cargo de Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral de Justiça Adjunto ou Corregedor-Geral do Ministério Público.

Dessa gama de atribuições conferidas ao Conselho Superior do Ministério Público – todas de suma importância para a vida da Instituição, observados os princípios que a regem –, destacam-se as referentes a decisão sobre a permanência ou não de membro do Ministério Público em estágio probatório e seu vitaliciamento, sobre a movimentação na carreira e sobre processos disciplinares, dentre outras.

Merece destaque ainda a atribuição do Conselho Superior do Ministério Público prevista no inciso IX do supracitado art. 33 da Lei Complementar nº 34/94, de “sugerir ao Procurador-Geral de Justiça a edição de recomendação, sem caráter vinculativo, aos órgãos de execução para o desempenho de suas funções”. Em observância a esse comando legal, o CSMP tem editado súmulas de orientação institucional relativas aos procedimentos administrativos e judiciais na área dos direitos difusos e coletivos e bem assim relativas aos critérios adotados pelo Órgão Colegiado para decidir sobre a movimentação na carreira. De 29/02/1996, data da aprovação da Súmula nº 1 do CSMP, até a presente data, já foram aprovadas quarenta e três súmulas, sendo vinte e duas relativas a procedimentos na área dos direitos difusos e coletivos, mormente meio ambiente. As outras vinte e uma súmulas são relativas a critérios para movimentação da carreira, sendo que dessas, seis foram revogadas.

Embora sem caráter vinculativo em observância ao princípio da independência funcional, as referidas súmulas do CSMP constituem importante meio de orientação funcional aos membros do Ministério Público e o seu enunciado pode ser acessado no endereço eletrônico da Procuradoria-Geral de Justiça no tópico relativo aos Órgãos Colegiados.

Transcritas as atribuições legais do Conselho Superior do Ministério Público, impõe-se explicitar o

que foi referido *en passant* no parágrafo final do tópico nº 2 deste capítulo – o Conselho Superior do Ministério Público está previsto no art. 5º, III, e no art. 7º, II, ambos da Lei Federal nº 8.625/93, e no art. 4º, I, “c”, III, “b”, da LC nº 34/94, respectivamente, como órgão da Administração Superior do Ministério Público e órgão de execução do Ministério Público. Como já visto, dizem-se órgãos de Administração Superior do Ministério Público aqueles aos quais a lei atribui a responsabilidade pela gestão institucional. Por sua vez, órgãos de execução do Ministério Público são aqueles incumbidos do desempenho das funções institucionais. Os primeiros administram a Instituição e os segundos executam as funções que a Constituição e as leis lhes atribuem.

Pois bem. As atribuições do Conselho Superior do Ministério Público, relacionadas no art. 33 da LC nº 34/94, exceto aquela prevista no inciso XXII – “exercer outras atribuições previstas em lei ou no regimento interno” – configuram atribuições de natureza administrativa. Não obstante, a qualidade de órgão de execução conferida ao Conselho Superior do Ministério Público foi consubstanciada na própria Lei Federal nº 8.625/93, que dispõe no seu art. 30: “Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público rever arquivamento de inquérito civil, na forma da lei”.

Ora, sendo o inquérito civil uma função constitucional e legal dos órgãos de execução do Ministério Público, a revisão da promoção de seu arquivamento pelo Conselho Superior está contida em sua natureza de função de execução institucional.

Além da revisão de arquivamento do inquérito civil tradicional, por assim dizer, previsto no art. 9º, e seus parágrafos, da Lei nº 7.347/85 (LACP), a Lei nº 7.853/89, que cuida da defesa dos interesses coletivos e difusos relacionados às pessoas portadoras de deficiência, e a Lei nº 7.913/80, que dispõe sobre a defesa dos interesses coletivos dos investidores no mercado de valores mobiliários, por referência ao rito da Lei nº 7.347/85, também atribuem ao Conselho Superior do Ministério Público a função de órgão revisor do arquivamento dos inquéritos civis instaurados com base nas referidas leis. Assim, na legislação vigente ou em futuras normas a serem editadas, cabe ao Conselho Superior do Ministério Público, a par de suas atribuições administrativas, exercer funções institucionais; logo, típicas de órgãos de execução.

Guardando as devidas proporções, se fizessemos uma analogia entre os Órgãos Colegiados do Ministério Público e o Poder Legislativo Federal, diríamos que o Colégio de Procuradores de Justiça é o Congresso Nacional; a Câmara de Procuradores de Justiça, o Senado da República e o Conselho Superior do Ministério Público, a Câmara de Deputados. Em sendo os membros do Conselho Superior do

Ministério Público eleitos por todos os membros da Instituição, esse Órgão Colegiado possui uma sensível vinculação aos eleitores, enquanto a Câmara de Procuradores de Justiça, composta em parte por membros eleitos tão-somente pelo Colégio de Procuradores de Justiça e em parte pelos Procuradores de Justiça mais antigos, está mais jungida à Instituição.

6 - IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO NOS ÓRGÃOS COLEGIADOS

Como visto, os Órgãos Colegiados do Ministério Público exercem atribuições diversas, mas todas, indiscutivelmente, de cunho deliberativo⁷ e, portanto, passíveis de incidirem sobre interesses e direitos gerais e individuais. Assim sendo, em observância ao princípio do devido processo legal, a lei previu as hipóteses de impedimento e de suspeição de membro de Órgão Colegiado. Com efeito, dispõe a Lei Complementar nº 34/94:

Art. 34 O integrante de órgão colegiado é considerado impedido nos seguintes casos:

- I- quando a deliberação envolver interesse de cônjuge, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o quarto grau, inclusive;
- II- quando for interessado no resultado do julgamento;
- III- quando não comparecer à sessão de leitura de relatório ou de discussão de matéria em pauta.

Art. 35 Considera-se fundada a suspeição de parcialidade do integrante de órgão colegiado quando:

- I- houver notória inimizade com o interessado no julgamento da matéria;
- II- for parte em processo cível, criminal ou administrativo em que tiver funcionado o interessado no julgamento da matéria;
- III- houver motivo de foro íntimo.

Art. 36 A exceção de impedimento ou suspeição, salvo por motivo de foro íntimo, poderá ser argüida pelo interessado ou por qualquer integrante do órgão colegiado, até o início do julgamento.

§ 1º O integrante do órgão colegiado poderá alegar o impedimento e a suspeição por motivo de foro íntimo, no prazo do parágrafo anterior.

§ 2º Argüido o impedimento ou a suspeição, o órgão colegiado, após a oitiva do integrante considerado impedido ou suspeito, decidirá a questão de plano.

§ 3º Serão convocados os suplentes necessários se, em razão de impedimento ou suspeição de integrantes do órgão colegiado, houver prejuízo, por falta de número legal, à apreciação de matéria em pauta, suspendendo-se, se for o caso, o julgamento.

7 - SECRETARIA DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS

Por fim, é importante destacar que os Órgãos Colegiados do Ministério Público de Minas Gerais dispõem de um órgão de apoio administrativo e de assessoramento denominado Secretaria dos Órgãos Colegiados. Essa secretaria, que possui instalações próprias e quadro de servidores especializados, assessora o Colégio de Procuradores de Justiça, a Câmara de Procuradores de Justiça e o Conselho Superior do Ministério Público. Dentre suas relevantes atribuições destaca-se o registro, o controle e o arquivamento das decisões dos Órgãos Colegiados, o que constitui importante fonte de informações sobre a jurisprudência administrativa desses importantes Órgãos da Administração Superior do Ministério Público, estando seu secretário autorizado inclusive a fornecer certidões sobre as questões decididas, ressalvada a hipótese de sigilo legal.

⁷ "Deliberações são atos administrativos normativos ou decisórios emanados de órgãos colegiados. Quando normativas, são atos gerais, quando decisórias, são atos individuais." (MEIRELLES Hely Lopes. obra citada, p. 183).

VI

Ouvidoria do Ministério Público



1 - INTRODUÇÃO

Ouvidor Mauro Flávio Ferreira Brandão

A figura do *Ombudsman* (Ouvidor) surgiu na Suécia, no início do século XIX, com o propósito de fiscalizar a aplicação das leis por parte dos servidores públicos. Hodiernamente, o Ouvidor está presente na administração pública e privada em vários países, servindo como um canal de comunicação através do qual a população se manifesta acerca dos serviços prestados pela administração pública ou por uma empresa. O Ouvidor revela-se como um elo imparcial entre uma instituição e a sociedade, atuando com equidade, independência e agilidade, com vistas a satisfazer as expectativas do cidadão, bem como viabilizar soluções para os conflitos decorrentes das relações público/privado. Recebendo críticas e pedidos de informação sobre as atividades desenvolvidas pela Instituição ou, ainda, encaminhando o reconhecimento da população frente a um serviço de boa qualidade, cabe ao Ouvidor apresentar à administração sugestões para melhor eficiência dos serviços prestados. Nesse contexto, a Ouvidoria pretende ser a porta de entrada do cidadão no Ministério Público, observando, sempre, os princípios da transparência e da ética.

2 - BASE LEGAL

A Ouvidoria do Ministério Público de Minas Gerais foi criada pela Lei Complementar nº 94/2007, por imposição do art. 130-A, § 5º, da CF, com a redação dada pela EC nº 45. Sua instalação data de 13 de fevereiro de 2008, com a posse do Ouvidor nomeado.

3 - NATUREZA

A Ouvidoria é *órgão autônomo*, não tendo atribuição correicional ou punitiva, sendo, no entanto, responsável pelo encaminhamento, ao Conselho Nacional do Ministério Público, das representações ofertadas contra seus membros, servidores e administradores.

4 - PRINCÍPIOS

As Ouvidorias Públicas passaram a ser instituídas para dar efetividade aos princípios constitucionais (art. 37 da CF/88) da publicidade – por meio da necessária *transparência* dos processos e dos atos da administração – e da *eficiência* do serviço público.

4.1 - TRANSPARÊNCIA

Aberta ao recebimento de manifestações de qualquer natureza – sugestões, críticas, elogios, denúncias – tanto do *público externo* quanto do *público interno*, a Ouvidoria presta esclarecimentos e informações demandados acerca do trabalho dos membros do Ministério Público, de seus órgãos de administração e de seus serviços auxiliares, fazen-

do o encaminhamento, se necessário, aos órgãos de execução ou de administração dotados das atribuições para a implementação das medidas nelas exsurcidas.

4.2 - EFICIÊNCIA

Analisando o teor das manifestações e classificando-as para efeito estatístico, a Ouvidoria age como *órgão de controle interno*, identificando as deficiências e os *gargalos* institucionais e produzindo regularmente relatórios para a administração superior, sugerindo medidas para maior eficiência do serviço, elevando os padrões de transparência, prestação e segurança das atividades, para o conseqüente aprimoramento institucional.

5 - O OUVIDOR

A LC nº 94 determinou que a escolha do Ouvidor, ato privativo do Procurador-Geral de Justiça, recaia sobre membros da instituição com mais de dez anos de carreira, sendo sua nomeação para mandato certo de dois anos. O Ouvidor preserva as prerrogativas próprias dos membros do Ministério Público e sua destituição se processa na mesma forma do procedimento previsto para o Corregedor-Geral.

6 - ESTRUTURA ADMINISTRATIVA

A Ouvidoria conta com um Núcleo Técnico, responsável pelo recebimento e registro das manifestações; com uma Assessoria, para a triagem, a identificação e a sugestão de providências, e com uma Secretaria, para a execução das medidas determinadas pelo Ouvidor.

7 - ACESSO

O acesso à Ouvidoria pode ser feito, preferencialmente, pelo formulário constante na página própria da Ouvidoria no sítio eletrônico do Ministério Público de Minas Gerais (www.mp.mg.gov.br/ouvidoria), pessoalmente, por correspondência física ou eletrônica (ouvidoria@mp.mg.gov.br) ou por telefone, sendo disponibilizado um número de três dígitos para facilitar a memorização pelos cidadãos: 127.

8 - PROCEDIMENTOS

Recebida, a manifestação é registrada e ganha número de protocolo, que é comunicado imediatamente ao autor, se este for identificado, para acompanhamento. Em virtude da postura adotada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a Ouvidoria pode conhecer manifestações de autoria não identificada, bem como resguardar a identidade de seus autores se solicitado sigilo, podendo, porém, arquivá-las de plano se não apresentarem um mínimo de consistência ou indício de verossimilhança.

Após prévia triagem e classificação, o Ouvidor conhece e despacha o procedimento dando-lhe o encaminhamento necessário e informando seu autor; pode, também, arquivá-lo de plano, em caso de manifesta impertinência com as funções e as atividades da Instituição ou pelo fato de não apresentar um mínimo de consistência ou indício de verossimilhança, notadamente se originando por manifestação anônima.

Em se tratando de reclamações e denúncias contra a atuação administrativa e financeira dos órgãos da Instituição ou por descumprimento dos deveres funcionais de seus membros e servidores, a Ouvidoria poderá, após necessária instrução, representar diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos do art. 130-A, § 5º, da Constituição Federal.

É dever funcional dos membros e dos servidores da Instituição o atendimento às solicitações e às requisições da Ouvidoria, sob pena, em caso de omissão ou recusa imotivada, de representação ao Corregedor-Geral do Ministério Público.

9 - LEGISLAÇÃO

9.1 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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

(...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

(...)

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

9.2 - LEI COMPLEMENTAR Nº 94, DE 10 DE JANEIRO DE 2007

Dispõe sobre a criação da Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, regulamenta a indicação e a escolha do Ouvidor e dá outras providências.

O VICE-GOVERNADOR, no exercício do cargo de GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou, e eu, em seu nome, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Fica criada, na forma desta Lei e em consonância com as disposições do art. 130-A, § 5º, da Constituição da República, estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, órgão autônomo que tem por objetivo contribuir para elevar continuamente os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades dos membros, órgãos e serviços auxiliares do Ministério Público.

Parágrafo único. A Ouvidoria do Ministério Público deverá criar canais permanentes de interlocução com cidadãos, entidades representativas da sociedade civil, órgãos públicos e autoridades, para possibilitar o exercício das competências estabelecidas nesta Lei.

Art. 2º Compete à Ouvidoria do Ministério Público:

I - receber, examinar e encaminhar representações, reclamações, críticas, apreciações, comentários, elogios, pedidos de informações e sugestões de qualquer interessado sobre as atividades desenvolvidas pelo Ministério Público;

II - representar, à vista de graves indícios de ocorrência dos fatos noticiados, diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público, nas hipóteses de sua competência, ou, conforme o caso, aos órgãos da Administração Superior do Ministério Público, para adoção das providências cabíveis;

III - determinar o arquivamento das representações, reclamações e peças de informação que não apontem irregularidades ou que não estejam minimamente fundamentadas;

IV - divulgar, permanentemente, seu papel institucional à sociedade;

V - elaborar e encaminhar ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral do Ministério Público relatório trimestral consolidado das representações, reclamações, críticas, apreciações, comentários, elogios, pedidos de informações e sugestões recebidas, bem como dos seus encaminhamentos e resultados;

VI - manter intercâmbio e celebrar convênio com entidade pública ou privada que exerça atividades similares, com vistas à consecução dos seus objetivos;

VII - manter registro atualizado dos expedientes protocolizados na Ouvidoria;

VIII - dar ciência ao interessado das providências adotadas e dos resultados obtidos, exceto nos casos em que a lei assegurar o dever de sigilo;

IX - organizar e manter atualizado arquivo de documentos relativos às notícias de irregularidades, representações, reclamações, críticas, sugestões e elogios recebidos

X - dar conhecimento ao Conselho Nacional do Ministério Público, ao Procurador-Geral de Justiça ou ao Corregedor-Geral do Ministério Público, sempre que solicitado, das denúncias, reclamações e representações recebidas;

Parágrafo único. As respostas aos interessados serão dadas no prazo máximo de trinta dias, salvo justo motivo.

Art. 3º A Ouvidoria do Ministério Público não dispõe de competência correccional e não interfere na atuação do Conselho Nacional do Ministério Público ou da Corregedoria-Geral do Ministério Público, nem os substitui no exercício de suas atribuições.

Art. 4º O acesso à Ouvidoria dar-se-á por comparecimento pessoal, ou mediante

I - correspondência;

II - ligação telefônica, que será reduzida a termo pela Ouvidoria;

III - mensagem em *fac-simile*;

IV - comunicação pela internet, por meio do serviço da Ouvidoria, disponível na página do Ministério Público.

Parágrafo único. As notícias de irregularidades, representações, reclamações e críticas deverão ser minimamente fundamentadas e, quando possível, acompanhadas de elementos de prova.

Art. 5º O Ouvidor do Ministério Público será escolhido pelo Procurador-Geral de Justiça dentre os Procuradores ou Promotores de Justiça em atividade, com mais de dez anos de carreira, e nomeado para mandato de dois anos.

§ 1º Durante o exercício do mandato, o Ouvidor ficará afastado de suas atribuições como membro do Ministério Público e estará impedido de exercer outros cargos ou funções ou de candidatar-se a car-

go eletivo na instituição, no prazo de três anos após o fim do mandato.

§ 2º Estão impedidos de exercer o cargo de Ouvidor do Ministério Público os membros da Administração Superior, o Corregedor-Geral, os integrantes do Órgão Especial e do Conselho Superior do Ministério Público, exceto se renunciarem no prazo de três meses antes da escolha do Ouvidor.

Art. 6º O Ouvidor do Ministério Público poderá ser destituído do cargo mediante representação fundamentada de cidadão, entidade representativa, autoridade ou membro do Ministério Público, nos casos de abuso de poder, conduta incompatível com o cargo, grave omissão nos deveres do cargo ou em caso de condenação penal transitada em julgado.

Parágrafo único. Será adotado, para a destituição do Ouvidor, o procedimento aplicado à destituição do Corregedor-Geral, previsto na Lei Orgânica do Ministério Público.

Art. 7º A Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais integrará a estrutura administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça, sem vínculo de subordinação.

Art. 8º A estrutura funcional e os procedimentos internos do órgão criado por esta lei serão definidos por ato do Procurador-Geral de Justiça, mediante proposta do Ouvidor do Ministério Público.

Art. 9º A Ouvidoria do Ministério Público será instalada no prazo de noventa dias contados da publicação desta Lei.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

9.3 - RESOLUÇÃO PGJ Nº 27, DE 5 DE ABRIL DE 2008

Dispõe sobre a estrutura funcional e os procedimentos internos da Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo art.18, inciso XII, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, e nos termos do art. 8º da Lei Complementar nº 94, de 10 de janeiro de 2007, resolve:

Art. 1º A Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais é órgão autônomo instituído pela Lei Complementar Estadual nº 94, de 10 de janeiro de 2007, em consonância com as disposições do § 5º do art. 130-A da Constituição da República, que tem o objetivo de contribuir para elevar continuamente os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades dos membros, órgãos e serviços auxiliares da Instituição.

Parágrafo único. Sem relação de hierarquia funcional, observados os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência, da equidade, da economicidade e da transparência, a Ouvidoria atuará em regime de cooperação com os demais órgãos do Ministério Público, preservada sua independência.

Art. 2º A função de Ouvidor será exercida por Procurador ou Promotor de Justiça em atividade, com mais de dez anos de carreira, nomeado pelo Procurador-Geral de Justiça para mandato de dois anos.

§ 1º O Ouvidor ficará afastado de suas atribuições como membro do Ministério Público durante o exercício do mandato e estará impedido de exercer outros cargos ou funções ou de candidatar-se a cargo eletivo na Instituição, na forma da lei.

§ 2º Em caso de licença, férias, falta ou impedimento, o Ouvidor será substituído por Procurador ou Promotor de Justiça em atividade, por ele sugerido e designado por ato do Procurador-Geral de Justiça.

§ 3º O Ouvidor poderá ser destituído do cargo em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão nos deveres inerentes ao cargo, observando-se, para tal fim, o procedimento previsto para a destituição do Corregedor-Geral do Ministério Público.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o Ouvidor poderá ser afastado de suas funções por ato do Procurador-Geral de Justiça, desde que este seja aprovado pela maioria absoluta do Colégio de Procuradores de Justiça.

Art. 3º As manifestações dirigidas à Ouvidoria não têm limitação temática, podendo ser conhecidas, ainda que de autoria não identificada.

§ 1º Fica excluída do disposto no *caput* deste artigo qualquer manifestação cujo conteúdo não traduza irregularidade imputável a membro ou servidor do Ministério Público, não tenha relação com as funções ou atividades por eles desenvolvidas, não apresente um mínimo de consistência ou de indício de verossimilhança ou reclame providências incompatíveis com as possibilidades legais da Ouvidoria.

§ 2º Caso ocorra a situação prevista no parágrafo anterior, o Ouvidor poderá arquivar a manifestação de plano, declinando sucintamente as razões e cientificando os interessados.

§ 3º Não se tratando de caso de sigilo, as informações, depois de recebidas e analisadas pela Ouvidoria, poderão ser repassadas a outros órgãos e ao interessado, caso este as tenha solicitado.

Art. 4º A Ouvidoria terá acesso a todos os órgãos do Ministério Público, constituindo-se dever de seus membros e servidores emprestar-lhe apoio e fornecer-lhe, em caráter prioritário, as informações e os meios de que vier a solicitar no desempenho de suas atribuições legais, podendo, em caso de omissão ou recusa imotivada, requisitá-los.

Parágrafo único. A omissão injustificada no atendimento às solicitações formuladas pela Ouvidoria ou o cerceio às atividades inerentes ao exercício de suas atribuições legais, após ter sido concedida aos interessados oportunidade de manifestar-se, poderão, a juízo do Ouvidor, ser comunicados, mediante representação, à Corregedoria-Geral do Ministério Público e ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Art. 5º As manifestações que importarem em elogio, crítica, reclamação ou denúncia serão endereçadas:

I - à Corregedoria-Geral do Ministério Público, se tiverem por destinatário membro do Ministério Público;

II - ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, caso tenham como alvo servidor do Ministério Público ou pessoa física ou jurídica por ele contratada para execução de serviço específico;

III - a qualquer autoridade ou instituição, pública ou privada, se porventura o objeto das manifestações não se amoldar às hipóteses dos incisos anteriores.

§ 1º Os interessados serão cientificados no prazo máximo de 30 (trinta) dias, salvo por motivo justo.

§ 2º Se a manifestação envolver fato perante o qual o Ministério Público tiver o dever de agir e para tanto estiver legitimado, o Ouvidor determinará sua remessa ao órgão de execução ao qual, segundo as normas internas, tenha sido confiada atribuição geral ou específica para o trato da matéria.

§ 3º Na hipótese a que alude o parágrafo anterior, incumbirá ao titular do órgão de execução, ou a quem o esteja substituindo, informar à Ouvidoria acerca das providências tomadas, cabendo a esta, se for o caso, repassar as informações, didaticamente e em linguagem acessível, aos interessados.

§ 4º Nos casos em que as manifestações a que se refere este artigo envolverem profissionais liberais e decorrerem de atos praticados no exercício da profissão, caberá à Ouvidoria repassá-las à unidade competente dos órgãos reguladores do exercício das respectivas atividades profissionais.

Art. 6º A Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais tem a seguinte estrutura:

- I - Gabinete do Ouvidor;
- II - Secretaria Executiva da Ouvidoria;
- III - Assessoria da Ouvidoria;
- IV - Núcleo Técnico da Ouvidoria.

Art. 7º São de competência do Ouvidor as seguintes atribuições:

I - analisar as manifestações dirigidas à Ouvidoria, determinar o encaminhamento devido e a cientificação aos interessados;

II - zelar pela agilidade e presteza da intercomunicação entre a sociedade e o Ministério Público;

III - solicitar aos órgãos e às demais unidades organizacionais do Ministério Público as informações necessárias ao atendimento de postulação legítima dirigida à Ouvidoria, podendo, em caso de omissão ou recusa injustificadas, requisitá-las;

IV - determinar, em despacho fundamentado, o arquivamento das manifestações que se apresentarem nas condições a que alude o art. 3º desta Resolução;

V - representar direta e fundamentadamente ao Conselho Nacional do Ministério Público em situações que se amoldem às hipóteses previstas no § 2º do art. 130-A da Constituição Federal;

VI - aprovar relatório nos moldes estabelecidos no inciso V do art. 2º da Lei Complementar Estadual n.º 94/2007 e remetê-lo ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral do Ministério Público;

VII - zelar pela manutenção do sistema de registro das manifestações recebidas, bem como dos respectivos encaminhamentos e respostas;

VIII - comunicar imediatamente ao Procurador-Geral de Justiça e, quando for o caso, também ao Corregedor-Geral do Ministério Público, fato funcional ou institucionalmente relevante de que venha a tomar conhecimento;

IX - prestar, quando solicitado, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Corregedor-Geral do Ministério Público e ao Conselho Nacional do Ministério Público informações acerca do perfil das manifestações recebidas pela Ouvidoria;

X - propor ao Procurador-Geral de Justiça a adoção de medidas tendentes a melhorar a qualidade, eficiência e economicidade do trabalho prestado pelo Ministério Público;

XI - diligenciar no sentido de manter e aumentar a credibilidade do Ministério Público junto à população;

XII - zelar pelo nome do Ministério Público, refusingo, com franqueza e altivez, críticas injustas e acusações infundadas ou de má-fé;

XIII - buscar indicativos no conteúdo das manifestações para o aperfeiçoamento dos serviços do Ministério Público;

XIV - difundir na sociedade o papel da Ouvidoria, as características e os resultados do trabalho por ela desenvolvido;

XV - promover, quando necessário, o aperfeiçoamento ou a atualização desta Resolução. Parágrafo único. São assegurados ao Ouvidor, no exercício de suas atribuições legais, todas as garantias, as prerrogativas e os poderes que a Constituição Federal e as leis conferem, em geral, aos membros do Ministério Público em atividade.

Art. 8º Compete à Secretaria-Executiva da Ouvidoria, unidade administrativa subordinada técnica e administrativamente à Ouvidoria do Ministério Público e que visa à execução das atividades de suporte operacional e de apoio administrativo necessárias ao funcionamento daquele órgão:

I - assistir o Ouvidor, executar e supervisionar os serviços administrativos do seu Gabinete;

II - receber a correspondência dirigida à Ouvidoria, especialmente aquela expedida por via postal, submetendo-a, quando necessário, à análise do Ouvidor;

III - registrar as manifestações dirigidas à Ouvidoria em banco de dados apropriado e mantê-lo atualizado;

IV - promover o levantamento estatístico das manifestações encaminhada à Ouvidoria;

V - quando solicitado, redigir correspondências e outros documentos do órgão, submeter os textos à consideração do Ouvidor, protocolá-los e providenciar a respectiva expedição;

VI - acompanhar o atendimento dos pedidos formulados pelo Ouvidor e o cumprimento das decisões dele emanadas;

VII - gerenciar a agenda do Ouvidor, para efeito de atendimento ao público, contatos internos e externos, viagens e outros compromissos funcionais;

VIII - acompanhar e zelar pelo pronto e eficaz retorno das manifestações dirigidas à Ouvidoria;

IX - zelar pela limpeza, manutenção, guarda e conservação dos espaços físicos e do patrimônio material da Ouvidoria, comunicando ao Ouvidor eventuais irregularidades constatadas;

X - organizar e manter o arquivo de documentos da Ouvidoria, inclusive o de documentos armazenados em meio eletrônico;

XI - elaborar relatório trimestral, nos moldes estabelecidos no inciso V do art. 2º da Lei Complementar Estadual n.º 94/2007, e submetê-lo à análise do Ouvidor;

XII - colaborar com o Ouvidor, com a Assessoria e com o Núcleo Técnico no atendimento ao público, na busca e prestação de informações, bem como em outras atividades correlatas;

XIII - realizar outras tarefas compatíveis com suas atribuições.

Art. 9º Compete à Assessoria da Ouvidoria, unidade administrativa subordinada técnica e administrativamente à Ouvidoria do Ministério Público e que tem como objetivo executar as atividades relativas às pesquisas, análises, estatísticas e aos estudos pertinentes às manifestações enviadas àquele órgão:

I - analisar as estatísticas e o conteúdo das manifestações encaminhadas ao órgão e assistir o Ouvidor, apresentando a ele sugestões visando ao aperfeiçoamento dos serviços executados no âmbito do Ministério Público;

II - elaborar estudos e pesquisas com base nas sugestões e manifestações dirigidas à Ouvidoria, para efeito de estatística;

III - proceder a pesquisas técnico-jurídicas, de dados ou informações com vistas a se definir o melhor encaminhamento a ser dado às manifestações recebidas ou para efeito de instrução das respostas aos interessados;

IV - redigir relatórios, despachos, correspondências explicativas ou de encaminhamento, submetendo os respectivos textos à consideração do Ouvidor;

Art. 10. Compete ao Núcleo Técnico da Ouvidoria, unidade subordinada técnica e administrativamente à Ouvidoria do Ministério Público e que tem por finalidade a execução das atividades pertinentes ao recebimento das manifestações enviadas àquele órgão:

I - atender com atenção e cordialidade a todas as pessoas que buscarem os serviços da Ouvidoria, tomando por termo ou anotando as declarações prestadas pelos interessados;

II - promover a triagem das manifestações e executar atividades de suporte técnico necessárias ao regular funcionamento da Ouvidoria do Ministério Público;

III - registrar e encaminhar à Assessoria da Ouvidoria as manifestações recebidas;

IV - sugerir ao Ouvidor medidas que contribuam para o aperfeiçoamento dos trabalhos executados pela Ouvidoria do Ministério Público.

Art. 11. Os interessados poderão comunicar-se com a Ouvidoria:

I - pessoalmente, mediante contato direto com o Núcleo Técnico ou participação em audiências públicas, sendo reduzidas a termo suas declarações;

II - por fac-símile ou via postal, facultada a remessa da correspondência em caráter confidencial;

III - por via telefônica, através de contato com o Núcleo Técnico da Ouvidoria, hipótese em que, para efeito de registro e encaminhamento, o conteúdo da conversação poderá ser gravado e será reduzido a termo;

IV - por e-mail ou uso de formulário eletrônico disponibilizado no site oficial do Ministério Público.

§1º Todas as manifestações formalmente encaminhadas à Ouvidoria serão registradas em banco de dados próprio e receberão um número de protocolo para o acompanhamento das providências adotadas e dos resultados obtidos.

§ 2º A Ouvidoria informará ao interessado o número do protocolo recebido pela manifestação para fins de acompanhamento, podendo o mesmo solicitar sigilo quanto à sua identidade.

§ 3º Caso a manifestação dirigida à Ouvidoria seja efetuada por meio eletrônico, o interessado receberá de imediato, via e-mail, o número do protocolo correspondente, o que não ocorrerá nas situações nas quais o encaminhamento não se der por via eletrônica, devendo, nesses casos, o número de protocolo ser disponibilizado somente após efetuado o registro da manifestação no banco de dados da Ouvidoria.

Art. 12. As manifestações deduzidas em formulário eletrônico obedecerão, em regra, a partir do respectivo recebimento pela Ouvidoria, ao seguinte trâmite:

I - recebimento da manifestação pelo Núcleo Técnico da Ouvidoria;

II - análise efetuada pela Assessoria da Ouvidoria, que deverá, sempre que possível, delinear proposta de encaminhamento e de resposta ao interessado;

III - submissão da proposta ao Ouvidor, que decidirá acerca do respectivo encaminhamento e de outras medidas que devam ser tomadas, bem como sobre o conteúdo da resposta a ser enviada ao interessado;

IV - execução, sempre que possível em meio eletrônico, dos atos pertinentes ao encaminhamento que tenha sido decidido e do retorno das informações ao interessado.

Parágrafo único. Todas as manifestações recebidas pela Ouvidoria do Ministério Público por outros meios que não o eletrônico, antes de serem submetidas ao trâmite mencionado neste artigo, serão lançadas no banco de dados do referido órgão a partir dos respectivos dados e informações essenciais, para fins de registro e controle.

Art. 13. A pedido do Ouvidor, poderá o Procurador-Geral de Justiça determinar a realização de curso especial de capacitação ou de treinamento específico para servidores lotados na Ouvidoria do Ministério Público.

Art. 14. Os casos duvidosos ou omissos serão resolvidos pelo Ouvidor do Ministério Público ou submetidos à deliberação do Colégio de Procuradores de Justiça.

Art. 15. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

VII

Procuradorias de Justiça



1 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Procurador de Justiça José Alberto Sartório de Souza

1.1 - ESTRUTURA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL E ESPECIALIZAÇÕES NELA EXISTENTES

A Procuradoria de Justiça Criminal é coordenada por um Procurador de Justiça, eleito pelos pares atuantes na área criminal, para mandato de um ano, permitida uma recondução, assim como ocorre com o subcoordenador, seu substituto legal.

São órgãos da Procuradoria de Justiça Criminal a sua Secretaria e a Assessoria Técnico-Jurídica.

São especialidades existentes na Procuradoria de Justiça Criminal:

- a) *habeas corpus*;
- b) crimes dolosos contra a vida;
- c) crimes contra os costumes;
- d) crimes de tóxicos;
- e) estatuto da Criança e do Adolescente;
- f) execução penal;
- g) crimes contra a ordem tributária;
- h) crimes diversos;
- i) matéria afeta ao Procurador-Geral de Justiça;
- j) crimes contra o patrimônio.

Existem hoje na Procuradoria de Justiça Criminal 43 titularidades e 20 Procuradores de Justiça auxiliares.

Seguem algumas relevantes atribuições do Procurador de Justiça atuante na área criminal:

- a) emitir parecer¹ em *habeas corpus*, mandado de segurança, revisão criminal, apelação, recurso em sentido estrito, agravo em execução, carta testemunhável, correição parcial, exceção de suspeição ou de impedimento do Juiz e do Promotor de Justiça, conflito de competência e agravo de instrumento nos procedimentos atinentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente;
- b) impugnar embargos infringentes;
- c) opor embargos declaratórios;
- d) contra-arrazoar recursos extraordinário e especial;
- e) contestar medida cautelar que tenciona conferir

efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário;

- f) contraminutar agravo de instrumento destinado aos Tribunais Superiores;
- g) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança;
- h) interpor recursos extraordinário, especial e agravo de instrumento;
- i) interpor recursos previstos nos regimentos internos dos Tribunais Estaduais;
- j) propor medidas cautelares;
- k) comparecer às sessões dos Tribunais Estaduais;²
- l) fazer, se necessário, sustentações orais nas sessões dos Tribunais Estaduais;³
- m) atuar por delegação do Procurador-Geral de Justiça, inclusive propondo ações penais de competência originária;
- n) tomar ciência das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais e Superiores.⁴

O parecer recursal

A obrigatoriedade da emissão de parecer escrito e fundamentado, por parte dos Procuradores de Justiça, nos processos criminais decorre do estabelecido no art. 610 do CPP – que determina a vista à Procuradoria-Geral de Justiça dos autos de apelações e recursos em sentido estrito, em segunda instância –, no art. 31 da Lei Federal nº 8.625/93 e no art. 71 da Lei Complementar Estadual nº 34/94 – os quais estabelecem que os Procuradores de Justiça exercem suas atribuições junto aos tribunais –, no art. 72 da mesma lei estadual – que elenca as atribuições dos Procuradores de Justiça, entre as quais emitir parecer escrito e fundamentado nos processos criminais, e no art. 43, III, da Lei Federal nº 8.625/93 – que estipula como dever dos membros do Ministério Público indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua *manifestação* final ou *recursal*.

Note-se que, não obstante o debate sobre o tipo de atuação que deve ter a Procuradoria-Geral de Justiça nos recursos pendentes de julgamento em segunda instância remontar a mais de quatro

¹ Vide art. 43, III, da Lei nº 8.625/93.

² Vide arts. 19, § 1º, e 43, V, da Lei nº 8.625/93.

³ Vide art. 25, V, da Lei nº 8.625/93.

⁴ Vide art. 41, IV, da Lei nº 8.625/93.

décadas,⁵ o legislador pós-constitucional optou por manter intacta a atribuição em tela.

Da mesma forma, os órgãos do Ministério Público Federal atuantes perante os Tribunais da República, inclusive junto ao Pretório Excelso, continuam a emitir parecer nos feitos criminais.

Tais pareceres, proferidos pelos membros do *Parquet* na condição de *custos legis*, podem argüir preliminares ainda não aventadas no processo, tendo, quando bem elaborados e judiciosos, grande valia no deslinde da causa, sendo, não raro transcritos (parcial ou integralmente) em julgados dos tribunais e registros de elogios em votos.

E mais, conforme sustentei em tese aprovada no 2º Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça da Área Criminal, realizado nos dias 28 e 29 de junho de 2007, em Belo Horizonte, o prequestionamento de questão federal ou constitucional para fins de interposição de recursos especial e extraordinário pode ser provocado por meio de parecer recursal do órgão do Ministério Público atuante junto ao Tribunal Estadual.

O prequestionamento, pressuposto de admissibilidade específico dos recursos especial e extraordinário, consiste na necessidade da apreciação prévia da questão federal ou constitucional na decisão do Tribunal *a quo*, encontrando-se esse requisito preguiado nas súmulas abaixo transcritas:

Súmula nº 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Súmula nº 356 do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Súmula nº 98 do STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

Súmula nº 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Destarte, a argüição do prequestionamento deve ser feita de forma explícita e clara, ainda em primeira instância, pela parte nas razões ou contra-razões recursais. Questão pouco debatida, porém, é a possibilidade de o órgão do Ministério Público oficiante junto à segunda instância, em seu parecer recursal, aventar questão federal com o fito de prequestionamento. O ilustre Promotor de Justiça Giovanni Mansur Solha Pantuzzo⁶ afirma adequada essa forma de argüição, citando julgado do STJ:

Quanto ao Ministério Público, também os pareceres recursais proferidos na qualidade de *custos legis* são adequados à argüição de questões federais ou constitucionais visando a configuração do prequestionamento. Nesse sentido manifestou-se a Quinta Turma do STJ, no julgamento do Agravo Regimental no REsp. nº 70.705/SP, relatado pelo eminente Ministro Gilson Dipp:

PROCESSIONAL. ACIDENTÁRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Tem-se como prequestionada a questão objeto de recurso especial do Ministério Público, se a questão foi suscitada no parecer da apelação e discutida no acórdão recorrido (julg. 18/5/1999).

Acrescento, a propósito, ementa de decisão do STJ que implicitamente admite a possibilidade de agitação do prequestionamento por meio de parecer ministerial:

PROCESSIONAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. POSSIBILIDADE. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95.

AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTENTE AVISO PRÉVIO. PRECLUSÃO.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 7/STJ.

I - Negou-se seguimento ao recurso especial reconhecendo-se a possibilidade do corte do fornecimento de energia elétrica no caso de inadimplência do consumidor, com respaldo no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, conforme remansosa jurisprudência desta Corte Superior.

II - A questão trazida pelo agravante, ou seja, se o corte foi ou não precedido de aviso, não constou

⁵ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4. p. 220. Apud CRUZ, Rogério Shietti Machado. **Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos.**

⁶ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário.** 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 76.

nem das razões de apelo nobre interposto nem do Parecer Ministerial oferecido, constituindo-se, dessa forma, matéria nova, cuja apreciação nesta sede encontra-se obstada pela preclusão.

III - Ademais, compulsando os autos, verifica-se que, apesar de ter havido por parte da autoridade impetrada a afirmação de que o consumidor fora avisado previamente do corte devido à inadimplência (cf fl. 25), tal informação não foi rebatida pelo impetrante, nem mesmo foi objeto de discussão pelo Colegiado de origem. Nesse panorama, exsurtem, assim, outros dois empecos a que esta Corte Superior sobre o assunto se manifeste: a uma, a ausência de prequestionamento e, a duas, a notória necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, atraindo a incidência do verbete sumular nº 7 do STJ.

IV - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 617649/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 19/12/2005 p. 217).

Ainda que o Tribunal *a quo*, ao debater a questão federal, alegue fazê-lo *de ofício*, não mencionando a argüição do prequestionamento da mesma matéria no parecer ministerial, tal igualmente aproveitará ao *Parquet*, para fins de interposição de recurso excepcional.

CRIMINAL. - CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PENA EM CONCRETO.

PRESCRIÇÃO. TERMO INTERRUPTIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO. FUNDAMENTOS PRÓPRIOS.

- INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. BALIZADO PELA PENA EM CONCRETO, NAS CONDENAÇÕES PROFERIDAS EM SEDE DE APELAÇÃO, O PRAZO PRESCRICIONAL INTERROMPE-SE NA DATA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO E NÃO NA DATA DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

- PREQUESTIONAMENTO. COMO REQUISITO DO RECURSO ESPECIAL, O PREQUESTIONAMENTO SE BASTA COMPREENDIDO PELA MATÉRIA VERSADA NO ACÓRDÃO, DE OFÍCIO OU IMPLICITAMENTE QUE SEJA. PRECEDENTES DO STJ.

- FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. COMO TAL SE PRESTA A TRANSCRIÇÃO DO PRONUNCIAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDO GRAU, EXPRESSAMENTE REPORTADO COMO RAZÃO DE DECIDIR E COM LOUVORES REPUTADO CONVINCENTE.

(REsp 3.021/PR, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 6/06/1990, DJ 6/08/1990 p. 7348)

Ressalto que, até mesmo para a oposição de embargos de declaração com objetivo prequestionatório, faz-se necessário a prévio levantamento da matéria junto ao Tribunal local por meio de razões, contra-razões ou de parecer recursal, sob pena de ser considerado verdadeiro pós-questionamento, nos termos do julgamento proferido no REsp nº 31.257-SP, relatado pelo Eminentíssimo Ministro Humberto Gomes de Barros, invocado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 91.123-RS:

Processual. Embargos declaratórios. Pquestionamento. Pós-questionamento.

Embargos declaratórios opostos após a formação do acórdão, com escopo de prequestionar tema não agitado anteriormente, no processo.

Na hipótese, não haveria *prequestionamento*, mas *pós-questionamento*.

O direito processual brasileiro não admite embargos declaratórios para pós-questionar temas estranhos ao debate. (DJU 22/08/1994; DJU 26/09/1996, p. 35.988).

Em face do exposto, o prequestionamento de questão federal ou constitucional para fins de interposição dos recursos especial e extraordinário pode ser provocado por meio de parecer recursal do órgão ministerial atuante junto ao Tribunal Estadual.

1.2 - PEÇAS JURÍDICAS

A Coordenadoria da Procuradoria de Justiça Criminal possui banco de dados, disponível para os Procuradores de Justiça, com aproximadamente 500 peças processuais (pareceres, contra-razões recursais, contraminutas de agravos de instrumento e recursos extraordinários *lato sensu*), referentes às diversas especialidades deste órgão.

O banco de dados conta com trabalhos cedidos por Procuradores de Justiça, possibilitando a divulgação de novas idéias e a consolidação das mais antigas, bem como o intercâmbio de informações entre os membros da Instituição.

O acervo é submetido a aperfeiçoamento e atualizações periódicos, de modo a fornecer adequados subsídios ao labor ministerial em segunda instância.

CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* – CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Procurador de Justiça infrafirmado, nos autos do Recurso de Apelação Criminal, nº 1.0145.04.187428-3/001, irresignado com o v. acórdão proferido pela TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS que, em Turma, negou provimento ao recurso da defesa e, de ofício, concedeu ordem de *habeas corpus* para excluir da condenação o crime de porte ilegal de arma, vencido o relator, vem, perante Vossa Excelência, interpor o presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com fundamento no art. 102, III, “a” da CF. Requer, ainda, uma vez devidamente processado o recurso, seja deferido o seu seguimento pelas razões anexas, determinando-se a remessa dos autos ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2005.
Procurador de Justiça

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.04.187428-3/001

COMARCA: BELO HORIZONTE

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: J.S.O

OBJETO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com fundamento no art. 102, III, “a” da Constituição Federal

AUGUSTO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
COLENDIA TURMA JULGADORA

RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RELATÓRIO

A fim de se evitar redundância, adota-se o relatório do acórdão ora vergastado (fls. 204/205), acrescentando-se que, ao final, a TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, em Turma, negou provimento ao recurso da defesa e, de ofício, concedeu ordem de *habeas corpus* para excluir da condenação o crime de porte ilegal de arma, vencido o relator, o que contraria frontalmente o disposto no art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal.

Contra essa respeitável decisão, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe o presente Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição da República.

DO PREQUESTIONAMENTO

Em sede de prequestionamento, cumpre trazer à colação parte do voto do Revisor:

Em face do princípio do *ne bis in idem*, que impede dupla punição pelo mesmo fato, expressiva corrente da jurisprudência tem proclamado que o homicídio absorve o crime de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas guardam, entre si, uma relação de meio e fim, de modo a possibilitar a consumação e execução do homicídio, devendo por este ser absorvido.

Nessa linha, como já tive a oportunidade de manifestar em outros julgamentos, a ação de possuir ou portar arma antes do momento efetivo da consumação do homicídio ou mesmo a inexistência do registro dessa arma, apesar de configurar crimes, por serem etapas necessárias para o homicídio, serão por este absorvido, principalmente em face da inexistência de prova da materialidade, uma vez que não se pode ter certeza que se tratava de porte da mesma arma utilizada no homicídio, ainda que reconheça a possibilidade da autonomia das duas condutas, em algumas circunstâncias.

No meu modo de pensar, deveria ter sido proclamada a absorção quando da fase da pronúncia, uma vez que, no caso específico dos autos, o reconhecimento do porte ilegal de arma em concurso material com o homicídio tipifica constrangimento ilegal que deve ser reparado por via de *Habeas Corpus*. [...]

Assim, *data venia* de entendimentos contrários, não há falar se esteja subtraindo competência do Júri, haja vista que cabe ao Juiz dar à imputação contornos razoáveis, velando pela justa causa da acusação, devendo em respeito ao direito constitucional do réu (art. 5º, LXVIII), pronunciar-se em relação ao crime conexo, se atípico, inexistente ou extinta a punibilidade do fato, como alias consta do corpo do voto proferido pelo i. Ministro.

Isto posto, dada a impossibilidade de simplesmente decotar o delito conexo, mas por outro lado considerando o efetivo constrangimento ilegal que está a sofrer o apelante, e neste ponto reside a insurgência em relação ao em. Relator, nego provimento ao recurso, mas concedo *Habeas Corpus* de ofício em favor do mesmo para declarar a absorção do porte ilegal de arma pelo homicídio, cancelando a respectiva reprimenda.

Imperioso também transcrever parte do voto do Vogal:

Por outro lado, por se tratar de julgamento pelo Tribunal do Júri, entendo, *data venia*, que não é possível simplesmente excluir o crime conexo de porte de arma da condenação, como fez o ilustre Relator, mas, diante do manifesto constrangimento ilegal que o seu reconhecimento representou, na espécie, a concessão de *habeas corpus*, de ofício, é realmente imperiosa.

Nestes termos, acompanhando os termos do voto do ilustre Revisor, também nego provimento ao recurso, concedendo, de ofício, ordem de *habeas corpus* para declarar absorvido pelo crime de tentativa de homicídio o de porte ilegal de arma, cancelando a respectiva reprimenda.

Evidentemente, a questão federal acerca da ofensa à soberania da instituição do júri restou ventilada no acórdão recorrido.

Não há, portanto, óbice algum ao seguimento do recurso.

DO CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Não obstante o zelo e a erudição da decisão colegiada, *data venia*, apresenta erro de procedimento, conforme se demonstrará.

O acórdão hostilizado, ao conceder *habeas corpus* de ofício para declarar a absorção do crime de porte ilegal de arma pelo de tentativa de homicídio, cancelando a respectiva reprimenda, invadiu a competência do Tribunal do Júri, eis que os juízes leigos, por seis votos, reconheceram o crime de porte ilegal de arma de fogo. Com isso, o v. acórdão promoveu, indubitavelmente, ofensa à soberania dos veredictos. Vejamos um trecho do voto do Revisor que evidencia tal assertiva:

Assim, *data venia* de entendimentos contrários, não há falar se esteja subtraindo competência do Júri, haja vista que cabe ao Juiz dar à imputação contornos razoáveis, velando pela justa causa da acusação, devendo em respeito ao direito constitucional do réu (art. 5º, LXVIII), pronunciar-se em relação ao crime conexo, se atípico, inexistente ou extinta a punibilidade do fato, como alias consta do corpo do voto proferido pelo i. Ministro.

Também do Vogal:

Por outro lado, por se tratar de julgamento pelo Tribunal do Júri, entendo, *data venia*, que não é possível simplesmente excluir o crime conexo de porte de arma da condenação, como fez o ilustre Relator, mas, diante do manifesto constrangimento ilegal que o seu reconhecimento representou, na espécie, a concessão de *habeas corpus*, de ofício, é realmente imperiosa.

Nestes termos, acompanhando os termos do voto do ilustre Revisor, também nego provimento ao recurso, concedendo, de ofício, ordem de *habeas corpus* para declarar absorvido pelo crime de tentativa de homicídio o de porte ilegal de arma, cancelando a respectiva reprimenda.

Destarte, por entender que somente o Conselho de Sentença poderia reconhecer a absorção do crime de porte ilegal de arma pelo de tentativa de homicídio, o Ministério Público de Minas Gerais invoca a esse e. Tribunal o pronunciamento acerca da visceral ofensa ao art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição da República.

Portanto, o presente recurso extraordinário é o adequado à espécie, sendo igualmente tempestivo.

DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

Não obstante os respeitáveis argumentos expostos pelo Desembargador Revisor, entendemos que a tese não deve prosperar, haja vista que o crime de porte ilegal de arma é conexo com o crime de tentativa de homicídio qualificado, sendo certo que o Conselho de Sentença, ao responder o primeiro quesito da segunda série da quesitação, reconheceu, também, a prática do crime de porte ilegal de arma, por seis votos (fls. 161).

Consagrado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “a competência penal do Júri possui extração constitucional, estendendo-se – ante o caráter absoluto de que se reveste e por efeito da *vis attractiva* que exerce – às infrações penais conexas aos crimes dolosos contra a vida”, de modo que, *in casu*, somente ao Tribunal do Júri compete o julgamento do crime de porte ilegal de arma.

Ilustrativo da matéria é o julgado que se transcreve:

HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA A VIDA E INFRAÇÕES PENAIS CONEXAS (LEI Nº 6.368/76, ARTS. 12 E 18, III, E LCP, ART. 19) - DESCLASSIFICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DO JÚRI, DO DELITO DE HOMICÍDIO DOLOSO (FORMA TENTADA) PARA O DE LESÕES CORPORAIS - COMPETÊNCIA DO JUIZ-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAR TANTO O DELITO RESULTANTE DA DESCLASSIFICAÇÃO QUANTO AS INFRAÇÕES PENAIS CONEXAS - PEDIDO INDEFERIDO. - A competência penal do júri possui extração constitucional, estendendo-se - ante o caráter absoluto de que se reveste e por efeito da vis attractiva que exerce - às infrações penais conexas aos crimes dolosos contra a vida. - Desclassificado, no entanto, pelo Conselho de Sentença, o crime doloso contra a vida, para outro ilícito penal incluído na esfera de atribuições jurisdicionais do magistrado singular, cessa, em tal caso, a competência do júri, incumbindo, a seu Presidente, o poder de julgar tanto o delito resultante da desclassificação quanto às infrações penais, que, racione connexitatis, foram submetidas ao Tribunal Popular, mesmo que se cuide de crime de tráfico de entorpecentes ou de simples contravenção penal. Precedentes. (HC 74295/RJ - RIO DE JANEIRO – Relator: Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 10/12/1996 – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 22/06/2001 – grifo nosso)

Com efeito, em respeito à soberania dos veredictos, não poderia o Tribunal de Justiça Mineiro, em grau recursal, a pretexto de corrigir uma injustiça (que no caso não houve), ter reconhecido a absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo crime de tentativa de homicídio qualificado. Agindo assim, o Tribunal das Alterosas violou frontalmente o art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição da República.

Destarte, pelos argumentos expendidos, verifica-se que a colenda Terceira Câmara Criminal, ao conceder, de ofício, o *habeas corpus* para declarar a absorção do porte ilegal de arma pela tentativa de homicídio, cancelando a respectiva reprimenda, não se guiou, escorреitamente, na melhor doutrina, jurisprudência dominante e legislação vigente, tornando o veredicto colegiado merecedor de cassação por essa corte guardiã da Magna Carta.

DO PEDIDO

Ex positis, restando demonstrado à saciedade que a respeitável decisão hostilizada equivocou-se ao contrariar o art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal, requer O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS a admissão do presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO e, ao final, seja ele integralmente provido na Superior Instância, para efeito da cassação do *decisum* da TERCEIRA CÂMARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com a conseqüente manutenção da condenação proferida pelo Tribunal do Júri.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2005.

Procurador de Justiça

AGRAVO DE INSTRUMENTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 1º VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio de seu órgão de execução, irresignado com a r. decisão de fls. 276/278 que negou seguimento ao Recurso Especial, autos de nº 1.0621.05.009969-9/003, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, interpor AGRAVO DE INSTRUMENTO, com fundamento no art. 28 da Lei nº 8.038/90, para o Superior Tribunal de Justiça, pelas razões de direito que aduz a seguir.

Na oportunidade, apresenta-se o traslado de todas as peças do processo criminal, para que seja enviado ao Augusto Superior Tribunal de Justiça.

Nestes termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, 23 de março de 2006.

Procurador de Justiça

**AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO
DE INADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL**

Nº 1.0621.05.009969-9/003

COMARCA: SÃO GOTARDO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO: B.PC

RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Augusto Superior Tribunal de Justiça,
Colenda Turma,
Eminente Ministro Relator,

DOS FATOS

A fim de se evitar redundância, adota-se o relatório do acórdão ora vergastado (fls. 276/277), acrescentando-se que, ao final, o eminente Desembargador Vice-Presidente inadmitiu o inconformismo, fundamentando-se no argumento de que a análise do recurso implicará em reexame de provas.

Contra essa respeitável decisão, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe o presente Recurso de Agravo de Instrumento, com fundamento no art. 28 da Lei nº 8.038/90.

DA ADMISSIBILIDADE

O recurso é adequado, porquanto da não admissão do Recurso Especial cabe Agravo de Instrumento para o STJ, nos termos do art. 28 da Lei nº 8.038/90.

Da mesma forma, o recurso é tempestivo, pois interposto indubitavelmente no prazo legal.

Destarte, sendo o presente recurso próprio, adequado à espécie e igualmente tempestivo, merece ser conhecido.

**DAS RAZÕES PARA REFORMA DA
DECISÃO AGRAVADA**

A respeitável decisão que não admitiu seguimento do Recurso Especial, *data venia*, está a merecer reforma, porquanto o óbice apontado não existe. Vejamos:

Da leitura das razões do Recurso Especial, inadmitido, percebe-se que, ao contrário do que entendeu o Exmo. Desembargador 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o apelo raro tenciona a correta valoração das provas, devidamente delineadas no acórdão vergastado, o que é perfeitamente admissível no recurso especial.

Reiterada jurisprudência pronuncia-se positivamente nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROVA. VALORAÇÃO INTERPRETAÇÃO. DISTINÇÃO.

A valoração da prova é relativa ao ato jurídico perfeito. Adequação da prova à Constituição e à lei ordinária. Compreende admissibilidade e formação consoante o ordenamento jurídico. A primeira é consentimento constatável em plano meramente normativo. A segunda porque relacionada com os princípios de realização, própria também da experiência jurídica, não se confunde com interpretação da prova, ou seja, avaliação dos dados fáticos elaborada pelo magistrado. (RESP. 6580 – RJ, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 27/05/1991 p. 6975)

No julgamento do RE 100.931, em que figurou como relator o eminente Min. Alfredo Buzaid, publicado na RTJ 112/385, assim registrou em seu voto magistral:

“No recurso extraordinário não cabe reapreciação de prova, mormente como no caso em tela, para dizer se o réu cometeu o homicídio em legítima defesa ou não. *O presente recurso, comporta, todavia, a análise da decisão do E. Tribunal de Justiça a quo a fim de verificar se os jurados decidiram de modo manifestamente contrário à prova dos autos*”. (grifo nosso)

No mesmo sentido, se manifesta a abalizada doutrina:

[...]

Não obstante, para procederem ao julgamento dos recursos excepcionais, adotam as Cortes Superiores a *moldura fática* delineada definitivamente pelo tribunal *a quo*, ou seja, partem das conclusões acerca do arcabouço fático apurado no processo, determinado de forma soberana na decisão guerreada, sem, entretanto, discutir seu acerto, apenas analisando se foi correta a interpretação das normas federais ou constitucionais aplicáveis ao caso concreto. Mesmo porque, a atividade jurisdicional se consubstancia exatamente na aplicação do direito aos fatos que são trazidos pelas partes, ao órgão julgante. A peculiaridade em relação aos recursos especial e extraordinário é que, enquanto às instâncias ordinárias incumbe não só a aplicação do direito aos fatos alegados pelas partes, mas também a apuração desses fatos, aos Tribunais Superiores compete exclusivamente verificar a correta aplicação do direito positivo, de cuja inteireza são guardiães, a fatos já apurados⁷.

É de se ver das razões do recurso que, ao demonstrar a violação da ofensa aos dispositivos infraconstitucionais apontados, em momento algum o órgão ministerial *postula* reexame de provas e, nesse caso, não pode subsistir o argumento esposado na decisão agravada acerca da suposta revisão das mesmas.

Lamentavelmente, há um equívoco de ordem conceitual por parte da Vice-Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça mineiro, haja vista que, no juízo de admissibilidade do recurso especial, confunde os institutos da valoração de provas com o da revisão de provas. É cediço na ambiência jurídica que, em sede de recurso especial, não é possível análise de matéria de fato, entretanto, admite-se a análise da correta qualificação jurídica dos fatos. Nesse sentido, oportuna a transcrição de trecho do acórdão no Resp. nº 171.219 – SC, em que o relator, o eminente Ministro Franciulli Netto, magistralmente tratou do tema:

De outra parte, deve ficar registrado que a hipótese vertente não trata apenas de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

A distinção entre *juízo de fato* e *juízo de valor* se mostra intensamente controvertida, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e, sobretudo ao Direito. O *fato* e o *direito* se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de Antônio Castanheira Neves, não tem sentido “o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas ‘idéia’ transcendental) do homem real (não do ‘sujeito em geral’ ou gnoseológico) a *puro facto* ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido” (in “Questão de Facto- Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade”, Livraria Almedina, Coimbra, 1967, p. 500).

Embora tradicionalmente se distinga *questão de fato* da questão de saber se *o que aconteceu* (fato) se subsume a norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar com sentido pela *existência* de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica (cf. Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, 2 ed. p. 295/296).

Existem hipóteses, portanto, em que a *seleção* da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. Nesse contexto, ensina José Carlos Barbosa Moreira, que, quando “se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o

⁷ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos Recurso Especial e Extraordinário**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 69.

respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicar erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la a hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la a hipótese nele contida” (in **Temas de Direito Processual** – Segunda Série. São Paulo: Saraiva 1980p. 235).

Assim, na lição de José Afonso da Silva, “os erros do juiz podem derivar de uma má interpretação das questões de fato ou da má compreensão de direito. Significa dizer que o juiz, por qualquer circunstância, não compreende o sentido das condutas (fatos) sob seu conhecimento (erro de fato), ou não compreende o sentido dos esquemas genéricos, o Direito escrito, invocados, no processo, e que orientam aquelas condutas, e lhe servem de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo (erro de direito)”, (in **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo:RT. p. 131).

Dessa forma, é viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capitulação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de Gabriel Marty de “que tout problème de qualification est question de droit” (in **La distinction du fait et du droit**, Paris. Recueil Sirey. 1929. p. 204/205). Como conclui José Miguel Garcia Mediria, depois de examinar no corpo de sua monografia de modo percuciente a matéria, “excluem-se das questões de fato a qualificação jurídica dos fatos, pois quando se qualifica erroneamente um fato há, em consequência, aplicação incorreta da lei” (cf. **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial**. 2 ed. item nº 37. São Paulo: RT. p. 306).

Destarte, conforme demonstrado à saciedade, não há fundamentos para a manutenção da decisão da corte local, uma vez que, se assim o for, estar-se-á impossibilitando o acesso à instância extraordinária, negando-se vigência ao dispositivo infraconstitucional apontado nas razões do recurso inadmitido.

Impende ressaltar que esse augusto Tribunal Constitucional já analisou, por dezenas de vezes, casos semelhantes, sem que isso importasse em exame de provas.

A propósito, peço *venia* para trazer à colação julgado em que essa augusta Corte teve ensejo de apreciar caso envolvendo a análise do elemento subjetivo do agente na fase de pronúncia e, diga-se de passagem, foi confirmada a decisão, para manter a competência do Tribunal Popular.

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO SIMPLES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DA ACUSAÇÃO. PROVIMENTO. PRONÚNCIA PELO TRIBUNAL A QUO. LEGALIDADE. REEXAME EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPROPRIIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que o paciente, denunciado pela suposta prática de homicídio doloso, obteve desclassificação para a modalidade culposa, decisão que foi alvo de recurso em sentido estrito provido pelo Tribunal a quo, para pronunciá-lo nos termos da denúncia.

II. A questão referente ao elemento subjetivo do agente deve ser submetida ao Tribunal do Júri, tendo em vista que, na fase da pronúncia, prevalece a máxima *in dubio pro societatis*.

III. O habeas corpus constituiu-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a pretensão de desclassificação para crime culposos, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade.

IV. Ordem denegada.

(HC 39687/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 6/06/2005 p. 354)

In casu, o que se questiona é o fato de ter o eminente Desembargador Relator do Recurso em Sentido Estrito, que foi acompanhado pelos seus pares, ingressado em análise valorativa do elemento anímico do agente, tarefa que lhe era vedada por expressa disposição de lei, uma vez que na fase da pronúncia há apenas um juízo de admissibilidade da acusação. E assim deve proceder para render ensanchas a que Tribunal Popular tenha pleno conhecimento e possibilidade de apreciação do mérito, notadamente porque, em sendo realmente culposa a conduta do agente, poderá o Conselho de Sentença desclassificá-la, ao passo que, se desclassificada na fase da pronúncia, o Júri terá subtraída a sua competência.

Com tais considerações, o Ministério Público de Minas Gerais requer seja o presente Agravo de Instrumento recebido e encaminhado ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para conhecê-lo e dar-lhe provimento. Pugna, ainda, pela aplicação do § 3º do art. 28 da Lei nº 8.038/90, uma vez que o presente agravo está instruído com todos os documentos necessários para o julgamento do Recurso Especial.

Belo Horizonte, 23 de março de 2007.

Procurador de Justiça

MODELO DE CONTESTAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR

IMPOSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 3º VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Procurador de Justiça infrafirmado, vem apresentar CONTESTAÇÃO à Medida Cautelar interposta por E.R.G e L.F.G, nos autos da Apelação Criminal nº 2.0000.00.510516-6/000, Comarca de Ouro Fino, com vistas a obter efeito suspensivo nos Recursos Especial e Extraordinário interpostos contra o v. acórdão proferido pela colenda Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, às fls. 285/290.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2006.

Procurador de Justiça

REF. MEDIDA CAUTELAR 2.0000.00.510516/004

REQUERENTES: E.R.G

L.F.G

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COMARCA: OURO FINO

Trata-se de medida cautelar, com pedido liminar, proposta pelos requerentes acima mencionados, com o fito de obter efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário por eles interposto contra o v. acórdão de fls. 285/290, que manteve suas condenações nas seguintes penas: E. como incurso nas sanções do art. 180, *caput*, do CP, às penas definitivas de dois anos e seis meses de reclusão, regime-aberto, e L. F. como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, às penas definitivas três anos de reclusão, regime semi-aberto, e 10 dias-multa, no mínimo legal, sendo que lhe foram negados quaisquer benefícios. O eminente Desembargador 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Carreira Machado, à fl. 13, negou a concessão do efeito suspensivo em sede liminar.

Esse, em síntese, o relatório.

A pretensão dos requerentes não merece prosperar, senão, vejamos.

É cediço que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo e, neste particular, a própria legislação que regula a matéria – Lei nº 8.038/90 (Lei dos recursos) no § 2º do art. 27, assim dispõe:

“Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

Ocorre, porém, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem, em caráter excepcional, conferindo efeito suspensivo aos apelos extremos, desde que estejam presentes os requisitos para a obtenção da cautelaridade. Ilustrativamente, colacionamos julgados nesse sentido:

MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES.

1. Presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é possível, excepcionalmente, conferir, via medida cautelar, efeito suspensivo a Recurso Especial (MC nº 2.266, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, “DJ” 16/04/2001).

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. FUMUS BONI IURIS. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

1. É possível, em hipóteses excepcionais, e desde que presentes invariavelmente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a concessão de medida cautelar para suspender a exequibilidade de decisão combatida através de Recurso Especial ainda não admitido no Tribunal de origem. Faculdade de se estender, em caso de juízo negativo, a medida também ao Agravo de Instrumento, se interposto (MC nº 1.995/RS, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, “DJ” 11/12/2000).

Destarte, conforme se depreende da legislação supramencionada e dos arestos colacionados, a execução provisória do acórdão condenatório - no caso desses autos - deflui do esgotamento das instâncias ordinárias e, portanto, não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Sobre a matéria, vem a calhar trazeremos à colação excerto do voto proferido pelo Ministro Felix Fischer no julgamento do HC nº 40.827, vejamos:

A lei (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90) é taxativa. Em regra, os recursos de caráter excepcional (recurso especial e recurso extraordinário) não têm efeito suspensivo. Se restar entendido que o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da *Lex Fundamentalis*) afeta este dispositivo, então haveria uma antinomia radical entre este dispositivo legal, a norma constitucional e o art. 312 do CPP, uma vez que uma decisão condenatória de segundo grau ou confirmatória de uma condenação não poderia ensejar nunca a execução sem trânsito em julgado. Conclusão esta, frise-se, por órgão colegial, calcada na certeza da autoria e, paralelamente estar-se-ia admitindo, em tese, a possibilidade de uma prisão cautelar que, no entanto, acerca da autoria não exigiria tal certeza, mas, tão-somente, indícios.

Aplicando-se, todavia, de forma ampla o princípio da presunção de inocência, por maior razão, ninguém poderia ser mantido preso cautelarmente.

Por outro lado, *ad argumentandum tantum*, ainda que se admitisse a prisão cautelar e o efeito suspensivo sistemático, vale dizer, não obtido incidentalmente por meio de uma medida cautelar inominada, o excesso de prazo, por óbvio, aconteceria em todos os casos, não importando a gravidade da infração (alcançando até v.g. latrocínio e extorsão mediante seqüestro com resultado morte).

Não podemos esquecer, entretanto, que na aplicação de um princípio, é recomendado observar o contexto em que ele é utilizado. De um lado, em nosso Direito, há uma amplitude inigualável na admissibilidade dos recursos para os Tribunais Superiores, como se estes constituíssem 3ª e 4ª instâncias (o que, inclusive, não se coaduna sequer com a estrutura Federativa indicada na *Lex Máxima*). E, de outro, vigora, entre nós, um sistema prescricional, de benevolência ímpar. Tudo isto acarretando, caso não se aplique o disposto no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, que a repressão criminal se tornará, *in totum*, inexequível. Conseqüentemente, penso que havendo duas formas de se interpretar um texto (no caso, o princípio da presunção de inocência) a melhor solução é a de se evitar a inexequibilidade ou total ineficiência do sistema.

Com efeito, encontrando-se esgotadas as instâncias ordinárias e, ainda, considerando que os recursos de natureza excepcional, quais sejam, os apelos especial e extraordinário, não possuem o condão de sustar a execução provisória do ato condenatório, já que não possuem efeito suspensivo, mas, exclusivamente, o devolutivo (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90), o cumprimento das penas cominadas é decorrência natural do acórdão mantenedor da sentença judicial. Legítima, portanto, a execução provisória do julgado, ainda que não transitada em julgado a respectiva ação penal. (grifos do original)

Na mesma esteira, o escólio do renomado doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Efeito meramente devolutivo que pode acarretar em prisão: os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, razão pela qual, decidida a questão, decidida a questão no Tribunal - estadual ou regional -, impondo-se prisão ao acusado, deve ele recolher-se para continuar recorrendo. Nessa ótica: "A Lei de Recursos, ainda vigente em matéria de processo penal, em sintonia com o art. 637, do CPP, preceitua que 'os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo' (art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90), em razão do que a eventual interposição de tais recursos não suspendem a ordem de prisão conseqüente de decisão condenatória proferida pela instâncias ordinárias" (STJ, HC 10.744-RJ, 6ª T., rel. Vicente Leal, 16/12/1999, v.u., DJ 14/02/2000, p.80). STJ: "Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ) *ex vi* art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, em regra, só tem efeito devolutivo, sendo ilegítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)" (HC 10.916-MG, 5ª T., rel. Felix Fischer, 16/12/1999, v.u., DJ 21/02/2000, "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão". Excepcionalmente, como sempre ocorre, em casos teratológicos, pode-se impetrar *habeas corpus*, pleiteando se aguarde com liberdade o julgamento de qualquer deles (recurso especial e extraordinário), o que é raro de ser concedido.⁸

A questão encontra-se inclusive pacificada no Superior Tribunal de Justiça através do verbete da Súmula nº 267 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão".

Ademais, verifica-se que os requerentes não lograram êxito em demonstrar de forma contundente a plausibilidade do direito material consubstanciada no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, condição *sine quo non* para o êxito na concessão da medida cautelar.

Lecionando sobre o tema a doutrina mais abalizada assim manifesta sobre os pressupostos da medida cautelar:

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 964

A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos⁹.

Impende considerar ainda que, da leitura detida das razões dos recursos especial e extraordinário interpostos pelos requerentes, constata-se facilmente a impossibilidade de que estes sejam admitidos, haja vista tencionarem reexame das provas dos autos e, nesse caso, há uma vedação de tal desiderato nos apelos raros na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vazada nos verbetes das Súmulas respectivas: 279 (*para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*) e 7 (*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*).

Portanto, ainda que se instaurasse a jurisdição cautelar para amparar a pretensão dos requerentes, ainda assim esta não estaria legitimada no presente caso, uma vez que se revelam totalmente inviáveis os apelos raros por eles aviados, pois, como se sabe, a via excepcional não se compatibiliza com qualquer tipo de indagação probatória, conforme o teor das súmulas acima colacionadas.

Ex positis, pugna a Procuradoria-Geral de Justiça pelo indeferimento da medida cautelar.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2006.

Procurador de Justiça

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 317.

PARECER DE APELAÇÃO

NULIDADE DO JULGAMENTO E DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.00.009926-0/002

COMARCA: BETIM

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: A.S.M.O

Egrégio Tribunal de Justiça,
Colenda Câmara Criminal,
Eminente Desembargador(a) Relator(a):

A.S.M.O e U.O.S, com seus dados de qualificação constantes dos autos foram denunciados como incurso nas penas do art. 121 c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, e do art. 10 da Lei nº 9.437/97, acusados pelo atentado contra a vida de F.H.S, mediante disparos de arma de fogo, fato ocorrido no dia 3 de agosto de 2001, por volta das 10h30min, na Rua Arthur Trindade, Bairro Angola, Comarca de Betim.

Consta da peça exordial que os acusados dirigiram-se ao *locus delicti*, objetivando assassinar o ofendido. Ao se encontrarem com a vítima, U., que trazia a arma consigo, entregou-a a A., que, com *animus necandi*, efetuou os disparos contra o ofendido, dos quais um o atingiu no tórax, causando-lhe as lesões relatadas no laudo pericial acostado aos autos.

Diz ainda a exordial que o crime de homicídio somente não se consumou devido ao fato de a vítima ter sido imediatamente socorrida e levada ao Hospital Regional de Betim, onde recebeu atendimento médico.

Ao cabo de regular instrução criminal, o MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedentes os termos da imputação e pronunciou os acusados como incurso nas iras do art. 121 c/c o art. 14, II, e 29, todos do Código Penal.

Levado a julgamento popular, o acusado U. logrou ser absolvido, a pedido do Ministério Público, à consideração de que restou provado que ele não participou do delito descrito na denúncia. Em consequência do veredicto absolutório ditado pelo Conselho de Sentença, o MM. Juiz de Direito proferiu decisão de absolvição, julgando improcedente a pretensão deduzida na inicial acusatória.

Respondendo aos quesitos quanto ao acusado A., o Conselho de Sentença reconheceu a forma tentada do delito de homicídio. Entretanto, julgando a tese da legítima defesa, entenderam os Senhores Jurados que o réu excedeu culposamente os limites da excludente de ilicitude, e o condenaram pela prática de tentativa culposa de homicídio. Em face dessa decisão, o MM. Juiz de Direito deu o réu como incurso nas iras do art. 121, § 3º, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, aplicando-lhe a pena de oito meses de reclusão, no regime aberto, e concedendo-lhe o benefício da suspensão condicional da execução da pena.

O Ministério Público, inconformado, apresenta recurso de Apelação.

Em preliminar, clama o recorrente pela nulidade do julgamento em face da perplexidade verificada quando da votação dos quesitos, considerando a admissão da ocorrência de crime culposos na forma tentada.

Pugna também pela nulidade da r. sentença condenatória, por ter sido ela prolatada contrariamente à lei, uma vez que teria o MM. Juiz de Direito admitido à figura do homicídio culposos tentado, inexistente em nosso ordenamento jurídico.

No mérito, pelo que se extrai das razões de recurso, a pretensão do Ministério Público centra-se na arguição de que o acatamento da tese do excesso culposos na legítima defesa representa decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Finalmente quanto ao mérito, como pedido alternativo, busca a reforma da r. sentença, sustentando ser incabível o benefício do *sursis*, tendo em vista que o crime foi cometido com violência contra a pessoa.

O apelo mereceu a devida contrariedade pela ilustre defesa do acusado, que requer o seu desprovemento.

É o relatório do essencial.

O recurso preenche seus pressupostos legais de admissibilidade, devendo ser conhecido.

As duas questões colocadas em sede preliminar referem-se a uma mesma situação jurídica envolvendo a votação de quesitos e a admissão, na sentença, de tese jurídica esposada pelo Conselho de Sentença, qual seja, de ocorrência de homicídio culposo tentado. Assim sendo, peço *venia* para proceder à análise conjunta das preliminares agitadas.

Não vejo como prosperarem as arguições preliminares.

O Conselho de Sentença não reconheceu a hipótese do crime de homicídio culposo tentado, mas sim o excesso culposo no exercício de uma conduta em legítima defesa, institutos jurídicos inconfundíveis.

É teratológico o reconhecimento da figura do crime tentado e culposo, porquanto a tentativa pressupõe o exercício de ação finalística, regida pela vontade, e direcionada à finalidade previamente desenhada na mente do autor da infração penal. No crime culposo, o agente não atua com vontade de produzir o resultado, não há representação da finalidade, punindo-se o infrator por sua inobservância do dever objetivo de cuidado, traduzido no exercício de uma conduta imprudente, negligente ou imperita causadora do evento danoso.

O Direito Penal, adotando o finalismo, pune a ação finalística que se direciona à produção de um resultado querido pelo agente da infração penal. Não se pune o evento produzido, mas o evento desejado e perseguido.

Preleciona Hans Welzel:

*Acción human es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer 'final', no solamente 'causal'. La 'finalidad' o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines [...] Actividad final es um obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes em cada caso. (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11 ed. Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 53)*

Com fulcro no finalismo, orientador de nosso sistema de repressão penal, pune-se o agente, enfim, pelo que ele quis ou assumiu o risco de produzir ao exercitar sua conduta orientada. De forma inversa, a culpa ou a conduta culposa orienta-se pela inobservância do cuidado objetivo, cujo resultado, não querido nem desejado pelo agente, advém de uma atitude que se traduz nas formas de imprudência, negligência ou imperícia.

Ainda segundo as lições de Welzel:

*En el sentido de los delitos culposos, una acción es típica, cuando no guarda el cuidado (" objetivo ") requerido em el ámbito de relación " [...] " Para la mantención del cuidado objetivo, cabe considerar TODOS LOS CURSOS CAUSALES POSIBLES QUE RESULTAN DE UNA ACCIÓN, PREVISÍVEIS DE ACUERDO A UN JUÍCIO INTELIGENTE ("OBJETIVO "). (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11 ed. Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 53)*

Na aferição da previsibilidade objetiva cabe levar em conta "Los factores reales existentes al tiempo de la comisión de la acción que podían ser conocidos por un hombre inteligente, agregando aquellos que le eran conocidos al hechor mismo (base ontológica del juicio)". É a previsibilidade objetiva a possibilidade de antevisto do resultado pelo homem prudente e de discernimento colocado nas circunstâncias em que se encontrava o agente do caso concreto.

Portanto, se o agente conduziu-se com vontade e direcionou sua conduta para alcançar o fim visado – atentou contra a vida do semelhante – não se pode admitir a tentativa culposa, principalmente porque na tentativa, pela própria definição legal, circunstâncias diversas impedem a consumação do ato idealizado pelo autor. De outro lado, no crime culposo o agente não atua com vontade de produzir o evento, inexistindo a possibilidade de interrupção do iter criminis. Enfim, no crime culposo, não há o percurso do iter

crimínis de forma incompleta: ou o agente produz o resultado por imprudência, negligência ou imperícia ou não o produz, resultando, nesse último caso, a atipicidade da conduta por inexistência do elemento normativo do tipo.

Não se pode impedir o reconhecimento do excesso culposo na legítima defesa quanto ao crime tentado. Não se trata, nesse aspecto, da admissão da figura de crime tentado culposo, mas do excesso típico no exercício da legítima defesa, aplicável tanto aos crimes consumados quanto aos tentados.

O caso dos autos não se refere à hipótese de tentativa culposa de homicídio, mas sim ao reconhecimento de que houve excesso no uso dos meios empregados pelo agente quando se viu em situação de legítima defesa. O acusado, pelo que disse o Conselho de Sentença, agiu finalisticamente com o escopo de defender-se licitamente, mas se excedeu nos limites da causa de exclusão da ilicitude. A culpa reconhecida não é elementar do tipo delituoso, mas conseqüência do descumprimento do dever de cuidado quando do excesso na legítima defesa. Desse modo, pune-se o acusado com a pena do crime culposo, decorrente do excesso.

O Júri, ao responder afirmativamente aos dois primeiros quesitos, ateve-se à aferição do aspecto da tipicidade do fato, enquadrando o autor nas iras do art. 121 do Código Penal, reconhecendo a forma tentada da infração. Em outro momento, o Conselho de Sentença foi indagado quanto à ilicitude ou antijuridicidade da conduta, respondendo afirmativamente aos quesitos que propunham ter o réu se conduzido em repulsa a uma agressão injusta e atual, mas reconheceu que ele se excedeu nos limites do exercício dessa atividade lícita. Portanto, os Senhores Jurados reconheceram que a atitude do réu, embora típica, foi lícita, e a morte decorreu do excesso no exercício de uma atividade em conformidade ao direito.

Nesse sentido, em lapidar voto, pontificou o emérito Desembargador Roney Oliveira:

Não se pode confundir crime culposo com excesso culposo na legítima defesa.

O primeiro se caracteriza quando o agente não deseja o fato, que acaba ocorrendo por negligência, imprudência ou imperícia sua. Tal hipótese é, de fato, incompatível com a tentativa que, por definição, contém a vontade do agente dirigida à realização do fato, que não se concretiza por circunstância que lhe é alheia.

Já o excesso na legítima defesa é a reação contra uma agressão atual e injusta feita, todavia, sem os meios necessários (por construção jurisprudencial) ou com seu uso imoderado. Ocorre quando o agente extrapola os limites da ação defensiva e passa de ofendido a agressor. Tal extrapolação pode ocorrer conscientemente – caracterizando o excesso doloso – ou inconscientemente. Esta última possibilidade é o excesso culposo. Nele, ao contrário do crime culposo (involuntário), há o elemento vontade. O agente quer, deseja fazer cessar a agressão que lhe era impingida pela vítima, mas extrapola, na escolha dos meios ou do seu uso. Assim, percebe-se que a aparente contradição existente na “tentativa de homicídio culposo”, decorrente do reconhecimento do excesso, inexistente, pois, na verdade, o que é culposo em tal caso é o excesso e não o crime em si. Este, na verdade, continua doloso/tentado, mas, por ter sido executado por excesso culposo, tem o tratamento do crime culposo.

É de se observar que é impossível haver legítima defesa em crime culposo. São conceitos incompatíveis. Por outro lado, a legítima defesa e o excesso são institutos inseparáveis, sendo inegável que este último pode ocorrer consciente ou inconscientemente. Dessa forma, ou se nega, em absoluto, a possibilidade de legítima defesa nos crimes tentados – o que seria um absurdo – ou se admite a excluyente de ilicitude em todas as suas possibilidades naturais de ocorrência, inclusive com excesso doloso e culposo.

Se a alguém, acusado de homicídio tentado, é dado invocar a legítima defesa, é indiscutível a possibilidade de que tenha agido eventualmente com excesso, que pode ser voluntário ou involuntário, doloso ou culposo. E é importante realçar que o que é culposo é o excesso e não o crime. Por isso, quando o Tribunal do Júri reconhece a ocorrência de excesso culposo na legítima defesa, não desclassifica o delito para a modalidade culposa.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em hipótese semelhante à presente, assim decidiu:

“O excesso culposo nada mais é do que o estado de legítima defesa em que se encontra o agente, o qual, todavia, ultrapassa os limites de sua necessidade. É um plus de legítima defesa. Na lição de Marques Porto (Júri, 5 ed. p. 236), o excessus defensionis nada mais é do que uma regra de relação da pena com o fato, que não contém em si, o conceito de culpa stricto sensu, por ausência de seus elementos tipificadores. Por isso, o Tribunal do Júri, ao reconhecer o excesso culposo, não está desclassificando o crime e nem modificando a sua competência, mas está condenando o réu ao cumprimento de uma pena mais branda, correspondente à cominada para o homicídio culposo. Para dosar a pena, o Juiz-Presidente deverá submeter aos jurados os quesitos referentes às agravantes e atenuantes.

Por outro lado, a discriminante da legítima defesa tanto pode ocorrer no homicídio consumado como na sua forma tentada. São situações perfeitamente compatíveis. Se alguém pode invocar a excluyente de ilicitude na tentativa de homicídio, pelas mesmas razões pode exceder-se dolosa ou culposamente nos limites dessa defesa, sem que esse reconhecimento importe em aberração jurídica”. (Apelação Criminal nº 24.344/Campos Novos, Rel. Des. Ernani Ribeiro, DJESC nº 7.895, de 5/04/90, p. 09).

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Admissível o excesso culposo na legítima defesa, no caso de tentativa de homicídio [...]. Não se trata, aqui, de infração culposa na forma tentada, mas sim de fato a que se aplicam as normas sobre o crime culposo”. (RT 657/267)

O julgamento realizado apresenta-se, pois, coerente e em nada fere a lógica ou o direito, não padecendo de qualquer nulidade. (TJMP, Apelação Criminal nº 1.0000.00.203367-8/000, publicado em 6/05/2001)

Com essas considerações, manifesto-me pela rejeição das preliminares.

No mérito, entendo que assiste razão ao douto Promotor de Justiça que subscreve as razões recursais.

O que restou apurado é que a vítima encontrava-se em fuga do local e foi perseguida pelo executor, o qual, valendo-se da arma de fogo, endereçou-lhe cinco disparos, dos quais um a atingiu em região letal.

Não há que se falar em legítima defesa se a agressão injusta é finda. A legítima defesa é uma reação a agressão atual ou iminente a direito do agredido ou de terceiro.

Nesse sentido, colhe-se dos julgados desse Sodalício Mineiro:

LESÕES CORPORAIS GRAVES – LEGÍTIMA DEFESA – AGRESSÃO FINDA – INOCORRÊNCIA – O reconhecimento da legítima defesa não prescinde de uma agressão atual ou iminente, não sendo reconhecida quando a reação se concretiza depois de superada a ofensa. (TJMG – ACr 000.180.757-7/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro – J. 11/05/2000)

PRONÚNCIA – HOMICÍDIO TENTADO – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA: IMPOSSIBILIDADE DO SEU ACOLHIMENTO NO CASO DE REAÇÃO À AGRESSÃO FINDA – Não age em legítima defesa o réu que, após ter sido atingido pela vítima com uma *cadeirada* na cabeça, persegue-a pelas ruas da cidade, atingindo-a com um tiro depois de ter efetuado vários disparos. Não provimento do recurso. (TJMG – RSE 000.171.594-5/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Paulo Tinóco – J. 30/03/2000)

JÚRI – LEGÍTIMA DEFESA – ATUALIDADE DA AGRESSÃO – descaracterização – Não procede em legítima defesa quem reage a agressão finda. (TJMG – ACr 118.714/5 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Alves de Andrade – J. 18/06/1998)

Ademais, a ação desenvolvida pelo acusado em repulsa a uma agressão finda não se apresentou comedida. Nesse sentido, vê-se que, estando a vítima em fuga e tendo desaparecido a situação de perigo inicialmente existente, o emprego da arma de fogo, além de constituir meio desnecessário, ocorreu sem a exigível moderação, levando-se em consideração que foram cinco os disparos endereçados ao ofendido.

Seguindo as lições de Marcelo Jardins Linhares:

A ação deve ser *necessária* para a defesa, e a *necessidade* se determina de acordo com a *força real da agressão* (Welzel: “a defesa pode ir tão longe quanto seja necessário para a defesa real da agressão, mas não mais além do absolutamente necessário”; “o agredido deve aplicar o meio mínimo, que, entretanto, pode ir até a morte, *quando este seja o último meio para a defesa*”). (LINHARES, Marcelo Jardins. **Legítima defesa**, p. 343.) (grifo nosso)

Bradam nossos Pretórios:

A legítima defesa somente justifica as ações defensivas necessárias para afastar uma agressão antijurídica da forma menos lesiva possível para o agressor. A necessidade deve ser considerada de acordo com as circunstâncias fáticas em que a ação e a reação se desenvolveram. O *animus defendendi* é elemento estrutural do conceito de legítima defesa. Por isso, não o apresenta quem, irrogando uma falsa representação, mata outrem a tiros de revólver, pelas costas. (TJBA. Rel. Des. Gerson Pereira. RT 594/158)

Encerrada a querela entre a vítima e o agente, ação agressiva posterior desta tem resquício de vingança, não amparável pelo direito, não sendo, assim, argüível a excludente da legítima defesa. (TACRIMSP. JUTCRIM 27/484) Se a agressão já está finda e a reação foi excessiva e imoderada, a excludente da legítima defesa fica desfigurada. (TJMG. Rel. Des. José Arthur. RT 539/348)

O que se verifica, portanto, é que o réu repeliu agressão finda e efetuou cinco disparos contra uma pessoa que estava em fuga do local, resultando evidente, portanto, a falta de comedimento na repulsa da agressão que alega ter sofrido e a flagrante desproporção entre a agressão e a reação exercitada.

Resulta evidente, ademais, que se excesso houve ele foi de natureza dolosa, pois emerge evidente da análise do iter criminis percorrido que o réu perseguiu o fim de matar o ofendido, agindo com consciência e vontade, dirigindo sua ação delituosa à produção do evento letal. Ora, nessas condições, como se admitir que o excesso tenha decorrido de mera ação culposa, por inobservância do dever objetivo de cuidado? Tal inteligência importa em rematado disparate.

Julgando caso análogo ao dos autos, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul enfatizou:

Existindo nos autos elementos que demonstrem que não houve agressão por parte da vítima e que o réu, agindo de surpresa, desferiu três golpes de faca contra aquela, decidiram os jurados de forma manifestamente contrária às provas dos autos ao reconhecerem que o réu praticou homicídio para repelir injusta agressão atual, tendo excedido culposamente na sua conduta. (TJMS – ACr 2003.004823-5/0000-00 – Itaporã – 1ª T.Crim. – Rel. Des. José Benedito de Figueiredo – J. 09/09/2003)

Assim sendo, tenho que a decisão, como foi ditada, encontra-se totalmente divorciada da prova emergente, razão pela qual deve ser cassada por essa Superior Instância, determinando-se a submissão do acusado a novo julgamento popular.

Por fim, quanto à pena aplicada, entendo ser cabível a concessão do benefício do sursis.

O art. 77 do Código Penal não veda a concessão do sursis nas hipóteses de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Somente seria vedada a concessão da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos na forma do que preconiza o art. 44 do Código Penal.

Sendo incabível a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, remanesce o sursis como alternativa para a pena de curta duração, ex vi do que dispõe o art. 77, III, do Código Penal.

Diante do exposto, manifesto-me pelo conhecimento do recurso, pela rejeição das preliminares de nulidade e, no mérito, pelo seu provimento, determinando-se a submissão do acusado a novo julgamento popular.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2006.

Procurador de Justiça

RECURSO ESPECIAL

CORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo Procurador de Justiça infra-assinado, vem perante V. Exa. interpor recurso especial, relativamente aos acusados R.S.D. e V.S.F, com espeque no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988 e no art. 157, § 3º, última parte do CP, em face do acórdão de fls. 520 *usque* 551, dos autos da apelação criminal nº 10188.05.030945-2/001, processo oriundo da Comarca de Nova Lima. Razões seguem anexas.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2006.

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Processo nº 10188.05.030945-2/001
Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Recorridos: R.S.D
V.S.F

AUGUSTO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COLEND A TURMA

RELATÓRIO

RSD, JMN e VSF foram denunciados perante o Juízo de Direito da Vara Criminal de Nova Lima como incurso nas penas do art. 157, § 3º e do art. 288, parágrafo único, combinados com o art. 69, *caput*, todos do CP

Julgada parcialmente procedente a denúncia, foram os réus absolvidos relativamente ao delito do art. 288 do CP e condenados nos termos do art. 157, § 3º e do art. 157, § 2º, I e II, na forma do art. 69, todos do mesmo *Codex*, tendo cada um recebido a pena de 25 anos, sete meses e seis dias de reclusão, a ser cumprida, a do latrocínio, em regime integralmente fechado, e 24 dias-multa, no mínimo legal.

Inconformados, apelaram R e J, pleiteando a absolvição ou a consideração de sua participação como de menor importância.

Recorreu também V, buscando a absolvição, a isenção ou redução de pena, mediante a alegação de estar drogado (com cocaína) por ocasião dos ilícitos, a desclassificação para tentativa de roubo e homicídio culposo e o regime inicial aberto.

Apresentadas contra-razões, pugnaram os ilustres membros do *Parquet* de primeira instância pela manutenção da r. sentença guerreada.

Emiti parecer às fls. 500 a 512, em que opinei pelo conhecimento dos recursos e provimento parcial dos mesmos, apenas para ser aplicado o concurso formal aos ilícitos.

A 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em preliminar de ofício, anulou o processo quanto a J.M.N a partir de fls. 142, inclusive. No mérito, deu parcial provimento aos recursos de R. e V, vencido o Desembargador Vogal, condenando-os pelos crimes de roubo qualificado pelo emprego de arma, concurso de pessoas e restrição de liberdade às vítimas, duas vezes, em concurso formal, e por homicídio culposo (art. 302 da Lei nº 9503/97), sendo este último delito em concurso formal com os crimes patrimoniais.

CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

a) O recurso é interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, na espécie “contrariar lei federal e negar-lhe vigência”.

Ao comentar esta espécie, do inciso III, letra “a”, do art. 105, da Constituição Federal, escreveu o Prof. José Carlos Barbosa Moreira:

Valem aqui, *mutatis mutandis*, várias das observações feitas no comentário nº 319, supra, a propósito do recurso extraordinário. A redação da letra 'a' do dispositivo constitucional, por exemplo, revela peculiaridade semelhante à norma correspondente do art. 102, nº III. A rigor, só com o julgamento do recurso especial é que se verifica se a decisão recorrida contrariou ou não tratado ou lei federal: isso respeita ao mérito do recurso, não à sua admissibilidade. Do ponto de vista do cabimento, o recurso especial é admissível desde que o recorrente alegue a contrariedade. Tal alegação bastará para que se conheça do recurso; em etapa posterior, conforme seja ela procedente ou não, o resultado será o provimento ou o desprovimento. (Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. V. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 549)

E nos comentários referidos no trecho acima transcrito afirma o mestre:

Note-se que não é homogênea a técnica empregada pelo legislador constituinte nas várias letras do art. 102, nº III. Nas letras 'b' e 'c', ele se ateu a uma descrição axiologicamente neutra: a realização do *tipo* constitucional não implica de modo necessário que o recorrente tenha razão. Uma decisão pode perfeitamente ser correta e merecer *confirmação* apesar de haver declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgado válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição. Quer isso dizer que nas letras 'b' e 'c' se usou técnica bem adequada à fixação de pressupostos de cabimento do recurso extraordinário, isto é, de circunstâncias cuja presença importa para que dele se conheça, mas cuja relevância não ultrapassa esse nível, deixando intacta a questão de saber se ele deve ou não ser provido. Já na letra 'a', muito ao contrário, a descrição do texto contém juízo de valor: a decisão que contrarie dispositivo constitucional é decisão, à evidência incorreta, e como tal merecedora de reforma. Aí, portanto, se ficar demonstrada a realização do *tipo*, o recorrente não fará jus ao mero conhecimento, senão que ao provimento do recurso.

E mais abaixo, a conclusão que importa para o caso:

Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência hipotética (isto é, alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra 'a', que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele a argua.

Nesta hipótese constitucional de cabimento do especial verifica-se, pois, maior facilidade de acesso ao Eg. Superior Tribunal de Justiça.

No caso dos autos, antecipa-se, está-se a alegar que o acórdão recorrido contrariou o disposto no art. 157, § 3º, do CP, que se transcreve:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência
[...]
§ 3º. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa”.

Assim, na esteira do ensinamento sempre preciso do culto Professor, que aqui já se expôs, é caso de admitir-se o recurso.

Da demonstração da contrariedade cuida-se mais abaixo.

b) Passa-se à definição da questão e ao exame do prequestionamento.

Transcreve-se trecho de Ronaldo Cunha Campos, no início dos seus limites Objetivos da Coisa Julgada:

Quando a parte ingressa em juízo, faz acompanhar a pretensão de sua razão. O que é razão? Esta consiste na afirmação da conformidade da pretensão ao direito, ou melhor, na afirmação de estar a pretensão tutelada pelo direito. Esta afirmação pode tornar-se duvidosa no curso do processo em virtude da contestação do outro litigante, ou ainda porque, mesmo sem provocação, o juiz a tenha por duvidosa. Esta dúvida é a questão. (Aide, 1988, 2 ed., p. 33)

E para fins de conhecimento de recurso especial, para ir a passo largo, esta questão deve ter se formado nos autos tendo em conta texto expresso de lei federal, ou seja, um ou mais artigos de lei.

É o momento, pois, de transcrever a questão que se faz objeto deste recurso, qual seja: o acórdão recorrido entendeu que a morte da vítima VFMC, em decorrência do acidente do automóvel - conduzido pelo acusado V -, durante o curso do assalto praticado pelos imputados, não configura a violência própria do latrocínio, tipificado no § 3º, do art. 157, do CP.

Ressalte-se que argumentei em meu parecer à fl. 505 ser irrelevante que o resultado morte tenha se dado com dolo eventual ou culpa dos agentes, porquanto ao latrocínio basta que o tal desfecho ocorra, ainda que não tenha sido desejado pelos meliantes, citando repositórios, e que a matéria foi analisada pelo Tribunal Estadual, o qual, inclusive, citou expressamente o dispositivo legal supramencionado em sua fundamentação, restando, destarte, prequestionado o tema.

RAZÃO DE RECORRER

Tendo em vista que a violência do roubo perdura enquanto a vítima, tomada como refém, não for libertada, a morte da mesma em virtude de acidente de automóvel dirigido por um dos agentes, quando todos trafegavam no veículo, configura latrocínio, porquanto o evento decorreu da conduta dos meliantes e verificou-se no *iter criminis* do assalto.

Este entendimento encontra respaldo no voto divergente do Eminentíssimo Desembargador Hécio Valentim (fls. 549 a 551), do qual transcrevo os trechos abaixo:

A meu sentir, agiu com acerto o douto sentenciante ao condenar os apelantes por crime de latrocínio, porquanto a direção perigosa de VSF, que lamentavelmente resultou na morte da vítima VFMC, foi praticada ainda durante o desdobramento do crime de roubo, momento em que os agentes buscavam a consumação do crime.

In casu, muito embora não se possa aferir se, até o momento da capotagem do veículo que conduziam, os agentes efetivamente tinham a intenção de matar as vítimas mais a frente, para garantir o proveito do roubo, tal fato é irrelevante, porquanto, como se sabe, não importa se o resultado morte da vítima é causado a título de dolo ou culpa, bastando, neste último caso, que seja previsível.[...]

De uma simples análise dos autos, dúvidas não há de que, da forma como V dirigia, era plenamente previsível a perda de controle do carro, tornando visível aos agentes o resultado morte de que trata o § 3º, do art. 157, do Código Penal [...].

No mesmo sentido, são os seguintes julgados:

LATROCÍNIO. VÍTIMA SEQUESTRADA. MANTIDA COMO REFÉM, E MORTA EM TIROTEIO COM A POLÍCIA. DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES SEGUE-SE A EQUIVALÊNCIA DA RESPONSABILIDADE DE TODOS OS QUE PÕEM UMA CONDIÇÃO PARA QUE O FATO OCORRA. SE OS RÉUS, APÓS ASSALTAREM A VÍTIMA LEVAMNA COMO REFÉM, A VIOLÊNCIA DO ROUBO SUBSISTE ENQUANTO ELA NÃO FOR LIBERTADA, RESPONDENDO ELES POR LATROCÍNIO SE RESULTAR MORTE, POIS TERÃO, COM ESSA AÇÃO, CONTRIBUIDO PARA O RESULTADO, AINDA QUE O DESENLAÇE OCORRA EM CONFRONTO COM A POLÍCIA, E O DISPARO FATAL POSSA TER PARTIDO DELA. APELO MINISTERIAL PROVIDO POR MAIORIA. (Apelação criminal nº 697165173, Terceira Câmara Criminal, Rel. Antônio Carlos Madalena Carvalho, TJRS, data de julgamento: 30/10/1997, Jurisprudência TJRS, C-CRIM, 1997, V-2, T-9, pp. 288-296)

LATROCÍNIO – Caracterização – Agente que se utiliza de refém como escudo para perpetrar assalto a agência bancária causando-lhe a morte – Consumação do delito ainda que o disparo fatal tenha sido levado a efeito por um dos vigilantes do estabelecimento – Crime cujo dolo é abrangente, compreendendo os riscos inerentes à conduta. (TJSP, RvCr 240.535-3/3-00 – 2º Grupo de Câmaras – j. 20/10/1998, Rel. Walter Guilherme – RT 759/ 596) (íntegra do acórdão anexa)

Não se cogita de causa superveniente relativamente independente (art. 13, § 1º, do CP), visto que o sinistro com morte está na linha de desdobramento físico-causal do assalto, debitando-se o óbito à conduta dos acusados, que assumiram o risco ou poderiam perfeitamente prever a produção do resultado mais grave.

A título de argumentação, em tese, a única exceção admitida pela jurisprudência a possibilitar a desclassificação em análise seria o caso fortuito, definido no art. 393, parágrafo único, do Código Civil, como o “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Por fim, esse Augusto Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que o resultado morte no latrocínio, pode ser imputado na forma de dolo ou culpa.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. CONCURSO DE AGENTES. PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. INAPLICABILIDADE.

I - O roubo com morte é delito qualificado pelo resultado, sendo que este *plus*, na melhor dicção da doutrina, pode ser imputado na forma de dolo ou de culpa.

II - No roubo, mormente praticado com arma de fogo, respondem, de regra, pelo resultado morte, situado evidentemente em pleno desdobramento causal da ação delituosa, todos que, mesmo não agindo diretamente na execução da morte, contribuíram para a execução do tipo fundamental (Precedentes). Se assumiram o risco, pelo evento respondem.

Recurso provido. (STJ, RESP 418.183-DF, Rel. Min. Felix Fischer) (íntegra do acórdão anexa)
CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO E LATROCÍNIO. CONCURSO DE AGENTES. PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. INAPLICABILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO. PENA ABAIXO DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. CONSTITUCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. Tendo o acórdão transitado em julgado, a via estreita do *habeas corpus* não é própria para a sua desconstituição, salvo nos casos de flagrante e inequívoca ilegalidade, hipótese não verificada no caso.

II. O latrocínio é delito qualificado pelo resultado, sendo que o evento de maior gravidade (morte) pode ser imputado na forma de dolo ou de culpa. Precedente.

III. Em se tratando de crime de roubo, praticado com arma de fogo, todos que contribuíram para a execução do tipo fundamental respondem pelo resultado morte, mesmo não agindo diretamente na execução desta, pois assumiram o risco pelo evento mais grave. Precedentes.

IV. A incidência de circunstância atenuante genérica não reduz a pena abaixo do mínimo legal. Incidência da Súmula 231/STJ.

V. Acórdão que obedeceu o critério trifásico de aplicação da pena, pautando-se pelos ditames do art. 68 do Código Penal, não se podendo falar, nesse aspecto, em constrangimento ilegal.

VI. Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução. Precedentes desta Corte e do STF.

VII. No delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de latrocínio, por sua vez, buscar-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima, incidindo a regra do concurso material. Precedentes.

VIII. Ordem denegada. (STJ, *HABEAS CORPUS* Nº 37.583 - SP (2004/0113175-4) RELATOR: MINISTRO GILSON DIPP) (íntegra do acórdão anexa)

Frise-se, finalmente, que não estamos aqui tencionando com o presente recurso revolver a prova dos autos, o que, como é cediço, encontra óbice na jurisprudência sumulada desta Egrégia Corte (Súmula nº 7), haja vista que os fatos narrados nas presentes razões encontram-se delineados no acórdão vergastado, não carecendo nenhuma análise de prova. O que se pretende, é a correta aplicação do direito ao caso concreto, o que é perfeitamente viável em sede de recurso especial.

Nesse sentido, o escólio de Giovanni Mansur Solha Pantuzzo¹⁰, *in verbis*:

Não obstante, para procederem ao julgamento dos recursos excepcionais, adotam as Cortes Superiores a *moldura fática* delineada definitivamente pelo tribunal *a quo*, ou seja, partem das conclusões acerca do arcabouço fático apurado no processo, determinado de forma soberana na decisão guerreada, sem, entretanto, discutir seu acerto, apenas analisando se foi correta a interpretação das normas federais ou constitucionais aplicáveis ao caso concreto. Mesmo porque, a atividade jurisdicional se consubstancia exatamente na aplicação do direito aos fatos que são trazidos pelas partes, ao órgão judicante. A peculiaridade em relação aos recursos especial e extraordinário é que, enquanto às instâncias ordinárias incumbe não só a aplicação do direito aos fatos alegados pelas partes, mas também a apuração desses fatos, aos Tribunais Superiores compete exclusivamente verificar a correta aplicação do direito positivo, de cuja a inteireza são guardiães, a fatos já apurados.

CONCLUSÃO

Ex positis, espera o Ministério Público do Estado de Minas Gerais que seja admitido e provido o presente recurso, para que seja restabelecida a vigência do art. 157, § 3º, do CP.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2006.

PROCURADOR DE JUSTIÇA

¹⁰ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos Recursos Especial e Extraordinário*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 69

1.3 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Sobre a elaboração de recursos especial e extraordinário, bem como das respectivas contra-razões, contraminutas a agravos de instrumento ao STF e STJ e medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a esses apelos raros, recomenda-se a leitura do livro *Prática dos Recursos Especial e Extraordinário*, do ilustre Promotor de Justiça Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, publicado pela Editora Del Rey.

A obra reflete a experiência adquirida pelo autor na Assessoria Especial de Recursos Especiais e Extraordinários da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, à época existente.

Abordando aspectos doutrinários e legislativos, com orientações jurisprudenciais e uma série de peças práticas que atendem aos rígidos pressupostos exigíveis para o êxito dos recursos excepcionais, o livro procura ressaltar as características mais peculiares dos apelos raros.

2 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE AOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS¹¹

Procurador de Justiça Elias Paulo Cordeiro

2.1 - FORO PRIVILEGIADO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, diz o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal. O princípio, por certo, busca minorar, ao menos no plano da ideação, as grandes diferenças e desigualdades sociais existentes no País.

Não obstante, o texto constitucional prevê que certas autoridades públicas, como por exemplo, Presidente da República, Vice-Presidente, integrantes do Congresso Nacional, Ministros de Estado, Magistrados, membros do Ministério Público, Governadores, Prefeitos Municipais e outros, em razão da importância do múnus público que desempenham, são julgadas pelos tribunais superiores.

Comungamos com o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, no sentido de que não existe razão jurídica que justifique o privilégio:

[...] A doutrina, de maneira geral, justifica a existência do foro privilegiado como maneira de dar

especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais pensando em estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Entretanto, não estamos convencidos disso. Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado. Não vemos motivo suficiente para que o Prefeito seja julgado na Capital do Estado, nem que o juiz somente possa sê-lo pelo Tribunal de Justiça ou o desembargador pelo Superior Tribunal de Justiça e assim por diante. Se à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal [...]”¹²

Não se trata, na ótica da Carta Magna, de quebra do princípio da igualdade. O objetivo do legislador constituinte seria o de proteger o cargo, não o seu ocupante. Coerente com tal premissa, findo o exercício do cargo ou mandato, não mais subsistindo os motivos que ensejaram o foro especial, o ex-agente político retorna à condição de cidadão comum e, como tal, responderá por eventuais delitos no juízo criminal de primeira instância.

A questão não é tranqüila no nosso sistema jurídico.

Em um passado recente, o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu que o chamado foro privilegiado deveria ser deferido aos ex-agentes políticos. A Súmula 394 daquele Sodalício, que vigorou desde os primórdios do período ditatorial¹³, estabelecendo foro privilegiado para ex-agentes políticos, foi cancelada pela Corte Suprema em 25 de agosto de 1999. Evidentemente, o cancelamento da referida súmula desagradou a muitos setores diretamente atingidos pela mudança de posição do Pretório Excelso.

Em 24 de dezembro de 2002, foi editada, de afogadilho, a Lei nº 10.628/2002, alterando os dispositivos do art. 84 do Código de Processo Penal, atribuindo o foro privilegiado para ex-agentes políticos.

Em virtude de tal anomalia, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal¹⁴, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002.

No dia 15 de setembro de 2005, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou procedente a ADI, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescera os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal.

¹² Código de Processo Penal Comentado, pág. 246

¹³ Editada em 03/04/64.

¹⁴ ADI nº 2797.

¹¹ Os autores desta área na 1ª edição da presente obra foram: Procurador de Justiça Elias Paulo Cordeiro, Procuradora de Justiça Elba Rondino, Promotor de Justiça Gustavo Mansur Balsamão, Promotor de Justiça Mário Konichi Higuchi Júnior, Promotor de Justiça Ricardo Tadeu Linardi.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, que objetiva estender o foro por prerrogativa de função para os ex-agentes políticos. O texto proposto – “A competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função” – a toda evidência entra em choque com o princípio da igualdade, uma vez que atribui privilégio pessoal a alguns cidadãos, apenas pelo fato de haverem exercido um *munus* público.

Em contrapartida, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou, recentemente, projeto de emenda à Constituição que acaba com o foro privilegiado para as autoridades do País nos casos de crimes comuns. Pelo projeto, somente os casos de crime de responsabilidade - que podem levar ao *impeachment* de um presidente da República - continuariam a ter julgamento por corte especial¹⁵

Como se vê, a questão polêmica ainda não está solucionada.

2.2 - COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PARA JULGAMENTO DOS CRIMES ENVOLVENDO PREFEITOS

A competência dos Tribunais Estaduais é definida nas Constituições de cada Unidade Federativa¹⁶. Nos termos do disposto no art. 106, I, “a”, da Constituição de Minas Gerais, compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e de responsabilidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio de suas cinco Câmaras Criminais, tem competência para processar e julgar os prefeitos municipais nos crimes comuns, inclusive aqueles afetos aos juizados especiais, e nos chamados crimes de responsabilidade, previstos no Decreto-Lei nº 201/67. Não é competente, no entanto, para processar e julgar os referidos agentes políticos, nas hipóteses de crimes eleitorais, militares e aqueles afetos à Justiça Federal comum.¹⁷

Nesse particular, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 109, IV, enuncia a competência *ratione materiae* da Justiça Federal comum para julgar crimes de natureza política e em detrimento de bens, serviços e interesses da União, no que dispõe:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] IV - Os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Todavia, entendimentos sumulados pelo Superior Tribunal de Justiça flexibilizaram e, por conseguinte, restringiram o alcance da regra contida no art. 109, IV, da Constituição da República. Assim, em razão da matéria, a competência para julgar os crimes cometidos por prefeitos tem tido como parâmetro a identificação do órgão fiscalizador e a incorporação ou não dos recursos ao patrimônio do ente municipal.

Segundo o enunciado contido na súmula 208, compete, em tese, aos Tribunais Regionais Federais, julgar prefeito por desvio de verba federal de natureza voluntária¹⁸, destinada à aquisição de bens, a prestação de serviços públicos ou de interesse da sociedade, sujeita à fiscalização de órgão federal.

Súmula: 208 - COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR PREFEITO MUNICIPAL POR DESVIO DE VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE ÓRGÃO FEDERAL

Portanto, o membro do Ministério Público deverá estar atento para as seguintes questões:

- 1) O prefeito, estando à frente da Administração Pública Municipal, independentemente da natureza do crime e da ocasião em que foi cometido, será julgado pelo Tribunal de Justiça, com as exceções acima referidas (crimes eleitorais, militares e aqueles afetos à Justiça Federal comum).
- 2) Deixando o cargo, o processo será remetido ao juízo criminal de primeira instância, no estado em que se encontrar, onde passará a tramitar até julgamento final. Reassumindo o exercício do mandato, a tramitação retornará a uma das câmaras criminais e assim por diante.

Nessa linha de raciocínio, no transcorrer do mandato a tramitação do processo obedecerá ao rito previsto na Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, findo o exercício do cargo, a ação penal ajuizada prosseguirá no juízo criminal de primeira instância, no rito previsto no Código de Processo Penal.

Considerando que uma ação penal intentada contra um chefe do Poder Executivo pode tramitar

¹⁵ Vide estadao.com.br/nacional/not_nac142425,0.htm – última consulta 18/04/08.

¹⁶ § 1º, do art. 125, CF

¹⁷ Nesses casos os prefeitos serão julgados pelo Tribunal Regional Eleitoral, Tribunal de Justiça Militar e Tribunal Regional Federal, respectivamente.

¹⁸ LRF “Art. 25 - Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

por período superior ao de um mandato ou dois subsequentes, dúvidas podem surgir sobre o procedimento a ser adotado pelo Órgão do Ministério Público e pelo próprio Magistrado ao receberem os autos da Instância Superior.

Citemos um exemplo: a Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais (PJCCAP), oferece denúncia contra um prefeito municipal no penúltimo ano do mandato, por crime praticado durante sua gestão. Conforme previsto nos artigos 4º a 6º da Lei nº 8.038/90, é realizado o contraditório preliminar, com a notificação do denunciado para apresentação de resposta e, após manifestação do Ministério Público sobre os documentos que acompanharam a peça de defesa, a denúncia é recebida pela Câmara Criminal e o réu é interrogado. Nessa fase processual termina o mandato do inculpatado e o Tribunal determina a remessa dos autos ao juízo criminal de primeira instância. Pergunta-se: há necessidade de repetição ou mesmo ratificação dos atos praticados? A resposta correta é não, uma vez que a tramitação da ação penal no Tribunal obedeceu ao rito processual próprio da Lei nº 8.038/90, na ocasião em que o inculpatado detinha direito ao foro por prerrogativa de função.

O mesmo ocorrerá no sentido inverso: se o Promotor de Justiça oferece denúncia contra um cidadão comum, pela prática de delito previsto no Código Penal, ou mesmo por ilícito praticado em sua gestão anterior como prefeito, tipificado no Decreto-Lei nº 201/67 e, após o recebimento da denúncia, o denunciado assume novamente o exercício do cargo, o Tribunal de Justiça, por meio de uma de suas Câmaras, não repetirá ou ratificará os atos praticados por juízo então competente. O Desembargador Relator ordenará a realização dos demais atos previstos na Lei nº 8.038/90. Se, por hipótese a instrução estiver encerrada, o Tribunal realizará apenas o julgamento, ordenando inicialmente a intimação das partes para oferecimento de alegações finais se a providência ainda não fora adotada na primeira instância.

No Processo-Crime de Competência Originária nº 1.0000.05.425456-0/000, relativo a homicídio envolvendo Prefeito Municipal, em tramitação junto ao Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça Mineiro, o Desembargador Relator, Herculano Rodrigues, em decisão monocrática, assim se manifestou:

[...] consoante o disposto no artigo 21 do Regimento Interno deste Tribunal, compete ao Grupo de Câmaras Criminais julgar, como Câmara Especializada, os processos criminais contra prefeitos municipais por crimes dolosos contra a vida, pelo que acertada, também, a redistribuição do processo – inicialmente enviado pela Câmara isolada – neste Grupo de Câmaras.

Destarte, regularmente distribuída a ação penal, de se dar prosseguimento ao feito, sob o rito previsto na Lei nº 8.038/90 e no Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Desnecessária, data venia, a ratificação dos atos processuais anteriormente praticados, sugerida pela douta Procuradoria de Justiça à fl. 213.

De se considerar, aqui, em se tratando de superveniência de competência hierárquica, por prerrogativa de função – de aplicação imediata aos processos pendentes –, que os atos anteriores, mesmo os decisórios, foram praticados pelo juiz natural, constitucionalmente competente à época, segundo o rito então aplicável. Esta a orientação do Supremo Tribunal Federal (HC 76.892-0, j. 18.08.1998, DJ 16.04.1999 [...])

A decisão do STF mencionada pelo Eminentíssimo Desembargador Herculano Rodrigues possui a seguinte ementa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES IMPUTADOS A EX-PREFEITO MUNICIPAL – ARTIGOS 319, 314 E 312 DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA, RECEBIDA POR JUIZ DE 1º GRAU, ANTES DO ADVENTO DA C.F. DE 1998. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA SUPERVENIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 29, X, DA C.F.) VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS, INCLUSIVE A PRÓPRIA DENÚNCIA.

Vê-se, portanto, que a decisão de Sua Excelência, respaldada inclusive em precedente do STF, é clara no sentido de que não há que se falar em repetição ou mesmo ratificação dos atos processuais realizados na ocasião em que o réu, Chefe do Poder Executivo, era detentor do direito ao foro por prerrogativa de função. O mesmo ocorrerá no sentido inverso, isto é, se o agente político perder o cargo durante a tramitação da ação penal. Nada impede, no entanto, que o magistrado, a seu talante, realize novo interrogatório.¹⁹

2.3 - NAS HIPÓTESES DE CO-AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Questão relevante e que tem suscitado dúvidas em membros do Ministério Público e Magistrados, diz respeito ao modo de proceder quando o operador do Direito se depara com condutas delituosas praticadas em concurso de pessoas, sendo que dentre elas existe um Chefe do Executivo Municipal.

A análise do problema há de ser balizada nas seguintes hipóteses: 1) em crimes dolosos contra a vida, sendo um dos processados detentor de foro por prerrogativa de função; 2) nos demais crimes da competência da Justiça Estadual, tendo um dos co-réus direito ao foro privilegiado.

¹⁹ Art. 196 do CPP

2.3.1 - QUANTO AOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Nessas hipóteses, considerando que a Constituição Federal estabeleceu a competência do Tribunal Popular para os julgamentos de crimes dolosos contra a vida²⁰ e, ainda, que o texto constitucional previu o julgamento dos prefeitos perante os Tribunais de Justiça²¹, não há dúvida, em princípio, de que o Prefeito será julgado pelo Tribunal de Justiça, por meio do Grupo de Câmaras Criminais²², e que o Tribunal do Júri julgará os demais co-réus pelo mesmo delito.

Se, por um lado, o julgamento do mesmo fato delituoso por órgãos jurisdicionais distintos pode ensejar decisões contraditórias, *v.g.*, o Tribunal de Justiça reconhece a existência do homicídio e condena o denunciado prefeito, enquanto o júri nega a ocorrência do episódio criminoso quanto aos co-réus, por outro, não se pode perder de vista que o preceito constitucional que estabelece a competência do tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e aquele que prevê o foro por prerrogativa de função para os Chefes do Executivo possuem a mesma hierarquia e, como tal, devem ser respeitados.

O correto, portanto, é desmembrar os autos quanto ao prefeito e julgá-lo pelo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça, e julgar os demais réus pelo Tribunal do Júri. Até recentemente essa era a posição pacífica dos tribunais superiores.

A matéria foi assaz debatida no julgamento do Processo-Crime de Competência Originária, autos nº 1.0000.05.423941-3/000(1), realizado no dia 09 de julho de 2007 pelo 1º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que o Desembargador Antônio Carlos Cruvinel suscitou, de ofício, como preliminar, “[...] a avocação dos processos que se encontram em Primeiro Grau pela vis atractiva da competência originária deste Tribunal”. Em outras palavras, Sua Excelência pretendeu que o julgamento dos co-réus, que não possuíam direito ao foro privilegiado, fossem também julgados pelo Tribunal de Justiça, para evitar eventuais decisões conflitantes entre a decisão do Grupo de Câmaras e do Tribunal do Júri. A preliminar foi rebatida pelos demais Julgadores, sob argumentos vários.

Sobre o tema, assim se manifestou o Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro:

[...] Embora pareça razoável a tese sustentada pelo Des. Antônio Carlos Cruvinel, a respeito dela o Superior Tribunal de Justiça decidiu um caso em

Minas Gerais, parece-me que da Comarca de Abre Campo, em que determinou que o julgamento do prefeito fosse feito pelo Tribunal de Justiça, e o do mandante e do que contratou o pistoleiro fosse feito na comarca. O julgamento não chegou a se realizar, porque, às vésperas, o prefeito renunciou, e o processo passou para a competência do juízo da comarca.

Além desse, o Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, já desmembrou processos envolvendo vários réus, em que entre um dos denunciados, estava alguém sob jurisdição do Supremo. O Supremo entendeu que esse desdobramento era válido, podendo ser feito com fundamento no art. 80 do Código de Processo Penal [...]

O posicionamento do Desembargador Joaquim Herculano Rodrigues foi do seguinte teor:

[...] Inexistindo prerrogativa de foro para o co-réu, exsurge a competência do júri popular para julgá-lo, devendo os dispositivos constitucionais serem harmonizados, isto é, mantém-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, o prefeito (art. 29, X, CF); e, com relação ao co-réu, a competência é do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, CF). Precedentes do STJ e STF [...]

Eis um trecho do voto da Desembargadora Jane Silva:

Na realidade, tanto a competência do Tribunal do Júri, como a do Tribunal de Justiça para julgamento do prefeito são competências de natureza constitucional, portanto, se equivalem. Os dois comandos devem ser obedecidos, e não podemos admitir, com toda vênua ao eminente Des. Antônio Carlos Cruvinel, que normas de conexão determinadas por normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal, possam prevalecer sobre normas de competência fixadas pela Constituição.

Assim, pedindo vênua ao eminente Des. Antônio Carlos Cruvinel, acompanho o posicionamento do Des. Herculano Rodrigues, por entender que, em virtude de disposição constitucional, as pessoas comuns que também foram envolvidas no fato criminoso devem ser julgadas pelo Tribunal do Júri, porque a Constituição Federal assim determina, enquanto o prefeito, também por determinação constitucional, deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça, não prevalecendo as normas infraconstitucionais constantes do Código de Processo Penal.

Em oportunidades distintas, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram no sentido de que, em hipóteses tais, não existe a atração de julgamento de co-réus em crimes dolosos contra a vida, sendo um deles detentor de foro por prerrogativa de função.

COMPETÊNCIA – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA – INEXISTÊNCIA DE ATRAÇÃO – PREVALÊNCIA DO JUIZ NATURAL – TRIBUNAL DO JÚRI – SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS.

²⁰ Art. 5º, XXXVIII, “d”, CF.

²¹ Art. 29, X, CF.

²² Art. 21, II, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

[...]

O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea 'd' do inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal.

Envolvidos em crime doloso contra a vida Prefeito e cidadão comum, biparte-se a competência, processando e julgando o primeiro o Tribunal de Justiça e o segundo o Tribunal do Júri [...]²³

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO TENTADO E CONSUMADO DUALMENTE QUALIFICADO CONTRA A MULHER DO PREFEITO, A MANDO DESTES. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. ARGÜIÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO E FALTA DE PROVAS DA AUTORIA. IMPROCEDÊNCIA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR O PREFEITO, NÃO O CO-RÉU QUE NÃO POSSUI PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. CISÃO DO PROCESSO. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO

[...]

5. Inexistindo prerrogativa de foro para o co-réu, exsurge a competência do Júri Popular para julgá-lo, devendo os dispositivos constitucionais serem harmonizados, isto é, mantém-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, o Prefeito (art. 29, inciso X, CF); e, com relação ao co-réu, a competência é do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, CF). Precedentes do STJ e do STF.²⁴

Em decisões recentes, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça, com supedâneo em manifestações do Supremo Tribunal Federal, admitiu o julgamento de co-réus em crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal de Justiça.

No *Habeas Corpus* nº 42.576, de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, da 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, foi decidido:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ART. 312 DO CPP. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 52-STJ. PREFEITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CONTINÊNCIA. UNIDADE DE PROCESSO E JULGAMENTO. GRADUAÇÃO DE JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE NULIDADE ABSOLUTA.

²³ STF - HC nº 70581-2- Alagoas – Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 21.09.1993 – DJ 29.10.1993

²⁴ STJ – HC nº 36.844 – MA (2004/0100656-7) – Rel. Ministra Laurita Vaz

[...]

O foro por prerrogativa de função relativo aos Prefeitos Municipais tem assento na Constituição Federal. Embora a competência do Tribunal do Júri também decorra de norma constitucional, o foro do Tribunal de Justiça prevalece sobre o Colegiado Popular, em razão da maior graduação daquele sobre este, conforme dispõe o art. 78, inciso III, do Código de Processo Penal.

Ordem parcialmente concedida para que seja determinada a remessa dos autos da Ação Penal nº 000.304.011.362-7, em trânsito perante o Juízo de Direito da Comarca de Abre Campo/MG, ao Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo em vista a sua atração por continência ao foro por prerrogativa de função do co-réu e Prefeito [...]

Em seu voto, o Ministro Relator fez alusão à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 83.583/PE, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, cuja ementa é do seguinte teor:

COMPETÊNCIA. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. ATRAÇÃO POR CONEXÃO DO CO-RÉU AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.

1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativa de função (CF, art. 105, I, 'a'), todos os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão. Incidência da Súmula 704/STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República. Precedentes.²⁵

Em seu voto, a Ministra Relatora transcreve a Súmula nº 704 daquele Sodalício, *in verbis*:

Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

Pelo que se observa, estamos vivenciando uma mudança de postura do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria que, como salientado, até recentemente era pacífica, no sentido de que, nas hipóteses de concurso de pessoas, sendo um deles detentor de foro privilegiado, deveria ser procedido ao desmembramento do feito, sendo julgado pelo Tribunal de Justiça somente aquele, e os demais, pelo Tribunal do Júri.

2.4 - QUANTO AOS DEMAIS CRIMES DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

Muito embora a questão pareça simples, temos observado que, em alguns casos, juízes e promotores de justiça têm encontrado alguma

²⁵ HC 83.853-0 – Pernambuco, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.04.2004 – DJU 07.05.2004

dificuldade para estabelecer a competência para julgamento de crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante, quando há concurso de pessoas, sendo uma dessas detentora de foro privilegiado. Oportunidades houve em que o Ministério Público ofereceu denúncia contra os co-réus que não detinham o privilégio, narrou na citada peça a participação do alcaide, não o incluiu na imputação e postulou a remessa de cópia dos autos à PJCCAP para ajuizamento de outra ação penal contra o Prefeito.

Em casos tais, é de se observar o preceito constitucional que estabelece o foro por prerrogativa de função para o julgamento de ações penais movidas contra os prefeitos municipais²⁶. No que concerne aos co-réus, a competência é determinada pela continência²⁷, sendo obrigatória a união dos processos para viabilizar o julgamento conjunto, ocorrendo o fenômeno denominado *vis attractiva*, em que há predominância da jurisdição de maior graduação sobre a de menor grau.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CONCURSO DE PESSOAS. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO EM RELAÇÃO A CO-RÉU COM PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA DETERMINADA POR CONTINÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DE UNIÃO DOS PROCESSOS NA JURISDIÇÃO PREDOMINANTE, DE MAIOR GRADUAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 77, I, 78, III, E 79, CAPUT, DO CPP. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O reconhecimento da prerrogativa de função de um dos co-réus em processo da competência do Juiz singular impõe, à luz dos arts. 77, I, 78, III, e 79, caput, do CPP, a modificação da competência pela continência e a unidade dos processos na jurisdição predominante, qual seja, a de maior graduação.

2. A eventual e justificada necessidade de separação dos processos de co-réus prevista no art. 80 do CPP somente pode se dar no âmbito do mesmo órgão jurisdicional. Precedentes desta Corte e do STF.

3. Recurso a que se dá provimento para determinar a competência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para processar e julgar o co-réu, ora paciente, no Processo nº 2003.70.00.084229-4, anulando-se todos os atos praticados pelo Juízo de primeiro grau a partir do recebimento da denúncia, inclusive.²⁸

Este é também o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal:

²⁶ Art. 29, X, CF

²⁷ Arts. 78, III, e 79, CPP

²⁸ RHC 17377/PR 2005/0033369-8, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima 5ª Turma, J. 13.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 395

COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NA DICÇÃO DA ILUSTRADA MAIORIA (SEIS VOTOS A FAVOR E CINCO CONTRA), EM RELAÇÃO A QUAL GUARDO RESERVAS, COMPETE AO Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse ou não, qualificação de superior.

[...]

CRIME – PREFEITO – DECRETO-LEI Nº 201/67 – CO-RÉUS. O princípio da continência atrai a propriedade do ajuizamento da ação penal, a partir do Decreto-Lei nº 201/67, pouco importando que um dos co-réus não tenha ligação funcional com a Prefeitura [...]²⁹

2.5 - ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATUAR NOS CASOS DE CRIMES ENVOLVENDO PREFEITOS

A Constituição da República estabelece que “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”³⁰. A Lei Complementar nº 34, de 12.09.1994³¹, por sua vez, prevê a atribuição do Procurador-Geral de Justiça para ajuizar ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça, nela oficiando³².

No Estado de Minas Gerais, por meio da Resolução-PGJ nº 37, de 26 de julho de 2000, foi criado o Grupo Especial de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais, que concentra as atribuições do Ministério Público nas hipóteses de crimes que envolvem Prefeitos Municipais, detentores de foro por prerrogativa de função.

Os integrantes da Procuradoria de Justiça Especializada exercem as atividades por delegação do Procurador-Geral de Justiça, como autoriza o art. 69, XIII da Lei Complementar nº 34, de 12.09.94³³, nos casos de crimes em que o Chefe do Executivo Municipal figura como autor ou partícipe, previstos no Código Penal ou nas leis especiais.

2.5.1 - FORMA DE ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO INTEGRANTES DA PJCCAP

Considerando que os Procuradores de Justiça que integram o Grupo Especial atuam por delegação do Procurador-Geral de Justiça, o princípio da

²⁹ HC nº 73173-2 RS, Rel. Min. Marco Aurélio Melo, j. 09.02.1996, DJ 09.02.1996

³⁰ Art. 28, § 5º, CF

³¹ Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

³² Art. 69, VI, LOMP/MG

³³ Referido dispositivo prevê a possibilidade do Procurador-Geral de Justiça delegar a outro membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução

independência funcional é mitigado em prol de uma harmonização do Órgão de Execução, que é único e exerce o múnus público com a mesma finalidade, em nome do Chefe da Instituição.

Em que pese haver uma polêmica em torno da possibilidade ou não do Ministério Público desenvolver investigações no âmbito criminal³⁴, o Grupo Especial, por seus integrantes, ao receber as notícias de crimes envolvendo prefeitos municipais, oriundas do Poder Legislativo Municipal, Ministério Público local, Poder Judiciário e outros órgãos e até mesmo de cidadãos comuns, dá início às apurações, com base na Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 14 de setembro de 2004, que regulamenta o art. 67, I, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal.

Encerrada a fase inquisitória, não havendo elementos que autorizem a instauração de ação penal, o Órgão Ministerial requer o arquivamento do feito, em manifestação dirigida ao Tribunal de Justiça, sendo que a decisão é monocrática, a ser proferida pelo Desembargador relator, a quem competir por distribuição.³⁵

Lado outro, presentes os requisitos legais, a denúncia é oferecida, tramitando o feito nos moldes estabelecidos pela referida Lei, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, e que igualmente é aplicável nas hipóteses de crimes envolvendo Prefeitos Municipais, que são julgados pelos Tribunais de Justiça.

É importante ressaltar que, consoante pacífica jurisprudência dos nossos tribunais, nas hipóteses em que o Procurador-Geral de Justiça requer o arquivamento de inquérito policial, peças de informação ou de Procedimento investigatório Criminal, o Tribunal de Justiça não pode rejeitar o pedido, não sendo aplicável, no caso, o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.

Acerca do tema, o Eminentíssimo Desembargador Gudestev Biber assim já se pronunciou:

O pedido de arquivamento de inquérito, quando feito pelo chefe do Ministério Público, vincula o Tribunal. Assim tem entendido os Tribunais superiores, especialmente o Pretório Excelso (RTJ 57/155).

Inquérito - Ação penal - Titularidade do Procurador Geral da República, que requer o arquivamento

da representação. Não cabe ao Tribunal examinar-lhe o mérito, senão aceitar-lhe a decisão, como titular que é da ação penal. Jurisprudência da Corte. Agravo regimental improvido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RTJ 116/7).

No mesmo sentido

RTJ 128/485, RTJ 73/1, Ag. nº 136.097-6-ES, "DJU" de 15/12/91, pág. 897, e mais recentemente no Inquérito nº 719-6-AC, de que foi Relator o Min. SYDNEY SANCHES ("DJU" de 24/09/93, pág.19.574, RTJ 148/125; ; Questão de Ordem em Ação Penal nº 371-3/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, "DJU" de 04/06/04, pág. 29; Ag. Reg. Na Petição nº 2.509-1-MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "DJU" de 25/06/04, pág; 3/4; Emb. Decl. no RE 202.097-4-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "DJU" de 27/08/04; Inq. 2.090-7/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, "DJU" de16/08/05, pág. 7/8; Inq. 2.000-1/AC, Rel. Min. EROS GRAU, "DJU" de 10/03/06, pág. 60; RTJ 57/155; RTJ 69/6; RTJ 116/7; RTJ 190/894.).

2.6 - ALGUMAS NUANÇAS DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI Nº 8.038/90

Há uma peculiaridade na tramitação da ação penal originária, pois a Lei nº 8.038/90 estabelece um contraditório preliminar, com a apresentação de resposta escrita por parte do denunciado e, em havendo juntada de documentos, sobre eles o Ministério Público se manifestará³⁶. A decisão acerca do recebimento ou não da denúncia se dá em sessão da Câmara, precedida de sustentação oral das partes, sendo que a turma julgadora é composta dos seus cinco integrantes.³⁷

A instrução criminal é dirigida pelo Desembargador Relator, como juiz monocrático³⁸, que poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem³⁹.

Encerrada a fase instrutória, as partes apresentarão alegações finais escritas, sendo que o julgamento final também se dá em sessão com câmara cheia (cinco desembargadores), precedida de sustentações orais do Procurador de Justiça e do Advogado.

Das decisões que recebem ou rejeitam a denúncia, assim como das condenatórias e absolutórias, são cabíveis embargos de declaração e recursos especial e extraordinário, independentemente da natureza do delicto. Não cabem, portanto, recurso em sentido estrito ou mesmo de apelação.

³⁶ Arts 4º e 5º da Lei nº 8.038/90

³⁷ Art. 23, I, "a", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

³⁸ Art. 2º e parágrafo único, Lei nº 8.038/90

³⁹ Art. 9º, § 1º, Lei nº 8.038/90

³⁴ Matéria que, por sua extrema complexidade e importância, será discutida em separado

³⁵ Art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90

2.6.1 - O EXERCÍCIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Carta Política de 1988 não só assegurou ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, inc. I) como atribuiu-lhe **o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva** (art. 129, inc. VI), requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, inc. VIII) e **exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade** (art. 129, inc. IX). Nesse contexto incluem-se os poderes próprios de investigação, que não lhe podem ser negados porque são inerentes às suas funções constitucionais em matéria criminal.

A doutrina⁴⁰ e a jurisprudência⁴¹ convergem para esta orientação. Por sua perfeita síntese, convém transcrever o autorizado magistério de Hugo Nigro Mazzilli:

O Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, poder este que não está obviamente limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a opinião delicti e promover em juízo a defesa do jus puniendi do Estado soberano [...], a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário⁴².

O exercício da ação penal pública foi conferido ao Ministério Público de forma exclusiva. Desta forma, quando vislumbrar suficientes indícios de autoria e prova da materialidade, é obrigado a oferecer a denúncia. Para conferir justa causa à

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, "Processo Penal", 4ª ed., Ed. Atlas, 1995, n. 3.1.2, pág. 77, e "Código de Processo Penal Interpretado", 2ª ed., Ed. Atlas, 1995, nota 4.4 ao art. 4º, pág. 36; RENÉ ARIEL DOTTI, *O Ministério Público* ..., ob. cit., p. 130; MARCELO POLASTRI LIMA, *Ministério Público e Perseguição Penal*, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 1997, pp. 84/92; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, *Curso de Processo Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2001, 2ª ed., pp. 104/108; CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Bauru, EDIPRO, 2002, vol. 1, p. 179-185.

⁴¹ Cf., v.g., STF, 2ª Turma, HC n.º 77.371-3/SP, rel. Min. NELSON JOBIM, DJ 23/10/98; STF, RHC n.º 37.053, rel. Min. NELSON HUNGRIA, RF 197/298; STJ, 5ª Turma, RHC 3.457-2/SP, j. em 18/04/94, Rel. Min. FLÁQUER SCARTEZZINI; STJ, 6ª Turma, RESP n.º 223.395/RJ, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 12/11/2001, p. 176; STJ, 5ª Turma, HC n.º 7.445/RJ, 5ª Turma, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 01/02/99; STJ, 5ª Turma, HC n.º 10.275/PB; TJRS, Câmara de Férias, HC 690000351, j. 4.1.90, RT 651/314-321; TARS, JTAERGS 79/128.

⁴² Cf. *O controle externo da atividade policial*, Revista dos Tribunais vol. 664, p. 392; também, do mesmo autor, "Regime Jurídico do Ministério Público", 2ª Edição, Ed. Saraiva, 1995, pág. 228

ação penal, o Ministério Público utiliza sobretudo do inquérito policial. Contudo, atenta ao Código de Processo Penal (arts. 12, 27, 39, §5º e 46, §1º), a doutrina sempre se referiu ao inquérito como um instrumento **facultativo e dispensável**⁴³ para o exercício, pelo *dominus litis*, do seu direito de ação⁴⁴. E nessa linha alinhou-se a jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal⁴⁵.

Na precisa lição de Pedro Henrique Demercian⁴⁶:

"A Constituição de 1988 não alterou esse quadro institucional: dentre os diversos órgãos que o Estado mantém para propiciar segurança pública, limitou-se a indicar qual deles tem a incumbência específica de investigar as infrações penais e de exercer a polícia judiciária (C.F., art. 144, § 4º). Daí não se pode extrair a exclusividade para o seu exercício. É que a norma não pode ser interpretada fora do contexto em que foi concebida, em dissonância com os demais princípios da Constituição Federal⁴⁷.

Na verdade, o poder de investigação próprio é instrumento inerente ao dever de ajuizar a ação penal pública, pois ela fica comprometida quando a fase pré-processual não é desenvolvida com a necessária eficiência. Como bem observa José Frederico Marques⁴⁸, o Código de Processo Penal sempre conferiu a outras autoridades administrativas os poderes para investigar amplamente a respeito dos delitos que possam

⁴³ O inquérito policial e o termo circunstanciado nas infrações penais de menor potencial ofensivo são apenas obrigatórios para a autoridade policial.

⁴⁴ Cf. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO – *Processo Penal*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 175-176; JOSÉ FREDERICO MARQUES – *Elementos*..., cit., vol. I, 76 e 79, p. 143 e 146-147; HÉLIO TORNAGHI – cit., p. 138; EDUARDO ESPINOLA FILHO – *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, vol. 1, n. 37, p. 246-248.

⁴⁵ Cf., v.g., RTJ 76/741 e 64/343; também HC 41.205, Pleno, j. em 10/3/65, Rel. Min. VICTOR NUNES; RHC 58.644, j. em 10/3/81, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 22/5/81, pág. 4.736, RTJ 101/571; RHC 58.743, j. em 10/3/81, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 8/5/81, pág. 4.117, RTJ 101/580; RHC 62.300-RJ, j. em 13/12/84, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, j. em 13/12/84, DJU de 15/3/85, pág. 3.137.

⁴⁶ Cf. *O Monopólio da Ação Penal Pública*, tese de doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Hermínio Alberto Marques Porto, Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica, 2001.

⁴⁷ Cf. ANTONIO SCARANANCE FERNANDES – *Constituição da República. Código de Processo Penal e sua reforma*, in *Justiça penal: críticas e sugestões*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária - Revista dos Tribunais. 1984, p. 63; JULIO FABBRINI MIRABETE - *Processo Penal*, cit., p. 77; VICENTE GRECO FILHO – *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 82.

⁴⁸ Cf. *Elementos* ..., ob. Cit., vol. 1, p. 140.

interferir na sua órbita de atividade. Em outras palavras, não se pode conceber um Promotor de Justiça inerte, colocado na posição de mero espectador das investigações que se sucedem, aguardando, ao talante da autoridade policial, que o inquérito seja relatado, para só então decidir se propõe a ação penal (e em que termos), se arquiva o procedimento investigatório ou se requisita outras diligências. Aliás, é intuitivo que o Ministério Público deva dispor de mecanismos técnico-jurídicos que o permitam exercer **plenamente** a sua função primordial, isto é, a *persecutio criminis* em juízo.

Corroborando tal entendimento, o eminente Ministro Joaquim Barbosa, do Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente voto (01/07/03) proferido no julgamento do HC 83.157, consignou que “A Constituição não criou o Ministério Público para ser um órgão inerte”, acrescentando que “o Ministério Público deve investigar sempre que fatos delituosos cheguem ao seu conhecimento”.

A investigação criminal é uma atividade de autodefesa da sociedade e, por isso, compreende-se que o Estado se organize para exercê-la, atribuindo-a à Polícia Judiciária. Porém, se esta não proceder a uma adequada apuração do fato delituoso, em prejuízo da persecução penal, a interferência do Ministério Público verificar-se-á para assegurar o sucesso dessa atividade, na qual o *dominus litis* tem evidente interesse. Ademais, o exercício eficiente e responsável da ação penal pelo Ministério Público insere-se também na garantia da segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (art. 144, *caput*, CF). De fato, a prevenção da criminalidade não interessa, apenas, aos órgãos de polícia.

Essa é a lição do renomado Professor José Afonso da Silva em seu consagrado manual:

Mas a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população⁴⁹.

Em verdade, as funções do Ministério Público na *persecutio criminis*, promovendo a ação penal e acompanhando a investigação policial, também compõem o sistema estatal de prevenção à criminalidade. Sobre este aspecto do Ministério

Público, afirma Renè Ariel Dotti:⁵⁰

Como órgão de promoção e fiscalização da lei, como parte instrumental que promove a ação penal ou civil, que requisita os elementos de investigação e quaisquer diligências para a descoberta da verdade material, o Ministério Público é uma das instâncias formais de controle da criminalidade e da violência. A sua posição foi posta em destaque com muita clareza por Sessar, lembrando que se a vítima é a instância mais importante no que toca à iniciativa e controle do delito, o Ministério Público é, seguramente, a mais relevante no que toca ao seu desfecho.

Não é por outro motivo que a Constituição Federal, em seu artigo 127, definiu o Ministério Público como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, impondo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Na mesma linha, o artigo 129, inciso II, da Carta Magna também lhe atribuiu o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. A compatibilidade do exercício da atividade investigatória com as funções institucionais do Ministério Público pode ser verificada, também, pelo disposto no art. 129, inciso IX, que confiou a esta Instituição **o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade**.

Sendo assim, não se pode subtrair do Ministério Público seu dever, como órgão incumbido de defender a sociedade, de agir em prol da segurança pública, cumprindo-lhe, pois, atentar para a prevenção da criminalidade, em defesa de um direito fundamental assegurado a todos pela Constituição.

A Carta Política, em seu art. 129, inciso VI, confere ainda ao Ministério Público o poder de expedir notificações e proceder a requisições de informações e documentos nas investigações que diretamente realizar, tanto na área cível como criminal. **Este dispositivo constitucional, desta forma, assegura a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos próprios para a coleta de elementos de convicção para a formação da *opinio delicti***. Sobre o tema Hugo Nigro Mazzilli⁵¹ ressalta que

[...] se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. O inquérito civil nada mais é que uma espé-

⁵⁰ cf. *O Ministério Público* ..., ob. cit., p. 138.

⁵¹ *Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo, Editora Saraiva, 2ª ed., 1995, p. 228; CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, *Comentários* ..., ob. cit., p. 181.

⁴⁹ “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1990, pág. 650; sem destaque no original

cie de procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais.

Na esteira do que até aqui se sustentou, não é demais rechaçar os argumentos daqueles que enxergam, nos procedimentos investigatórios criminais, ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estabelecendo equivocada equivalência entre os mesmos e os processos judiciais.

Ora, é por demais evidente que, nessa etapa preparatória da *persecutio criminis*, não vige a obrigatoriedade de observância dos princípios constitucionais referidos no art. 5.º, LV, da Constituição Federal, garantias dos **acusados** nos processos judiciais e administrativos, sendo apenas informativa a finalidade daqueles procedimentos.

A esse respeito, o Pretório Excelso tem se posicionado no sentido de que:

[...] a investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. (STF – 1ª T. – HC n.º 69.372/SP – Rel. Min. Celso de Mello, diário da Justiça, Seção I, 7 maio 1993, p. 8328).

Dessarte, as investigações criminais não devem ser consideradas processo judicial nem processo administrativo, não havendo nelas a figura de “litigantes” ou “acusados”, por ausência de conflito de interesses, de relação jurídica processual e do início da ação penal. A fase é considerada como procedimento administrativo, de cunho inquisitório.

Assim, orientado pelo comando do art. 129, inciso VI, da Constituição Federal, o art. 26, inciso I, letras “a” e “b”, da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) prevê a expedição de notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos, bem como a requisição de informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos públicos.

Semelhante dispositivo está previsto na Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigos 7.º, inciso I; 38, inciso I; e art. 150, inciso I, todos da Lei Complementar n.º 75/93), o mesmo ocorrendo nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais.

É necessário reconhecer que todas estas normas e aquelas previstas no Código de Processo Penal⁵², que dispensam o inquérito policial e admitem a pesquisa direta de elementos de convicção para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal pública, inserem-se no âmbito das funções institucionais do Ministério Público previstas na Constituição Federal.

Em razão de tudo isso, a pretensão de se restringir a atuação investigatória do Ministério Público, na seara criminal, apenas à requisição de diligências e de instauração de inquérito policial, não deve prosperar, diante da manifesta constitucionalidade do art. 26, inciso I, da Lei n.º 8.625/93 e dos artigos 7º, inciso I; 38, inciso I; e art. 150, inciso I, todos da Lei Complementar 75/93.

Igualmente insubsistentes as teses que sustentam a inconstitucionalidade dos dispositivos que tratam da possibilidade de apresentação e produção de provas, pelo Ministério Público, em sede de inquéritos instaurados a seu requerimento, ou, de ofício, pela Autoridade Policial, *ex vi* dos artigos 7º, incisos II e III; 38, incisos II e III; e 150, incisos II e III, todos da Lei Complementar n.º 75/93.

Com efeito, após deflagrado o procedimento investigatório, muito embora o art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal não faça expressa menção à possibilidade de que o Ministério Público apresente e produza provas, tem-se que os dispositivos legais supra referidos não afrontam a Magna Carta, ao contrário integram e complementam o comando constitucional, posto que se afiguram consequência natural do próprio poder de requisição do inquérito policial.

Afinal, se o manejo da prerrogativa requisitória dá-se, via de regra, com o recebimento da *delatio criminis* pelo Órgão Ministerial, que, considerando-a verossímil, provoca a atuação da polícia judiciária, nenhuma razão lógica haveria em obstar-se o acompanhamento do curso investigatório pelo *Parquet*, inclusive com a apresentação de novos elementos informativos de que tenha tido conhecimento posteriormente à notícia primeva.

Insta salientar que a noção de acompanhamento traz consigo a faculdade de orientar e participar ativamente das investigações, principalmente porque o objetivo do inquérito policial ou quaisquer outros procedimentos investigatórios levados a efeito pelos órgãos policiais, não possuem outra finalidade senão a de proporcionar elementos informativos para o exercício da ação

⁵² Arts. 12, 27, 39, §5º, 46, §1º, e art. 47: Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

penal. Observa Ela Wiecko V. de Castilho que “a atividade de orientação e participação das investigações verifica-se em função do interesse punitivo do Estado”⁵³. Acompanhar e orientar sobre o que interessa ser esclarecido para a formação da *opinio delicti*.

Decorre das considerações acima esposadas, a conclusão inarredável de que o sistema constitucional brasileiro contempla o chamado “princípio da universalização da investigação criminal”, segundo o qual as polícias não são os únicos órgãos autorizados a proceder a investigação criminal.

Segundo lição de Walter Foletto Santin, em acurado estudo desenvolvido na obra **O Ministério Público na Investigação Criminal**:

O princípio é da universalização da investigação, em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3.º, Constituição Federal), o exercício das ações penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III e VI, CF), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, *caput*, CF), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, § 1.º, I e § 4.º, CF), o acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV, CF) e o princípio da igualdade (art. 5.º, *caput* e I, CF)⁵⁴

De fato, não pretendeu o legislador constituinte originário conferir a único e determinado órgão estatal o monopólio da investigação criminal, tanto que as comissões parlamentares de inquérito estão autorizadas a desenvolver referida atividade, com amplos poderes, “próprios das autoridades judiciais”, sendo inegáveis os resultados positivos advindos da atuação investigativa levada a efeito pelos Parlamentos Brasileiros.

Do mesmo modo, o art. 28 da Lei n.º 7.492/86 atribui à comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central do Brasil o dever de informar ao Ministério Público a ocorrência de crime, o que, decerto, somente acontecerá no bojo de alguma apuração. Também os agentes fiscais tributários, que no desenvolvimento de suas típicas funções, podem até mesmo ultrapassar a garantia do sigilo financeiro (art. 6.º da Lei Complementar

n.º 105/2001). O Instituto Nacional do Seguro Social somente desvenda os chamados crimes previdenciários na apuração de eventuais fraudes.

Registre-se também que a recente decisão do Pretório Excelso, na ADIN n.º 1517-UF, reconhecendo como possível a atuação do juiz em sede investigatória de coleta de provas – a qual poder-se-ia objetar que comprometeria sua imparcialidade no ato de julgar –, nos leva à conclusão inafastável de que, com muito mais razão dever-se-á admitir a atuação do Ministério Público, órgão detentor da titularidade privativa do exercício da ação penal pública e, portanto destinatário imediato de qualquer investigação criminal, cuja intervenção pré-processual autônoma terá por objetivo garantir a apuração isenta e rigorosa, de quaisquer violações às leis penais, evitando-se a ocorrência de um prejuízo potencial ao interesse público.

Aliás, o art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, recepcionado pela Constituição da República, já previa a possibilidade de investigação também por outras autoridades administrativas, emparelhando à investigação policial outras realizadas em diversas esferas.

O raciocínio da exclusividade da investigação policial exclui não só o Ministério Público, mas também outras instituições, sendo injustificável e incompreensível o entendimento de que as polícias possam deter o monopólio das atividades de investigação.

Saliente-se, ainda, como bem asseverado por SANTIN, que

O reconhecimento do monopólio investigatório das polícias fere o princípio da igualdade (art. 5.º, *caput* e I, CF), tendo em vista que a polícia é dependente do Executivo, o qual pode exercer direta influência sobre o trabalho de investigação e impedir a apuração de crimes de pessoas influentes social ou politicamente.⁵⁵

Em complementação ao princípio da universalização da investigação criminal por outros órgãos públicos, cabe refutar, então, o frágil fundamento de que a condução das investigações policiais seria monopólio das Polícias Cíveis, Estaduais e Federal. Senão vejamos.

A Constituição, em seu art. 144, na única alusão que faz ao termo “exclusividade” (inciso IV do § 1.º), tão somente pretendeu afastar a superposição de atribuições entre a Polícia Federal e as Polícias Rodoviária e Ferroviária – também vinculadas à União, mas que têm funções de simples patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais, respectivamente –, bem como entre a Polícia Federal (propriamente dita) e as Polícias

⁵³ DE CASTILHO, Ela Wiecko V. *Investigação Criminal pelo Ministério Público*. Boletim dos Procuradores da República, n. 11, ano I, março 99, p. 4.

⁵⁴ SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na Investigação Criminal*. 1. ed. Edipro, São Paulo: 2001. p. 60.

⁵⁵ *Op. cit.* p. 64

Civis dos Estados, impedindo que haja a invasão das respectivas esferas de atuação.

Com efeito, a destinação específica das polícia federal e das polícias civis na apuração de crimes e exercício de polícia judiciária não quer dizer que as demais polícias não possam investigar, porque o objetivo estatal é o exercício da segurança pública, que pressupõe a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, *caput*, CF). No trabalho ostensivo é visível a atividade de investigação para a detecção da preparação ou início da execução de crime e para a sua imediata repressão, que se encaixa no exercício de atividade de apuração de crimes. As atividades de prevenção, repressão e investigação são interligadas e a busca do interesse público exige que todas exerçam estas funções; a posição restritiva afrontaria a finalidade de prestação de segurança pública integral pelo Estado (art. 144, *caput*, CF) e de forma eficiente (art. 37, *caput*, CF). O interesse social deve sobrepor-se ao interesse corporativo de algumas das polícias de monopolizarem determinadas atividades.

Portanto, monopólio, ou direito exclusivo, não serve à questão da segurança, porque sugere disputa de poder, o que não pode existir. O Estado Democrático de Direito se orienta pelo implemento de sistemas de freios e contrapesos, de molde que a filosofia de controle se encontra exposta na própria opção pela tripartição dos poderes da República, refletindo-se no restante do ordenamento. Tome-se como parâmetro o Ministério Público no exercício da ação civil pública. Embora o Órgão Ministerial esteja constitucionalmente encarregado da tutela de interesses de ordem difusa e coletiva, essa responsabilidade não é privativa, visto que compartilhada por outros segmentos sociais legalmente legitimados para o mesmo fim.

Finalmente, demonstrada à saciedade a inconveniência e a irrazoabilidade de qualquer tipo de monopólio acerca da atividade persecutória criminal, cabem algumas considerações a respeito da condição de *dominus litis*, conferida, com exclusividade, ao Ministério Público (art. 129, inciso I, CF/88), que justificam a ampla possibilidade de coleta direta de elementos probatórios pelo *Parquet*, indispensáveis ao correto exercício da ação penal e à defesa dos direitos inculpidos no art. 5.º da Constituição Federal, dentre eles o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nesse sentido, para o efetivo desempenho da titularidade exclusiva da ação penal, de regra, indispensável se faz a realização de uma investigação preliminar que dê subsídios à propositura da exordial acusatória, posto que sem a existência de indícios de autoria e prova de materialidade não pode o *Parquet* deflagrá-la.

Percebe-se então que o exercício dessa atividade atribuída ao Ministério Público apresenta, no mais das vezes, grande dependência das investigações preliminares, ou seja, o exercício da atividade-fim (propositura da ação penal) está intimamente ligado a realização da atividade-meio (investigação preliminar).

Assim sendo, com respaldo na *Teoria dos Poderes Implícitos*, conclui-se que, se o constituinte atribuiu a uma determinada instituição uma atividade-fim, também está ele, ainda que implicitamente, lhe outorgando a atividade-meio, pois, do contrário, aquela atividade restaria prejudicada, não passando a disposição constitucional que a previu de uma determinação vazia e sem efetividade prática.

De fato, é inimaginável adotar-se a tese que limita as atividades do Ministério Público na primeira fase da persecução penal, envolvendo esta Instituição de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF) em uma forma de passividade e conformismo com o resultado das investigações realizadas pela Polícia Judiciária, tornando o Promotor de Justiça ou Procurador da República um mero espectador do desenvolvimento (ou não) da apuração das infrações penais.

Em verdade, aqueles que preconizam o sistema no qual apenas a Polícia Judiciária pode realizar diligências investigatórias transformam o Promotor de Justiça em mero **repassador** da prova colhida por outra Instituição. Tal procedimento, como já aclarado, está sujeito a graves distorções e deficiências, que não asseguram uma perquirição da verdade real com a necessária eficácia e agilidade, prejudicando o exercício da titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público.

Como se sabe, a autoridade policial e o membro do Ministério Público vivem realidades diferentes. Em geral, aquela está em contato direto com a realidade do crime e tem a percepção direta de suas conseqüências, enquanto o Promotor de Justiça, assumindo uma posição dicotômica, deve acompanhar a investigação criminal e promover em juízo a persecução penal. A atuação do Ministério Público nestas fases (investigatória e processual) é distinta, determinada, até mesmo, pelas regras do ordenamento jurídico que as orientam. Desta forma, é mais do que razoável que o Ministério Público pesquise diretamente a prova que lhe servirá como base para a promoção da ação penal, quando necessário. Aliás, este aspecto da persecução penal foi analisado por René Ariel Dotti⁵⁶ com a sua notória percuciência:

Este é um problema permanente e tortuoso não somente no campo das relações entre o Ministério Público e a Polícia como também no quadro dos

⁵⁶ Cf. *O Ministério Público ...*, ob. cit., p. 140-141.

interesses sociais. A instrução preparatória que seria o objetivo essencial do inquérito policial geralmente perde esse caráter quando a investigação é mal dirigida ou se extravia de rumo. Ao titular da ação penal se sobrepõe o titular do inquérito. Este deveria servir àquela porém a colisão de concepções em torno do fato delituoso, seus agentes e suas circunstâncias fazem de ambos os senhores os protagonistas principais de um litúgio não declarado mas nem tanto encoberto a prenunciar o confronto entre o réu e a vítima. Em síntese: a denúncia que deveria transmitir a convicção pessoal do agente do Parquet, extraída de um contato direto com os meios de provas, se converte na síntese de uma presunção de culpa decorrente da leitura das peças de informação. E quantas vezes o registro do interrogatório, das declarações e dos depoimentos é uma ficção diante do que efetivamente foi dito pelo indiciado, pela vítima e pelas testemunhas?

Com a mesma orientação, Hélio Pereira Bicudo⁵⁷ assevera que no sistema pelo qual o Ministério Público limita-se a iniciar a ação penal, esta Instituição perde a dimensão que deve ter, em detrimento do bom funcionamento de todo o aparelhamento judiciário. Esclarece o eminente jurista:

Transformado em mero repetidor da prova nos pretórios, o órgão do Ministério Público não cumpre, adequadamente, as suas tarefas, dando-se à ação penal uma configuração menos fiel ao seu sentido, porque deixa ela de refletir, na sua pureza, a pretensão punitiva do Estado, para transformar-se em veículo das imperfeições policiais.

Portanto, compete ao Ministério Público a tarefa que lhe foi constitucionalmente confiada de não só fiscalizar as atividades da Polícia Judiciária, no curso da investigação policial, como promover as medidas necessárias para a diminuição da criminalidade, aprimorando a apuração da infração penal e especialmente atuando de modo a reprimir as irregularidades ou abusos cometidos por agentes públicos.

Outrossim, o monopólio das investigações criminais a cargo das polícias, significa o controle do Poder Executivo sobre todas as atividades apuratórias dos ilícitos penais, e em última análise, sobre um dos primordiais instrumentos de política de segurança pública, o que não se coaduna com o comando do artigo 144, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual, “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

É evidente que não pretende o *Parquet* tomar para si a tarefa exercida pelas polícias, ou, como dizem

alguns, assumir a presidência de inquéritos policiais no lugar dos delegados, o que se caracterizaria como rematado absurdo. Seria reivindicar para o Ministério Público a exclusividade que não se quer admitir seja conferida a qualquer outro órgão.

Aliás, na oportunidade em que se demonstrou a absoluta pertinência das investigações criminais efetuadas pelo Ministério Público, bem como a constitucionalidade dos dispositivos legais que legitimam e fornecem os meios indispensáveis ao exercício desse *munus*, é de fundamental importância que se atente para a imperiosa necessidade de se somar esforços no sentido de assegurar à sociedade brasileira o direito constitucional à segurança pública, o que só poderá ser alcançado com a cooperação entre todas as Instituições envolvidas, de alguma forma, na repressão da criminalidade.

Finalmente, no momento em que se assiste ao desmedido incremento da delinquência em nosso país, mormente do chamado crime organizado, que ameaça a própria integridade dos Poderes constituídos, não parece ser o melhor caminho a ser trilhado o da dispersão das iniciativas indispensáveis ao enfrentamento de tão grave problema, que está a desafiar, isto sim, a atuação coordenada e solidária de todos, na busca do objetivo comum de se alcançar a paz social.

Muito embora não seja nova a testilha em torno dos poderes de investigação do parquet, as constantes investidas questionando a constitucionalidade das normas de organização do Ministério Público que contemplam a possibilidade de coleta direta dos elementos necessários à formação da opinião delicti, através de procedimentos administrativos investigatórios, vêm evidenciando aspectos dessa problemática, tornando, pois, imperiosa e oportuna a discussão do tema.

Com efeito, as não raras impugnações propostas perante o Supremo Tribunal Federal, somadas aos oscilantes e casuísticos julgados que assentam na polícia judiciária a exclusividade da atividade investigatória, negando-a ao Ministério Público, estão a exigir, de nossa parte, algumas considerações sobre a interpretação da legislação infraconstitucional e constitucional que estão a conferir à Instituição proterogativas para a colheita de provas em matéria penal.

O E. Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que o Ministério Público, por força da Lei Complementar nº 75/93 e art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, detém atribuições investigatórias em matéria penal.

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. DL 201/67. ARGÜIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E OCORRÊNCIA DE NU-

⁵⁷ Cf. *Justitia 60 anos, 1939-1999, Número especial 1999*, p. 520/521.

LIDADES. INOCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública -, proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

2. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, § único, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ. [...] ⁵⁸

Trazemos a colação a transcrição de trecho do judicioso voto condutor da Ministra Laurita Vaz:

Inicialmente, não se verifica inépcia da denúncia, consubstanciada na alegação de usurpação das funções da Polícia Judiciária pelo Ministério Público, porquanto, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, este, indubitavelmente, possui a prerrogativa de conduzir a apuração dos fatos ligados à sua atuação ministerial. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 129, prevê:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I- promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei;

VI- **expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los**, na forma da lei complementar respectiva;

VII- **exercer o controle externo da atividade policial**, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII- requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;” (grifo nosso)

Esse dispositivo encontra-se regulamentado pela Lei Complementar n.º 75/93 que, por sua vez, estabelece:

“Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, **nos procedimentos de sua competência**:

I - **notificar testemunhas** e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

V - **realizar inspeções e diligências investigatórias**;

VII - **expedir notificações e intimações** necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;”

Nesse contexto, verifica-se que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar, mesmo porque proceder à colheita de elementos de

convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover, com exclusividade, a ação penal pública.

Ademais, dispensável dizer que a Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal.

Com efeito, o próprio Código de Processo Penal é claro ao dizer, no parágrafo único do seu art. 4º, que a sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas [grifos da petição]. Exemplos disso são as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito; o inquérito judicial presidido pelo juiz de direito da vara falimentar; o inquérito em caso de infração penal cometida na sede ou dependência do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 43), entre inúmeros outros.

Destacamos ainda o que foi decidido em julgamento proferido no HC nº 24493/MG, 6ª Turma, relatado pelo Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. em 23.09.2003, DJ 17.11.2003, p. 383, RSTJ vol. 179 p. 516, evidenciar o desacerto da tese restritiva, pois o paradigma aqui invocado firmou o entendimento de que o poder investigatório do Ministério Público depende de regra expressa específica:

Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

Destarte, o Ministério Público possui legitimidade para proceder a investigações penais e suas atribuições investigatórias não se limitam à produção do inquérito civil público para proposição da ação correspondente e, na seara penal, à requisição de inquérito policial e diligências complementares, se não vejamos:

CRIMINAL. HC. CRIME DE RESPONSABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. ATOS INVESTIGATÓRIOS REALIZADOS PELO PARQUET ESTADUAL. POSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE ATO REGULAMENTANDO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DIRECIONADO AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

I. Pleito de trancamento da ação penal instaurada sob os fundamentos de que as investigações que antecederam o oferecimento da denúncia teriam sido realizadas pelo Ministério Público Estadual e que a edição de regulamentação, pelo Ministério Público Federal, tratando dos procedimentos investigatórios promovido pelo Parquet, tornaria o processo nulo.

II. Não obstante se verifique, atualmente, o debate em torno da questão pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento consolidado desta Corte é no

⁵⁸ HC nº 30.832/PB, 5ª Turma, relatado pela Ministra LAURITA VAZ, j. em 18.03.2004.

sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo MP

III. A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do MP conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da investigação policial.

[...]

VI. *Ordem denegada.*⁵⁹

Confirmam o voto condutor:

A atividade de investigação é consentânea com a finalidade constitucional do Ministério Público (art. 129, inciso IX, da Constituição Federal), vez que cabe a este exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial.

A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios do MP, independentemente da investigação policial.

Segundo preceituam os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, o Parquet que tem a seu cargo a “defesa da ordem jurídica e do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, exerce “o controle externo da atividade policial, incumbindo-lhe ainda ‘requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial, bem como outras punições’ (sic) que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade”.

Resta subentendido, portanto, que dentro destas amplas finalidades e atribuições insere-se o poder da investigação criminal, compatível com a natureza do Ministério Público e indispensável à implementação de seus objetivos constitucionais. Este poder não precisa estar explícito, além de que o MP é o destinatário exclusivo da investigação.

Com muita propriedade o Ministro Joaquim Barbosa resumiu, por ocasião do julgamento do HC nº 83.157-5, que *...se a Constituição Federal criou esta instituição [Ministério Público] tão importante, tão cara ao regime democrático, à nossa democracia, não a criou para ser um órgão manietado, inerte... o Ministério Público pode, sim, e deve, proceder a investigações quando fatos delituosos chegarem ao seu conhecimento.*

A par da não exclusividade da investigação penal em mãos da Polícia Civil, estamos convictos, alicerçados pela interpretação sistêmica do texto constitucional e leis orgânicas da Instituição, que o Ministério Público detém prerrogativas para a colheita de provas em matéria penal dada sua vocação constitucional.

O art. 129 da Carta Política está a estabelecer as funções institucionais do Ministério Público, destacando-se:

- a) Privatividade da ação penal pública (art. 129, inc. I);
- b) Promoção das medidas necessárias à garantia dos serviços de relevância pública (art. 129, inc. II);
- c) Possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los (art. 129, inc. VI);
- d) Exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII);
- e) Prerrogativa de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, inc. VIII);
- f) Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, inc. IX).

A análise sistemática de tais dispositivos, do *caput* do art. 144 da Constituição Federal e o necessário cotejo com as Leis Orgânicas Nacional e Estadual do Ministério Público está a demonstrar que a Instituição detém prerrogativas para produzir e arrebatar provas em matéria penal.

Pois bem, o art. 144 da Lei Maior, tantas vezes invocado por aqueles que advogam a tese de que a investigação de ilícitos seria exclusiva da Polícia Civil, estabelece ser a segurança pública um dever do Estado. O inc. II do art. 129 da Lei Fundamental afirma ser função institucional do Ministério Público zelar pelos serviços de relevância pública, dentre os quais se inclui, por certo, a próprio gênero segurança pública, do qual a investigação penal é uma de suas facetas, leia-se espécie.

Demais disso, o art. 127 da Constituição Federal definiu o Ministério Público como uma instituição *essencial à função jurisdicional do Estado, impondo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

Não se diga que a atividade do Ministério Público na fase pré-processual se resumiria ao controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF), à requisição de diligências e de inquérito policial (art. 129, VIII, CF), pois em tais situações seria mero expectador e repassador da prova produzida pela Polícia Civil. A Constituição não criou o Ministério Público para ser um órgão inerte [...], o Ministério Público deve investigar sempre que fatos delituosos cheguem ao seu conhecimento⁶⁰.

Sobre a investigação do Ministério Público Hugo Nigro Mazzilli assevera que:

O Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, poder este que não está obviamente limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Seria um contra-senso negar ao úni-

⁵⁹ HC 38581/MG, 5ª Turma do E. STJ, relatado pelo Ministro GILSON DIPP, j. em 14.12.2004, DJ 21.02.2005, p. 202.

⁶⁰ STF - HC 83.157, Min. JOAQUIM BARBOSA DO COLENDON. 01/07/03.

co órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a opinião delicti e promover em juízo a defesa do jus puniendi do Estado soberano [...], a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário.⁶¹

De fato, na medida em que o inc. III do art. 129 da Constituição Federal estabelece ser função institucional do Ministério Público a *promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* e logo abaixo, no inc. VI, o mesmo legislador constituinte atribuiu à Instituição a função de *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*, é de se concluir – mormente porque constitui princípio basilar de hermenêutica que a lei não contém expressões inúteis – que este último inciso está a possibilitar a instauração de procedimentos administrativos de outra natureza que não os já possibilitados pelo inciso VI, notadamente para apuração de ilícitos penais.

Mais uma vez se invoca o magistério de Mazzilli:

[...] se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. O inquérito civil nada mais é que uma espécie de procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais.⁶²

Essa idéia fica reforçada com a análise dos incs. I e IX do art. 129 da Constituição Federal. O primeiro (inc. I) conferindo ao Ministério Público, de forma exclusiva, a titularidade da ação penal e outro (inc. IX), possibilitando o exercício de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

Dessa forma, quando vislumbrar suficientes indícios de autoria e prova da materialidade, o Promotor de Justiça é obrigado a oferecer denúncia. Para conferir justa causa à ação penal, o Ministério Público utiliza-se, sobretudo, do inquérito policial, que na voz unânime da doutrina sempre foi tido como instrumento facultativo e dispensável⁶³, po-

sição que vem sendo reiteradamente adotada pela jurisprudência⁶⁴, pois meras peças de informação podem conter os elementos de materialidade e autoria a possibilitar o exercício da ação penal.

Entretanto, se tais elementos indispensáveis não lhe forem disponibilizados por qualquer motivo – que não cabe aqui serem discutidos – poderá o Órgão de Execução Ministerial sair a campo em busca do material probatório apto a alicerçar a vestibular da ação penal, isso porque a Instituição é vocacionada constitucional e historicamente para a proposição da ação penal.

Não bastasse a função institucional explicitamente conferida ao Ministério Público para arrebatar e compilar provas em matéria penal – como decorre da exegese dos incs. I, II, VI, VII, VIII e IX do art. 129 da Constituição Federal – há toda uma doutrina construída sobre os pilares da *Teoria dos Poderes Implícitos* a socorrer o entendimento quanto a tal possibilidade.

Oriunda das teses federalistas dos Estados Unidos da América, a teoria dos poderes implícitos indica ao administrador que o poder – e no caso DEVER – de tomar as medidas necessárias para alcance das finalidades públicas pressupõe os meios, que, se não se encontram expressos, estão implícitos.

Dessa doutrina decorrem duas premissas de fácil compreensão, quais sejam, **quem pode o mais, pode o menos e onde se pretende o fim se autorizam os meios**.

Ora, não seria mesmo de nenhuma razoabilidade que o legislador constituinte conferisse ao Ministério Público a função institucional de promover privativamente a ação penal pública (inc. I do art. 129 da CF) e não reconhecesse, se não explicitamente – como sustentamos – ao menos implicitamente, a possibilidade de amplamente desenvolver procedimentos administrativos investigatórios.

É evidente que não pretende o Ministério Público tomar para si a tarefa exercida pelas polícias, ou, como dizem alguns, assumir a presidência de inquéritos policiais no lugar dos delegados, o que se caracterizaria como rematado absurdo. Seria reivindicar para o Ministério Público a exclusividade que não se quer admitir seja conferida a qualquer outro órgão.

Definitivamente não se pode impedir a Instituição de desenvolver o mister para o qual foi concebida,

Janeiro: Editora Rio, 1980, v. 1, n. 37, p. 246-248.

⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. O controle externo da atividade policial. Revista dos Tribunais. v. 664, p. 392. Também do mesmo autor: Regime jurídico do Ministério Público. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 228.

⁶² MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 228. NOGUEIRA, op. cit., p. 181.

⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 175-176. MARQUES, José Frederico. Elementos..., v. I, 76 e 79, p. 143 e 146-147. TORNAGHI, Hélio. p. 138; ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Rio de

⁶⁴ RTJ 76/741 e 64/343; HC 41.205, Pleno, j. em 10/03/65, Relator: Min. Victor Nunes; RHC 58.644, j. em 10/03/81, Relator: Min. Moreira Alves, DJU de 22/05/81, p. 4.736, RTJ 101/571; RHC 58.743, j. em 10/03/81, Relator: Min. Moreira Alves, DJU de 08/05/81, p. 4.117, RTJ 101/580; RHC 62.300-RJ, j. em 13/12/84, Relator: Min. Aldir Passarinho, j. em 13/12/84, DJU de 15/03/85, p. 3.137.

tendo recebido do legislador constituinte prerrogativas para desencadear investigações próprias e recolher material probatório apto a ensejar a propositura da ação penal.

A tese encampada por aqueles que não querem ver o Ministério Público investigando é velha e está na contramão da melhor interpretação jurisprudencial.

Confirmam:

Processo Penal. Denúncia. Impedimento. Ministério Público. A atuação do Promotor na fase investigatória – pré-processual – não é incompatibilizada para o exercício da correspondente ação penal. II. Não causa nulidade o fato do Promotor, para formação da opinião delicti, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal. III. Recurso improvido.⁶⁵

Criminal. HC. Prefeito municipal. Desvio de verba. Nulidade do procedimento administrativo que fundamentou a denúncia. Promoção pelo MP. Inocorrência. Competência para o processo e julgamento do feito. Justiça estadual. Afastamento do prefeito do cargo pelo Tribunal de Justiça. Possibilidade. Ordem denegada. 1. Encontrando-se a denúncia formalmente perfeita, eis que narra os fatos e apresenta a materialidade e a autoria, tem-se como descabido o propósito de sua anulação, com base em discussão sobre atribuições do Ministério Público em relação às investigações na fase pré-processual, pois eventual vício lá ocorrido não macula a ação penal – que pode, inclusive, ser proposta sem inquérito policial. 2. Órgão do Parquet pode proceder a investigações e diligências conforme determinado nas leis orgânicas estaduais, sendo que tal atribuição fica ainda mais evidente se houve determinação de abertura de procedimento administrativo através do qual foram colhidos os elementos ensejadores da acusação [...].⁶⁶

Habeas corpus. Denúncia oferecida com base em investigações procedidas pelo Ministério Público. [...] 1. O inquérito policial é, em regra, atribuição da autoridade policial. 2. O parquet pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei. 3. [...]. 4. Tal poder do órgão ministerial mais avulta, quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do Ministério Público.⁶⁷

Pedimos vênia para transcrever retificação de voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do HC nº 83.157-5, pois resume, a nosso ver, a melhor compreensão da matéria:

Gostaria de fazer uma pequena retificação do meu voto, porque ele pode se prestar a equívoco. Eu disse que acompanhava o voto do Ministro-Relator sem ressalvas. Na verdade, quero dizer que o

⁶⁵ STJ, RHC nº 3.586-2-PA, 6ª T., Rel. Min. Pedro Aciole, v.u., julg. em 09.05.94, DJU de 30.05.94.

⁶⁶ STJ, HC 10725/PB, relator Ministro Gilson Dipp.

⁶⁷ TFR/4ª Reg., HC nº 97.04.26750-9-PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, 1ª T., v.u., julg. em 24.06.97, DJU de 16.07.97.

acompanho, mas com a ressalva de que não considero ilegítima a investigação por parte do Ministério Público. Se a Constituição Federal criou esta instituição tão importante, tão cara ao regime democrático, à nossa democracia, não a criou para ser um órgão manietado, inerte.

Nesse sentido, o meu voto acompanha o do Ministro Carlos Velloso e Carlos Britto. Entendo que o Ministério Público pode, sim, e deve, proceder a investigações quando fatos delituosos chegarem ao seu conhecimento.

Fácil perceber que o texto constitucional, analisado em interpretação sistemática, possibilita ao Ministério Público prerrogativas para a colheita de provas em matéria penal dada sua vocação constitucional.

Nem se argumente que não seria dado ao Ministério Público investigar matéria penal, pois tal função seria exercida pelas Polícias Cíveis, pois [...] *Diversamente do que se tem procurado sustentar; como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV).*⁶⁸

O § 4º do art. 144 da Constituição Federal deve ser analisado conjuntamente com o inc. IV do § 1º do mesmo dispositivo. Relembremos suas redações:

Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

Parágrafo primeiro - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Parágrafo quarto - As polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exceto as militares.

Com fundamento em tais dispositivos, sustentam alguns que caberia exclusivamente à Polícia Civil a realização de investigações penais.

A única leitura possível de ser extraída daquela previsão constitucional é a de que compete à Polícia Federal exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. Com relação às Polícias Cíveis dos Estados o texto constitucional não confere exclusividade para apuração de infrações penais.

⁶⁸ HC nº 24493/MG, 6ª Turma, relatado pelo Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. em 23.09.2003, DJ 17.11.2003, p. 383, RSTJ vol. 179 p. 516.

Em importante artigo intitulado “O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF”⁶⁹, colhe-se valioso ensinamento que corrobora a assertiva acima:

Entendemos que, mesmo em relação à polícia federal, o que é exclusivo é o exercício da polícia judiciária, e não a apuração de crimes, já que a própria constituição elenca exceções à regra geral, considerando ainda que as funções de polícia judiciária não se refletem necessariamente na apuração de crimes, cabendo também auxiliar a justiça criminal, fornecer informações necessárias à instrução e julgamento de processos, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo ministério público e cumprir mandados de prisão, na forma o art. 13 do código de processo penal.

Dentre os diversos órgãos que o Estado mantém para propiciar segurança pública, limitou-se o artigo em estudo a indicar qual deles tem a incumbência específica de investigar as infrações penais e de exercer a polícia judiciária. Daí não se pode extrair a exclusividade para o seu exercício. A exegese da norma deve ser feita dentro do contexto em que foi criada, ou seja, sistematicamente e em harmonia com os demais princípios constitucionais.

Observe-se que o *caput* do art. 144 em análise estabelece ser dever do Estado, direito e responsabilidade de todos a prestação da segurança pública, o que alicerça a tese de que *a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população.*⁷⁰

Conclui-se, portanto, que o sistema constitucional brasileiro contempla o chamado princípio da universalização da investigação, *em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, Constituição Federal), o exercício da ação penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III e VI, CF), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, caput, CF), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, § 1º, I e § 4º, CF), o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput e I, CF).*⁷¹

⁶⁹ RBCrim 46-2004, p. 371/389, MARCELLUS POLASTRI LIMA.

⁷⁰ SILVA, José Afonso, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª Ed., Malheiros, p. 711.

⁷¹ SANTIN, Valter Foletto. O Ministério Público na investiga-

ção criminal. São Paulo: Edipro, 2001. p. 60.

Acrescente-se que a tese restritiva afasta outras tantas atividades investigatórias diuturnamente desenvolvidas pelas comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, da CF), Fazenda Pública (crimes contra a ordem tributária), Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central (art. 28 da Lei nº 7.492/86) e até pelo Judiciário (apuração de crimes praticados por magistrados), tudo a indicar que as polícias federal e civil não possuem exclusividade para instaurar procedimentos investigatórios.

Ademais, *nem mesmo o Parquet detém o monopólio da ação penal, baja vista o próprio ordenamento ressalvar crimes de ação penal privada e, mesmo nos de ação pública, a inércia ministerial acarretar a possibilidade de ação subsidiária. Indo além, sequer o Judiciário, boje, concentra o monopólio da jurisdição (tida como a tarefa de dizer o direito), pois, por exemplo, com a lei de arbitragem, podem as partes envolvidas no litígio pactuar sua solução por árbitro de comum acordo escolhido, que dirá o direito, a cuja decisão se comprometem submeter.*⁷²

Enfim, o Ministério Público, órgão estatal vocacionado constitucionalmente para a promoção da ação penal pública, tem o dever de coadjuvar na preservação da ordem pública, não se concebendo possa lhe ser subtraído tal mister.

Conclui-se que é de fundamental importância que se atente para a imperiosa necessidade de se somar esforços no sentido de assegurar à sociedade brasileira o direito constitucional à segurança pública, o que só poderá ser alcançado com a cooperação entre todas as instituições envolvidas – inclusive o Ministério Público – de alguma forma, na repressão da criminalidade, não constituindo exclusividade da Polícia Civil a apuração de ilícitos penais.

Ainda que assim não fosse, o argumento restritivo, assentado basicamente na interpretação literal do dispositivo em estudo, igualmente não autoriza a compreensão de que caberia exclusivamente à Polícia Civil o desenvolvimento de investigações penais, porquanto o inc. IV do art. 144 da CF estabelece ser destinação exclusiva da Polícia Federal exercer as funções de *polícia judiciária da União*, enquanto que o § 4º do artigo em estudo – agora tratando das Polícias Cíveis –, assevera que a estas incumbem, *ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exceto as militares.*

Observe-se que a conjunção aditiva “e” está a indicar que às Polícias Cíveis cabe, ressalvada a competência da União, as funções exclusivas de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exceto as

⁷² ALE SANDRO TEIXEIRA DA CRUZ, Promotor de Justiça no Estado de Santa Catarina, *in* Revista Jurídica Consulex – Ano VII, nº 159 – 31.08.2003.

militares, restando cristalino que a “exclusividade” literalmente esta circunscrita às funções de polícia judiciária e não à apuração de infrações penais.

Vale ressaltar o recente voto da Ministra Ellen Gracie, como Relatora no julgamento do habeas corpus nº 91661, de Pernambuco, ao denegar a ordem:

A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal.

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinião delicti.

Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento definitivo do Pleno do STF quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Público investigar em seara criminal [...]

O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia” (Voto proferido em 10/03/09). Em recentíssima decisão, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal posicionou-se favoravelmente à realização de investigação na seara criminal pelo Ministério Público:

Assim, por todo exposto, conclui-se que cumpre ao Ministério Público a tarefa que lhe foi constitucionalmente confiada de não só fiscalizar as atividades da Polícia Judiciária, no curso da investigação policial, como promover as medidas necessárias para a diminuição da criminalidade, aprimorando a apuração da infração penal e especialmente atuando de modo a reprimir as irregularidades ou abusos cometidos por agentes policiais.

2.7 - O DECRETO-LEI Nº 201/67 EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, publicado no Diário Oficial da União na mesma data e retificado em 14 de março de 1967, que prevê os crimes e as infrações político-administrativas cometidos por Prefeitos Municipais, veio ao mundo jurídico em um período de exceção, mais precisamente quando vigorava o Ato Institucional nº 4, que só permitia a competência presidencial para baixar decretos versando sobre questões de segurança nacional, financeira e administrativa.

Daí surge o questionamento acerca da constitucionalidade do Decreto-Lei nº 201/67 com expressa previsão de normas de natureza penal, primeiramente, diante da Carta Constitucional de 1967 e, também, da atual Constituição Federal de 1988, alicerçada em um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1967, através da qual se buscou salvaguardar os direitos até então drasticamente violados após o golpe militar de 1964, visando estruturar o Estado e regularizar os atos emanados do período ditatorial, estabeleceu-se, precisamente em seu artigo 173, que ficariam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 1964, dentre eles os Atos Institucionais emanados do Governo Federal e aqueles que deram base a atos de natureza legislativa, assim como os seus efeitos.

Tratou-se, pois, de uma verdadeira legitimação constitucional expressa de atos pretéritos à promulgação da então Carta Magna.

A Emenda Constitucional nº 01/69, de 17/10/69, editada durante recesso do Congresso Nacional, decretado nos termos do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, por sua vez, manteve o teor do referido artigo 173 da CF/67, apenas o transferindo para o artigo 181 do Título V das Disposições Gerais e Transitórias da Constituição Federal de 1969.

Restou, pois, reafirmada a legitimação dos Atos Institucionais pretéritos, agora por ato emanado do Poder Executivo Federal, que, autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13/12/68, tomou a posição de verdadeiro poder constituinte originário diante da situação de recesso parlamentar.

Portanto, mostra-se absolutamente impróprio afirmar que o artigo 181 da CF/69 não se aplica às possíveis ilegalidades cometidas durante o golpe militar de 1964, tendo em vista que, por motivos óbvios, atos “já” constitucionais não necessitariam ser reconhecidos como tais, o que significa dizer

que a legitimação trazida pelo citado dispositivo refere-se às “inconstitucionalidades” anteriormente cometidas.

Proclamados, assim, válidos e excluídos da apreciação judicial os atos de natureza legislativa expedidos com base em Atos Institucionais, a exemplo do Decreto-Lei nº 201/67, é certo que a atual Constituição de 1988 os recepcionou, já que não incluídos nas hipóteses de revogação previstas no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual CF.

Neste sentido já teve oportunidade de se manifestar o Supremo Tribunal Federal, em julgados cujas ementas encontram-se redigidas com os seguintes teores:

DECRETO-LEI 201/67. VALIDADE. SÚMULA 496 DO STF. CASO DE EX-PREFEITO.

I - O DECRETO-LEI 201 TEVE SUA SUBSISTÊNCIA GARANTIDA PELA CARTA DE 1967-69, E NÃO É INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. É VÁLIDO O PROCESSO QUE, NOS SEUS TERMOS, PROSEGUE CONTRA EX-PREFEITO, SE O DOMÍNIO VERSADO NÃO É O DE VERDADEIROS DELITOS DE RESPONSABILIDADE (ARTIGOS 4. E SEGUINTE), MAS O DE CRIMES ORDINÁRIOS, PROCESSADOS PELA JUSTIÇA E SUJEITOS A PENAS DE DIREITO COMUM (ARTIGOS 1. A 3.).

II - O HABEAS CORPUS NÃO É SEDE IDÔNEA PARA A REVISÃO - E MENOS AINDA PARA A REVISÃO PRECOCE - DO PROCESSO PENAL. (STF - Habeas Corpus nº 69.850-6/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, pub. no DJ de 27/05/94) PENAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO. D.L. 201/67: CONSTITUCIONALIDADE. PREFEITO. D.L. 201/67, art. 1.: CRIMES COMUNS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DAS DENÚNCIAS. PROVA: EXAME.

I. O Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do D.L. 201, de 1967. HC 70.671-PI, Velloso, Plenário, 13.04.94; HC 69.850-RS, Rezek, Plenário, “DJ” de 27.05.94.

II. Inviável o trancamento da ação penal se a denúncia descreve fatos que configurem, em tese, ilícito penal.

III. Os crimes denominados de responsabilidade, previstos no art. 1. do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara Municipal.

IV. Denúncias que atendem aos requisitos do art. 41 do C.P.P.

V. O exame de provas não é possível no âmbito estreito do ‘habeas corpus’.

VI. HC não conhecido no tocante ao paciente Joaquim de Oliveira Castro Filho, na parte em que alega a inconstitucionalidade do D.L. 201, de 1967, porque é mera reiteração do HC 70.671-PI, e indeferido quanto ao mais. (STF - Habeas Corpus nº 71.669/PI, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, pub. no DJ de 02/02/96)

A questão da constitucionalidade do Decreto-Lei nº 201, de 27/02/67, veio, então a ser pacificada através da edição da Súmula 496 do STF, que enuncia o seguinte texto:

São válidos, porque salvaguardados pelas disposições constitucionais transitórias da Constituição Federal de 1967, os Decretos-Leis expedidos entre 24 de janeiro a 15 de março de 1967.

A constitucionalidade do Decreto-Lei nº 201/67 é tão patente que, no final do ano de 2000, foram introduzidos em seu artigo 1º, pela Lei nº 10.028/2000, mais oito (08) figuras típicas (incisos XVI a XXIII), o que evidentemente não ocorreria caso a norma guardasse qualquer vício de constitucionalidade.

3 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Procuradora de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha
Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques
Procurador de Justiça Luiz Carlos Teles de Castro
Procurador de Justiça Geraldo de Faria Martins da Costa

3.1 - A ATUAÇÃO DO ÓRGÃO DE EXECUÇÃO EM SEGUNDO GRAU

Criada em 2001, por deliberação em seção conjunta dos Procuradores de Justiça que atuavam no Tribunal da Alçada, existente à época, e no Tribunal de Justiça do Estado, proposta de iniciativa do então Procurador-Geral de Justiça, Nedens Ulisses Freire Vieira, originariamente denominado Grupo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos, a atual Procuradoria Especializada de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos teve por atribuição a atuação, em grau recursal, em todas as ações civis públicas e ações populares em que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais se apresentasse como parte, com a finalidade de não só de interpor e acompanhar recursos, mas também de proferir sustentações orais, quando necessário.

Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público objetivando a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não há intervenção de outro órgão ministerial como fiscal da lei em qualquer grau de jurisdição (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92, art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/85 e art. 92 do Código de Defesa do Consumidor), como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (Ag.Rg no Ag. nº 95.537-0-SP, rel. Min. Hélio Mosimann, 2ª Turma, maioria, DJ 16/09/96; Emb. Dec. no REsp nº 184906-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 29/11/99; Emb. Dec. no REsp nº 186008-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 28/06/98).

Assim, convém esclarecer que a atuação do Procurador de Justiça, representante do Ministério Público em segundo grau – como parte ou fiscal da

lei –, é determinada pela forma como ocorreu a intervenção do Ministério Público em primeiro grau. Sua participação, portanto, não é exclusivamente de fiscal da lei, como, inadvertidamente, sustentam alguns.

Nesse sentido a lição do Professor Antônio Cláudio da Costa Machado⁷³:

Também sob a ótica estrita do instituto da legitimação não há como fundamentar a tese de que o Ministério Público em segunda instância seja sempre fiscal da lei. Ora, o autor de uma ação, seja ele legitimado ordinário ou extraordinariamente, exerce ação do começo ao fim do processo; da mesma forma o réu, seja ele titular do direito discutido ou substituto processual, o fato é que há exercício de exceção do começo ao fim e isto ainda que ocorra a alienação da coisa do direito litigioso (art. 42, *caput*).
[...]

De igual modo, e em decorrência destes mesmos argumentos, parece-nos inconcebível que, em primeira instância, preste o órgão ministerial auxílio ao incapaz como seu assistente e, em segunda, negue-lhe tal auxílio, prestando-o à parte contrária através de parecer desfavorável ao hipossuficiente.

A propósito, a própria lei que disciplina a ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) dispõe, em seu art. 5º, § 1º, que “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”. Ou seja, proposta a ação civil pública pelo Ministério Público, nela não oficiará outro órgão de execução como *custos legis*.

No particular, bem sintetiza a temática Hugo Nigro Mazzilli⁷⁴:

Conclusão a extrair do parágrafo – agora acertada – é a de que só haverá órgão do Ministério Público interveniente, quando não seja autor o próprio Ministério Público. A *mens legis* do § 1º do art. 5º da LACP, ou do art. 92 do Código do Consumidor, portanto, é a seguinte: o Ministério Público oficiará sempre na ação civil pública, senão como autor, ao menos como órgão interveniente; mas, sendo autor, não será interveniente.

Isso porque ser parte não significa ser fiscal da lei ou vice-versa, como, acertadamente, frisou Cândido Dinamarco⁷⁵:

O Órgão do Ministério Público, uma vez no processo, é titular dessas posições jurídicas processuais inerentes à relação jurídica que estabelece

no processo, seja fiscal da lei ou não. O que caracteriza a figura do *custos legis* é (ao contrário do que sucede na caracterização do conceito de parte) uma circunstância completamente alheia ao direito processual: ele não é vinculado a nenhum dos interesses da causa.

Logo, sendo o Ministério Público parte no feito, será representado em segunda instância pelo Procurador de Justiça, o qual deve atuar de modo eficaz e célere para que sejam atingidas as aspirações e as necessidades que se buscam através da ação proposta. Deve-se pautar pelo critério da efetividade, que, em muitos casos, vem sendo desprestigiado através da emissão de pareceres, *data venia*, desnecessários.

O tradicional *parecer* emitido pelo Procurador de Justiça antes do julgamento, que nem sequer encontra previsão legal, tem, não raramente, conteúdo idêntico ao que fora dito pelos órgãos de execução de primeiro grau em suas razões ou contra-razões recursais.

Reconhece-se, todavia, que, havendo algo a acrescentar em favor da manifestação ministerial de primeiro grau, incumbe ao Procurador de Justiça pronunciar-se formalmente através de memorial e/ou sustentação oral, dando sua contribuição à tese ofertada.

Como bem enfatizou o Dr. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, digníssimo Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, urge “revitalizar a Segunda Instância, dar-lhe função da qual derive uma contribuição prática e efetiva na realização da justiça [...]”.⁷⁶

Reduzindo-se, quantitativamente, os pareceres repetitivos e desnecessários, os Procuradores de Justiça terão maior disponibilidade de tempo para se dedicar ao desempenho de outras funções também relevantes. Poderão, com suas experiências, contribuir para que o Ministério Público desempenhe, eficazmente, as atribuições que a Constituição lhe outorgou, *v.g.*, organizando-se em grupos especializados para auxílio e orientação aos órgãos de execução de primeiro grau, notadamente na área dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis; funcionando, por delegação, nos feitos de competência originária dos tribunais; fazendo apuração das irregularidades noticiadas pelo Tribunal de Contas, fornecendo ao Promotor de Justiça todos os subsídios para o ajuizamento de ação civil, etc.

Vale dizer, o Procurador de Justiça deve ser mais atuante, e não mero parecerista. Cumpra-lhe acompanhar efetivamente o trâmite do feito no juízo *ad quem* e manifestar-se formalmente somente quan-

⁷³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. p. 598.

⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. p. 189.

⁷⁵ **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. p.327.

⁷⁶ **In Posição do Ministério Público de Segunda Instância no Cível**. *Justitia*. p. 121.

do necessário. Após o julgamento, se entender cabível, deverá recorrer em prol da tese defendida pelo Promotor de Justiça, caso seja o Ministério Público vencido, contribuindo para a formação da jurisprudência.

É dessa forma que o Procurador de Justiça deve atuar.

A par disso, é importante ressaltar que a abertura de vista ao Procurador de Justiça é *indispensável* para a regularidade do processo, a fim de que tome conhecimento da controvérsia e, por conseguinte, esteja preparado para oficiar no feito como representante do Ministério Público em segunda instância.

Em suma, a emissão de parecer somente será *obrigatória* quando o Procurador de Justiça atuar como *custos legis*, pois, se estiver atuando como *parte*, será *facultativa* a manifestação formal sobre o objeto do recurso (TJMG - AC 203872-7. 5ª Câmara Cível).

Tal atuação permite ainda que, quando necessário, sejam feitas considerações sobre o objeto do recurso a fim de se suprirem eventuais deficiências processuais que possam inviabilizar o êxito da ação e de acesso aos Tribunais Superiores na hipótese de a tese ministerial de primeiro grau não ser acolhida pelo Tribunal Estadual. Além disso, esses novos argumentos apresentados pelo Procurador de Justiça certamente servirão de orientação para futuras atuações dos Promotores de Justiça em casos semelhantes.

A experiência mineira, a par do ineditismo, vem reforçar a atuação institucional conforme se pode constatar pelas estatísticas dos resultados obtidos no decorrer desses cinco anos de atividades.

O volume de atividades nessa Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos demonstrou acentuado crescimento desde sua criação, no ano de 2001, tendo sido os trabalhos realizados em média por cinco Procuradores de Justiça, diante das licenças e afastamentos ocorridos no ano.

Em uma comparação estatística, o volume de recursos recebidos – agravos e apelações – aumentou de 324, no primeiro ano, para 917, no ano de 2007.⁷⁷ O número de manifestações, escritas ou memoriais, também aumentou em 483,26% em seis anos de atuação. Foram interpostos 3.354 recursos até 30 de abril de 2008.

Os recursos aviados nas ações civis públicas relacionadas com a defesa do patrimônio público correspondem, em média, a 53,43% do total julgado pelos tribunais estaduais. Os demais seguem a seguinte ordem: consumidor – 14,60%, meio ambien-

te – 10,45% e Saúde – 2,64%. As demais áreas (ECA, patrimônio histórico e cultural, habitação e urbanismo, deficiente físico e idosos) e as matérias processuais correspondem aos 18,88% remanescentes.

O percentual de decisões favoráveis às pretensões ministeriais em segundo grau corresponde a 62,86%.

Nas áreas especializadas, destaque-se o meio ambiente e o patrimônio público, nas quais 67,79% e 59,77% dos julgamentos do TJMG e do TAMG, respectivamente, favoreceram o MP. Ressalte-se que as decisões desfavoráveis foram ainda objeto de interposição de recursos, sendo certo que a maioria ainda está pendente de julgamento nos tribunais superiores, que, de 2002 a 2007, julgaram 754 recursos/ações do Parquet mineiro. *Desses, 484 foram decididos favoravelmente ao MP (64,19%) e 270 contrariamente (35,80%), incluindo-se nesses dados os recursos nos quais o MP figura como recorrente e como recorrido.*

Concluimos, assim, que, nas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, a atuação do órgão de execução em segundo grau é como parte.

3.2 - DIREITOS DIFUSOS – DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO – QUESTÕES AINDA CONTROVERTIDAS NOS NOSSOS TRIBUNAIS

3.2.1 - INTRODUÇÃO

O tema *direitos difusos*, abordado no âmbito de um manual, que, por definição, tem a característica de conter noções essenciais acerca de uma matéria, pode, a princípio, revelar-se demasiado abrangente para cumprir a contento seu desiderato. Por outro lado, é de se convir, tem o mérito de desmistificar a atuação em seara tão pouco freqüentada pelos operadores do Direito.

De fato, o objetivo não é outro senão estimular o Promotor de Justiça a, cada vez mais, atuar na defesa dos direitos difusos, os chamados *direitos de terceira geração*, especialmente nos dias atuais, quando a população clama por seus direitos, mas não encontra uma ressonância dos seus anseios nos Poderes constituídos nem a solidariedade dos que se autodenominam legítimos representantes do povo.

Hoje, o Promotor de Justiça é um verdadeiro advogado do cidadão, podendo, inclusive, postular em juízo interesses individuais, desde que indisponíveis, e, como tal, deve ter as mesmas preocupações que rondam o patrono das causas que versam sobre direitos disponíveis, por exemplo, um cuidadoso contraste das provas coligidas com a pretensão a ser expandida, a formulação de um pedido que seja consentâneo com a legislação pertinente, mas, principalmente, que seja compatível com o senso

⁷⁷ Embora a estatística de rendimento seja realizada semestralmente, é possível verificar que, nos primeiros quatro meses de 2008, foram produzidas 411 peças recursais.

comum, de forma a coincidir com o espírito de fraternidade que norteia essa geração de direitos, cujo alvo primordial, no dizer de Karel Vasak, citado por Paulo Bonavides⁷⁸, é o gênero humano.

Mesmo no que concerne à implementação dos direitos difusos, necessário que se anime e que se consolide a idéia do processo coletivo, com a aplicação dos princípios que lhe são inerentes. Assim, o Juiz, ao analisar a inicial, deve buscar facilitar o acesso à Justiça, superando vícios processuais, pois as ações coletivas têm natureza social. No mesmo diapasão, devem ser afastados obstáculos relativos à interpretação e à aplicação do direito processual coletivo comum, como a equivocada compreensão dos tribunais quanto aos direitos coletivos, especialmente quando negam legitimidade ao Ministério Público sob o argumento de que os direitos individuais homogêneos disponíveis não podem ser tutelados por ele. Por fim, é preciso combater a falta de estrutura organizacional do Poder Judiciário, o qual ainda não se especializou para o enfrentamento dos conflitos massificados, bem como não disponibilizou estrutura de apoio técnico e material necessário⁷⁹.

A presente anotação pretende ainda, de forma singela, abordar algumas questões que os nossos tribunais pátrios insistem em manter controvertidas, não obstante a consolidação do entendimento no seio da Instituição Ministerial. Em outras passagens, foram sugeridos caminhos mais consentâneos com o princípio da *eficácia do processo*, como nos casos relativos às ações de execução dos títulos expedidos pelo Tribunal de Contas e de improbidade administrativa contra os policiais militares.

Por fim, foram compilados julgados que demonstram que a vocação do Ministério Público do *terceiro milênio* é esta, qual seja, a atuação cada vez mais incisiva na defesa dos direitos difusos, assim entendidos, repita-se, os direitos de terceira geração, que têm o condão de resgatar o cidadão da submissão ao poder econômico, restaurar o meio ambiente, moralizar o trato com a coisa pública e tantas outras providências que não podem deixar de ser tomadas.

3.2.2 - DIREITOS DIFUSOS – DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO

Feito esse esclarecimento preliminar, à guisa de introdução para estas anotações, passemos ao exame do tema *Direitos difusos – Direitos de terceira geração*, começando com a autorizada lição de

Alexandre de Moraes⁸⁰, que, discorrendo sobre o conceito de direito fundamental de terceira geração, assevera:

[...] protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigiliari, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Na mesma toada foi o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal: “Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração” (RTJ 155/206).

Aqui, citamos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a caracterizar um direito fundamental de terceira geração, em face da exemplificação mais emblemática do sentimento de solidariedade e fraternidade a que se referiu o revolucionário francês do Século XVIII.

De fato, segundo os ensinamentos de Paulo Bonavides⁸¹, foi o gênio político francês que exprimiu, em três princípios cardeais, todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Em outro momento, esse mesmo jurista⁸² classificou os direitos fundamentais de acordo com seu reconhecimento pela Constituição Federal, da seguinte forma: *direitos fundamentais de primeira geração* (são os direitos individuais à liberdade e à vida); *direitos fundamentais de segunda geração* (direitos sociais, econômicos e culturais) e os *direitos de terceira geração* (direitos de fraternidade).

O Ministro Teori Albino Zavascki⁸³, por seu turno, em discurso proferido por ocasião da formatura da turma de 1998 da Faculdade de Direito da UFRGS, resumiu a classificação dos direitos fundamentais nos exatos termos em que colocado o lema revolucionário francês, ou seja, direitos de primeira geração – *a liberdade*; direito de segunda geração – *a igualdade*; e direito de terceira geração – *a fraternidade*. E o eminente jurista complementa seu

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 569.

⁷⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo*. ANOTAÇÕES – AULA TEMÁTICA – PROF. GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA – 17/02/2005 - DIEX - IELF EXTENSIVO – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.

⁸⁰ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 56-57.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 562.

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos Fundamentais de terceira geração*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. n. 15. 1998. p. 227-232.

entendimento asseverando que o esgotamento do modelo, todavia, faz com que, mais uma vez, os homens e as mulheres do nosso tempo sejam chamados a dar um novo e importante passo à frente. Tem-se consciência, no moderno Constitucionalismo, de que, assim como o ideal de liberdade não pôde ser adequadamente cumprido sem a implementação efetiva e material dos direitos de igualdade – e daí o surgimento do Estado do Bem-Estar Social –, também não se poderá implantar uma sociedade igualitária sem que se promova a efetivação do terceiro sonho dos revolucionários franceses: o sonho da fraternidade.

Mais adiante, citando os autores German J. Bidart Campos e Adolfo Gelsi Bidart, o douto Ministro, com o objetivo de conclamar seus alunos formandos a se dedicarem à causa dos direitos difusos, concluiu que, no limiar de um novo século, nascem os chamados direitos de *terceira geração*, inspirados nos valores da solidariedade. O que vemos, hoje, são sinais marcantes de que a humanidade está modelando Estados sem fronteira e fazendo surgir um novo cidadão, um cidadão universal, um cidadão de todas as pátrias. Ganha força e valorização a idéia de que o verdadeiro Estado de Direito – de liberdade e de igualdade entre as pessoas – somente poderá ser construído com reformas não apenas das leis ou das estruturas de poder. A reforma mais urgente, mais profunda, e certamente a mais difícil, mas que precisará ser feita, é a reforma do próprio ser humano, é a renovação dos espíritos, é a mudança que se opera pela via do coração. O Século XXI há de ser marcado, necessariamente, pelo signo da fraternidade. O Estado do futuro não deverá ser apenas um Estado Liberal, nem apenas um Estado do Social: precisará ser um Estado da solidariedade entre os homens.

3.2.3 - O NEXO ENTRE AS DUAS INSTÂNCIAS MINISTERIAIS

Antes de se enfatizar a necessidade premente da efetivação de uma perfeita sintonia entre as instâncias ministeriais, é de se destacar a observação sempre oportuna de J. E. Carreira Alvim – para quem o termo correto a se utilizar seria *direitos ou interesses difusos* –, ao asseverar:

Nos termos do art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos difusos são *os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*. Traduzida em miúdos, a transindividualidade significa que se trata de um direito ou de um interesse que ultrapassa a individualidade, indo além de cada indivíduo singularmente considerado. A natureza indivisível significa que é um direito insêtil, isto é, que não pode ser dividido. Esse direito têm titulares, que são, no entanto, indeterminados, ou seja, não podem ser individualizados, em concreto, senão na sua conformação como componente do grupo.

Por fim, essas pessoas devem estar ligadas por circunstâncias de fato (situação de fato), como, *v.g.* residirem numa área que será inundada por uma hidrelétrica; habitar nas margens de um rio onde são lançados produtos poluentes; residir num morro onde o cartel do tráfico se instalou; se bem que essa *ligação* por situação de fato não seja algo fácil de ser absorvido pelos juristas. Posto nestes termos, ter-se-ia, no caso, um direito difuso ou um interesse difuso? Tanto o direito difuso quanto o interesse difuso têm as mesmas características do ponto de vista do *ius positum* - transindividual, natureza indivisível, titulares indeterminados e ligamento fático (não jurídico) pelo que não existe substancial diferença entre ambos⁸⁴.

Kazuo Watanabe⁸⁵, por seu turno, ao se manifestar a respeito do *nomen juris* utilizado no estudo das demandas coletivas – interesses ou direitos –, faz expressa menção ao art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, assim aduzindo:

Os termos *interesse e direitos* foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os *interesses* assumem o mesmo status de *direitos*, desaparece qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Adauto de Almeida Tomaszewski⁸⁶ – Professor da UMP-IESB, UEL e PUC/PR, todas em Londrina/PR – observa, entretanto, que o mesmo autor admitiu que os interesses afetos à coletividade restaram desprotegidos por muito tempo, exatamente pela dificuldade de se identificar seu titular. Todavia, com sua consolidação no ordenamento jurídico, foi possível chegar ao entendimento acerca do interesse legítimo, fruto de discussões francesas e italianas a partir da maneira como se dava a distribuição da Justiça. Por esse motivo, invocando as considerações iniciais, mais do que simples interesses e em um ponto intermédio com relação ao direito subjetivo, entendido como aquele juridicamente protegido, apresentam-se os interesses legítimos, dado que nestes existe uma intensidade quanto à proteção estatal, pois conduzem a um benefício que não pode ser ignorado.

Como a vigente Carta Política, no art. 5º, inciso XXXV, suprimiu o termo *individual* quando consagrou o direito de ação, os doutrinadores que defen-

⁸⁴ ALVIM, J. E. Carreira. **Ação civil pública e direito difuso à segurança pública**. ano 7, n. 65, Teresina: Jus Navigandi maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079>>. Parte inferior do formulário

⁸⁵ WATANABE, Kazuo. *in* GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998. p. 623.

⁸⁶ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **A tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos**. Londrina: Mundo Jurídico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=608.>

diam a tutela de interesses metaindividuais ganharam campo fértil para suas considerações. Portanto, não será passível de censura quem utilize direito ou interesse para o trato de ações coletivas, mera opção terminológica.

A experiência angariada ao longo dos anos, a maioria dos quais lidando com os direitos do cidadão, permite afirmar que as Associações de Bairros, as Organizações Não-Governamentais ou mesmo um Grupo de Moradores, quando procuram o Promotor de Justiça para que patrocine a sua causa, utilizam-se da mesma forma empregada por um particular quando busca os serviços de um advogado, ou seja, como se o bem a ser tutelado fosse pessoal e, portanto, reclamasse a mesma postura diante do Judiciário. O Promotor de Justiça, por seu turno, embora não abrace a causa como se ela se referisse a um direito subjetivo seu, por outro lado, especialmente por dizer respeito a questões sensíveis e, no mais das vezes, humanitárias, acabam avocando para si a responsabilidade pelo êxito da ação, não se satisfazendo, no entanto, com o esgotamento da sua atuação quando da interposição de um recurso, em casos de insucesso, ou do oferecimento das contra-razões, nas hipóteses de um resultado satisfatório na primeira instância.

Nesse contexto é que já deparamos com petições recursais anotadas em linha em processos, pelo fato de terem sido apresentadas pelo próprio Promotor de Justiça, diretamente no Tribunal, quando só poderia fazê-lo o Procurador de Justiça, por se tratar de uma decisão proferida na segunda instância, como no caso de uma concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Certamente, essas precipitações, que, diga-se, não constituem regra, são fruto do estigma que muitas vezes povera o imaginário do Promotor de Justiça, segundo o qual, na segunda instância do Ministério Público, o processo não tem a mesma atenção recebida no primeiro grau de jurisdição.

Em verdade, o desdobramento que o processo terá na segunda instância está diretamente vinculado aos cuidados tomados no juízo de primeiro grau, vale dizer: é extremamente salutar um intercâmbio entre o Promotor de Justiça e a Procuradoria, a fim de que haja uma troca de idéias sobre as diversas possibilidades de iniciativas, contrastando-as com outras, exitosas ou não. A Procuradoria de Defesa dos Direitos Difusos foi criada com esse objetivo precípuo, de estabelecer um canal de conversação entre a primeira e a segunda instâncias do Ministério Público, de modo a que não se verifique um hiato no processamento dos impulsos ministeriais, especialmente aqueles destinados à defesa dos direitos sociais. Além disso, podemos dizer que a Procuradoria de Direitos Difusos propicia a especialização dos Procuradores de Justiça que a integram, ainda que não haja uma especificidade na atuação do Procurador, ou seja, todos atuam nas várias ver-

tentes das questões que envolvem os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: meio ambiente, patrimônio público, criança e adolescente, consumidor, etc.

Não bastasse essa especialização que constitui um fator facilitador para integração do Procurador de Justiça com a causa discutida nos autos, registre-se ainda que também as sucessivas manifestações em processos sempre voltados para os assuntos relacionados aos direitos do cidadão resultaram na formação de um precioso banco de dados, apto a dar maior celeridade ao trabalho e, principalmente, um rumo seguro para a delimitação do caminho a ser percorrido, segundo o que predomina na jurisprudência mais atualizada dos nossos tribunais.

3.2.4 - QUESTÕES QUE ENVOLVEM A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

No início, conforme todos acompanharam, houve uma grande batalha para convencer o Judiciário de que o Ministério Público tem legitimidade para ingressar em juízo na defesa do patrimônio público e, assim, superar uma barreira que se sustentava na tese de que a Lei da Ação Civil Pública não fazia referência a esse bem na relação constante do seu art. 1º e demais incisos. Inúmeras foram as decisões que afastavam a legitimidade do *Parquet* para se imiscuir na defesa do patrimônio público.

Exemplo disso foi a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo a qual a Ação Civil Pública não constituía meio adequado para se perseguir o ressarcimento de danos causados ao patrimônio público, por Prefeito Municipal, decisão essa que acabou reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Resp. nº 180.712-MG. Antes disso, entretanto, o próprio STJ afastava a legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo na defesa do patrimônio público, como no caso lembrado pelo eminente Adilson Abreu Dallari⁸⁷, em que, na ação civil pública proposta pelo Ministério Público visando à defesa de interesses patrimoniais do Município de Marília, decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁸⁸ “Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico”.

Hoje, essa discussão não tem mais espaço no meio jurídico, ou seja, a legitimidade do Ministério Público para a defesa do patrimônio público constitui matéria devidamente consolidada não só no STJ, mas também no STF. O resgate dessa antiga polê-

⁸⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

⁸⁸ RSTJ 65/352.

mica, no entanto, tem o mérito de incutir em todos nós a convicção de que não há dogmas jurídicos que se sobreponham à nova ordem constitucional, que, na esteira da lição de Lenio Luiz Streck⁸⁹ está alicerçada em um novo modo de compreender o direito.

3.2.4.1 - TÍTULOS EXECUTIVOS DO TRIBUNAL DE CONTAS

A grande discussão que persiste é a que diz respeito à possibilidade ou não de o Ministério Público executar as certidões de débito emitidas pelo Tribunal de Contas. Como sabemos, a Corte de Contas do Estado de Minas Gerais, ao emitir a referida certidão extraída dos processos de análise das contas dos Municípios, procede à sua remessa ao Ministério Público, para as providências necessárias.⁹⁰

O Promotor de Justiça, ao receber tal documento, que tem força de título executivo⁹¹, promove a respectiva ação de execução. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem-se mantido intransigente em não admitir a legitimidade do Ministério Público para tal iniciativa, sob o argumento de que, assim agindo, o *Parquet* estaria substituindo indevidamente a Fazenda Pública Municipal, quando o ente beneficiado é o próprio município.

A tese defendida pela Procuradoria de Direitos Difusos para sustentar a legitimidade do Ministério Público para executar as certidões de débito emitidas pelo Tribunal de Contas foi a mesma utilizada para a hipótese relativa ao patrimônio público propriamente dito, ou seja, o legislador ordinário, ao acrescentar o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, estabeleceu que as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo serão regidas pelas disposições da Lei da Ação Civil Pública, conciliando, assim, a aludida norma legal com o art. 129, III, da Constituição Federal. Criou-se “esta norma de encerramento, a fim de que, na eventualidade de surgirem outros direitos e interesses difusos, ainda não identificados, pela doutrina ou jurisprudência, pudessem eles ser tratados processualmente com os instrumentos da LACP”.⁹²

Com isso, extrai-se da tese acima transcrita o truísmo de que a ação civil pública consiste num gênero de natureza constitucional, admitindo qualquer es-

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Ao contrário do ministro, devemos nos importar (muito) com o que a doutrina diz.** ano 3, n. 92, 19 set. João Pessoa: Revista Juristas, 2006.

⁹⁰ Para os fins do disposto no art. 227, § 3º e § 7º, do RICTMG.

⁹¹ Constituição Federal - Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

⁹² § 3º. As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

⁹² NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 619-620.

pécie processual para atingir os fins delineados na Carta Política, a qual em nenhum momento obsta a possibilidade de o *Parquet* propor execução dos títulos previstos no art. 71, § 3º, aplicável ao Estado pelo art. 75, também da Constituição Federal. Sobre essa defesa do patrimônio público e social, a jurisprudência do STJ pacificou-se reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de *qualquer* tipo de ação⁹³.

Especificamente sobre a possibilidade de o Ministério Público ingressar em juízo com ação de execução de certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas, chegamos a usar também a argumentação segundo a qual, consoante as disposições do inciso V do art. 23 da Lei Complementar nº 33, de 28 de junho de 1994 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais): “compete ao representante do Ministério Público promover a execução dos julgados do Tribunal, adotando as providências necessárias ao seu cumprimento”.

Nesse mesmo sentido, argumentamos que convergem as disposições do inciso VIII do art. 25 da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), ao estatuírem, *in verbis*, que, “além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas”.

Essa argumentação, entretanto, deixou de ter a consistência exigida para continuar a servir de sustentáculo à tese desta Procuradoria, quando sobreveio a alteração do art. 23 da LC nº 33/94, introduzida pela LC nº 93, de 2 de agosto de 2006, que, adotando o modelo federal, retirou a legitimidade do Ministério Público para executar os julgados do Tribunal de Contas. É que, conforme já mencionado anteriormente, na redação anterior, o inciso V do citado art. 23 estabelecia expressamente competir ao Ministério Público *promover a execução dos julgados do Tribunal*.

Essa atribuição foi retirada do *Parquet* estadual pelo novo texto, que assim dispõe:

Art. 23 - Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sua missão de guarda da lei fiscal de sua execução, além de outras atribuições estabelecidas no Regimento Interno:

[...]

III - promover perante a Advocacia-Geral do Estado ou, conforme o caso, perante as procuradorias dos Municípios as medidas previstas no inciso II do § 6º do art. 75 e no art. 93 desta Lei, remetendo-lhes a documentação e as instruções necessárias.

[...]

IV - acionar o Ministério Público para a adoção das medidas legais no âmbito de sua competência.

⁹³ REsp 132.107-MG.

O citado inciso II do § 6º do art. 75 e o art. 93 da LC nº 33/94 também tiveram sua redação alterada para os termos seguintes:

Art. 75 - A decisão do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terá eficácia de título executivo.

§ 1º - O Tribunal expedirá certidão do acórdão, individualizando os responsáveis e débito imputado, devidamente atualizado.

§ 2º - O responsável será notificado para, no prazo estabelecido por esta lei ou pelo Regimento Interno, efetuar e comprovar o recolhimento do valor devido.

§ 3º - Em qualquer fase do processo, o Tribunal poderá autorizar o recolhimento parcelado da importância devida, na forma estabelecida no Regimento Interno, incidindo sobre cada parcela o índice de atualização monetária dos débitos fiscais.

§ 4º - A falta de recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor.

§ 5º - Comprovado o recolhimento integral, o Tribunal expedirá quitação do débito ou da multa.

§ 6º - Expirado o prazo a que se refere o § 2º deste artigo sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá:

I - determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente; ou

II - remeter ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas a certidão de débito, o acórdão e as notas taquigráficas para fins do disposto nos incisos III e IV do art. 23 desta Lei. (Inciso com redação dada pelo art. 11 da Lei Complementar nº 93, de 2/8/2006)

Art. 93 - O Tribunal poderá solicitar ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas a adoção das medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito. (Artigo com redação dada pelo art. 13 da Lei Complementar nº 93, de 02/08/2006)

O Supremo Tribunal Federal já consolidara o mesmo entendimento, quando da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 223.037/SE – SERGIPE, em 2/05/2002, por intermédio da qual se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição do Estado do Sergipe que permitia ao Tribunal de Contas Estadual executar suas próprias decisões. Naquele aresto a Suprema Corte ponderou:

As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário

da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente.

Essa decisão do STF que reconhecia a ilegitimidade do Ministério Público para executar os débitos apurados pelo Tribunal de Contas da União, quando usada pelos órgãos executados ou mesmo pelo Tribunal de Justiça mineiro para sustentar acórdãos que extinguíam os feitos por ilegitimidade, sempre foi contestada por nós, por fazer menção ao *Parquet* exclusivo da Corte de Contas, ou seja, aquele previsto no art. 130 da Constituição Federal.

Entretanto, não podemos fechar os olhos para a orientação constante do mesmo aresto, segundo a qual: “A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente”. Portanto, nesse diapasão, temos que uma providência razoável e, por que não dizer, mais célere, pois evitaria a procrastinação observada nas tramitações dos recursos especial e extraordinário, seria a remessa, ao órgão beneficiário, do documento proveniente do Tribunal de Contas, para que providenciasse a respectiva cobrança, sob pena das consequências pertinentes à manifesta renúncia de receita que se consubstanciaria⁹⁴.

3.2.5 - ILEGALIDADES COMETIDAS POR POLICIAIS MILITAR E CIVIL – IMPROBIDADE CARACTERIZADA – PERDA DO CARGO – COMPETÊNCIA

Ainda no que concerne ao patrimônio público, temos observado diversas ações de improbidade administrativa ajuizadas contra policiais civis e militares, por transgressão aos princípios da administração pública, em decorrência de abusos cometidos contra o cidadão, que consubstanciam ilícitos civis.

3.2.5.1 - A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA POLICIAL MILITAR – PERDA DO CARGO

Inicialmente, convém citar o § 4º do art. 125 da Constituição Federal, cuja redação foi alterada. (didaticamente, transcreveremos a antiga e a nova redação):

Art. 125

[...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (*Antiga redação*)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os *militares dos Estados* nos crimes mili-

⁹⁴ Nos termos do art. 70 da CF/88 e da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC nº 101/2000.

tares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Nova redação)

Ao comentar a nova redação desse dispositivo, Paulo Frederico Cunha Campos⁹⁵ assevera:

O § 4º, este sim trouxe significativa mudança, ao incluir a possibilidade de julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares, dando agora à justiça militar uma competência de natureza civil, o que significa dizer que, todas as ações ordinárias e o mandado de segurança a serem perpetrados por militares estaduais, que visem atacar a legalidade de um ato disciplinar (uma demissão de um militar do Estado por ato do Comandante Geral da PM, por exemplo), ao invés de serem ajuizadas perante a Vara da Fazenda Pública, deverão sê-las nas Auditorias Militares. (grifo nosso).

No julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0024.04.461983-1/001, em 6 de setembro de 2005, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já havia se manifestado nesse sentido, mesmo diante de uma sentença proferida antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. De registrar-se, por necessário, que, desde aquela oportunidade, o Ministério Público (primeira e segunda instâncias) já se posicionara ao lado da tese de que a competência para tanto seria do Tribunal Militar.

Posteriormente, nas vezes em que foi chamado a se pronunciar a respeito desse tema, especificamente sobre ações de improbidade administrativa imputada a policiais militares e civis, o Tribunal de Justiça mineiro ora extingue o processo de ofício⁹⁶, aduzindo que a limitação da Lei de Improbidade Administrativa está na prática de qualquer ato ilegítimo praticado diretamente, não por simples reflexo social, contra os Poderes estatais e entidades paralelas, ora anula todo o processado e se dá por incompetente, quando se trata de Policial Militar, sob a seguinte justificativa:

[...] falece competência a este Tribunal para julgamento da presente demanda, pois a Emenda Constitucional nº 45/2004, com a nova redação dada ao art. 125, § 4º e § 5º, da Constituição da República, atribuiu ao Tribunal de Justiça Militar

a competência para a apreciação e julgamento de matéria relativa à perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças⁹⁷.

Quanto à questão envolvendo a perda do cargo de Policial Militar, tendo-se em vista o fato de que, realmente, diz respeito a uma imposição constitucional – vale dizer: com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e conseqüente modificação do art. 125, § 4º e § 5º, da Carta Magna –, entendemos que a competência para tal providência deslocou-se mesmo para o Tribunal de Justiça Militar, ainda que a condenação não decorra de crime de sua natureza.

É que, antes da referida Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal havia firmado o entendimento de que a competência da Justiça Militar, prevista no § 4º do art. 125 da Constituição Federal, era somente para decidir a respeito da perda de graduação das praças, quando esta constituísse pena acessória de crime de sua respectiva competência⁹⁸. Agora, entretanto, com a Emenda Constitucional nº 45/04 e diante dessa constatação, o ideal é que, nos casos de improbidade administrativa em que se vislumbre plausível a perda do cargo de Policial Militar, o processo seja desde logo encaminhado ao Tribunal de Justiça respectivo, a fim de se evitarem alongadas discussões que não contribuam para a solução adequada da controvérsia.

Com a superveniência da Emenda Constitucional nº 45/2004, nota-se que, além da competência para processar e julgar os militares estaduais nos crimes militares definidos em lei, a Justiça Militar detém competência também para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares, sendo de se frisar, por oportuno, que a demissão ou a expulsão do militar dizem respeito à sanção administrativa, distintas, portanto, da perda da graduação, que é medida judicial privativa do tribunal competente, podendo ser aplicada até mesmo ao inativo.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo também nos dá conta dessa distinção entre a demissão ou a expulsão e a perda da graduação:

EMENTA - O pedido de exoneração oficializado do interessado, ou mesmo sua expulsão pela Polícia Militar, não obstam o exercício da competência atribuída ao Tribunal de Justiça Militar, através do art. 125, § 4º da Constituição Federal.

⁹⁵ CAMPOS, Paulo Frederico Cunha. A Justiça Militar e a Emenda Constitucional nº 45. , ano 9, nº 710, 15 jun. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6811>>.

⁹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.03.090724-1/001. Relator: Des. Ernane Fidélis. Belo Horizonte, 19 de setembro de 2006. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 21 nov. 2006.

⁹⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0105.03.100918-3/001. Relator: Desembargadora Maria Elza. Belo Horizonte. Data do Julgamento: 22 de novembro de 2007. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 4 dez. 2007. Veja-se também a Apelação Cível nº 1.0702.05.218259-1/001.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 286.636-7. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 7 nov. 2000. *DJ*: 23 fev. 2001.

Policial Militar revela perfil incompatível com postulados de hierarquia e disciplina que alicerçam a Corporação, não reunindo as condições mínimas para ostentar a graduação que lhe fora outorgada (PERDA DE GRADUAÇÃO DE PRAÇA – nº 000618/03 Processo nº 027131/00 4ª AUDITORIA, grifo nosso).

EMENTA - Derrogado o art. 102 do Código Penal Militar, a pena de exclusão da Corporação não é mais aplicada de forma acessória, tendo a Constituição Federal atribuído competência exclusiva ao Tribunal de Justiça Militar para sua imposição, que prevalece, inclusive, sobre eventual decisão em Ação Ordinária Declaratória de Nulidade do Ato Administrativo Disciplinar. Graduação é o grau hierárquico da Praça. Assim, *desde a Praça ao Sub-Oficial, todos são detentores de graduação, e podem perdê-la, quer por decisão desta Corte, quer por ato disciplinar administrativo do Comando Geral*. Súmula 673 do STF. Sede inadequada para rediscussão da pena imposta no processo crime, posto que transitada em julgado a decisão. (PERDA DE GRADUAÇÃO DE PRAÇA – nº 000666/03 Processo nº 026957/00 4ª AUDITORIA, grifo nosso).

Tal constatação, no entanto, não retira do Ministério Público a atribuição de investigar fatos relacionados a condutas de policiais militares que supostamente possam caracterizar a improbidade administrativa, conforme admitiu o próprio Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais:

A Justiça Militar Estadual é competente para julgar ação de improbidade administrativa, sendo que o E. Tribunal de Justiça Militar possui competência originária, tendo em vista o disposto no art. 125, § 4º, da Constituição Federal.- A responsabilização judicial por ato de improbidade administrativa possui natureza cível. A Lei Estadual nº 14.310/02, que instituiu o Código de Ética e Disciplina dos Militares e contém previsão para as infrações disciplinares e as respectivas sanções, não regulamentam a previsão do § 4º do art. 37 da Constituição da República. Tal regulamentação é feita pela Lei Federal nº 8.429/92.- No caso de ato de improbidade praticada por servidor militar, o art. 14, § 3º, da Lei nº 8.429/92 determina que a apuração preliminar seja feita de acordo com o respectivo regulamento. A expressa previsão para utilizar-se o regulamento disciplinar presta-se unicamente a indicar que a autoridade administrativa militar tem o dever de proceder a apuração do ilícito. Mas, se a investigação preliminar for conduzida por meio de inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público não há qualquer nulidade. É a própria Constituição da República que atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), e, para tanto, confere-lhe o poder/dever de instaurar o inquérito civil público. Desta forma, a previsão da Lei nº 8.429/92 não poderia restringir as atribuições constitucionais do Ministério Público, mas apenas complementá-las.

Gylliard Matos Fantecelle, discorrendo sobre a matéria, adverte que não fora recepcionada a

pena de perda do cargo público prevista na Lei nº 4.898/65,⁹⁹ bem como que seria inconstitucional a mesma previsão constante da Lei nº 9.455/97,¹⁰⁰ ambas, frise-se, quando aplicadas no âmbito da Justiça Comum ao agente público militar estadual. Do contrário, estaremos admitindo que leis infraconstitucionais violem competência funcional e absoluta regulada pela Magna Carta¹⁰¹.

Sobre a distinção entre a perda do cargo em decorrência da prática de crime de tortura e a mesma sanção decorrente da condenação por improbidade administrativa, o eminente Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, Fernando Galvão, assim ensina:

Note-se que não é adequado estabelecer comparação entre a ação civil de improbidade administrativa e a ação penal relativa ao crime de tortura. No caso da tortura, a perda da função pública é um efeito da condenação e não uma pena. A justiça comum julga a acusação de prática de tortura e aplica a pena correspondente (privativa de liberdade). O efeito da condenação (perda da função pública), no entanto, somente ocorrerá após decisão do Tribunal de Justiça Militar. No caso da condenação por crime de tortura, o julgamento para a perda do posto e da patente previsto no art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, aplicável aos militares estaduais por expressa disposição dos arts. 142 e 125, também da carta Magna, pressupõe anterior condenação na Justiça Comum. Não há, neste caso, fracionamento da decisão judicial. A Justiça Comum é competente para aplicar a pena privativa de liberdade e a Justiça Militar é competente para aplicar o efeito da condenação. Na ação de improbidade administrativa, a perda da função pública é a consequência direta da condenação. (Ag. Inst. 008. Rel. Juiz Cel. PM Sócrates Edgard dos Anjos. Julg. 18/04/2007)

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais também enfrentou essa matéria, dando-lhe uma solução consonante com a lógica processual, uma vez que, de fato, se a Justiça Comum não é competente para impor a perda do cargo ao Policial Militar e sendo essa sanção uma decorrência da condenação por improbidade, pressupõe-se desarrazoado o entendimento segundo o qual uma fração do julgamento se daria na Justiça Comum e outra, a imposição da pena de perda do cargo, na Justiça Militar¹⁰².

⁹⁹ Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.

¹⁰⁰ A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, definiu os crimes de tortura e deu outras providências.

¹⁰¹ FANTECELLE, Gylliard Matos. **Aplicabilidade da pena de perda do cargo público na Justiça comum ao policial militar: inconstitucionalidade**. ano 9, n. 606, 6 mar. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6362>.

¹⁰² A previsão constitucional de competência para decretar a perda do posto e da patente, bem como da graduação

Aspecto interessante de ser abordado, a título de curiosidade, diz respeito ao fato de que, no âmbito da Justiça Militar, foi mantido o foro por prerrogativa de função, uma vez que ali a competência para processar a ação de improbidade administrativa é originária do Tribunal de Justiça, de modo que, na hipótese de o Promotor de Justiça concluir uma investigação que resulte no ajuizamento da referida ação, ele deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para as providências junto ao órgão competente.

3.2.5.2 - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA POLICIAL CIVIL

Quanto à negativa do Tribunal de Justiça mineiro em reconhecer a possibilidade de o agente público cometer improbidade administrativa na prática de qualquer ato ilegítimo que não tenha sido contra os Poderes estatais e entidades paralelas, insistimos em afirmar que, ainda assim, há a possibilidade da caracterização da conduta ímproba. Para tanto, temos nos socorrido dos ensinamentos de especialistas como Emerson Garcia¹⁰³, que leciona: “Violado o preceito proibitivo previsto na norma, ter-se-á a lesão ao bem jurídico tutelado e, por via reflexa, ao direito de outrem. Em casos tais, o titular do bem jurídico ameaçado ou violado pela conduta ilícita recebe a denominação de sujeito passivo material”. Mais adiante acrescenta: “Tratando-se de norma de natureza cogente, cuja aplicação não possa ser afastada pela vontade dos interessados, qualquer que seja o bem atingido, o Estado sempre estará presente como sujeito passivo formal, já que a norma violada fora por ele estatuída”.

Também é do escólio sempre autorizado do admi-

das praças, é o critério absoluto que define a Justiça Militar Estadual como competente para julgar a ação civil de improbidade administrativa. Como se pode facilmente constatar do exame do art. 12 da lei de regência, a pena de perda da função pública é a consequência direta da condenação por ato de improbidade. Não seria possível conceber que a Justiça Comum fosse competente para decidir sobre a condenação e, em seguida, remetesse os autos à Justiça Militar para a aplicação da pena. Tal solução implicaria em fracionamento do julgamento, o que fere toda a lógica do sistema processual. Se a Justiça Militar é competente para aplicar a pena, também o é para processar e julgar a ação que tem como pedido direto a aplicação da pena de perda da função pública.- A decisão concessiva de tutela antecipada foi proferida por juiz absolutamente incompetente, devendo o recurso ser provido para anular a decisão hostilizada. - Reconhecida a competência originária deste E. Tribunal, é necessário avocar-se os autos da ação principal para que esta tenha curso no órgão jurisdicional competente.- Recurso provido para anular a decisão hostilizada e determinar a avocação dos autos ao Tribunal. (Processo nº 1.0702.05.218259-0/002. 5ª Câmara Cível. Rel. Juiz Cel PM Sócrates Edgard dos Anjos, publicado em 1º de junho de 2007)

¹⁰³ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 211-212.

nistrativista Wallace Paiva Martins Júnior¹⁰⁴ a assertiva de que a violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a administração pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, censura “condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material”.

De fato, o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92 é peemptório, ao preconizar:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (grifo nosso)

Portanto, perfeitamente plausível a imputação de improbidade administrativa a servidor público (Policial Civil), ainda que o ato não tenha sido praticado diretamente contra os Poderes estatais e entidades paralelas, uma vez que o manifesto abuso, a toda evidência, caracteriza a conduta ímproba na modalidade de transgressão do princípio constitucional da legalidade, que, por seu turno, traduz-se na violação do dever de honestidade e lealdade para com as instituições.

Embora possa parecer que tal constatação tenha um cunho de obviedade, o fato é que, como dito anteriormente, o Tribunal de Justiça mineiro tem rejeitado ações de improbidade administrativa manejadas com o propósito de punir agentes policiais que cometem ilegalidades contra o cidadão, em cuja inicial não se cuidou de enfatizar esse aspecto específico, sendo de todo oportuna a lembrança de que, em casos como tais, tenha-se a preocupação de instaurar o debate já na exordial, de modo que, na segunda instância, a matéria não seja argüida de ofício, como tem ocorrido.

3.2.6 - CONCLUSÃO

Quanto à possibilidade de o Ministério Público executar as certidões de débito expedidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, não nos descuramos da hipótese da viabilidade dessa providência, especialmente considerando o argumento que autoriza as incursões ministeriais no âmbito da defesa do patrimônio público, ou seja, em última análise, toda vez que o *Parquet* executa um título

¹⁰⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

oriundo da referida Corte de Contas, ele está se imiscuindo na seara do direito difuso, o que lhe é assegurado tanto pela Lei nº 7.347/85 (LACP) como pela Constituição Federal – art. 129, inciso III.

Entretanto, há que se ponderar a respeito da eficácia do processo, bem assim da resposta efetiva que a coletividade espera das iniciativas ministeriais, vale dizer: vamos insistir nas ações de execução, as quais não encontram ressonância no Judiciário, seja na primeira, segunda, ou mesmo nas instâncias excepcionais, ou vamos encaminhar os títulos aos órgãos beneficiários para as respectivas execuções, sob pena, aí sim, da legítima iniciativa do Ministério Público, no que concerne à omissão que caracteriza a improbidade por renúncia de receita?

O mesmo se diz sobre o ajuizamento de ações de improbidade administrativa que buscam a perda da função pública de policiais militares, no momento em que vige a nova redação do art. 125, § 4º e § 5º, da CF/88, imposta pela Emenda Constitucional nº 45/04, que atribuiu ao Tribunal de Justiça Militar a competência para determinar a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças da Polícia Militar. Ora, se cabe ao referido Tribunal Militar a palavra final sobre a perda da função, que, diga-se, não se confunde com a demissão ou a expulsão, então que a ação seja ali instaurada desde o início, evitando-se, dessa forma, a sua anulação, ao final, repetindo-se todos os atos, apenas porque a Justiça Comum não tem competência para aplicar a pena.

Já no aspecto relativo à possibilidade da caracterização da improbidade administrativa por ato de Policial Civil, quando pratica conduta abusiva contra o cidadão, entendemos que, ao contrário do que têm decidido algumas Câmaras do Egrégio Sodalício mineiro, há sim viabilidade da respectiva ação, nos termos dos argumentos expendidos, ou seja, mesmo quando o ilícito civil não tiver sido cometido concretamente contra os Poderes estatais e entidades paralelas, ainda assim, é de se convir, resta caracterizada a ofensa aos deveres de honestidade e lealdade às instituições e, principalmente, à legalidade.

Essas anotações despretensiosas, como a sua leitura revela, não trazem no seu conteúdo um ensinamento propriamente dito, como sugere um manual, mas, antes, expõem algumas constatações extraídas do dia-a-dia da Procuradoria de Direitos Difusos, as quais, cotejadas com as soluções mais positivas às iniciativas do Ministério Público, autorizam as recomendações feitas, repita-se, sem nenhum caráter vinculativo, apenas no intuito de se buscar uma maneira ordenada de atuação.

3.3 - RECONHECIMENTO LEGAL E A EFETIVA FRUIÇÃO INDIVIDUAL DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS

3.3.1 - INTRODUÇÃO

O tema do acesso à Justiça¹⁰⁵ ganha grande impulso em todo o mundo e, no Brasil, sobretudo a partir de 1985, ano da entrada em vigor da revolucionária Lei nº 7.347/85, destinada principalmente a formalizar a defesa processual do interesse coletivo dos cidadãos¹⁰⁶. Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo regras processuais específicas tendentes a integralizar o sistema processual de defesa de *qualquer* interesse coletivo (difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo). Diversos matizes detalham os interesses coletivos previstos em leis específicas sobre: meio ambiente, agrotóxico, consumidor, valores culturais, deficientes físicos, criança e adolescente, idoso, ordem urbana, ordem econômica, patrimônio público.

Compreendeu-se que os paradigmas processuais individualistas não são adequados ao enfrentamento dos macroproblemas metaindividuais e econômicos dos tempos industriais, complexos e massificados em que vivemos. Disso decorre a necessária busca de macrosoluções jurídicas para as crescentes e muito complexas demandas sociais. Repita-se: vivemos os tempos da complexidade¹⁰⁷. A lesão ao

¹⁰⁵ Veja a lição da doutrina francesa, em relação ao consumidor: “Tout citoyen qui s'estime lésé a théoriquement la liberté de saisir un tribunal pour obtenir justice. Mais il s'agit là d'une liberté toute formelle, dont l'exercice est entravé par le poids des réalités. Parmi les consommateurs qui ont des griefs envers les professionnels, rares sont ceux qui intentent individuellement une action en justice. Des obstacles les dissuadent de le faire: raisons psychologiques, la difficulté de savoir quel est le tribunal compétent, la complexité de la procédure, l'érotisme du langage juridique, jusqu'à la robe des magistrats et des avocats, font naître chez le simple citoyen l'impression que la justice est un monde à part où il vaut mieux ne pas s'aventurer; la lenteur de la justice; le coût du procès” (CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la Consommation**. 3 ed., Paris: Dalloz, 1992. p. 353-354). A esse respeito: “O sistema judicial não está suficientemente aparelhado para solucionar o grande número de litígios que decorrem das relações de consumo. A garantia constitucional de acesso ao serviço público prestado pelo poder judiciário amiúde se frustra. Barreiras de toda ordem nos impedem de ter acesso ao serviço jurisdicional, impossibilitando a concretização dos direitos conferidos pela ordem jurídica, comprometendo ainda mais o combalido sentimento jurídico do povo e agravando o fenômeno da anomia social. Fatores econômicos, culturais, psicológicos, dentre outros, impedem que a maior parte da população tenha assegurado seu direito de acesso ao serviço jurisdicional” (COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Acesso frutífero à Justiça e a realização dos direitos**, in Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, nº 1, Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1997. p. 53).

¹⁰⁶ Por todos, cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁰⁷ Nesse sentido, cf. DIEBOLT, Serge. **Le droit en mouvement – Eléments pour une compréhension**

interesse individual pode ser considerada insignificante, se vista isoladamente. Entretanto, ela assume enorme vulto se observada globalmente: a mesma lesão que atinge um indivíduo geralmente alcança milhares de pessoas¹⁰⁸, como, por exemplo, nos casos de danos provocados por um produto defeituoso (um medicamento, um brinquedo, um automóvel), por uma publicidade enganosa, por uma cláusula abusiva inserida em um contrato, ou no caso de um dano ao meio ambiente ou ao patrimônio público.

Os novos paradigmas processuais de acesso coletivo frutífero à Justiça evoluem paulatinamente. Os profissionais do Direito que operam diretamente no dia-a-dia forense sabem que as mudanças propostas pela nova legislação ocorrem em perspectiva histórica, isto é, alguns profissionais do Direito e tantos outros agentes econômicos não estão ainda familiarizados com as historicamente novas noções de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

Com algumas notas doutrinárias, procuraremos esclarecer as diferenças entre essas noções. A marca da indisponibilidade desses interesses ajuda-nos nesse esclarecimento. Vejamos, então, as distinções entre esses interesses (B) para, a seguir, sublinharmos a sua marcante indisponibilidade (C), e, logo, propormos uma conclusão (D).

3.3.2 - AS DISTINÇÕES ENTRE OS INTERESSES COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO

Analisando decisões judiciais relativas aos interesses coletivos, Nelson Nery Júnior explica que “os conceitos e diferenciações entre interesses difusos e coletivos encontram-se em pleno desenvolvimento doutrinário, nada havendo, ainda, de caráter definitivo sobre essas duas realidades¹⁰⁹”. A codificação da matéria permanece intensamente discutida¹¹⁰.

A primeira distinção a ser feita é entre interesses individuais e interesses coletivos. Nosso Direito, que tutelava apenas os primeiros, só recentemente passou a dedicar-se às questões transpessoais ou metaindividuais. O interesse ou direito individual é aquele que claramente se liga a um determinado sujeito. É o direito subjetivo, o interesse relacionado a pessoa certa, individualizada.

constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques. Thèse, Paris X, 2000.

¹⁰⁸ Nesse sentido: COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Consumidor e profissional:** contraposição jurídica básica. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 29.

¹⁰⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 621.

¹¹⁰ Veja, por todos, ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Já o interesse coletivo, conforme indica o próprio nome, relaciona-se necessariamente a uma coletividade ou grupo de pessoas. Ao estudá-lo, a doutrina criou uma série de classificações, e o legislador, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), dividiu-os em difusos e coletivos. Além disso, resolveu tratar, como coletivos, os interesses individuais decorrentes de origem comum, denominando-os *individuais homogêneos*. Kazuo Watanabe diz que os primeiros são *essencialmente coletivos* (CDC, art. 81, parágrafo único, incisos I e II) e os interesses individuais homogêneos são *de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados*¹¹¹.

Três aspectos destacam-se na caracterização dos interesses difusos, conceituados pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC: a indeterminação dos titulares; a inexistência de relação jurídica base; a indivisibilidade do bem jurídico.

Derivado do latim *diffusus*, o adjetivo *difuso* é usado com o significado de *disperso, espalhado*. Difuso, portanto, é aquele interesse que se relaciona a pessoas indeterminadas, dispersas, espalhadas. Outra característica é a inexistência de uma relação jurídica base. Os titulares, conforme a definição legal, são pessoas *ligadas por circunstâncias de fato*. Em matéria contratual, por exemplo, identificamos facilmente a presença de interesses difusos na fase pré-negocial, pois a oferta é dirigida a pessoas indeterminadas e ainda não se formou a relação jurídica base (vínculo contratual). Tais interesses serão sempre indivisíveis. Não há como identificar titulares de quotas ou parcelas do interesse difuso. Na conhecida definição de Barbosa Moreira, “a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade¹¹²”.

Cuidando ainda de interesses metaindividuais, o CDC trata, no art. 81, parágrafo único, inciso II, dos chamados interesses coletivos. A leitura do *caput* do art. 81 e de seu parágrafo único, em contraposição ao texto do inciso II, mostra que a expressão *coletivos* foi, nesse último, utilizada em sentido estrito, referindo-se a uma das espécies de interesse que poderá receber proteção a título coletivo. Trata-se de mais uma espécie de interesses essencialmente coletivos, que se distinguem dos interesses difusos porque eles têm, como titulares, os grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

As principais características dos interesses coletivos em sentido estrito são: a possibilidade de determinação de seus titulares; a existência de uma relação

¹¹¹ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 503.

¹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro.** RF n. 276/1.

jurídica base que liga os titulares entre si ou com a parte contrária; a indivisibilidade do bem jurídico tutelado.

Os interesses coletivos em sentido estrito relacionam-se a grupos, categorias ou classes de pessoas. Por isso serão sempre determinados – ou, ao menos determináveis – seus titulares. Filiadas a associações, clubes, sindicatos, as pessoas podem estar unidas, entre si, por uma relação jurídica base, sendo titulares de interesses coletivos. Em outras situações, os indivíduos estarão vinculados, por uma relação jurídica base, com a parte contrária. É o caso, por exemplo, dos alunos de uma mesma escola ou os contratantes de uma mesma companhia seguradora. Eles não mantêm, entre si, nenhum vínculo jurídico, mas ligam-se com a parte contrária, através de idêntica ou semelhante relação jurídica base.

Na sociedade da complexidade, os prejuízos individualmente sofridos são iguais ou semelhantes aos de muitos outros indivíduos. Imaginemos, então, milhares de vítimas de um acidente de consumo causado por um medicamento defeituoso ingressando em juízo individualmente, postulando reparação de danos. Teria nosso sistema judicial capacidade para absorver tantas demandas? A proposta para solução desse problema veio com a historicamente nova disciplina processual da Lei nº 8.078/90, que autoriza a tutela coletiva de interesses individuais. Adaptando ao Direito brasileiro o sistema das *class actions for damages* ou dos *mass tort cases* do sistema do *common law*, o CDC permite que interesses individuais sejam protegidos como coletivos¹¹³. Trata-se dos *interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum* (art. 81, parágrafo único, III).

O magistrado gaúcho Teori Albino Zavascki, no conhecido estudo intitulado *O Ministério Público e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos*, mostra que tal categoria de interesses já era tutelada pelo nosso Direito. A novidade, introduzida pelo CDC, foi a denominação – *interesses individuais homogêneos*:

Além da prevista no Código do Consumidor, há outras hipóteses de legitimação do Ministério Público para defender, em forma coletiva, direitos de natureza individual: a da Lei nº 7.913, de 7/12/89, para propor ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários e a do art. 46 da Lei nº 6.024, de 13/03/74, para propor ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência. Nas três hipóteses – danos decorrentes de relações de consumo, de in-

vestimentos em valores mobiliários e de operações com instituições financeiras – os direitos lesados são por natureza individuais, divisíveis e disponíveis¹¹⁴.

Mais adiante, no mesmo texto, o Juiz gaúcho mostra que tal atribuição está em conformidade com o perfil constitucional estabelecido para o Ministério Público:

Com efeito, é a própria Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores é princípio fundamental da atividade econômica (CF/88, art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive pelo Estado, em forma obrigatória (CF, art. 5º, XXXII). Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. Conquanto suas posições subjetivas individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que quando consideradas em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes interesses individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades sociais de 'promover o desenvolvimento equilibrado do País e de servir os interesses da coletividade' (CF/88, art. 192). Não será difícil concluir, de todo o exposto, que a legitimação do Ministério Público para a defesa de *direitos individuais homogêneos* dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis nº 6.024/74, 7.913/89 e nº 8.078/90, é perfeitamente compatível com a sua incumbência constitucional de defender os interesses sociais, imposta pelo art. 127, da Carta de 1988.¹¹⁵

Ao permitir que feixes de interesses individuais sejam tratados como coletivos, o CDC facilita o acesso à Justiça, possibilitando, através da ação civil pública, a reparação dos danos individualmente sofridos.

A Lei nº 7.347/85 restringia a ação civil pública à tutela de interesses difusos e coletivos por meio da ação cautelar e da ação de obrigação de fazer e não fazer. Hoje, no regime do CDC, são admissíveis todas as espécies de ação (art. 83) e, o que é mais importante, o tratamento coletivo de interesses individuais homogêneos.

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Civil Pública e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, n. 5, jan-mar 1993. p.209.

¹¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. São Paulo: RT, 1993. p. 30.

¹¹⁵ ZAVASCKI, Op. cit. p. 34.

Atento às dificuldades que a doutrina e a jurisprudência têm tido para a caracterização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, Nelson Nery Júnior apresenta-nos um método simples e eficaz para que se faça corretamente tal qualificação: identificar o interesse a partir da *pretensão* a ele relativa. Veja-se:

A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o *Bateau Mouche IV*, que teve lugar no Rio de Janeiro recentemente, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.¹¹⁶

Nas ações judiciais, para identificar os interesses discutidos, devemos verificar qual o *pedido* formulado. E será comum encontrarmos, na mesma petição inicial, pedidos relativos a mais de uma espécie de interesse coletivo.

Imaginemos um exemplo mais recente, como o do caso do automóvel Volkswagen Fox¹¹⁷. Uma só sentença poderia obrigar o fornecedor a adequar o mecanismo de ampliação do porta-malas (trava do banco traseiro) de todas as unidades a serem fabricadas (interesse difuso dos futuros adquirentes ou usuários), obrigar a empresa a chamar todos os milhares de adquirentes diretos ou secundários para corrigir o defeito (interesse coletivo em sentido estrito) e ainda condenar genericamente o profissional a indenizar todos os indivíduos que tiveram o dedo mutilado ao manipular o dispositivo defeituoso (interesse individual homogêneo). Nesse último aspecto, a sentença condenatória genérica poderia ser executada por iniciativa de cada indivíduo, através do processo de liquidação por artigos (provando-se fatos específicos). Não importa se seriam cinco ou seis ou sete ou trezentas as vítimas do acidente, ou se estas residiriam em São Paulo ou Manaus: todas estariam protegidas por normas jurídicas materiais e processuais de ordem pública e interesse social. Todo indivíduo que se

encontrasse na situação jurídica declarada na sentença poderia fruir concretamente do direito que lhe fosse devido.

3.3.3 - A MARCANTE INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES COLETIVOS

Como dito, as regras processuais do CDC contribuem para a integração do sistema processual de defesa de *qualquer* interesse coletivo, conforme o disposto no art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, com a redação determinada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. O art. 1º, CDC, anuncia que todas as suas normas são de *ordem pública e interesse social* e que elas decorrem da ordem constitucional econômica de proteção (CF/88, art. 170, V). Ou seja, suas normas são cogentes, indisponíveis.

Eros Roberto Grau aponta a ambigüidade contida nas expressões *ordem pública, ordem privada, ordem econômica e ordem social*. Todavia, traça conceito elucidativo do que podemos entender por *ordem pública* ou por *normas de ordem pública*:

A expressão ordem pública, não obstante, ganha sentido bem definido ao referir o conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalece sobre o universo das normas dispositivas de direito privado (René Savatier, *La théorie des obligations*, p. 165 e ss.). Daí, outra expressão, *lei de ordem pública*, isto é, norma jurídica que impacta sobre o universo das relações jurídicas privadas, de modo impositivo¹¹⁸.

É evidente o alcance social das normas processuais de proteção dos interesses coletivos em sentido lato (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos). Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover:

Muito embora a Constituição atribua ao MP apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao MP a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).

A dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja o seu objeto, insere-se sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da CF/88.¹¹⁹

Miremos o exemplo de uma ação de conhecimento cujo pedido vise simplesmente ao reconhecimento

¹¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 619.

¹¹⁷ No dia 20/04/2008, os grandes jornais brasileiros estampavam um *comunicado* da Volkswagen, que, após relutar, chamara o consumidor para corrigir um grave defeito no sistema de travamento do banco traseiro (veja *Estado de Minas* p. 20).

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica de 1988* (interpretação e crítica), 2 ed. São Paulo: RT, 1991, p. 63.

¹¹⁹ GRINOVER, Op. cit., p. 213.

dos direitos de consumidores que, cientes de uma decisão judicial de mérito, poderão decidir pela re ratificação – ou não – de um contrato de adesão contendo cláusulas abusivas. Nessa hipótese, a lição de Ada Pellegrini Grinover é esclarecedora:

O reconhecimento de direitos aos indivíduos deflui do sistema normativo – e, antes mesmo, do direito natural – sem que se leve em consideração a autonomia da vontade. O direito à vida, à saúde, à segurança, ao ambiente, à propriedade; os direitos dos consumidores, dos contribuintes, dos usuários dos serviços públicos, etc., são assegurados pela Constituição e pelas leis, independentemente da vontade dos beneficiários. Somente quanto à sua efetiva fruição, é que depende ela da vontade e da iniciativa do titular.

Ora, a tutela jurisdicional dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos, no sistema brasileiro, obedeceu rigorosamente a essa distinção. A ação coletiva, ajuizada pelo órgão público ou pelos entes associativos, em nome próprio e no interesse alheio (art. 91 do CDC), leva simplesmente a uma sentença condenatória genérica, que reconhece a existência do dano e estipula o dever de indenizar (art. 95 do CDC).

Cessa, aqui, a substituição processual dos entes legitimados à ação coletiva dos arts. 91 a 100 do CDC. A seguir, a liquidação e a execução da sentença, pelas vítimas ou seus sucessores, será promovida diretamente por estes, ou pelos legitimados às ações coletivas, mas agora a título de representação¹²⁰.

A possibilidade de uma só sentença garantir o acesso de centenas – às vezes de milhares – de indivíduos à Justiça constitui-se no mais importante instrumento jurídico de proteção dos interesses sociais.

3.3.4 - CONCLUSÃO

Na sociedade da complexidade, os indivíduos permanecem dispersos, espalhados, distanciados dos centros de decisão econômica ou política. É o setor produtivo que determina o que vai ser consumido pelo indivíduo. Este se encontra exposto à crescente profusão de ofertas de produtos muitas vezes inseguros, inúteis ou predestinados à obsolescência rápida: a integridade física do indivíduo é ameaçada gravemente, os desequilíbrios socioambientais tornam-se insuportáveis. O contrato de adesão marca a vida do indivíduo. É o profissional fornecedor que dita a lei do contrato predisposto, que dita a sua vontade unilateral não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade de indivíduos desorganizados. O patrimônio público é ameaçado e violado de forma despu dorada.

Essa problemática mostra a importância do tema do acesso coletivo à Justiça. A fragilidade do indivíduo disperso e isolado precisa de uma resposta jurídica. A legislação declara os direitos (e deveres, obviamente) de todos os indivíduos em relação ao meio

ambiente, ao controle de agrotóxicos e pesticidas e à proteção do consumidor, dos valores culturais, dos deficientes físicos, da criança e adolescente, do idoso, da ordem urbana, da ordem econômica, do patrimônio público. Toda essa temática importa a todo o indivíduo, de forma expressamente reconhecida na lei. Por isso, tais assuntos são legalmente declarados de interesse social indisponível para o efeito de acesso coletivo de indivíduos titulares de direitos à Justiça. Sempre é bom dizer o óbvio: a sociedade é constituída de indivíduos, de uma diversidade de indivíduos potencialmente aptos a fruírem seus direitos.

3.4 - ANOTAÇÕES SOBRE RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em segunda instância, uma das funções fundamentais na proposta de trabalho que norteia a atuação dos integrantes da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos é a efetiva atuação como parte, e não como parecerista, custos legis. Em consequência desse compromisso com o resultado da ação proposta pelo Promotor de Justiça, a insurreição contra a sucumbência é fator de destaque.

Os mecanismos processuais colocados à disposição, visando à obtenção de reforma ou cassação do acórdão desfavorável, não abrangem espectro muito amplo, restringindo-se basicamente aos recursos extraordinário e especial, bem como aos agravos contra a inadmissão deles.

Como sabido, a admissão dos recursos para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é extremamente restritiva e plena de requisitos, muitos dos quais inatingíveis, o que faz com que o cuidado para o preenchimento de todas as exigências comece já da peça de ajuizamento da ação civil pública.

Questões como o prequestionamento, fuga da matéria unicamente fático/probatória, obtenção do correto dissídio jurisprudencial muitas das vezes refogem da atuação exclusiva em segunda instância, dada a preclusão de algumas etapas. O mecanismo repetitivo da interposição de embargos declaratórios tão-somente para obtenção de uma *pega* para a admissão é cada vez mais rejeitado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e conta com o apoio do STF e STJ quando do julgamento dos agravos interpostos contra a admissão dos recursos especiais e extraordinários¹²¹.

¹²¹ A pretexto de prequestionar determinado tema, não pode o recorrente embargar de declaração o acórdão, suscitando questão nova, não agitada até o momento; neste caso, a omissão não é do acórdão, mas da parte (RTJ 107/412). No mesmo sentido, entre outros: RTJ 107/827, 109/371, 109/415, 113/789, 115/866, 122/393, 152/243, 152/648. Assim: "A jurisprudência do STF é pacífica ao afirmar que o tema constitucional suscitado originariamente em embargos de declaração não enseja o seu prequestionamento" (STF-2ª Turma, AI 220.472-9-PE-AgRg, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26/10/98, negaram provimento, v.u., DJU 16/04/99, p. 11).

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 218.

A matéria sujeita ao Recurso Extraordinário encontra-se regida em sede constitucional, art. 102, III:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45/04)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45/04)

Como se vê, a EC nº 45/2004 trouxe algumas modificações significativas, inclusive no que se refere ao espectro de matérias sujeitas ao RE. Exemplo disso são a alínea *d*, que trata de lei local, e a nova medida restritiva, incluída no § 3º, que agora pede seja demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto. Buscase, com isso, evitar que questões casuísticas e restritas ao recorrente e recorrido sejam objeto de análise pela mais alta Corte do País. A sistemática dessa análise encontra-se descrita no Código de Processo Civil, art. 543-A.

Como destaque, cumpre lembrar que a ampliação trazida pela alínea *d* do inciso III do art. 102 da CF/88 não resolveu questão recorrente em nosso trabalho, que é o questionamento, via controle incidental de constitucionalidade e/ou confronto com norma federal, de normas locais tributárias ou previdenciárias, cuja vedação legal advém do § 1º inserido no art. 1º da Lei nº 7.347/85 e que impede, como exemplo clássico, a discussão, por meio de ACP, das inúmeras taxas de iluminação pública criadas pelas Prefeituras como meio de angariar recursos de maneira sabidamente inconstitucional.

A questão da repercussão geral vem sendo contornada ou mesmo solvida pelo entendimento de que o desempenho das atividades do Ministério Público na defesa da sociedade é por si só relevante, uma vez que nesse mister há presunção da relevância, ou seja, nas ações coletivas para defesa de interesses metaindividuais, a repercussão geral se opera *iure et de iure*, pois tal defesa é inerente a toda a coletividade e os legitimados o são pelo próprio texto constitucional.

Porém, é de bom alvitre que, quando da interposição das ações, essa relevância já seja destacada,

sendo também recomendável que a abrangência das ações extrapole os limites da comarca, quando possível, com a propositura de ações pelos Centros de Apoio da Capital, como por exemplo, na área do consumidor.

As súmulas aplicáveis ao recurso extraordinário e que servem de limitador preferencial para a sua admissão são basicamente as mesmas que se aplicam aos recursos especiais, daí por que muitas vezes são citadas com numeração divergente.

Podem ser destacadas as principais, retiradas da sinopse feita por Teotônio Negrão em seu Código de Processo Civil:

Súmula nº 279 do STF ou 7 do STJ (Questão de fato): 'Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.'

Súmula nº 281 do STF e Súmula nº 207 do STJ (Decisão recorrida): 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.'

Cumpre destacar que o recurso extraordinário interposto com desobediência à Súmula 281 deve ser reiterado, quando a decisão se tornar final, para que possa ser conhecido, providência que se mostra necessária nos casos em que, após a parte recorrer, o Ministério Público, que tem vista posterior, em vez de simplesmente ofertar contra-razões, oferecer embargos de declaração, que integrarão o acórdão, obrigando a ratificação do recurso.

Súmulas nº 282 e nº 356 do STF (Prequestionamento): 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.'

O objetivo deste trabalho não é ensinar ou mesmo explicar o que venha a ser prequestionamento, objeto de longas dissertações doutrinárias e inúmeros posicionamentos jurisprudenciais. Porém, não custa lembrar que o mais eficiente prequestionamento é o comparativo, ou seja, aquele que aborda a norma discutida em confronto com a norma desejada – espelho. Normalmente, por serem as normas constitucionais principiológicas (moralidade, legalidade, ampla defesa, etc), esse questionamento fica subentendido, ao invés de ser explicitado e fundamentado já na petição inicial. Assim, por exemplo, a contratação irregular de servidores pode ferir o art. 37 da Constituição Federal em tese, e para que ela seja efetivada no caso concreto, como prequestionamento, deve ser explicado porque aquela contratação específica feriu o texto constitucional especificamente.

Súmula nº 284 do STF (Fundamentação deficiente): 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.'

Súmula nº 292 do STF (Admissão parcial): 'Interposto o recurso extraordinário por mais de um

dos fundamentos indicados no art. 101, n. III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.'

Súmula nº 355 do STF (Acórdão parcialmente embargável): 'Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida.'

Quanto ao Recurso Especial, sua previsão também tem sede constitucional, art. 105, III:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04).
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Como se vê, também aqui, a EC nº 45/2004 inseriu a questão da lei local, como havia feito na alínea d, referente a recurso extraordinário.

Como destaque, deve ser lembrado que o Código de Processo Civil, em seu art. 541, parágrafo único, prevê que:

[...] quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. (Redação dada pela Lei nº 11.341/2006).

Ou seja, foi assimilado o novo instrumento de pesquisa de jurisprudência, que é a internet.

Também como novidade – se assim se pode chamar – a retenção em primeira instância, prevista no art. 542, § 3º:

O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17/12/1998)

Esse cuidado, ou, melhor dizendo, a falta dele, é responsável por grande parte da inadmissão de recursos opostos em agravos e que poderiam ser

pertinentes (cerceamento de defesa, por exemplo) os quais, entretanto, perdem sua valia por não serem conhecidos quando da inadmissão do recurso contra a decisão final.

3.4.1 - SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SENTENÇAS E LIMINARES

Outro foco de atuação dos integrantes da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos é a obtenção de suspensão de liminares ou de efeitos de sentenças ou acórdãos que colidam com o interesse manifestado nas ações civis públicas.

Tal providência, prevista na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, vem se mostrando extremamente necessária, como nas questões dos bingos e afins.

O § 6º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 permite a interposição do agravo de instrumento simultaneamente ao pedido de suspensão dos efeitos da liminar, sendo certo ainda que esse último instrumento constitui medida excepcional e de aplicação restrita. Caberá ao Presidente do Tribunal obstar os efeitos da decisão judicial quando, comprovadamente, caracteriza risco de lesão aos institutos jurídicos dispostos na legislação *supra*, uma vez que se cuida de conteúdo eminentemente político, cujo procedimento é utilizado, como exceção, pelo Judiciário (Agravo Regimental na Petição nº 2000.02.01.059446-9/ES. Plenário do TRF da 2ª Região. Rel. Juiz Alberto Nogueira. j. 09/11/2000, *DJU* 04/01/2001).

O art. 4º da lei citada prevê a possibilidade de suspensão da execução da decisão em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Portanto, a explicitação desde a inicial do que seria a presumível lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas caso não atendido o pedido formulado pelo Ministério Público é um excelente mecanismo para a obtenção dessa providência judicial em segunda instância.

3.5 - JURISPRUDÊNCIA

REPERCUSSÃO GERAL

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL SUSCITADA. PRELIMINAR FORMAL E FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. ART. 543-A, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Inobservância ao que disposto no art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, que exige a apresentação de preliminar sobre a repercussão geral na petição de recurso extraordinário, significando a demonstração da existência de questões constitucionais relevantes sob o pon-

to de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes. 2. A ausência dessa preliminar na petição de interposição permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal negue, liminarmente, o processamento do recurso extraordinário, bem como do agravo de instrumento interposto contra a decisão que o inadmitiu na origem (13, V, c, e 327, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). 3. Cuida-se de novo requisito de admissibilidade que se traduz em verdadeiro ônus conferido ao recorrente pelo legislador, instituído com o objetivo de tornar mais célere a prestação jurisdicional almejada. 4. O simples fato de haver outros recursos extraordinários sobrestados, aguardando a conclusão do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, não exige o recorrente de demonstrar o cabimento do recurso interposto. 5. Agravo regimental desprovido. (RE-AgR 569476/SC - SANTA CATARINA- AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO- Relator(a): Min. GILMAR MENDES- Julgamento: 02/04/2008 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

PATRIMÔNIO PÚBLICO

STJ

CIVILAÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRODUÇÃO DE PROVAS. MATÉRIA DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE.

1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que contém fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Revelam-se incabíveis embargos declaratórios visando a simplesmente rediscutir as questões já decididas.

2. A ação civil pública destina-se a conferir integral tutela aos *direitos* transindividuais (*difusos* e *coletivos*) e, com essa finalidade, comporta não apenas os provimentos jurisdicionais expressamente previstos na Lei nº 7.347/85, como também qualquer outro, hoje disponível em nosso sistema de processo, que for considerado necessário e adequado à defesa dos referidos *direitos*, quando ameaçados ou violados.

3. Com fundamento no art. 129, III da Constituição, o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública, além de outras finalidades, “para a proteção do patrimônio público e social”, o que inclui certamente a possibilidade de postular tutela de natureza constitutivo-negativa de atos jurídicos que acarretem lesão ao referido patrimônio.

4. O art. 330, inciso I, do CPC permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas quando a questão é unicamente de direito ou quando já houver prova suficiente dos fatos alegados.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 592693 / MT-RECURSO ESPECIAL 2003/0175080-7 – Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA – Data Julgamento: 07/08/2007 – Data Publicação/Fonte: DJ 27/08/2007 p. 190)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma.

2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei nº 8.429/92).

3. Segundo o art. 11 da Lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI).

4. Simples relatórios indicativos apenas do motivo da viagem, do número de viajantes e do destino são insuficientes para comprovação de despesas de viagem.

5. A prestação de contas, ainda que realizada por meio de relatório, deve justificar a viagem, apontar o interesse social na efetivação da despesa, qualificar os respectivos beneficiários e descrever cada um dos gastos realizados, medidas necessárias a viabilizar futura auditoria e fiscalização.

6. Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei nº 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

7. Sentença mantida, excluída apenas a sanção de ressarcimento ao erário e reduzida a multa civil para cinco vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.

8. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL nº 880.662 - MG (2006/0170488-9 – Relator: Ministro Castro Meira – Data Julgamento: 15/02/2007)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUITA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO.

1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conse-

quências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração.

2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido. (RECURSO ESPECIAL nº 513.576 - MG (2003/0054006-5) – Relator: Ministro Francisco Falcão – Data do Julgamento: 3/11/2005).

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ART. 11 DA LEI nº 8.429/92 - NECESSIDADE DA CORTE DE ORIGEM MANIFESTAR-SE SOBRE LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS - OMISSÃO RELEVANTE - VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.

1. O Tribunal *a quo* não atentou para o fato de que os atos de improbidade, a teor do art. 11 da Lei nº 8.429/92, também se configuram mesmo quando inexistente lesão ao erário público ou enriquecimento ilícito dos réus.

2. “A existência de omissão relevante à solução da controvérsia, não sanada pelo acórdão recorrido, caracteriza a violação do art. 535 do CPC.” (REsp 839.468/BA, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJ 13/11/2006).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, a fim de que os autos retornem ao Tribunal *a quo* para o julgamento completo dos embargos de declaração. (RECURSO ESPECIAL nº 736.656 - MG (2005/0045562-2) – Relator: Ministro Humberto Martins – Data do Julgamento: 06/02/2007)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATORIA – SÚMULA 7/STJ – OMISSÃO NÃO CONFIGURADA – PROVA DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE.

1. Não é admitida, em instância especial, revolvimento de matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ).

2. Não há omissão no acórdão que fundamenta seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, a tese defendida pelo recorrente.

3. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (RECURSO ESPECIAL nº 721.194 - MG (2005/0001284-9) – Relatora: Ministra Eliana Calmon – Data do Julgamento: 12/06/2007)

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO “AGENTES PÚBLICOS”. HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei nº 8.429/92.

2. Deveras, a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de

probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a administração pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).

3. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

4. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

5. Ademais, a efetiva ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni juris* são condições de procedência do mérito cautelar, sindicável pela instância de origem também com respaldo na Súmula nº 07.

6. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improbo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula nº 07, do STJ.

7. Recursos parcialmente providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local. (RECURSO ESPECIAL nº 495.933 - RS (2002/0172299-5) – Relator: Ministro Luiz Fux – Data do Julgamento: 16/03/2004).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

1. A falta de citação do Município interessado, por se tratar de litisconsorte facultativo, na ação civil pública declaratória de improbidade proposta pelo Ministério Público, não tem o condão de provocar a nulidade do processo.

2. Ainda que assim não fosse, permaneceria a impertinência subjetiva da alegação haja vista que o beneficiário somente poderia nulificar o processo se descumpridas garantias que lhe trouxessem prejuízo. Princípio da Instrumentalidade das Formas no sentido de que “não há nulidade sem prejuízo” (art. 244, do CPC)

3. A solução acerca da validade do contrato é uniforme para todos os partícipes do negócio jurídico inquinado de ilegal, por isso que, a defesa levada a efeito pelo Subsecretário e pelo próprio Prefeito, legitimados passivos, por força do pedido condenatório, serviu, também, à Municipalidade, em razão da *Unitariedade do Litisconsórcio* em função do qual a decisão homogênea implica em que os atos de defesa aproveitem a todos os litisconsortes. É o que se denomina de *regime de interdependência dos litisconsortes* no denominado litisconsórcio unitário.

4. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve alargamento do campo de atuação do *Parquet* que, em seu art. 129, III, prevê, como uma das funções institucionais do Ministério Público a

legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos.

5. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

6. *In casu*, a ação civil pública foi intentada para anular contrato firmado sem observância de procedimento licitatório cujo objeto é a prestação de serviços de fiscalização, arrecadação e cobrança do IPVA, bem como reivindicar o ressarcimento causado ao erário. Nesses casos o que se pretende não é só a satisfação de interesses da coletividade em ver solucionado casos de malversação de verbas públicas, mas também o interesse do erário público.

7. O recorrente não apontou o dispositivo que entendeu violado, no que se refere ao alegado prejuízo a ele ocasionado restando, assim, deficiente a fundamentação desenvolvida, neste ponto, atrelando a incidência do verbete sumular nº 284, do STF.

8. A alegação de que a atividade da contratada não se reveste de cunho fiscalizatório de tributo não tem o condão de legitimar a não observância do procedimento licitatório, vale dizer, o fato de existir previsão legal de formação de convênio entre Estado e Município para facilitar a atividade fiscalizatória do fisco, o que não ocorreu, conforme noticiado pelo Ministério Público, não significa afirmar que uma empresa pode ser contratada para prestação de serviços sem prévia licitação.

9. A averiguação de enquadramento da empresa recorrente em algum dos casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25, da Lei nº 8.666/93) demanda reexame de matéria fática probatória, o que é defeso à esta Corte Superior, a teor do verbete sumular nº 07/STJ, muito embora seja cristalina a ausência de notória especialização para os serviços *in loco*.

10. Recurso parcialmente conhecido, porém, desprovido. (RECURSO ESPECIAL nº 408.219 - SP (2002/0009023-2) – Relator: Ministro Luiz Fux – Data do Julgamento: 24/09/2002)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRODUÇÃO DE PROVAS. MATÉRIA DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE.

1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que contém fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Revelam-se incabíveis embargos declaratórios visando a simplesmente rediscutir as questões já decididas.

2. A ação civil pública destina-se a conferir integral tutela aos direitos transindividuais (difusos e coletivos) e, com essa finalidade, comporta não apenas os provimentos jurisdicionais expressamente previstos na Lei nº 7.347/85, como também qualquer outro, hoje disponível em nosso sistema de processo, que for considerado necessário e adequado à defesa dos referidos direitos, quando ameaçados ou violados.

3. Com fundamento no art. 129, III da Constitui-

ção, o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública, além de outras finalidades, “para a proteção do patrimônio público e social”, o que inclui certamente a possibilidade de postular tutela de natureza constitutivo-negativa de atos jurídicos que acarretem lesão ao referido patrimônio.

4. O art. 330, inciso I, do CPC permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas quando a questão é unicamente de direito ou quando já houver prova suficiente dos fatos alegados.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 592693/MT-RECURSO ESPECIAL 2003/0175080-7 – Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – Data do Julgamento: 07/08/2007 – Data Publicação/Fonte: DJ 27/08/2007 p. 190 – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA).

STF

RECLAMAÇÃO nº 5081

Relator: Ministro Cezar Peluso

Reclamante: Damiano Zelo de Gouveia Neto

Reclamado: JD Comarca de Soledade - Paraíba

DECISÃO: 1. Trata-se de Reclamação, com pedido de liminar, ajuizada por Damiano Zelo Gouveia Neto, ex-prefeito do Município de São Vicente do Seridó-PB, após três legislaturas consecutivas (1989-1992/1997-2000/2000-2004), contra o Juízo da Segunda Serventia Judicial da Comarca de Soledade-PB, no qual tramitam oito Ações Cíveis Públicas por ato de improbidade administrativa: 019.2005.000151-9; 019.2003.000658-9; 019.2005.000943-0; 019.2005.001202-0; 019.2005.000064-5; 019.2005.00105-0; 019.2005.000.579-2, e 019.2007.000116-9.

O pedido funda-se em que as decisões ofenderiam os julgamentos desta Corte nas Reclamações 2138 e 4895.

Sustenta o reclamante, em síntese, que como ex-prefeito ostentaria a qualidade de agente político, razão pela qual não se lhe aplicaria a Lei de Improbidade (nº 8.429/92), mas, sim, a Lei nº 1079/50 ou o Decreto-Lei nº 201/67. Embora ciente de que o julgamento da Rcl nº 2138 ainda não foi concluído, alega que há grande probabilidade de que prevaleça o voto do Ministro Relator, NELSON JOBIM, para quem os agentes políticos não se sujeitam à lei de improbidade, como os demais agentes públicos, haja vista que seu regime, por suas essenciais particularidades, é o de responsabilidade político-administrativa, definido pela Lei nº 1079/50.

Requer a suspensão dos feitos, que tramitariam em órgão jurisdicional incompetente, em especial porque seus bens estariam na iminência de ser bloqueados.

2. Inviável o pedido.

A reclamação é remédio jurídico que, de previsão constitucional, se presta à dupla função de garantir a autoridade de decisões desta Corte e de preservar-lhe a competência.

A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que, na primeira hipótese - garantia de suas decisões -, a reclamação só pode ser manejada

ante o descumprimento daquelas proferidas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, ou, então, nos processos de índole subjetiva, desde que, neste último caso, o reclamante deles haja participado (Rcl nº 5027, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ de 30/03/2007; Rcl nº 4730, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 31/10/2006; Rcl nº 3.847-AgR, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 20/10/2006; Rcl nº 4.175-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ de 22/9/2006; Rcl nº 3.051-AgR, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 15/09/2006; Rcl nº 2723, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 9/06/2005, e Rcl nº 447, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ de 31/3/1995).

Ora, o reclamante não é parte nas reclamações cujos julgamentos reputa violados e que carecem dos efeitos que marcam o controle concentrado de constitucionalidade.

Por fim, não custa advertir que o Plenário desta Corte, ao julgar precedentes as ADINs nº 2.797-DF e nº 2.860-DF, declarou, por maioria, inconstitucionais os § 1º e § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002 (DJ de 19/12/2006 e *Informativo STF nº 401*).

Prevaleceu, a respeito, o entendimento do Relator, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, de que é inconstitucional a regra que estendia o foro especial ao momento posterior à cessação da investidura do agente político. Por essa especial razão, os ex-prefeitos, como o ora reclamante, devem ser julgados pelos juízes de primeira instância, aos quais assiste competência para tal.

3. Do exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao pedido, porque inadmissível. Oportunamente, arquivem-se.

Publique-se. Int.

Brasília, 21 de maio de 2007.

Ministro CEZAR PELUSO

Relator

Decisão publicada em 28/05/2007

MEIO AMBIENTE

TJMG

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. PRELIMINAR AFASTADA. IMÓVEL RURAL. AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL. EXIGÊNCIA LEGÍTIMA. DEVER A SER CUMPRIDO AINDA QUE INEXISTENTE ÁREA DE FLORESTA. SENTENÇA REFORMADA. A averbação de área destinada à reserva legal independe da existência ou não de floresta ou do tamanho da propriedade rural, de modo que não é necessária a produção de prova pericial para se verificarem as características do imóvel. A averbação da reserva legal na matrícula do imóvel tem o fim de lhe dar publicidade e especificá-la, demarcando-a e gravando o imóvel

com esse ônus, para conhecimento de todos e para que futuros e eventuais adquirentes do respectivo imóvel rural saibam, exatamente, a localização da reserva legal, com seus limites e confrontações. Essa obrigação a mais, prevista no Código Florestal (Lei Federal nº 4.771/1965), contribuiu para que se preservem áreas de florestas ou de vegetação nativa, sendo dever legal do proprietário e do futuro adquirente do imóvel respeitar e manter a reserva legal que deve constar da matrícula da propriedade no cartório de registro de imóveis. (AP. CÍVEL nº 1.0499.06.000299-9/001 - RELATOR: DES. ARMANDO FREIRE - Data Julgamento: 12/06/2007 - Data Publicação: 26/06/2007 - 1ª Câmara Cível).

Ação civil pública. Proteção ao meio ambiente. Depósitos de entulhos e de lixo urbano. Risco de danos à saúde da população e de degradação de áreas de preservação ambiental. Medidas de prevenção e de recuperação. Falta de atuação do Município. Intervenção do Poder Judiciário. A Constituição Federal assegura a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, porque essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225), bem como coloca a garantia do bem estar dos habitantes das cidades como objetivo da política de desenvolvimento urbano, que deve ser executada pelos Municípios (art. 182, *caput*). A falta de atuação do Município para a preservação das condições vitais dos munícipes, por meio da adoção de medidas concretas e eficazes para impedir o descarte de lixo e de resíduos de construção e de demolição em áreas de preservação ambiental do perímetro urbano, determina a intervenção do Poder Judiciário para assegurar o primado do interesse social. Confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário. (AP. CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO nº 1.0672.05.171865-4/002 -RELATOR: DES. ALMEIDA MELO - Data do Julgamento: 24/01/2008 - Data Publicação: 12/02/2008 - 4ª Câmara Cível).

STJ

DIREITO AMBIENTAL. ARTS. 16 E 44 DA LEI nº 4.771/65. MATRÍCULA DO IMÓVEL. AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA FLORESTAL. NECESSIDADE. I - A questão controvertida refere-se à interpretação dos arts. 16 e 44 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), uma vez que, pela exegese firmada pelo aresto recorrido, os novos proprietários de imóveis rurais foram dispensados de averbar reserva legal florestal na matrícula do imóvel.

II - *“Essa legislação, ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais conseqüências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser utiliza-*

dos com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras” (RMS nº 18.301/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 03/10/2005).

III - Inviável o afastamento da averbação preconizada pelos arts. 16 e 44 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), sob pena de esvaziamento do conteúdo da Lei. A averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é consequência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante.

IV - Recurso Especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 927.979 - MG (2007/0037109-2) – Relator: Ministro Francisco Falcão – Data do Julgamento: 15/05/2007).

SAÚDE

STJ

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.

I - Com relação aos arts. 6º do CPC e 7º da Lei nº 8.080/90, o recurso especial é inviável, sendo aplicável, à espécie, a Súmula nº 211 do STJ, porquanto, a despeito de a recorrente ter oposto embargos de declaração, as questões insertas em tais dispositivos não foram abordadas pela Corte de origem.

II - Esta Corte já se manifestou no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, visando ao fornecimento de medicamentos a portadores de doenças. Precedentes: REsp nº 819.010/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/06; REsp nº 716.190/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 24/04/06 e REsp nº 716.512/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 14/11/05.

III - Na ação civil pública, a teor do art. 16 da Lei nº 7.347/85, o provimento jurisdicional deve-se limitar à abrangência do órgão prolator. Precedentes: EREsp nº 293.407/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 01/08/06 e REsp nº 642.462/PR, Rel. Min. ELIANA, DJ de 18/04/05.

IV - Recurso especial improvido. (RECURSO ESPECIAL nº 838.978 - MG (2006/0076220-0) Relator: Ministro Francisco Falcão – Data do Julgamento: 28/11/2006).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. IDOSO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A Primeira Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ

de 16/10/2006, p. 279; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11/9/2006, p. 220.

2. Ademais, o art. 74, I, da Lei nº 10.741/2003, dispõe que compete ao Ministério Público “instaurar o inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso”.

3. Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei nº 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de pessoa idosa que necessita de tratamento médico urgente.

4. Desprovimento do recurso especial. (RECURSO ESPECIAL nº 860.840 - MG (2006/0126626-8) – Relatora: Ministra Denise Arruda – Data do Julgamento: 20/03/2007).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL.

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à proibidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/88, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/88, arts. 127 e 129).

6. *In casu*, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente.

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”.

9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17/08/2006; REsp 822712 / RS, DJ 17/04/2006; REsp 819010 / SP, DJ 2/05/2006).

10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. (REsp 817710 / RS-RECURSO ESPECIAL-2006/0027536-2 – Relator: Ministro LUIZ FUX – Data do Julgamento: 17/05/2007 – Data da Publicação/Fonte: DJ 31/05/2007 p. 364 – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. MENOR. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento das Turmas de Direito Público no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender *direitos* individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16/10/2006; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11/09/2006.

2. No mesmo sentido são recentes precedentes desta Corte Superior: EREsp 466.861/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 7/05/2007; REsp 920.217/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6/06/2007; REsp 852.935/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4/10/2006; REsp 823.079/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2/10/2006; REsp 856.194/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22/9/2006; REsp 700.853/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21/9/2006; REsp 822.712/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/4/2006.

3. Embargos de divergência providos. (EREsp 684162/RS EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2005/0162771-4 - Ministra DENISE ARRUDA - S1 - PRIMEIRA SEÇÃO – DATA JULGAMENTO: 24/10/2007 – DATA PUBLICAÇÃO: DJ 26/11/2007 p. 112).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7º, 200, e 201 DO DA LEI nº 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, *IN CASU*. PEQUENO

VALOR. ART. 461, § 5º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os *difusos*, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/88 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses *difusos* referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses *direitos* eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico *concurso de ações* entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/88, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/88, arts. 127 e 129).

6. In casu, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o fornecimento de medicamento para o menor Rafael Vailatti Favero, portador de cardiopatia congênita.

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”.

9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17/08/2006; REsp 822712/RS, DJ 17/04/2006; REsp 819010 / SP, DJ 2/05/2006).

10. O art. 461, § 5º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição de medicamento

objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

11. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento de medicamento necessário a menor portador de cardiopatia congênita, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente.

12. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

13. Os *direitos* fundamentais à vida e à saúde são *direitos* subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, *in casu*, merece destaque a Lei Estadual nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1º: “Art. 1º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente”. 14. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

15. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores.

fundamentais por ele eclipsados.

16. In casu, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrente em fornecer o medicamento

necessário ao desenvolvimento de portador de cardiopatia congênita.

17. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

18. Recurso especial desprovido. (REsp 869843/RS-RECURSO ESPECIAL-2006/0152570-3 – Relator: Ministro LUIZ FUX – Data Julgamento: 18/09/2007 – Data Publicação/Fonte: DJ 15/10/2007 p. 243 – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os *difusos*, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/88 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses *difusos* referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses *direitos* eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico *concurso de ações* entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/88, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/88, arts. 127 e 129).

6. In casu, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente.

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”.

9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052/RS, DJ 17/08/2006; REsp 822712/RS, DJ 17/04/2006; REsp 819010 / SP, DJ 2/05/2006).

10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. (REsp 817710/RS-RECURSO ESPE-CIAL-2006/0027536-2 – Relator: Ministro LUIZ FUX – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA – Data Julgamento: 17/05/2007 – Data Publicação/Fonte: DJ 31/05/2007 p. 364).

TJMG

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - ESTADO DE MINAS GERAIS - LEGITIMIDADE 'PASSIVA AD CAUSAM'. Tendo em vista que se aplica o princípio da descentralização das atividades do SUS, o Estado de Minas Gerais possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação civil pública, que visa ao fornecimento de medicamentos. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ESSENCIAL - DIREITO FUNDAMENTAL - PRIORIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. O direito à saúde deve ser preservado prioritariamente pelos entes públicos, vez que não se trata apenas de fornecer medicamentos, mas de preservar a integridade física e moral do cidadão, a sua dignidade enquanto pessoa humana e, sobretudo, a vida. Percebe-se, pois, que o direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988, não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento. Consoante art. 18 da Lei nº 7.347/85, serão cabíveis honorários advocatícios em ação civil pública apenas em caso de comprovação litigância de má-fé.

VV

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIREITO ADMINISTRATIVO - ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - MEDICAMENTO - LISTA DOS EXCEPCIONAIS - FIXAÇÃO DOS CRITÉRIOS - MINISTÉRIO DA SAÚDE.FORNECIMENTO GENÉRICO - PESSOAS INCERTAS - CASOS FUTUROS - INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO - SENTENÇA REFORMADA. É evidente a ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais, que não pode incluir medicamentos na lista dos excepcionais, pois tal inclusão se dá por Portaria do Ministério da Saúde, dirigida a todas as Secretarias Estaduais de Saúde do País. A determinação judicial de que o Estado forneça, gratuitamente, medicamentos a pessoas que ainda não o solicitaram, se mostra inaceitável, seja por constituir indevida invasão da competência do Poder Executivo, seja porque cada caso exige exame específico de necessidade do medicamento, e da incapacidade financeira de custeio do tratamento. (AP. CIVEL / REEXAME NECESSÁRIO nº 1.0024.03.031752-3/001 (CONEXÃO APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO nº 1.0024.03.151748-5/001) - COMARCA DE BELO

HORIZONTE - REMETENTE: JD 3 V FAZ COMARCA BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES – Data do Julgamento: 25/10/2007 – Data da Publicação: 8/11/2007 – 4ª Câmara Cível).

JURISPRUDÊNCIA PARA APROFUNDAMENTO DO ASSUNTO

Vale como referência este extrato de jurisprudência, formulado pela estagiária Paula Caçado e que pode ser utilizado, pelo número dos processos, para a obtenção de julgados específicos.

STF

AUSÊNCIA DE JUNTADA DE PEÇA OBRIGATÓRIA

AI-AgR nº 493303 Ausência das peças obrigatórias à formação do instrumento.

AI-AgR nº 511426 Falta de cópia das contra-razões ao recurso extraordinário ou de certidão de sua inexistência. Ausência nos autos do processo original.

AI-AgR nº 593729 É dever processual da parte zelar pela correta formação do instrumento, não se admitindo a juntada posterior de documento.

FALTA DE EXPLICITAÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

AI-AgR nº 588885 A indicação correta do dispositivo constitucional autorizador do recurso extraordinário – artigo, inciso e alínea – é requisito indispensável ao seu conhecimento, a teor do art. 321 nº do RISTF e da pacífica jurisprudência do Tribunal. AI-AgR nº 639401 A parte agravante não indicou o dispositivo constitucional violado.

LEGITIMIDADE

RE-AgR nº ED 470135 O Ministério Público tem legitimidade para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação.

RMS nº 25627 O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem, na forma do art. 10 da Lei nº 1.533/51, tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança.

MEDICAMENTOS

AI-Ag R nº 616551 Fornecimento de medicamento a paciente hipossuficiente. Obrigação do Estado.

NÃO-ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA

RE-AgR nº 545580 O recurso extraordinário só é cabível quando seus requisitos constitucionais de admissibilidade são preenchidos, e um deles é o de

que a decisão recorrida decorra de causa julgada em única ou última instância (art. 102, III, da Constituição Federal). A decisão monocrática que negou seguimento ao recurso inominado do INSS não esgotou as vias recursais ordinárias, porquanto ainda era cabível o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

AI-AgR nº 612508 A decisão monocrática proferida no agravo de instrumento não esgotou as vias recursais ordinárias.

AI-AgR nº 616654 art. 102, III, da Constituição Federal.

OFENSA INDIRETA

AI-AgR nº 546720 Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.

AI-AgR nº 548972 O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta.

AI-AgR nº 549046 O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta.

AI-AgR nº 644272 Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.

RE-AgR nº 548047 Ofensa constitucional indireta.

PATRIMÔNIO PÚBLICO

RE-AgR nº 372658 O Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público.

AI-AgR nº 642034 O Ministério Público, como substituto processual de toda a coletividade e na defesa de autêntico interesse difuso, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público.

RE-AgR nº 262134 O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação civil pública, quando promovida com o objetivo de impedir que se consuma lesão ao patrimônio público.

PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO

RE-AgR nº 230645 Verifica-se a superveniente perda de objeto do presente recurso, em que se discute, em autos de agravo de instrumento, a legitimidade ativa do Ministério Público, quando há sentença de mérito que substitui a decisão impugnada

Rcl-AgR nº 2246 Extinção da reclamação por perda do objeto superveniente.

PREQUESTIONAMENTO

AI-AgR nº 651178 O Tribunal *a quo* não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência das Súmulas nº 282 e nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

AI-AgR nº 548972 Falta de prequestionamento da questão constitucional suscitada. Incidência da Súmula nº 282 e nº 356 do STF.

AI-AgR nº 670689 Falta de prequestionamento.

AI-AgR nº 680734 Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas nº 282 e nº 356 deste Supremo Tribunal Federal.

REPERCUSSÃO GERAL

AI-QO nº 664567 O requisito constitucional da repercussão geral (CF/88, art. 102, § 3º, red. EC 45/04), com a regulamentação da Lei nº 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral e, em consequência, às causas criminais.

AI-AgR nº 612525 Revela-se inadmissível o recurso extraordinário, quando a alegação de ofensa resumir-se ao plano do direito meramente local (ordenamento positivo do Estado-membro ou do Município), sem qualquer repercussão direta sobre o âmbito normativo da Constituição da República.

AI-AgR nº 637489 Revela-se inadmissível o recurso extraordinário, quando a alegação de ofensa resumir-se ao plano do direito meramente local (ordenamento positivo do Estado-membro ou do Município), sem qualquer repercussão direta sobre o âmbito normativo da Constituição da República.

CURIOSIDADES

RE nº 424993 Controle de Constitucionalidade em Ação Civil Pública.

AI-AgR nº 362138 É inconstitucional toda exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens, para admissibilidade de recurso administrativo. AI-AgR nº 627773 Não cabe recurso extraordinário para rever os requisitos de admissibilidade de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso especial cujo seguimento foi negado pelo STJ. AI-AgR nº 627051 O exame dos requisitos de admissibilidade do recurso especial compete exclusivamente ao STJ e não ao STF.

AI-AgR nº 637489 Não cabe recurso extraordinário quando interposto com objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório.

3.6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Direitos difusos – Direitos de terceira geração – Questões ainda controvertidas nos tribunais

BELINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas: um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 98, p.124-132, 2000.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. **Revista Jurídica Notadez**, Porto Alegre, n. 260, p. 5-25, jun.1999.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2000.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei nº 7.347/85 e legislação complementar). 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública trabalhista. **Correio brasileiro**, Brasília, 29 de jun. 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 9. ed. ampl. São Paulo: RT, 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p.187-200, jan./mar. 1991.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **Teoria geral do processo**. Leme, São Paulo: LED, 1999.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

Reconhecimento legal e a efetiva fruição individual de direitos metaindividuais

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la Consommation**. 3 ed. Paris: Dalloz, 1992.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Consumidor e profissional**: contraposição jurídica básica. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Acesso frutífero à justiça e a realização dos Direitos. **Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais - De Jure**, Belo Horizonte, n. 1, p. 51-57, abr. 1997.

DIEBOLT, Serge. **Le droit en mouvement** – Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques, Thèse, Paris X, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica de 1988** (interpretação e crítica). 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos (parecer). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 206-229, jan./mar. 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro**, RF n. 276/1.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 29, p. 29-40, 1993.

4 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL¹²²

Desembargador Vítor Inácio Peixoto Parreiras Henriques
(ex Procurador de Justiça)

Maria Aparecida Rodrigues Jabour

Marco Antonio Marques Parminondi

4.1 - NORMATIZAÇÃO BÁSICA**4.1.1 - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 34,
DE 12 DE SETEMBRO DE 1994**

Art. 4º - São órgãos do Ministério Público:

I - da administração superior:

a) a Procuradoria-Geral de Justiça;

[...]

Seção VI - Das Procuradorias de Justiça

Art. 52 - As Procuradorias de Justiça são órgãos da administração do Ministério Público, com cargos de Procurador de Justiça e serviços auxiliares necessários ao desempenho das funções que lhes forem cometidas por lei.

Art. 53 - As atribuições das Procuradorias de Justiça e dos cargos de Procurador de Justiça serão fixadas mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça, aprovada pela Câmara de Procuradores de Justiça.

§ 1º - A exclusão, a inclusão ou outra modificação nas atribuições das Procuradorias de Justiça e dos cargos de Procurador de Justiça serão fixadas mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça, aprovada pela Câmara de Procuradores de Justiça.

§ 2º - A remoção, mesmo por permuta, nas Procuradorias de Justiça será feita, em qualquer época, a requerimento dos interessados e por ato do Procurador-Geral de Justiça.

Art. 54 - A divisão interna dos serviços das Procuradorias de Justiça sujeitar-se-á a critérios objetivos definidos pela Câmara de Procuradores de Justiça, ressalvada a possibilidade de cada Procuradoria de Justiça definir, por consenso, a distribuição.

Art. 55 - As Procuradorias de Justiça, nominadas de Procuradorias de Justiça Cível, Criminal, de Contas e Especializada, terão coordenadores e substitutos, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, competindo-lhes, sem prejuízo das normais atribuições:

I - propor ao Procurador-Geral de Justiça a escala de férias e a atuação de seus integrantes em plantões forenses;

II - promover reuniões mensais internas para fixação de orientações, sem caráter vinculativo, e para deliberação sobre matéria administrativa, com comparecimento obrigatório, salvo motivo justificado;

III - organizar a biblioteca e o arquivo geral da Procuradoria de Justiça, recolhendo e classificando as cópias de todos os trabalhos forenses elaborados

pelos seus integrantes, bem como o material legislativo, doutrinário e jurisprudencial de interesse;

IV - remeter ao Corregedor-Geral do Ministério Público relatório anual das atividades;

V - encaminhar à Procuradoria-Geral de Justiça sugestões para a elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público;

VI - fiscalizar a distribuição equitativa dos autos ou outro expediente em que deva funcionar Procurador de Justiça;

VII - organizar os serviços auxiliares da Procuradoria de Justiça, distribuindo tarefas e fiscalizando trabalhos executados.

Art. 56 - O Procurador-Geral de Justiça poderá instituir Procuradorias de Justiça Especializadas para a interposição de recursos junto aos Tribunais locais e Superiores.

**4.1.2 - LEI Nº 8.625, DE 12
DE FEVEREIRO DE 1993**

Art. 6º São também órgãos de Administração do Ministério Público:

I - as Procuradorias de Justiça;

[...]

SEÇÃO V - Das Procuradorias de Justiça

Art. 19. As Procuradorias de Justiça são órgãos de Administração do Ministério Público, com cargos de Procurador de Justiça e serviços auxiliares necessários ao desempenho das funções que lhes forem cometidas pela Lei Orgânica.

§ 1º É obrigatória a presença de Procurador de Justiça nas sessões de julgamento dos processos da respectiva Procuradoria de Justiça.

§ 2º Os Procuradores de Justiça exercerão inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Art. 20. Os Procuradores de Justiça das Procuradorias de Justiça civis e criminais, que oficiem junto ao mesmo Tribunal, reunir-se-ão para fixar orientações jurídicas, sem caráter vinculativo, encaminhando-as ao Procurador-Geral de Justiça.

Art. 21. A divisão interna dos serviços das Procuradorias de Justiça sujeitar-se-á a critérios objetivos definidos pelo Colégio de Procuradores, que visem à distribuição equitativa dos processos por sorteio, observadas, para esse efeito, as regras de proporcionalidade, especialmente a alternância fixada em função da natureza, volume e espécie dos feitos.

Parágrafo único. A norma deste artigo só não incidirá nas hipóteses em que os Procuradores de Justiça definam, consensualmente, conforme critérios próprios, a divisão interna dos serviços.

Art. 22. À Procuradoria de Justiça compete, na forma da Lei Orgânica, dentre outras atribuições:

I - escolher o Procurador de Justiça responsável pelos serviços administrativos da Procuradoria;

II - propor ao Procurador-Geral de Justiça a escala de férias de seus integrantes;

¹²² O autor desta área na 1ª edição da presente obra foi o Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

III - solicitar ao Procurador-Geral de Justiça, em caso de licença de Procurador de Justiça ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça, que convoque Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituí-lo.

4.1.3 - REGIMENTO INTERNO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL JUNTO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Art. 1º As reuniões das Procuradorias de Justiça Cíveis junto ao Tribunal de Justiça serão realizadas, ordinariamente, na terceira quarta-feira de cada mês, às 14 horas, em primeira convocação, e às 14h30, em segunda convocação, mediante prévia publicação no órgão oficial dos poderes do Estado, Diário da Justiça, com a indicação da respectiva pauta.

Art. 2º Na reunião, os trabalhos serão presididos pelo Coordenador das Procuradorias de Justiça Cíveis, cabendo ao Subcoordenador substituí-lo em suas faltas e impedimentos, ou, na ausência deste, ao Procurador de Justiça mais antigo, sucessivamente.

Art. 3º As reuniões serão secretariadas por funcionário designado pelo Coordenador, a quem competirá a lavratura das atas para publicação após aprovação em plenário.

§ 1º Os trabalhos serão iniciados com a presença da maioria absoluta de seus membros, em primeira convocação, ou com, no mínimo, um terço dos seus membros, em segunda convocação, considerando-se aprovada a deliberação que obtiver o voto da maioria dos presentes.

§ 2º Consideram-se integrantes das Procuradorias de Justiça Cíveis junto ao Tribunal de Justiça, para efeito de cálculo do quórum para as deliberações, os Procuradores de Justiça Cíveis e os Procuradores com delegação para competência originária cível, excluídos os que estão afastados da distribuição dos feitos por desempenharem funções administrativas ou de assessoria.

Art. 4º O Coordenador e o Subcoordenador das Procuradorias de Justiça Cíveis serão eleitos pelos seus integrantes, para mandato de seis meses, permitida a recondução pelo mesmo período, mediante eleição.

§ 1º Na ausência de interessados em assumir a Coordenação das Procuradorias de Justiça Cíveis, fica estabelecido o critério de antiguidade, sendo que o Procurador de Justiça mais novo na entrância assumirá o cargo por um mandato.

§ 2º Havendo vacância dos cargos de Coordenador e Subcoordenador, assumirá imediatamente as funções o Procurador de Justiça mais novo na entrância, que dentro do prazo de sessenta dias convocará nova eleição.

Art. 5º Para as matérias de maior complexidade, a Coordenação poderá constituir comissões temáticas para estudo e apresentação das propostas.

Art. 6º As teses decorrentes dos entendimentos

jurídicos firmados pelas Procuradorias de Justiça Cíveis serão publicadas no órgão oficial a título de orientação institucional, sem caráter vinculativo, precedidas de ementa, e servirão de base para o plano geral de atuação do Ministério Público, na forma prevista no item IV do art. 9º da Resolução nº. 11/98.

Art. 7º A divisão interna dos serviços nas Procuradorias de Justiça Cíveis junto ao Tribunal de Justiça sujeitar-se-á a critérios objetivos que visem à distribuição equitativa dos processos por sorteio, podendo consensualmente ser estabelecidas novas regras de distribuição, inclusive por especialização em função da natureza e origem dos feitos, na forma do art. 54 da Lei Complementar nº. 34/94.

§1º. As decisões têm efeito vinculativo quanto aos critérios de distribuição definidos internamente pelas Procuradorias de Justiça Cíveis.

§ 2º. A proposta de redefinição dos critérios de distribuição, que será fundamentada pelo proponente, não poderá ser votada na mesma reunião, salvo manifestação em contrário dos integrantes das Procuradorias de Justiça Cíveis.

Art. 8º As deliberações acerca de assuntos administrativos internos e institucionais deverão ser implementadas no prazo de trinta dias, prorrogáveis por igual período, contados da aprovação.

Parágrafo único. Findo o prazo sem que as referidas deliberações tenham sido concretizadas, as Procuradorias de Justiça Cíveis poderão restringir seus trabalhos na busca do efetivo cumprimento delas, adotando as medidas administrativas ou judiciais cabíveis.

Art. 9º O presente Regimento Interno poderá ser revisto a qualquer tempo, mediante votação por maioria simples dos integrantes das Procuradorias de Justiça Cíveis, que, na primeira sessão do ano, elegerão uma Comissão de Regimento, formada por três membros, à qual incumbe velar pela sua atualização e opinar sobre proposta de reforma.

Art. 10 Os casos omissos serão resolvidos pela Comissão de Regimento.

Art. 11 Este Regimento entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12 Fica revogado o Regimento Interno publicado em 2 de junho de 2000.

Salão dos Colegiados

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2008.

Derivaldo Paula de Assunção

Procurador de Justiça – Coordenador

Rômulo de Carvalho Ferraz

Procurador de Justiça Subcoordenador

4.2 - NATUREZA, ESTRUTURA E FINALIDADE

A Procuradoria de Justiça Cível é um órgão da administração do Ministério Público, com cargos de Procurador de Justiça e serviços auxiliares necessários ao desempenho das funções que lhes forem conferidas por lei.

Tais órgãos são dirigidos, no âmbito administrativo, por Procuradores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça para os cargos de coordenador e subcoordenador.

Os Procuradores de Justiça integrantes da Procuradoria de Justiça Cível, de acordo com a Deliberação nº 01/2002, oficiam perante o Tribunal de Justiça do Estado, observando as respectivas áreas de atuação, classificadas em:

- A - Falências; Concordatas; Registros Públicos; Conflitos de Competência;
- B - Família; Sucessões; Tutelas e curatelas;
- C - Mandado de Segurança (originário e em grau de recurso; como *custos legis* ou atuação como parte, à exceção dos processos afetos ao Grupo E)
- D - Ação Popular (intervenção com *custos legis*); Mandado de Injunção; Ação Civil Pública (intervenção como *custos legis*); Estatuto da Criança e do Adolescente e legislação correlata (todos os feitos ou procedimentos, exceto ações civis públicas em que o Ministério Público seja parte); Ações Diversas (com intervenção como *custos legis*);
- E - Ação Civil Pública e Ação Popular (atuação como parte)¹²³;

As referidas áreas são divididas em grupos de Procuradores de Justiça proporcionalmente ao número de feitos por área, estando atualmente distribuídas da seguinte forma:

- I - Grupo A - um Procurador de Justiça
- II - Grupo B - onze Procuradores de Justiça
- III - Grupo C - dezessete Procuradores de Justiça
- IV - Grupo D - cinco Procuradores de Justiça
- V - Grupo E - dez Procuradores de Justiça

Integra ainda a Procuradoria de Justiça Cível a Secretaria Cível, criada pela Resolução nº 49/2005, cuja finalidade é conferir apoio técnico, jurídico e administrativo à referida Procuradoria, sendo hoje integrada por dez servidores.

Da mesma forma, conta a Procuradoria de Justiça Cível com o apoio operacional prestado pela Diretoria de Serviço Cível, responsável pela execução das atividades relativas à movimentação de processos e peças judiciárias, unidade integrante da Superintendência Judiciária, cujas funções encontram-se elencadas na Resolução nº46, de 1º de novembro de 1995 .

Atualmente, conta a Procuradoria de Justiça Cível com a atuação de 44 Procuradores de Justiça distribuídos dentre as áreas anteriormente referidas, e 09 Procuradores designados ao desempenho de outras atividades, totalizando 53 membros.

¹²³ Na sessão ordinária de 22 de novembro de 2009, a Procuradoria Cível propôs a criação da Procuradoria de Justiça Especializada na Defesa de Direitos Difusos, submetendo a proposta à apreciação da Egrégia Câmara de Procuradores de Justiça.

A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais relaciona em seu artigo 72 algumas das atribuições afetas aos Procuradores de Justiça Cíveis, entre as quais se destacam:

- a) oficial e emitir parecer escrito e fundamentado nos processos cíveis, inclusive por delegação;
- b) participar, nos tribunais, das sessões de julgamento dos processos em que oficiou, tomando ciência, pessoalmente e mediante vista dos autos respectivos, das decisões proferidas;
- c) interpor, quando for o caso, recursos aos tribunais locais ou superiores, ou sugerir ao Procurador-Geral de Justiça, fundamentadamente, a interposição ou a adoção de outras medidas cabíveis;
- d) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança, requerer correição parcial, bem como propor outras medidas cabíveis perante os tribunais competentes;
- e) informar mensalmente ao Corregedor-Geral do Ministério Público, para efeito de publicação no órgão oficial, a relação de processos não devolvidos no prazo legal, com pareceres ou manifestações cabíveis, identificando a espécie e o número do feito, o nome das partes e indicando, fundamentadamente, as razões de eventual atraso e a data de recebimento dos autos.

4.3 - RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

Em razão do novo perfil do Ministério Público, traçado pelo artigo 129 da Constituição da República, as funções dos órgãos de execução ganharam novas dimensões, o que acarretou uma carga de trabalho quase invencível, muitas vezes sem a necessária repercussão na finalidade constitucional da instituição.

No intuito de reorientar o desempenho das funções do Procurador e do Promotor de Justiça, a Procuradoria-Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público e a Corregedoria-Geral do Ministério Público editaram as Recomendações nº 01/2001 e nº 03/2007¹²⁴.

No mesmo sentido, foi ratificada a Carta de Ipojuca (PE), instrumento firmado pelos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União com vistas à otimização da intervenção do *Parquet* no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis, em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República.

¹²⁴ Os respectivos arquivos encontram-se disponíveis na página virtual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Portal Cível, menu Fundamentação Legal.

4.4 - ATUAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL

Conquanto seja omissa a legislação federal acerca da oitiva e manifestação do Ministério Público antes das decisões proferidas em segunda instância, certo é que a atuação dos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Justiça não apenas é imprescindível ao melhor debate da matéria versada no caso concreto, como também se mostra oportuna à consolidação de jurisprudências em defesa do interesse público.

Sempre voltada ao atendimento do interesse público, a atuação da Procuradoria de Justiça Cível mostra-se a mais ampla possível, podendo ela requerer diligências e ofícios, emitir parecer escrito e fundamento nos processos de sua alçada, participar das sessões de julgamento, interpor recursos junto aos tribunais locais ou superiores, além de estar legitimada a requerer correção parcial e impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança, entre outras medidas.

Somada à atuação junto ao Tribunal, desempenha também a Procuradoria de Justiça Cível importante papel institucional ao coordenar os trabalhos dos grupos de estudos cíveis, promover cursos de aperfeiçoamento aos membros de primeira instância, constituir comissões temáticas e apresentar propostas suficientes a servir de base para o plano geral de atuação do *Parquet*.

4.5 - BANCO DE DADOS

A Procuradoria de Justiça Cível, com a finalidade de promover um maior intercâmbio de informações entre os membros da instituição, criou, com o apoio operacional da Secretaria Cível, valoroso banco de dados composto de estudos bibliográficos, manifestações processuais e pesquisa jurisprudencial, o qual é periodicamente atualizado de modo a proporcionar um maior apoio aos membros em segunda instância.

5 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS CRIMINAIS

Procurador de Justiça José Alberto Sartório de Souza

5.1 - INTRODUÇÃO

O presente texto trata, sinteticamente, de temas recorrentes na interposição de recursos especiais e extraordinários na área penal, quais sejam: pressupostos recursais específicos dos apelos raros, bem como do agravo de instrumento ao STJ e ao STF, as medidas cautelares com o objetivo de obter efeito suspensivo aos recursos excepcionais e os embargos de declaração prequestionatórios. Apresentamos também peças práticas, destinadas a subsidiar a atuação dos membros do Ministério Público.

5.2 - RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Os recursos especial e extraordinário estão previstos, respectivamente, nos arts. 105, inciso III, alíneas “a” até “c”, e 102, III, alíneas “a” até “d”, ambos da CF, nos arts. 496 e seguintes do CPC, na Lei nº 8.038/90; o extraordinário, ainda nos arts. 637 e 638 do CPP (*vide* também RISTJ e RISTF).

O sobrestamento de recursos extraordinários “com fundamento em idêntica controvérsia” foi estabelecido pela Lei nº 11.418/06, que acrescentou o art. 543-B ao CPC, e a suspensão dos recursos especiais, “com fundamento em idêntica questão de direito”, foi inserida pela Lei nº 11.672/08, que incluiu o art. 543-C no mesmo códex.

Os recursos especial e extraordinário devem ser interpostos em petições distintas (art. 541, *caput*, do CPC), no prazo de 15 dias, conforme o art. 28 da Lei nº 8.038/90, já acompanhados de suas razões, nos termos do art. 26 da mesma lei, diversamente do que ocorre com a apelação criminal, por exemplo, que conta com um prazo para interposição e com outro para apresentação de razões.

O recurso deverá sempre indicar o permissivo constitucional, mencionando a alínea, o inciso e o artigo aplicáveis, bem como o dispositivo legal – mesmo no caso de se fundar o recurso em divergência jurisprudencial – ou constitucional violado, sob pena de incidência da Súmula 284 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”).

RECURSO – PRELIMINARES – CONTRA-RAZÕES – NATUREZA. As contra-razões não consubstanciam ônus processual, ou seja, meio sem o qual não se possa chegar a determinado desiderato. Revelam-se simples faculdade. Daí por que o silêncio sobre determinada preliminar do recurso ou a falta de apresentação da própria peça não inibem o órgão julgador de examiná-la. As preliminares do recurso são passíveis de apreciação de ofício. **FOTOCÓPIA – AUTENTICAÇÃO.** A teor do artigo 384 do Código de Processo Civil, “as reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, têm valia desde que o escrivão porte por fé a sua conformidade com o original”. Descabe agasalhar procedimento da própria parte que implique tal conferência, isto por consubstanciar, em última análise, o esvaziamento do dispositivo. Tampouco merece endosso a pretensão de se distinguir de acordo com o envolvimento, na espécie, de pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado ou de direito público. As prerrogativas destas últimas hão de estar não só previstas em lei, como também em harmonia com o princípio isonômico, no que exsurge como base de todo regime que se diga democrático. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PERMISSIVO – INDICAÇÃO.** A via do extraordinário e das mais estreitas, sobressaindo a boa técnica. A

parte recorrente deve atentar para a necessidade de indicar, com precisão, o dispositivo constitucional que o autoriza, apontando artigo, inciso e alínea próprios, tudo como exigido por norma processual recepcionada pela Carta de 1988, ou seja, a do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – artigo 321. Resista-se a tentação, própria ao campo passional, de confundir-se apego excessivo a forma com aplicação da lei, percebendo-se a equidistância do órgão investido do ofício judicante, no que, consideradas as partes, imprime tratamento igualitário.

(RE 187713 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/1995, DJ 15-09-1995 PP-29573 EMENT VOL-01800-17 PP-03367).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO PELO ARESTO COMBATIDO. SÚMULA Nº 284/STF INCIDENTE À ESPÉCIE.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto por Eliane Porcellanato Ltda. contra decisão que aplicou a Súmula nº 284 do STF, ao fundamento de que o recurso, para ter acesso à sua apreciação neste Tribunal, deve indicar expressamente o dispositivo violado pelo aresto combatido. Alega-se que houve mero equívoco na elaboração da petição de recurso especial quando, pretendendo apenas demonstrar divergência jurisprudencial, não citou a letra “c” do autorizativo constitucional, mencionando apenas a alínea “a” como fundamentação de seu cabimento.

2. Ainda que o recurso se baseie tão-somente na alínea “c” do permissivo constitucional, incabível se ausente a indicação de qual artigo legal fora violado ou tivera sua vigência negada, uma vez que o dissídio jurisprudencial deriva de interpretações divergentes de, ao menos, um dispositivo. Incidência à hipótese da Súmula nº 284 do STF.

3. Agravo regimental não-provido.
(AGA 764.091/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.11.2006, DJ 14.12.2006 p. 265 – grifo nosso).

Observe-se que a referida Súmula 284 do STF (relativa à deficiência de fundamentação do inconformismo) incide em diversas outras situações, como quando o recurso não ataca, especificamente, todos os fundamentos do acórdão recorrido; quando a argumentação recursal não tem pertinência com o teor do dispositivo tido por violado; quando não explica de que forma o acórdão combatido teria violado a norma; quando há enfrentamento genérico ou ausência de enfrentamento quanto à alegação de violação de normas; quando o recorrente não realiza o confronto analítico, para fins de demonstração do dissídio jurisprudencial, entre outras.

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESCONTOS QUE NÃO FORAM EFETIVAMENTE EFETUADOS. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO INATACADOS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF. QUESTÃO QUE DEMANDARIA O REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Não se conhece do recurso especial que não ataca, especificamente, todos os fundamentos do acórdão recorrido, o que se traduz em deficiência de fundamentação, a atrair o enunciado sumular nº 284 do STF.

2. Ainda que superado o referido óbice, a inversão do julgado demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, vedado nesta instância especial, a teor da Súmula nº 7 desta Corte Superior.

3. Recurso especial não conhecido.
(REsp 628.755/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 24/04/2006 p. 438).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 282/STF – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – SÚMULA 7/STJ – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS – IMPOSSIBILIDADE DE EXAME – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 11 DA LEI 8.429/92 – PROVA DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE.

1. Não fica configurado o dissídio jurisprudencial se, do cotejo entre os paradigmas indicados e o acórdão recorrido, não ressalta a existência de julgado consagrando a mesma tese defendida pelo recorrente em suas razões recursais.

2. Se o teor do dispositivo tido por violado não guarda pertinência com a argumentação expendida nas razões recursais, tem aplicação o enunciado da Súmula 284/STF, em razão da deficiência da fundamentação do recurso.

3. Se os dispositivos legais ditos violados não servem de embasamento a qualquer juízo de valor emitido pelo Tribunal *a quo*, não se conhece da tese a eles relativa, por ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula 282/STF.

4. Não se conhece, em recurso especial, da tese cuja apreciação implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

Incidência da Súmula 7/STJ.

5. Não cabe a esta Corte o exame da assertiva de violação de dispositivos constitucionais, sob pena de se usurpar a competência atribuída ao STF.

6. Para a configuração do ato de improbidade, não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.

7. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 788.352/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 26/09/2007 p. 206).

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – RETENÇÃO LEGAL – AFASTAMENTO – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO E FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 284 E 356 DO STF – PROCESSO EXECUTIVO – PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA-

EXECUTADA – POSSIBILIDADE – DISPENSÁVEL O AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA.

1 - Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, haja vista tratar-se de recurso especial proveniente de decisão interlocutória proferida no curso de execução de título extrajudicial (REsp nº 521.049/SP, de minha relatoria, DJ de 3.10.2005; REsp nº 598.111/AM, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 21.6.2004).

2 - Se a parte recorrente não explica de que forma o acórdão recorrido teria violado determinado dispositivo, deficiente está o recurso em sua fundamentação, neste aspecto (Súmula 284/STF).

3 - Não enseja interposição de recurso especial matérias não ventiladas no julgado impugnado (Súmula 356/STF).

4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 2.8.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 1.8.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 12.9.2005).

5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo. (REsp 331.478/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 20/11/2006 p. 310).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A C/C O ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA TÉCNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 158 A 184 DO CPP. APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS POR DEFENSOR DATIVO EM VIRTUDE DA INÉRCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO SEM QUE O RECORRENTE TENHA SIDO INTIMADO.

CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 500 E 564, III, “E”, E 570 DO CPP. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE CONSISTENTE NA INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA POR PARTE DO RECORRENTE, TENDO EM VISTA A GRAVE SITUAÇÃO FINANCEIRA ATRAVESSADA PELA EMPRESA QUE DIRIGIA.

I - Se para demonstrar o cerceamento de defesa em virtude do indeferimento de prova pericial, o recorrente alega a violação de vinte e sete artigos do Código de Processo Penal, enfrentando de forma genérica alguns dos dispositivos tidos por violados e não tecendo qualquer consideração quanto aos demais, incide *in casu* o Enunciado nº 284 da Súmula do Pretório Excelso - “É inadmissível recurso quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

II - Se o defensor constituído, sem renúncia de mandato, se mostra inerte, apesar de intimado, a nomeação do defensor dativo para substituí-lo na fase das alegações finais não acarreta, de pronto, nulidade. (Precedentes).

III - A tese de inexigibilidade de conduta diversa por parte do recorrente, tendo em vista a grave situação financeira atravessada pela empresa que dirigia, não pode ser enfrentada pela presente via se para tanto é imprescindível o reexame de provas. (Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte).

Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, desprovido.

(REsp 610.455/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 16/11/2004 p. 314).

PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO PRETORIANO. NÃO DEMONSTRAÇÃO.

DEFICIÊNCIA RECURSAL. SÚMULA 284-STF. PENAL. RITO ESPECIAL.

OBEDIÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIME PRATICADO POR PREFEITO.

ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 7-STJ.

1. Se o recorrente, desprezando as recomendações do art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não logrou demonstrar, de modo analítico, o alegado dissídio pretoriano, afigura-se, neste particular, deficiente a fundamentação recursal (Súmula 284-STF).

2. Tendo sido obedecido o rito específico da Lei nº 8.038/90, não há falar em nulidade do acórdão atacado.

3. Pretendendo o recorrente, à guisa de violação de lei federal e dissídio pretoriano, que esta Corte, substituindo-se às instâncias ordinárias, emita pronunciamento jurisdicional acerca da subsunção do fato delituoso ao tipo penal, alterando a capitulação realizada pelo acórdão recorrido, o seu intento esbarra no óbice da Súmula 7-STJ, pois demanda inegável revolvimento de aspectos fático-probatórios, não condizentes com a via especial. Precedentes deste Tribunal.

4. Recurso não conhecido.

(REsp 160.257/PB, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2000, DJ 12/06/2000 p. 140).

Os recursos especial e extraordinário não constituem prolongamento das instâncias ordinárias, não se prestando, portanto, ao reexame de matéria de fato, mas apenas à apreciação de questões de direito de âmbito federal. Vejam-se, a propósito, os teores das Súmulas 7 do STJ e 279 do STF:

Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Súmula 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Não se confunda, entretanto, revisão de matéria fática, mencionada acima, com reavaliação da prova, permitida nos recursos excepcionais e magistralmente explicada por Teresa Arruda Alvim Wambier¹²⁵:

¹²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Re-

A *revalorização* das provas tem sido permitida predominantemente (e desemboca necessariamente numa qualificação diferente dos fatos) quando é desobedecida norma que determinado valor que a prova pode ter em função do caso concreto. Admitir-se a revalorização da prova exclusivamente em casos como estes significa adotar posição mais rígida e a nosso ver desacertada, porque não foge do entendimento estreito que se pode dar à expressão ofensa à lei.

[...]

Uma posição mais liberal permite que o Superior Tribunal de Justiça reveja a circunstância de que na instância ordinária se teria dado mais valor a depoimento feito na esfera administrativa do que àqueles feitos em juízo e à prova documental. Tendo valorado mal a prova, embora não tendo desrespeitado certa norma federal ou constitucional especificamente, qualificou erradamente os fatos e realizou equivocadamente o processo subsuntivo, produzindo, pois, afronta à lei.

O mero reexame da prova seria o exame mais minucioso, atento e vagaroso das provas constantes dos autos, que deveria levar ao mesmo resultado: à solução de que a subsunção deu-se de modo equivocado.

Mas no mero reexame as provas seriam examinadas e reavaliadas individualmente.

Não se trata, como no caso da *revalorização*, de alterar ou inverter a carga valorativa que a instância ordinária tenha atribuído às provas, mas de se perguntar, por exemplo, se seria merecedor de credibilidade o depoimento de tal testemunha que teria empregado termos denotativos de pouca firmeza.

Imprescindível o prequestionamento da questão federal ou constitucional, isto é, o debate prévio na Corte de origem da matéria objeto do apelo raro. Encontra-se este requisito prestigiado nas súmulas abaixo transcritas:

Súmula 282 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356 do STF: O posto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o pré-requisito do pré-questionamento.

Súmula 98 do STJ: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Ensina Clara Moreira Azzoni¹²⁶ que

com influência na concepção do prequestionamento originada da expressão *questionar* contida nas Constituições anteriores, há entendimento no

curso Extraordinário e Ação Rescisória. *Revista dos Tribunais*, Belo Horizonte, 2. ed. p.376 e 378, 2008.

¹²⁶ AZONNI, Clara Moreira. *Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 54.

sentido de que o prequestionamento seria o debate, anterior à decisão recorrida, acerca do tema (questão federal e constitucional).

Segundo essa concepção, o prequestionamento consistiria, na verdade em um ônus atribuído à parte.

Há, por outro lado, posição no sentido de que o prequestionamento decorre do simples pronunciamento do Tribunal *a quo* acerca do tema de direito constitucional ou federal, independentemente da atividade prévia das partes. Nessa linha, o que importa é que o Tribunal *a quo* afetivamente tenha apreciado e emitido decisão acerca da matéria de direito federal ou constitucional.

Já sobre a controvérsia a respeito do que sejam prequestionamentos explícito e implícito, discorre Teresa Arruda Alvim Wambier:¹²⁷

Controverte-se, na doutrina e na jurisprudência, até mesmo acerca do que se deve entender por prequestionamento implícito e explícito.

Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada, e prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada na decisão recorrida.

Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão.

Quanto ao chamado *prequestionamento ficto*, o STF entende que a mera oposição de embargos declaratórios, ainda que o Tribunal *a quo* não emita juízo sobre a tese objeto do recurso extraordinário, satisfaz a exigência do prequestionamento, conforme se depreende, de forma implícita, de sua Súmula 356:

Súmula 356 – O ponto omissis da decisão sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

De modo contrário, posiciona-se o STJ, como se vê nos julgados a seguir:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS RECEBIDOS ACUMULADAMENTE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ATRASADO. JUROS MORATÓRIOS INDENIZATÓRIOS. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, CPC. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356 DO STF.

1. O STF, no RE 219.934/SP prestigiando a Súmula

¹²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.414,

356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios. Adoção pela Suprema Corte do prequestionamento ficto.

2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial.

3. Não há interesse jurídico em interpor recurso especial fundado em violação ao art. 535 do CPC, visando anular acórdão proferido pelo Tribunal de origem, por omissão em torno de matéria constitucional.

4. No caso de rendimentos pagos acumuladamente, devem ser observados, para a incidência de imposto de renda, os valores mensais e não o montante global auferido.

5. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1075700/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2008, DJe 17/12/2008).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.

1. Alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea “a” do permissivo constitucional, a teor do que dispõe a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, adota o chamado ‘prequestionamento ficto’, de modo que a mera oposição dos embargos declaratórios, por si só, já preenche o requisito do prequestionamento para fins de interposição de recurso extraordinário, não havendo prejuízos à parte pela rejeição dos aclaratórios, em face do disposto na Súmula 356/STF.

3. Inexiste violação ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem analisa todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo suficiente e integral.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1113494/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009).

Tem prevalecido no STJ o entendimento de ser desnecessário o *prequestionamento numérico*, qual seja: aquele em que o *decisum* guerreado menciona expressamente o dispositivo legal ou constitucional violado, bastando que tenha julgado a matéria federal. O STF também possui decisões nesse sentido:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DES-

PROVIDO. Não há necessidade de que o Tribunal *a quo* faça expressa menção do dispositivo constitucional objeto do recurso extraordinário. Imposição de multa de 1% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil.

(RE 469054 AgR, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 02-02-2007 PP-00111 EMENT VOL-02262-10 PP-02082).

EMENTA: 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Delegados de Polícia de carreira e Delegados bacharéis em Direito: vencimentos: isonomia: inadmissibilidade de equiparação por decisão judicial, com base no art. 39, § 1º, CF, redação original, sob o fundamento de identidade de atribuições: incidência da Súmula 339: precedentes. 3. Recurso extraordinário: o requisito do prequestionamento não reclama menção expressa ao dispositivo constitucional pertinente à questão de que efetivamente se ocupou o acórdão recorrido.

(RE 361341 ED, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTELENCE, Primeira Turma, julgado em 01/03/2005, DJ 01-04-2005 PP-00036 EMENT VOL-02185-03 PP-00483 RTJ VOL-00193-02 PP-00763).

Questão pouco debatida é a possibilidade de o órgão do Ministério Público de segunda instância, em seu parecer recursal, aventar questão federal com o fito de prequestionamento. O ilustre Procurador de Justiça Giovanni Mansur Solha Pantuzzo¹²⁸ afirma adequada essa forma de arguição, citando julgado do STJ:

Quanto ao Ministério Público, também os pareceres recursais proferidos na qualidade de *custos legis* são adequados à arguição de questões federais ou constitucionais visando a configuração do prequestionamento. Nesse sentido manifestou-se a Quinta Turma do STJ, no julgamento do Agravo Regimental no REsp. n. 70.705/SP, relatado pelo eminente Ministro Gilson Dipp:

‘PROCESSUAL. ACIDENTÁRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Tem-se como prequestionada a questão objeto de recurso especial do Ministério Público, se a questão foi suscitada no parecer da apelação e discutida no acórdão recorrido (julg. 18.5.1999).

Acrescento, a propósito, ementa de decisão do STJ, proferida no AgRg no REsp 617.649 – PR, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, 18/10/2005, que implicitamente admite a possibilidade de agitação do prequestionamento por meio de parecer ministerial:

PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. POSSIBILIDADE. ART. 6º, §3º, II, DA LEI Nº 8.987/95.

AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE INEXIS-

¹²⁸ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2004. p. 76.

TENTE AVISO PRÉVIO. PRECLUSÃO.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 7/STJ.

I - Negou-se seguimento ao recurso especial reconhecendo-se a possibilidade do corte do fornecimento de energia elétrica no caso de inadimplência do consumidor, com respaldo no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, conforme remansosa jurisprudência desta Corte Superior.

II - A questão trazida pelo agravante, ou seja, se o corte foi ou não precedido de aviso, não constou nem das razões de apelo nobre interposto nem do Parecer Ministerial oferecido, constituindo-se, dessa forma, matéria nova, cuja apreciação nesta sede encontra-se obstada pela preclusão.

III - Ademais, compulsando os autos, verifica-se que, apesar de ter havido por parte da autoridade impetrada a afirmação de que o consumidor fora avisado previamente do corte devido à inadimplência (cf fl. 25), tal informação não foi rebatida pelo impetrante, nem mesmo foi objeto de discussão pelo Colegiado de origem. Nesse panorama, exsurtem, assim, outros dois empecos a que esta Corte Superior sobre o assunto se manifeste: a uma, a ausência de prequestionamento e, a duas, a notória necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, atraindo a incidência do verbete sumular nº 7 do STJ.

IV - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 617649/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.10.2005, DJ 19.12.2005 p. 217).

Ainda que o Tribunal *a quo*, ao debater a questão federal, afirme fazê-lo de ofício, não mencionando a arguição do prequestionamento da mesma matéria no parecer ministerial, tal aproveitará igualmente ao *Parquet*, para fins de interposição de recurso excepcional. Afinal, não importa de onde partiu a provocação da matéria federal, o que importa é que ela tenha sido argüida na instância própria e que a prestação jurisdicional seja completa.

CRIMINAL. – CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PENA EM CONCRETO. PRESCRIÇÃO. TERMO INTERRUPTIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. – RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. – ACORDÃO. FUNDAMENTOS PRÓPRIOS.

– Interrupção da prescrição. Balizado pela pena em concreto, nas condenações proferidas em sede de apelação, o prazo prescricional interrompe-se na data do acórdão condenatório e não na data do julgamento dos embargos de declaração.

- prequestionamento. como requisito do recurso especial, o prequestionamento se basta compreendido pela matéria versada no acórdão, de ofício ou implicitamente que seja. precedentes do STJ.

- fundamentos do acórdão. como tal se presta a transcrição do pronunciamento do Ministério Público em segundo grau, expressamente reportado como razão de decidir e com louvores reputado convincente.

(REsp 3.021/PR, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06.06.1990, DJ 06.08.1990 p. 7348)

Há que se atentar para a necessidade de levantar a questão federal já na primeira instância, em razões ou contra-razões recursais – ou no parecer recursal do Ministério Público, como discorrido acima –, sob pena de não se preencher o requisito em tela, pois a corte de origem poderá não se manifestar sobre a matéria em sede de embargos declaratórios, que poderão ser, neste caso, considerados *pósquestionatórios*, e não *prequestionatórios*.

Ressalte-se, contudo, que a oposição de embargos declaratórios com o objetivo de prequestionamento tem sido aceita pelas cortes superiores quando o tema haja sido aventado na instância ordinária ou quando a ofensa a lei ou à Constituição tenha surgido no acórdão recorrido. Vejam-se, a propósito, as Súmulas 356 do STF e 98 do STJ, já acima transcritas.

Diz a Súmula 281 do STF que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”. No mesmo sentido, é a Súmula 207 do STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.”

Destarte, para interposição de recursos excepcionais, é necessário o esgotamento prévio das instâncias ordinárias, com a utilização pela parte de todos os meios de impugnação cabíveis no Tribunal *a quo*, aí incluídos embargos de declaração, embargos infringentes, agravos regimentais e recurso ordinário para o STJ ou para o STF.

O art. 105, III, “a”, da CF trata de recurso especial contra decisão de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal Estadual ou do Distrito Federal e Territórios que “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, enquanto o art. 102, III, “a”, da Carta Magna prevê recurso extraordinário quando o julgado recorrido “contrariar dispositivo desta Constituição”. Rodolfo de Camargo Mancuso bem diferencia “contrariar” de “negar vigência”:¹²⁹

Pensamos que ‘contrariar’ um texto é *mais* do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a *extensão* daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar, em certa medida, o outro; segundo, a *compreensão* dessas locuções é diversa: ‘contrariar’ tem uma conotação mais difusa, menos contundente; já ‘negar vigência’ sugere algo mais estrito, mais rígido. Contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que inspirou o advento; e bem assim quando a interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fat-tispecie*, quando a exegese implica em admitir, em suma [...] que é branco onde está escrito preto; ou

¹²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 221 e 222..

quando, finalmente, o aplicador da norma atua em modo delirante, distanciando-se de todo o texto de regência.

Note-se que, no âmbito do recurso extraordinário, a ofensa à norma constitucional há que ser direta e não reflexa ou indireta, decorrendo esta última do exame prévio de norma infraconstitucional. Esclarecedores os seguintes julgados do Pretório Excelso:

Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição. Agravo regimental improvido. (AI 447.774-AgR/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE).

RECURSO. Embargos de declaração. Caráter infringingente. Embargos recebidos como agravo. Agravo de Instrumento. Inadmissibilidade. Intempestividade. Comprovação de que o recurso foi interposto no prazo legal. Decisão agravada. Reconsideração. Provada sua tempestividade, deve ser apreciado o recurso. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Prequestionamento. Falta. Agravo regimental não provido. Aplicação das súmulas nº 282 e 356. Não se admite recurso extraordinário quando falte prequestionamento da matéria constitucional invocada. 3. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. (AI 492260 ED/RS – RIO GRANDE DO SUL – EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – Relator: Min. CEZAR PELUSO – Julgamento: 23.08.2005 – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 16-09-2005).

O recurso especial caberá também com base em divergência na interpretação de lei federal entre a decisão objurgada e julgada de outro tribunal. Nesse caso, por óbvio, o acórdão paradigma deverá ser proveniente de tribunal diverso daquele que proferiu o *decisum* guerreado (Súmula nº13 do STJ – “A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial”).

Para o cabimento da hipótese dos arts. 105, III, “c”, da CF, é imprescindível a similitude fática e jurídica entre os julgados, pois, do contrário, inexistirá verdadeira divergência.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. RESTITUIÇÃO DE IPI. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS JULGADOS, BEM COMO DE TESE JURÍDICA CONTRASTANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos embargos de divergência é indispensável haver identidade ou similitude fática entre o acórdão paradigma e o embargado, bem como tese jurídica contrastante, de modo a demonstrar a alegada interpretação divergente.

2. Na hipótese em exame, não há similitude entre os julgados confrontados. Enquanto o aresto embargado trata de restituição/compensação de valores pagos indevidamente a título de IPI, o paradigma versa sobre repetição de ICMS. Também não há falar em existência de teses jurídicas contrastantes, já que ambos os julgados adotam o entendimento segundo o qual, nos casos de restituição de tributos que ensejam a transferência do encargo financeiro, é aplicável o disposto no art. 166 do CTN.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 435.575/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2007, DJ 29/10/2007 p. 174).

A comprovação da divergência se fará na forma do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255 do RISTJ:

Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

I [...]

II [...]

III [...]

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudencial oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução do julgado disponível na internet, com a respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo.

§ 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita:

a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal;

b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados.

§ 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

§ 3º São repositórios oficiais de jurisprudência, para o fim do § 1º, b, deste artigo, a Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Revista do Superior Tribunal de Justiça e

a Revista do Tribunal Federal de Recursos, e, autorizados ou credenciados, os habilitados na forma do art. 134 e seu parágrafo único deste Regimento.

Conforme se vê no § 2º do art. 255 do RISTJ acima, é impositiva a transcrição pelo recorrente dos trechos dos acórdãos divergentes, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, ou seja, o confronto analítico entre os julgados. Portanto, não basta a simples transcrição de ementas.

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. COTEJO ANALÍTICO. NECESSIDADE.

1. Não cabe discutir a correção de aplicação de regra técnica de conhecimento de recurso especial em sede de embargos de divergência.

2. Consoante entendimento assente nesta Corte, somente os acórdãos proferidos em recurso especial se prestam como precedente para comprovar dissídio em embargos de divergência. Precedentes.

3. Malgrado a tese de divergência jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 266 c/c o art. 255, ambos do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre o acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 1015194/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/11/2009, DJe 23/11/2009).

É necessário verificar se há entendimento pacificado do STJ no mesmo sentido do acórdão combatido, pois, neste caso, não será conhecido o recurso especial, de acordo com a Súmula 83 daquela corte:

Súmula nº. 83 do STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Ressalte-se que o enunciado dessa súmula também se aplica quando o recurso especial tiver fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA Nº 83/STJ. INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA.

- Também se aplica o Enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

- Nega-se provimento a agravo de instrumento quando o acórdão tido por violado adotou tese idêntica ao posicionamento do STJ.

Agravo no agravo de instrumento não provido.

(AgRg no Ag 653123/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/03/2005, DJ 18/04/2005 p. 329).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. SÚMULA 83 - STJ.

Também se aplica o Enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 542185/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2004, DJ 23/08/2004 p. 279).

A Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/04, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 102 da CF, criou o requisito de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, para que o STF examine a admissão do recurso extraordinário. Em 19/12/2006, veio a Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC, regulamentando a preliminar de repercussão geral, e, em 30/04/2007, surgiu a Emenda Regimental nº 21/2007, que alterou a redação dos arts. 13, inciso V, alínea “c”; 21, parágrafo 1º; 322; 323; 324; 325; 326; 327; 328 e 329, bem como revogou o disposto no parágrafo 5º do art. 321, todos do RISTF, determinando que todos os recursos extraordinários interpostos contra acórdãos cuja intimação tenha ocorrido a partir de 03/05/2007 deverão atender ao pressuposto em tela.

Nos termos dos parágrafos 1º e 3º do art. 543-A do CPC:

Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

As ementas de julgados do STF a seguir bem explicam o pré-requisito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL SUSCITADA. PRELIMINAR FORMAL E FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. ART. 543-A, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Inobservância ao que disposto no artigo 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, que exige a apresentação de preliminar sobre a repercussão geral na petição de recurso extraordinário, significando a demonstração da existência de questões constitucionais relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes. 2. A ausência dessa preliminar na petição de interposição permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal negue, liminarmente, o processamento do recurso extraordinário, bem como do agravo de instrumento interposto contra a decisão que o inadmitiu na origem (13, V, c, e 327, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). 3. Cuida-se de novo requisi-

to de admissibilidade que se traduz em verdadeiro ônus conferido ao recorrente pelo legislador, instituído com o objetivo de tornar mais célere a prestação jurisdicional almejada. 4. O simples fato de haver outros recursos extraordinários sobrestados, aguardando a conclusão do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, não exime o recorrente de demonstrar o cabimento do recurso interposto. 5. Agravo regimental desprovido. (STF – RE 569476 AgR/SC – Min. Rel. Ellen Gracie – Tribunal Pleno – DJ de 25/04/08).

DECISÃO MONOCRÁTICA:

Vistos. Max Peixoto dos Santos interpõe agravo de instrumento contra decisão (fl. 261) que não admitiu recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento da Revisão Criminal nº 1.140-4/221 (fls. 218 a 225). Examinados os autos, decido. O agravo não pode ser conhecido. A Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/04, que acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, criou a exigência da demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário. Posteriormente, a matéria foi regulamentada pela Lei nº 11.418/06, que introduziu os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil e, por fim, o Supremo Tribunal Federal, através da Emenda Regimental nº 21/07, dispôs sobre as normas regimentais necessárias à sua execução. Esta Corte, com fundamento na mencionada legislação, quando do julgamento da Questão de Ordem no AI nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, firmou o entendimento no sentido de que os recursos extraordinários em geral e, em consequência, as causas criminais, interpostos contra acórdãos publicados a partir de 3/5/07, data da publicação da Emenda Regimental nº 21/07, deverão demonstrar, em preliminar do recurso, a existência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no apelo. No caso em espécie, esse requisito formal não foi cumprido, pois o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão do qual o ora agravante fora cientificado, através da publicação em órgão oficial, em 18/5/09 (fl. 226), quando plenamente exigível a demonstração formal da repercussão geral. Ante o exposto, não conheço do agravo. (STF – AI 772099 /GO – Min. Rel. Dias Toffoli – Decisão Monocrática – DJ de 01/02/10).

5.3 - MEDIDA CAUTELAR PARA OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO

Quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e atendidos todos os pressupostos dos recursos especial ou extraordinário, caberá, excepcionalmente, medida cautelar para agregar efeito suspensivo ao inconformismo, mesmo *inaudita altera parte*.

MEDIDA CAUTELAR. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO EM 06 (SEIS)

ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL.

EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DA PLAUSIBILIDADE DA TESE JURÍDICA E DO PERIGO NA DEMORA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Presentes os pressupostos para a concessão do excepcional efeito suspensivo ao recurso especial, porquanto verificada a plausibilidade da tese jurídica esposada nas razões recursais, bem como o perigo na demora, consistente na possibilidade de impor ao ora Requerente, que permaneceu em liberdade durante toda a instrução criminal e teve assegurado o direito de apelar em liberdade, diante da ausência dos requisitos da prisão cautelar, a execução da pena em regime mais gravoso do que o fixado no art. 33, § 2º, do Código Penal. Precedentes do STJ.

2. Pedido cautelar julgado procedente para dar efeito suspensivo ao recurso especial, que se encontra no aguardo de sua subida, em razão do provimento dada ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que o inadmitiu.

(MC 13.770/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 01/09/2008).

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXCEPCIONALIDADE. IMPROVIMENTO. 1. O STF já teve oportunidade de apreciar a questão de fundo, concluindo no mesmo sentido da ausência de possibilidade de exploração de máquinas de “caça-níqueis” (ADI 3.060/GO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 01.06.2007).

2. Razões de agravo regimental não atacaram os fundamentos constantes da decisão monocrática, limitando-se o agravante a reproduzir a mesma argumentação que consta da petição inicial da medida cautelar ajuizada pela agravante.

3. *Excepcionalidade da atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário exige, concomitantemente, o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário no tribunal de origem, a viabilidade processual do recurso extraordinário devido à presença dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do referido recurso, a plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida no recurso extraordinário e a comprovação da urgência da pretensão cautelar.* 4. *Não se encontram presentes os pressupostos da plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida no recurso extraordinário.* 5. Agravo regimental improvido. (AC 1420 MC-AgrR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00025 – grifo nosso).

Caso o apelo raro ainda esteja pendente do juízo de admissibilidade, será do Tribunal *a quo* a competência para analisar a cautelar, e, caso o

recurso já tenha sido admitido, a competência será do Tribunal *ad quem*.

Súmula nº 634 do STF – Não compete ao STF conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto do juízo de admissibilidade na origem.

Súmula nº 635 do STF – Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

5.4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA O STJ OU PARA O STF

Na esfera penal, não admitido o recurso excepcional pelo presidente do tribunal local, caberá agravo de instrumento para o STJ ou STF no prazo de cinco dias, de acordo com o art. 28 da Lei nº 8.038/90 e com a Súmula nº 699 do STF “O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei n. 8.038/1990, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei n. 8.950/1994 ao Código de Processo Civil”.

*Segue o texto da referida súmula:

Cabe esclarecer que: “Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento” (Súmula nº 528 do STF).

O agravo deverá ser instruído com as peças mencionadas no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 8.038/90 e no parágrafo 1º do art. 544 do CPC (anteriormente contidas no parágrafo único do art. 523 do CPC).

Art. 28 - Denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 1º - Cada agravo de instrumento será instruído com as peças que forem indicadas pelo agravante e pelo agravado, dele constando, obrigatoriamente, além das mencionadas no parágrafo único do art. 523 do Código de Processo Civil, o acórdão recorrido, a petição de interposição do recurso e as contra-razões, se houver.

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. (Revogado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994).

§ 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar

obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

Vê-se da parte final do § 1º do art. 544 do CPC, que o *advogado* – ainda que o recorrente esteja sob o benefício da assistência judiciária gratuita – deverá declarar, sob sua responsabilidade pessoal, que as cópias das peças do processo são autênticas.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS OBRIGATORIAS DE TRASLADO. NECESSIDADE. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. “1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as peças obrigatórias para a formação do instrumento de agravo devem ser devidamente autenticadas. Precedentes do STJ e STF.

2. Inteligência dos artigos 365, inciso III e 384, ambos do Código de Processo Civil.

3. A Lei 10.352/2001, dando nova redação ao artigo 544, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, fê-lo para admitir que o próprio advogado possa afirmar a autenticidade das peças que formam o instrumento, sob sua responsabilidade pessoal, inócurre na espécie.” (AgRgAg 438.282/RJ, da minha Relatoria, in DJ 10/3/2003).

2. O simples fato do recorrente ser beneficiário da assistência judiciária gratuita não o exime da obrigatoriedade de autenticação das peças formadoras do agravo de instrumento.

3. “1. O acórdão, enquanto ato processual, tem na publicação o termo inicial de sua existência jurídica, que em nada se confunde com aquele outro com que se dá ciência às partes do conteúdo, intimação, que marca a lei como inicial do prazo para a impugnação recursal.

2. A extemporaneidade do recurso ocorre não apenas quando é interposto além do prazo legal, mas também quando vem à luz aquém do termo inicial da existência jurídica do decisório alvejado. Precedente do STF.

3. Constatado que os embargos declaratórios foram opostos sem que o acórdão embargado sequer tivesse sido publicado, não se constituindo, portanto, o *dies a quo* do termo legal para a interposição do recurso, deve-se tê-lo como extemporâneo.” (EDcLHC 9.275/RJ, da minha Relatoria, in DJ 19/12/2002).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 582.031/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2004, DJ 02/08/2004 p. 604).

Além das peças obrigatórias, o agravante tem o ônus de juntar cópias de quaisquer outras que sejam indispensáveis à compreensão da controvérsia, em obediência ao teor da Súmula nº 288 do STF:

Súmula 288 do STF – Nega-se provimento ao agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.

Caso a parte haja interposto recursos especial e extraordinário, concomitantemente, deverá juntar, no agravo contra a decisão que não admitiu o especial, cópia da petição de interposição do extraordinário, e o mesmo em sentido inverso. Se o segundo inconformismo também houver sido inadmitido, dever-se-á juntar, igualmente, cópia do competente agravo de instrumento, tudo acompanhado de comprovação de tempestividade, em obediência às Súmulas nº 283 do STF e nº 126 do STJ.

Súmula 283 do STF – É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 126 do STJ – É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo e a parte vencedora não manifesta recurso extraordinário.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTRUMENTO. PETIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO. PEÇA NECESSÁRIA AO CONHECIMENTO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULAS 126/STJ E 288/STF.

1. A petição de recurso extraordinário interposto concomitantemente com o recurso especial ou a comprovação da interposição tempestiva do apelo extremo são documentos necessários ao conhecimento da controvérsia e, por isso, deverão compor a instrução do agravo de instrumento, sob pena de inadmissibilidade do recurso.

2. Não se admite a posterior juntada das peças obrigatórias ou das necessárias, imprescindíveis à análise do agravo de instrumento, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.

3. Para o conhecimento de matéria de ordem pública no âmbito do recurso especial, é necessário superar o juízo de admissibilidade do recurso, o que não ocorreu no caso.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1124822/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 31/08/2009)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 126 DO STJ. INAPLICABILIDADE.

I - Este e. STJ é firme no entendimento de que, se houver no acórdão recorrido fundamentos de ordem constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficientes de per se para manter a decisão recorrida, deve constar no instrumento do agravo cópia do agravo de instrumento contra a inadmissão do recurso extraordinário ou de certidão que comprove a sua interposição.

II - *In casu*, não sendo essa a hipótese dos autos, a ausência das referidas peças não constitui óbice ao conhecimento do agravo de instrumento. Inaplicabilidade do Enunciado n.º 126 da Súmula/STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1110060/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 17/08/2009).

Se, contra o acórdão do Tribunal *a quo*, foram opostos embargos declaratórios, haverá o agravante que juntar cópia do acórdão que os julgou e da respectiva certidão de intimação.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO DE PEÇAS OBRIGATÓRIAS. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA.

I- A correta formação do agravo de instrumento é ônus do agravante, sob pena de não conhecimento de seu recurso.

II- Embora o art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil não refira, explicitamente, à necessidade de que conste do instrumento a cópia do Acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração e da respectiva certidão de intimação, os Embargos de Declaração são parte integrante do Acórdão recorrido e sua certidão de intimação, peça essencial na aferição da tempestividade do recurso especial.

III- A certidão de publicação do Acórdão dos Embargos Declaratórios não se substitui pelo serviço de informação judicial, contendo recorte do Diário da Justiça, no qual a data da publicação não tenha sido aposta por impressão do próprio jornal. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no Ag 1004785/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 23/09/2008).

Por fim, é essencial ao agravo de instrumento que ataque especificamente os fundamentos da decisão que negou seguimento ao apelo raro, conforme as Súmulas nº 182 do STJ (“É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”) e nº 287 do STF (“Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia”). Erro comum consiste em simplesmente reiterar à parte as razões do recurso especial ou extraordinário, levando o agravo ao seu não conhecimento.

5.5 - PEÇAS PRÁTICAS

Vide Item 1.2 deste capítulo (Procuradoria de Justiça Criminal).

A abordagem dos temas aqui se limitou aos objetivos de um manual prático, e, para maior aprofundamento, sugerimos consulta à literatura especializada, nela incluídos as referências bibliográficas a seguir.

5.6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos Recursos Especial e Extraordinário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário: Aspectos Gerais e Efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal; Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIII

Promotorias de Justiça Atuação Penal



1 - ATUAÇÃO PENAL

Promotor de Justiça Joaquim José Miranda Júnior
 Promotora de Justiça Cláudia Ferreira Pacheco de Freitas
 Promotor de Justiça Jorge Tobias de Souza
 Promotor de Justiça Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
 Promotor de Justiça Marcelo Mattar Diniz
 Promotor de Justiça Marco Antônio Picone Soares
 Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes
 Promotor de Justiça Rodrigo Otávio Gonçalves e Silva

Se diversas são as vertentes de pesquisa que buscam conferir ao Ministério Público o rótulo de instituição voltada para a acusação penal em juízo, o certo é que os múltiplos papéis atribuídos a ele nos mais diversos países dão mostras de sua relevância como órgão constituído de defesa do Estado de Direito, sob o influxo da Revolução Francesa.

De mero defensor dos interesses do Rei que remonta sua origem próxima à *Ordonance* de Felipe IV, em 1302, na França, o Ministério Público de hoje deve ser compreendido como Instituição de funções ecléticas a quem compete, especificamente na área penal, a titularidade da pretensão punitiva estatal,¹ sem prejuízo da defesa dos direitos fundamentais do investigado e do acusado.

Se o Estado de outrora era policialesco e buscava na repressão penal uma afirmação de Poder, hoje, a busca da punição dos responsáveis pela prática de um fato-crime deve corresponder, em igual medida, à lisura de um processo que se pautar pelo respeito à Ordem Constitucional, de tal forma que se desigualdade houver entre acusação e defesa no

¹ Como assevera Frederico Marques, o direito de punir não pertence ao Estado-Juiz, mas ao Estado-Administração. Segundo o autor, “cabendo ao Estado-Administração a tutela penal e o exercício do direito de punir, a seus órgãos é que a lei confere o exercício da pretensão punitiva. Da administração, portanto, é a titularidade da pretensão punitiva. Esta, segundo bem o disse Calamandrei, é pretensão administrativa, mas despida de auto-executoriedade (ao reverso do que se dá com as outras pretensões administrativas), em razão do princípio do *nulla poena sine iudicio*. Portanto, para que a tutela penal e a pretensão punitiva possam ser exercidas, há órgãos estatais da Justiça Penal destinados a preparar a ação penal, a impulsionar a *persecutio criminis* e a participar dos procedimentos preliminares que compõem esta; e após a condenação do autor do crime, os órgãos destinados à execução penal. Funções se repartem, portanto, na Justiça Penal, entre os seus órgãos administrativos, para preparar-se a ação penal e fazer efetiva e concreta a pretensão de punir. Todavia, como a atividade preparatória da *persecutio criminis* vai levar à propositura da ação penal, com o pedido de julgamento favorável da pretensão punitiva por meio da acusação; e como o titular da ação penal é o Ministério Público, dúvida não há de que, ao formular a acusação, esse órgão está agindo como titular, também, da pretensão punitiva. A afirmativa de Giuliano Vassali e outros, de que o juiz penal é órgão do direito de punir e da pretensão punitiva, não tem o menor fundamento e não pode, por isso, ser aceita. (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 63-64).

curso da persecução penal, ela deve ser marcada unicamente pela intensidade da culpa do agente.

Segundo o art. 127 da Constituição Federal de 1988, compete ao Ministério Público “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, sendo essa uma diretriz que deve nortear a compreensão de todas as demais funções ministeriais na área penal, mormente a promoção da ação penal pública em juízo.

Daí que o Ministério Público de hoje, embevecido pela matriz constitucional que assegura direitos e garantias e que o aponta como ferrenho defensor deles, tem por dever atuar como parte a quem verdadeiramente interessa uma decisão justa, qual seja a que, conhecendo as limitações do direito penal, busque a aplicação da norma incriminadora somente quando ocorra uma infração penal que mereça a devida retribuição.²

Investigações mendazes levam à propositura de ações penais precipitadas e à inflação de processos, muitas vezes desnecessários, que acabam assoberbando o Poder Judiciário com demandas falidas, não enquadradas, do ponto de vista da tipicidade material, a nenhuma norma incriminadora. É preciso valorizar o processo, não apenas no sentido de que seja ele o instrumento adequado para uma final punição do culpado, mas também para que revele a justa punição, sem que haja, no entanto, arrefecimento algum no exercício do *jus puniendi*. Daí a necessidade da propositura de ações penais lastreadas em prova, ainda que incipiente, e de uma precisa delimitação do fato típico, com todas as suas circunstâncias, sem prejuízo da objetividade.

Como disserta Ferrajoli,

[...] a acusação contestada deve ser formulada em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e a vincular a ele, contra a indeterminação do antigo processo inquisitório, o objeto do juízo e da sentença que o conclui.³

Ao Promotor criminal não é dado ignorar que o Ministério Público representa, outrossim, o acesso das vítimas ao Poder Judiciário e, por isso, é seu dever requisitar a instauração de inquéritos policiais e fiscalizar, efetivamente, todo o curso da investiga-

² “Interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados, mas também – e sobretudo, dentro de um verdadeiro Estado-de-direito – a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao MP, como órgão de administração da justiça, há-de competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do arguido, mas também todos os indícios da sua inocência ou da sua menor culpa”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimp. 1. ed. Coimbra, 2004. p. 369)

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 558.

ções, sendo assim possível sustentar em juízo a versão mais próxima possível da realidade histórica.

Sobre outro aspecto, e como introdução às práticas de atuação desenvolvidas nas seções seguintes, o membro do *parquet* deve primar pela técnica e conhecer que o direito de ação é público e subjetivo,⁴ exercido por isso contra o Estado e não contra a pessoa do acusado, mas sim em face dele. E diante dessa técnica exigida, ele tem por obrigação postular a realização da prova, a mais ampla possível, não prescindindo da palavra da vítima e das perícias que lei processual determina sejam realizadas em se tratando de crimes não transeuntes, que deixam vestígios.

Apesar de parte processual, o Ministério Público em exercício na área criminal deve ter sempre em mente que também é fiscal da lei e por isso deve obediência a prazos – que incluem a proibição de dilações desnecessárias – e a práticas que conduzem sempre ao fiel cumprimento daquela, como, por exemplo, a fiscalização do *quantum* de pena, do regime inicial de seu cumprimento e de seus efeitos, dentre os quais a perda de função pública e a suspensão de direitos políticos, isso, é claro, se advindas de uma condenação precedida de um justo processo, nos moldes constitucionais.

Compete, assim, ao Promotor criminal, agir como efetivo Promotor de Justiça, na mais pura acepção da palavra ‘justiça’, nunca se esquecendo de pautar sua conduta pela matriz constitucional que não apenas lhe conferiu uma imensa gama de atribuições, mas também lhe depositou a confiança na prestação de suas funções com denodo e responsabilidade. A sociedade passa por profundas transformações, em intersubjetivos, cada vez mais complexos, caracterizam-se como metaindividuais, e exigem condutas capazes de melhor adequar o direito às novas demandas sociais, nunca antes tão relacionadas à defesa dos direitos humanos como hoje.

Em busca da otimização do objetivo geral do capítulo, qual seja o de apresentar diretrizes para uma uniformização da atuação funcional do Ministério Público mineiro na área criminal, a exposição será dividida em duas seções; a primeira aborda o agir ministerial na fase pré-processual e a segunda, não menos importante, na fase processual propriamente dita.

1.1 - O RECEBIMENTO DE *NOTITIA CRIMINIS*

1.1.1 - COMUNICAÇÃO VERBAL DE CRIME DE AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA

Ao receber comunicação verbal de crime de ação pública incondicionada, verificar a existência de inquérito policial ou peças de informação suficien-

⁴ Como subjetivo é direito à suspensão condicional do processo, o qual, por isso, deve ser abordado quando da denúncia, seja no sentido de afirmá-lo, seja no sentido de negá-lo, sempre de forma justificada.

tes sobre o fato. Se nada existir a respeito, tomar por termo as declarações do comunicante e encaminhar a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório de instauração do inquérito policial, para que depois, tendo em mãos o competente procedimento investigatório sobre os fatos, possa analisar a possibilidade da instauração da ação penal.

Sobre a titularidade exclusiva do MP para propositura da ação penal, assim assegura a doutrina:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*). Na esfera penal, o Ministério Público é a instituição de caráter público que representa o Estado-administração, expondo ao Estado-juiz a pretensão punitiva (CF, art. 129, I).⁵

1.1.2 - COMUNICAÇÃO ESCRITA DE CRIME DE AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA

Proceder do mesmo modo descrito no item acima, caso receba comunicação escrita, verificando, ainda, a possibilidade de propositura da ação penal com fulcro nos elementos constantes da *notitia criminis* (demonstração do fato, autoria, materialidade e qualificação do suposto autor do fato). Se não houver condições de oferecer denúncia, enviar as peças à autoridade policial, por meio de ofício requisitório.

A doutrina, por sua vez, concorda plenamente:

Delatio Criminis é a denominação dada à comunicação feita por qualquer pessoa do povo à autoridade policial (ou a membro do Ministério Público ou juiz) acerca da ocorrência de infração penal em que caiba ação penal pública incondicionada (art. 5º, § 3º, CPP). Pode ser feita oralmente ou por escrito. Caso a autoridade verifique a procedência da informação, mandará instaurar inquérito para apurar oficialmente o acontecimento.⁶

1.1.3 - COMUNICAÇÃO ANÔNIMA OU CONHECIMENTO POR MEIO DE LEITURA DE PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DE CRIME DE AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação pública incondicionada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publicação periódica, não requisitar a instauração de inquérito policial sem antes ouvir

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 152.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 134.

a vítima ou seu representante legal sobre a veracidade do fato, quando possível. A comunicação anônima deve, portanto, ser processada, tomadas as cautelas devidas, no sentido de uma averiguação mínima de verossimilhança das informações recebidas.

Este é, precisamente, o ponto de vista da doutrina sobre o assunto:

Destaquemos, ainda, que o anonimato é forma inadmissível e insuficiente para a instauração de inquérito, ao menos na modalidade da *delatio criminis*. Ao encaminhar a comunicação por escrito, deve a pessoa identificar-se. Se a forma escolhida for oral, a autoridade policial colherá, no ato, os dados identificadores do indivíduo. Lembra, com precisão, Tourinho Filho que a comunicação falsa de delito pode dar ensejo à configuração de um crime, motivo pelo qual não se deve aceitar a *delatio* anônima (Código de Processo Penal comentado, v.1, p.35). Entretanto, somos, levados a acreditar que as denúncias anônimas podem e devem produzir efeito. Não nos esqueçamos que a autoridade policial pode investigar algo de ofício e, para tanto, caso receba uma comunicação não identificada, relatando a ocorrência de um delito de ação pública incondicionada, pode dar início à investigação e, com mínimos elementos em mãos, instaura o inquérito. Embora não se tenha configurado uma autêntica *delatio criminis*, do mesmo modo o fato pode ser averiguado.⁷

1.1.4 - COMUNICAÇÃO VERBAL DE CRIME DE AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA

Recebendo comunicação verbal da vítima ou do seu representante legal sobre prática de infração de ação pública condicionada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato. Caso inexistir, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, em que fique claro o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, como medida preliminar, o inquérito policial, encaminhando a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório.

1.1.5 - COMUNICAÇÃO ESCRITA DE CRIME DE AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA

Recebendo comunicação escrita da vítima ou do seu representante legal sobre prática de infração de ação pública condicionada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato narrado, bem como a possibilidade de propositura da ação penal com fulcro nos elementos constantes da informação (demonstração do fato, autoria, materialidade e qualificação do acusado) e a existência da *delatio criminis* postulatoria (representação da vítima ou de seu representante). Não havendo condições de ser oferecida denúncia e inexistindo a representa-

ção, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, na forma de representação, em que fique claro o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, como medida preliminar, o inquérito policial, encaminhando a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório de instauração do inquérito.

1.1.6 - COMUNICAÇÃO ANÔNIMA OU CONHECIMENTO POR MEIO DE LEITURA DE PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DE CRIME DE AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação pública condicionada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publicação periódica, aguardar a necessária manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal.

1.1.7 - COMUNICAÇÃO VERBAL DE CRIME DE AÇÃO PRIVADA

Recebendo comunicação verbal da vítima ou do seu representante legal acerca da prática de infração de ação privada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato. Caso inexistir, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, na forma de requerimento, no qual deve constar, sempre que possível, a narração do fato com todas as circunstâncias, a individualização do indiciado ou seus sinais característicos, as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração e o nome das testemunhas, com indicação da profissão e endereço dessas, encaminhando a peça à autoridade policial.

1.1.8 - COMUNICAÇÃO ESCRITA DE CRIME DE AÇÃO PRIVADA

Recebendo comunicação escrita da vítima ou do seu representante legal sobre a prática de infração de ação privada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato narrado. Caso inexistir, mas a informação contenha requerimento de instauração do inquérito, cumprir remeter a peça à autoridade policial e, na oportunidade, orientar a vítima sobre a natureza da ação penal, o prazo para ajuizá-la e as providências que ulteriormente deve esta observar a fim de evitar o perecimento do direito de punir; havendo dúvida sobre a natureza da ação penal, sugere-se requisitar a instauração do procedimento investigatório diante dos elementos de convicção ministrados pela vítima ou pelo seu representante legal.

1.1.9 - COMUNICAÇÃO ANÔNIMA OU CONHECIMENTO POR MEIO DE LEITURA DE PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DE CRIME DE AÇÃO PRIVADA

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação privada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publica-

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 138.

ção periódica, aguardar a necessária manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal, observando, caso necessário, o item anterior.

1.2 - RECEBIMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL

1.2.1 - INDICIADO COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Recebendo inquérito policial versando sobre infração de ação pública e que conste como indiciada pessoa sujeita a julgamento originário perante a superior instância, pela prerrogativa da função exercida, deve ser o procedimento inquisitório imediatamente remetido à Procuradoria-Geral de Justiça, para que o órgão de execução com atribuições possa examinar a viabilidade do oferecimento da denúncia.

A doutrina, por sua vez, assim dispõe:

Não pode a autoridade policial instaurar inquérito e colher provas diretamente. E caso durante uma investigação qualquer encontre indícios de participação de pessoa com prerrogativa de foro, deverá remeter os autos do inquérito ao juízo competente. Exemplos: deputados e senadores são processados no Supremo Tribunal Federal. O delegado não pode instaurar inquérito contra essas autoridades sem a fiscalização e autorização do Pretório Excelso, com acompanhamento da Procuradoria Geral da República. Muitas vezes, tomando conhecimento da prática de crime de autoria de um deputado federal, o delegado envia os autos ao STF. A partir daí, o Ministro dessa Corte, encarregado de acompanhar o caso, determina que a Polícia Federal realize diligências investigatórias, mas sob sua fiscalização direta, bem como do Ministério Público Federal.⁸

1.2.2 - INQUÉRITO POLICIAL MILITAR REMETIDO À JUSTIÇA COMUM EM RAZÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PROVIDÊNCIA

Em caso de recebimento de inquérito policial militar, remetido à Justiça comum, por haver a Justiça Militar se dado por incompetente, verificar, perante a autoridade policial e o cartório do distribuidor, se há inquérito policial comum ou ação penal pelo mesmo fato, procedendo, a seguir, da seguinte forma:

- a) se houver inquérito, requerer o apensamento das duas peças investigatórias, para posterior exame conjunto;
- b) se já houver denúncia, requerer o apensamento do inquérito policial militar à ação penal já instaurada, aditando-a, se necessário;
- c) se não houver inquérito nem denúncia, apreciar o inquérito policial militar como um inquérito co-

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.134-135.

mun, oferecendo denúncia, requerendo o arquivamento ou novas diligências, estas, agora, requisitadas à Polícia Judiciária;

d) se houver inquérito policial arquivado, requerer o apensamento e nova vista, para exame da prova acrescida e manutenção do pedido desarquivamento ou oferecimento de denúncia, se houver prova nova.

1.2.3 - DEVOLUÇÃO DO INQUÉRITO À AUTORIDADE POLICIAL – DILIGÊNCIAS

Somente devolver inquéritos à autoridade policial excepcionalmente, para complementação do estritamente necessário ao oferecimento da denúncia, no que respeita à caracterização da autoria da infração, a materialidade e a tipificação, especificando objetiva e claramente as diligências que deverão ser realizadas, bem como indicando prazo razoável para cumprimento.^{9 10}

1.2.4 - REQUISICÃO DE DILIGÊNCIAS EM CASO DE INDICIADO PRESO

Evitar retornar a autoridade policial inquéritos em que figure indiciado preso, oferecendo, desde logo, a denúncia e requisitando, por meio de manifestação separada, a realização das diligências faltantes.

1.2.5 - REQUISICÃO DE DILIGÊNCIAS QUANDO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

Procurar requerer ao juiz, quando da manifestação processual de encaminhamento da peça acusatória, a realização das diligências úteis, mas não imprescindíveis à ação penal, detalhando-as de forma objetiva e precisa.

1.2.6 - REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PELO PRÓPRIO ÓRGÃO MINISTERIAL

Verificar se as diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia podem ser realizadas pelo próprio Ministério Público, mediante utilização de suas atribuições legais de expedir notificações e formular requisições, nos termos do art. 129, VI, da

⁹ Sobre o inquérito policial, o Aviso nº 6/87 da PGJ lembra aos representantes do MP sobre a existência de portaria do então Secretariado de Segurança Pública do Estado, publicada em 12/06/1987, que proíbe a “praxe viciosa de (se) juntarem a confissão do indiciado da autoria de diversos crimes que lhe são atribuídos”.

¹⁰ No retorno dos autos para diligência perante a autoridade policial, o Ofício circular 1/92 da CGMP recomenda que se evite a utilização de dos termos “ordenar, mandar, determinar ou exigir, atendo-se a terminologia legal e técnica, qual seja, requisitar, conforme consta dos textos atinentes à espécie, isto é, art 129, VIII, da Constituição Federal; art. 120, VII, da Constituição do Estado de Minas Gerais; art 15, I, da Lei Complementar nº 40/81 e arts. 5º, II, e 47 do Código de Processo Penal” (a atual Lei Orgânica nacional – Lei nº 8.625/93 – faz referência ao termo ‘requisitar’ no art. 26, I, “b”).

Constituição Federal de 1988.¹¹

¹¹ DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENABASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO. 1. O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a nulidade do processo em razão da obtenção de prova ilícita (depoimentos colhidos diretamente pelo Ministério Público em procedimento próprio; gravação de áudio e vídeo realizada pelo Ministério Público; consideração de prova emprestada); b) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal; c) incorreção na dosimetria da pena com violação ao princípio da inocência na consideração dos maus antecedentes na fixação da pena-base; d) ausência de fundamentação para o decreto de perda da função pública. 2. O extraordinário somente deve ser conhecido em relação às atribuições do Ministério Público (CF, art. 129, I e VIII), porquanto as questões relativas à suposta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência na fixação da pena-base e à suposta falta de fundamentação na decretação da perda da função pública dos recorrentes, já foram apreciadas e resolvidas no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Apenas houve debate na Corte local sobre as atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente. O ponto relacionado à nulidade do processo por suposta obtenção e produção de prova ilícita à luz da normativa constitucional não foi objeto de debate no acórdão recorrido. 4. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que 'o debate do tema constitucional deve ser explícito' (RE 428.194 AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 28.10.2005) e, assim, 'a ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário' (AI 557.344 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 11.11.2005). 5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico. 6. *É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti.* 7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 8. *Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando*

1.2.7 - FIXAÇÃO DE PRAZO QUANDO DO RETORNO DO INQUÉRITO À DELEGACIA

Fixar prazo razoável para cumprimento das diligências, quando requisitadas diretamente à autoridade policial, ou sugerir-lo, caso pleiteadas ao juiz, procurando realizar analogia com as fixações de prazo contidas na lei.¹²

1.2.8 - PERMANÊNCIA DOS AUTOS EM CARTÓRIO

Zelar para que os autos do inquérito não baixem à delegacia de polícia sem a prévia oitiva do Ministério Público, ainda que haja pedido da autoridade policial.

1.2.9 - PEDIDOS DE DILAÇÃO DO PRAZO DE CONCLUSÃO DO INQUÉRITO – ANÁLISE

Examinar minuciosamente os pedidos de dilação de prazo para o encerramento do inquérito ou realização de diligências complementares, buscando detectar o real motivo do retardamento. Analisar, em qualquer oportunidade que manusear os autos do inquérito, todos os elementos investigatórios, visando a verificar outras diligências faltantes, que devem ser requisitadas à autoridade policial, ainda que não tenham sido por esta cogitadas, evitando um constante e desnecessário retorno do procedimento.

1.2.10 - REQUISICÃO DE EXAME COMPLEMENTAR NOS DELITOS DE LESÕES CORPORAIS GRAVES – LAUDO PERICIAL – REQUISITOS

Requisitar, nos delitos de lesões corporais graves, a realização de exame complementar, caso tal providência já não tenha sido tomada pela autoridade policial, enfatizando a necessidade de suficiente fundamentação acerca da existência do resultado agravador, pois a lacônica motivação, muitas vezes limitada a uma simples afirmação, não autoriza o reconhecimento da lesão como sendo de natureza grave.

a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lbe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia. 9. Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de 'escolta' de veículos contendo o entorpecente e de 'controle' de todo o comércio espúrio no município de Chapecó. 10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. RE 468523 / SC – SANTA CATARINA RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 01/12/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma (grifo nosso).

¹² Ver Avisos nº 30/87 e 33/87 da CGMP que instituem a Pasta de Controle de Inquérito Policial, o que permite a fiscalização do prazo de cumprimento das diligências.

Requisitar o aditamento do laudo pericial para a formulação de correta e necessária fundamentação, em se tratando de lesões corporais graves pela ocorrência do perigo de vida.

Verificar, na hipótese de lesões corporais graves pela ocorrência de debilidade permanente de membro, sentido ou função, se o laudo pericial menciona conclusivamente a permanência da debilidade, requisitando tal providência em caso de inexistir a menção.

Verificar, na hipótese de lesões corporais graves pela ocorrência de deformidade permanente, se o laudo pericial está instruído com fotografia, requisitando-a sempre que ocorrer dano estético ou assimetria.

Verificar se o auto de reconhecimento de pessoas ou coisas atende estritamente aos termos do art. 226 do CPP,¹³ requerendo o seu refazimento quando descumpridos os requisitos legais.

1.2.11 - LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – ANÁLISE

Verificar, na hipótese de lesão corporal seguida de morte, se a atuação do agente não exteriorizou vontade de produção do resultado agravador ou assunção deste, caso em que se configuraria o delito de homicídio.

1.2.12 - CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS MEDIANTE USO DE PROJÉTIL DE ARMA DE FOGO – REQUISITOS DO LAUDO

Verificar, na hipótese de crimes dolosos contra a vida praticados mediante uso de projétil de arma de fogo, se os laudos referentes aos ferimentos contêm:

- a) a ocorrência de zonas de chamuscamento, esfumaçamento ou tatuagem, na pele ou na roupa da vítima;
- b) os orifícios de entrada e de saída, quando o projétil transfixar o corpo da vítima;
- c) a trajetória do projétil no corpo do ofendido e os órgãos lesados.

Caso inexistam tais informações, requisitar o aditamento do laudo para esse fim.

1.2.13 - AUTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS OU COISAS – RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Verificar se o auto de reconhecimento de pessoas ou coisas atente estritamente os termos do art. 226

¹³ Reconhecimento de pessoa. Sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 do C.Pr. Pen. elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação que, além dele e de sua reiteração em juízo, também sem atendimento às mesmas formalidades legais, só se apóia em confissão policial retratada. (HC nº 70.936-2-SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 8/11/94, DJU de 6/9/96, p. 31.849, ementa parcial).

do Código de Processo Penal,¹⁴ requerendo seja o mesmo feito quando descumpridos os requisitos legais.

Não sendo possível a realização de reconhecimento pessoal do agente (por estar este foragido, em outra unidade da Federação, etc), postular a realização de reconhecimento fotográfico como meio de prova, com a juntada aos autos da fotografia submetida a reconhecimento.¹⁵

1.2.14 - LEI Nº 10.826/2003, MEDIDAS PROVISÓRIAS E TIPCIDADE PENAL

Não obstante o prazo estabelecido no art. 32 da Lei nº 10.826/2003 (*vacatio legis*) tenha sido prorrogado por medidas provisórias sucessivas, observar o disposto no art. 62, § 1º, I, “b”, da Carta Magna. Consigne-se ainda que, embora editadas as Leis nº 10.884/2004, nº 11.118/2005, nº 11.191/2005 e nº 11.706/2008, tais são oriundas de medidas provisórias e, assim, há que se observar a teoria das nulidades.¹⁶

¹⁴ Reconhecimento de pessoa: sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 do Código de Processo Penal elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação que, além dele e sem sua reiteração em juízo, também sem atendimento às mesmas formalidades legais, só se apóia em confissão policial retratada (HC nº 70.936-2-SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 8/11/94, DJU de 6/09/96, ementa parcial).

¹⁵ PROCESSO-CRIME - Nulidade - Alegada nulidade de reconhecimento - Art. 288 do Código de Processo Penal - Inocorrência - Reconhecimento fotográfico - Deslocamento inútil do réu até outro estado, apenas para ser visualizado - Fotografias nítidas e perfeitamente identificáveis - Preliminar rejeitada. (Tribunal de Alçada de São Paulo - Apelação Criminal nº 235.505-3 - Nova Granada - 2ª Câmara Criminal de Férias 'Janeiro/98' - Relator: Prado de Toledo - 16.02.98 - VU.). O reconhecimento fotográfico à base da exibição da testemunha da foto do suspeito é meio extremamente precário de informação, ao qual a jurisprudência só confere valor ancilar de um conjunto de provas juridicamente idôneas no mesmo sentido; não basta para tanto a chamada de co-réu colhida em investigações policiais e retratada em juízo. (STF - HC nº 74.368 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/07/1997, DJU de 28/11/1997).

¹⁶ O que temos, em face da relação de dependência entre as normas e do vício de inconstitucionalidade da medida provisória, é o que o renomado Clémerson Merlin Cléve conceitua como sendo uma *inconstitucionalidade consequente*:

[...] a inconstitucionalidade consequente ou derivada decorre de um efeito reflexo de inconstitucionalidade antecedente ou imediata. Assim, será *inconstitucional* (inconstitucionalidade derivada ou consequente) a *norma dependente de outra declarada inconstitucional* (inconstitucionalidade imediata ou antecedente) e *pertencente ao mesmo diploma legislativo (relação de dependência)*. Padecerá, igualmente, de vício de constitucionalidade ou derivado o ato normativo que encontra o seu fundamento de validade em outro ou mantém relação de dependência com um terceiro já declarado inconstitucional. É o caso do regulamento em relação à lei; da lei em relação à Medida Provisória (no caso de conversão) e da lei delegada

Salienta-se que a Lei nº 11.706/2008 alterou o art. 30 da Lei nº 10.826/2003, estabelecendo o prazo para que os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido efetuassem o seu registro.

Acerca do tema, a ementa aprovada sobre o tema, no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça: “As Medidas Provisórias nº 174, 229 e 253 (que prorrogaram o prazo para registro de armas de fogo até 23 de outubro de 2005) são inconstitucionais, bem como o são as Leis nº 10.884, de 2004, nº 11.118, de 2005 e nº 11.191, de 2005, que converteram as citadas Medidas Provisórias em Lei”.

Verificar, ainda, a distinção entre a posse e o porte de arma de fogo, uma vez que, embora o legislador tenha concedido prazo para a regularização da *posse* de armas, tal não se aplica ao *porte*, pois esse não exige tão-somente o registro da arma, mas também o preenchimento de várias outras condições estabelecidas na legislação em vigor.

A respeito de tal distinção, imprescindível a transcrição de trecho do voto do eminente Des. Herculano Rodrigues na *Habeas Corpus* nº 408943-0:

Como cediço, o *porte* não se confunde com a *posse*. Ao contrário do que se dá com a conduta de possuir, que está diretamente ligada ao registro da arma, o *porte* está relacionado a outro tipo de autorização, que visa legitimar uma situação diferente daquela: *a de trazer consigo, circular com a arma, em qualquer local*.

Conforme observam Luiz Flávio Gomes e Willian Terra de Oliveira – em anotações relativas à lei anterior, mas que ainda permanecem válidas –, o verbo portar ‘não abrange apenas o contato físico com a arma, mas também significa que o agente tem o objeto ao seu alcance, em condições de fazer rápido uso do mesmo. A idéia de portar não significa exatamente trazer a arma nas mãos, mas sim em qualquer lugar de fácil apossamento, sem obstáculos (como na cintura, no bolso, no portaluvas do veículo, etc.) e fora dos casos de guarda autorizada (interior da residência ou local de trabalho)’. (*In Lei das Armas de Fogo*, 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 115).

Ora, diversamente da disciplina da matéria contida na anterior, Lei nº 9.437/97 – que, a propósito, por expressa determinação legal condita em seu art. 20, somente passou a incriminar as condutas previstas em seu art. 10 depois de expirado o prazo de seis meses referido em seu art. 5º, a Lei atual, nº 10.826/2003, que entrou em vigor na data de sua publicação, 22 de dezembro de 2003 (e que não contém regra de vigência semelhante àquela) –, proibiu, em seu art. 6º, o porte de arma de fogo

em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional), etc. (GANGONI, Bruno Corrêa. **A Plena Vigência do art.12 do Estatuto do Desarmamento face a inconstitucionalidade da Medida Provisória em Matéria Penal**. Boletim IBCCrim, ano 12, nº149, abril/05, p.15).

em todo o território nacional, excetuando apenas os casos previstos em legislação própria e aqueles arrolados nos incisos do citado dispositivo.

Portanto, independentemente do prazo dado para registro ou entrega da arma, o *porte* sem autorização – que não depende só do registro – está expressamente vedado desde a edição da Lei, configurando crime previsto nos arts. 14 ou 16 da Lei 10.826/03 – conforme se trate de arma de uso permitido ou proibido ou restrito.¹⁷

1.2.15 - ART. 21 DA LEI Nº 10.826/2003 (POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA)

Verificar o disposto em ementa aprovada sobre a questão no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça:

A vedação legal à liberdade provisória contida no art. 21 do Estatuto do Desarmamento encontra óbice nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e presunção de inocência, somente admitindo-se a manutenção do agente preso cautelarmente quando presentes os motivos ensejadores da custódia preventiva.¹⁸

¹⁷ ‘HABEAS CORPUS’ - ESTATUTO DO DESARMAMENTO - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA - INOCORRÊNCIA - PRISÃO EM FLAGRANTE REGULAR - PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA - CIRCUNSTÂNCIAS IRRELEVANTES - PERICULOSIDADE DO AGENTE - ORDEM DENEGADA. O fato de ter o legislador concedido um prazo para que aqueles que possuem armas de fogo não registradas providenciem o registro ou as entreguem à Polícia não confere a estes o direito provisório ao porte, prerrogativa exclusiva das pessoas mencionadas no art. 6º da Lei 10.826/2003. Ausentes quaisquer vícios na prisão em flagrante do paciente, e verificada a necessidade da manutenção da custódia pela garantia da ordem pública, face à periculosidade do agente, irrelevantes tornam-se os aspectos de primariedade, residência fixa ou trabalho honesto. (*Habeas Corpus* - C. Criminais Isoladas - Nº 1.0000.04.411142-5/000 - Comarca de Governador Valadares - Paciente(s): Hudson Martins Rastes - Coator(es): Jd 3 V Cr Comarca Governador Valadares - Relatora: Exmª. Srª. Desª. Márcia Milanez). ‘A excepcional *vacatio legis* contida nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), que autoriza a entrega das armas de fogo não registradas à Polícia Federal, no prazo de cento e oitenta (180) dias, fazendo com que nesse interregno as condutas delituosas descritas no referido diploma deixem de ser puníveis, não abrange o *porte ilegal de arma de fogo* sem registro ou sem autorização da autoridade competente exercido fora da residência do agente ou de seu posto de trabalho.’ (TJSC – Ap. nº 2003.030633-1, julgada em 24/03/04).

¹⁸ ‘HABEAS CORPUS’ - LEI Nº 10.826/03 - A DISPOSIÇÃO CONSTANTE DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO, VEDANDO A LIBERDADE PROVISÓRIA, TRADUZ-SE NUMA INACEITÁVEL RESTRIÇÃO A UM DIREITO FUNDAMENTAL, CONSAGRADO NO ART. 5º, INCISO LXVI, ALÉM DE ATENTAR CONTRA O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA SENDO, SOBRE ESSE ASPECTO, MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAL - LIBERDADE PROVISÓRIA

1.2.16 - PORTE E POSSE ILEGAL DE ARMA – LAUDO PERICIAL

Verificar, nas hipóteses de porte ilegal de arma, se há laudo pericial acerca da potencialidade do instrumento lesivo, requisitando-o no caso de omissão.

Entretanto, observar que a potencialidade lesiva do instrumento não se confunde com o municiamento da arma, uma vez que, conforme ementa aprovada no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça, *arma de fogo eficiente, ainda que desmuniçada, acessório ou munição, podem ser objeto material das condutas delitivas previstas na Lei nº 10.826/2003.*¹⁹

- POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA REGRA GERAL. PREVISTA NO ART. 310 DO CPP, QUE CONDICIONA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE, À PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. (TJMG - HABEAS CORPUS Nº 1.0000.06.434332-0/000 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - PACIENTE(S): SAMUEL VIEIRA DE MOURA FONTES – AUTORID. COATORA: JD 2 V CR COMARCA JUIZ FORA - RELATOR: EXMO. SR. DES. PAULO CÉZAR DIAS)

¹⁹ O crime de porte ilegal de arma de fogo, tipificado no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, consiste na conduta de 'possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar', é delito de perigo abstrato que se configura ainda que a arma de fogo se encontre desmuniçada, uma vez que o tipo penal não exige o municiamento da arma de fogo para tipificação do delito. 3. Ordem denegada. (TJDF – HBC 20050020039877 – 2ª T.Crim. – Rel. Des. Nilsoni de Freitas Custodio – DJU 14.09.2005 – p. 117)

HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA O INDEFERIMENTO DE PEDIDO LIMINAR. DESCABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DESMUNICADAS. IRRELEVÂNCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. RISCO À PAZ SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. Não cabimento de agravo regimental interposto contra decisão que denega ou concede pedido de liminar em *Habeas Corpus*. 2. Na linha de precedentes desta Corte, o porte ilegal de arma de fogo traz risco à paz social, de modo que, para caracterização da tipicidade das condutas elencadas nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/03, basta, tão somente, o porte de armas sem a devida autorização da autoridade competente ou de uso restrito. A circunstância destas se encontrarem desmuniçadas não exclui, por si só, a tipicidade do delito, eis que ela oferece potencial poder de lesão. 3. O MPF manifestou-se pelo indeferimento do writ. 4. Ordem denegada. (STJ, HC 109231/RS, 2008/0136436-6, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, T5 – Quinta Turma, j. 25.09.2008, unânime).

PENAL E PROCESSO PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DO FATO – ARMA DESMUNICADA – IRRELEVÂNCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO – RECURSO IMPROVIDO – UNÂNIME – Para que se caracterize a tipicidade da conduta elencada no art. 16 da Lei nº 10.826/03, basta, tão-somente, o porte de arma sem a devida autorização da autoridade competente. A circunstância desta se encontrar desmuniçada não exclui, por si, a tipicidade do

Na doutrina, salienta César Dario Mariano da Silva o seguinte:

Como a arma de fogo desmuniçada é apta a colocar a coletividade em perigo, é possível a ocorrência do delito, eis que basta o agente municiá-la para efetuar disparos. Ademais, o tipo penal não exige que a arma esteja municiada, além de a munição também ser, de forma autônoma, objeto material do crime. Não é razoável entender que a arma deva estar municiada para a configuração do delito, pois bastaria o sujeito deixar a munição escondida em algum lugar, pronta para ser empregada, e, com isso, fugir da punição, mesmo que seja surpreendido portando (p. ex.) a arma de fogo.²⁰

Por outro lado, também não há que se dizer que o raciocínio empregado para a não criminalização da arma desmuniçada seria o mesmo para aquela inapta a efetuar disparos, uma vez que, neste caso,

[...] a atipicidade do comportamento, provocada pela ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17 – crime impossível), não decorre da manifesta ausência de perigo real, mas da impossibilidade jurídica de se conceituar aquele instrumento como arma e, conseqüentemente, da inexistência de adequação típica por ausência de elementar.²¹

1.2.17 - DA REPRESENTAÇÃO PELA PRISÃO PREVENTIVA OU TEMPORÁRIA

Verificar, quando da análise de autos de inquérito policial relativo a indiciados soltos, a presença dos requisitos para decretação da custódia preventiva do autor do ilícito, representando por sua decretação, se for o caso.

Quando da apreciação de representação da autoridade policial pela decretação de prisão preventiva ou temporária de indiciados, ao único argumento de que este não atendera à intimação para comparecer à delegacia, verificar a possibilidade de, primeiramente, proceder-se à sua condução coercitiva – a ser determinada pela própria autoridade policial (art. 6º c/c art. 218 e 260, todos do Código de Processo Penal) – evitando-se a medida mais gravosa.

Nesse sentido, a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

[...] por vezes é necessária a presença do acusado para apuração dos fatos, podendo o juiz proceder a sua condução coercitiva, para qualquer ato processual, inclusive interrogatório, uma vez que em

delito, eis que ela oferece potencial poder de lesão. (TJDF – APR 20040910045030 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – DJU 14.09.2005 – p. 114)

²⁰ SILVA, César Dario Mariano da. *Estatuto do desarmamento de acordo com a Lei n. 10826/2003*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 96.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Arma de fogo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.

bora não esteja obrigado a responder às perguntas que vierem a ser formuladas, o comparecimento nessa hipótese é obrigatório. O mandado deverá conter os requisitos do art. 352. A condução coercitiva também é permitida, para qualquer outro ato que não possa ser realizado sem a presença do acusado [...].^{22 23}

Verificar, ainda, que a prisão temporária somente poderá ser decretada quando haja fundada suspeita de participação do representado em um dos delitos elencados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89, além da presença dos requisitos estatuídos nos incisos I ou II da mesma lei.

Zelar pela correta identificação do representado pela autoridade policial, abstendo-se de ratificar representação pela prisão de pessoa não corretamente individualizada, evitando equívocos quando do cumprimento do mandado de prisão.

1.2.18 - ARTS. 303 E 306 DA LEI Nº 9503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO) E TRANSAÇÃO PENAL

Zelar pela realização de exame de constatação de embriaguez como prova relevante para a comprovação da materialidade delitiva, bem como observar a ocorrência de perigo concreto na conduta do agente.²⁴

²² **Código de Processo Penal Interpretado:** referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 338.

²³ Acerca da possibilidade de condução coercitiva do indiciado diretamente pela autoridade policial, confira-se: HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. Incabível a prisão temporária de indiciado que possui residência fixa, ainda que em outra unidade da federação, forneceu os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e já foi submetido a reconhecimento pela vítima. *Se imprescindível sua presença aos atos da investigação, poderá, se não atender ao chamado da autoridade, ser determinada sua condução coercitiva, medida menos gravosa do que a prisão.* (Habeas Corpus nº 19980020027583/DF (111741), 2ª Turma Criminal do TJDF, Rel. Des. Getúlio Pinheiro. j. 03.12.1998, Publ. DJU 22.04.1999, p. 52 – grifo nosso).

[...] O investigado pode ser submetido a interrogatório pela autoridade policial mais de uma vez, quando se entender necessárias novas declarações para elucidação dos fatos, tendo o investigado dever de comparecer sob pena de condução coercitiva, embora tenha a garantia constitucional ao silêncio [...] (ementa parcial - TRF 3ª Região - Habeas Corpus nº 11764/SP (200103000270236), 2ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Souza Ribeiro. j. 21.05.2002, DJU 11.09.2002, p. 385 – grifo nosso).

²⁴ CRIME DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (CTN, ART. 306) - DENÚNCIA - PERIGO NECESSÁRIO - ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA - OCORRÊNCIA - HABEAS CORPUS CONCEDIDO. O fato de o agente conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, por si só não tipifica o crime previsto no art. 306, do CTN; há necessidade de que com tal ação esteja expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Sem a realização de uma condu-

Encontra-se superado o entendimento de ser imprescindível a realização do exame de constatação de embriaguez; a colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, recentemente, que, nos casos em que a perícia (leia-se: exame de dosagem) não é realizada porque na comarca *não há os equipamentos necessários à realização do exame* ou por *recusa do infrator* em submeter-se aos exames de alcoolemia, a comprovação do estado de embriaguez pode ser realizada por testemunhas ou pelo exame clínico, de acordo com preceitos doutrinários estabelecidos em medicina legal, ou seja, quando não for possível realizar o exame para indicar a concentração de álcool no sangue, há outros tipos de prova (testemunhal ou exame clínico) que podem atestar, indubitavelmente, o estado de embriaguez do motorista, o que admite a aplicação do art. 167 do CPP, para comprovação da *materialidade delitiva*. (HC 132.374/MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 06.10.09, unânime).²⁵

ta anormal, vale dizer, se dirigir sem afetar o nível de segurança na circulação de veículos, o motorista estará cometendo apenas a infração administrativa de que trata o art. 165, do mesmo CTN, desde que, neste caso, a substância se apresente em nível igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue. (Habeas Corpus nº 99.016474-8, 2ª Câmara Criminal do TJSC, Capital, Rel. Des. Nilton Macedo Machado. j. 05.10.1999 – grifo nosso).

TAMG: APELAÇÃO - CRIMES DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - DELITO DE PERIGO CONCRETO - NECESSIDADE DE PROVA DA AMEAÇA DE DANO À INCOLUMIDADE PÚBLICA - CONTRAÇÃO PENAL DE EMBRIAGUEZ - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL - ABSOLUÇÃO DECRETADA. I - O delito do art. 306 da Lei nº 9.503/97 é de perigo concreto, exigindo a prova efetiva do perigo de dano à incolumidade pública. II - O princípio da adequação social deve nortear o intérprete da norma penal na aferição do juízo de lesividade de uma conduta necessário para a caracterização da tipicidade material de um fato que, em conjunto com sua tipicidade formal, caracteriza a conduta como típica, primeiro elemento do conceito analítico do crime. III - Não há tipicidade formal ou material na conduta do réu de beber três doses de cachaça e uma cerveja e ficar importunando os seus amigos num bar que tem o costume de freqüentar, seja pela ausência de escândalo ou perigo para a sua segurança e de outras pessoas, como exige o tipo penal do art. 62 da Lei de Contravenções Penais, seja pela inexistência de lesão à polícia de costumes, bem jurídico tutelado pela indigitada norma penal. IV - Recurso provido para absolver o réu. Decisão: Dar provimento. (Apelação Criminal nº 0321887-3/2000, 2ª Câmara Criminal do TAMG, Nova Serrana, Rel. Juiz Alexandre Victor de Carvalho. j. 24.04.2001, unânime).

²⁵ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TIPICIDADE. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI 9.507/97. RECUSA AO EXAME DE ALCOOLEMIA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE PREENCHIDO ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO - CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL DO SANGUE. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME ESPECÍFICO PARA AFERIÇÃO DO TEOR DE ÁLCOOL NO SANGUE SE DE OUTRA FORMA SE PUDER COMPROVAR A EMBRIAGUEZ. ESTADO ETÍLICO EVIDENTE. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento de Ação Penal por meio de *Habeas Cor-*

Observar, ainda, a disposição do parágrafo primeiro do art. 201 do CTB, que prevê a possibilidade de transação penal para alguns crimes, excetuadas as hipóteses previstas nos incisos I a III do mesmo dispositivo legal. Se for o caso de transação penal, verificar a presença dos requisitos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, e oferecendo a respectiva proposta em audiência, se for o caso.

Em se tratando de delito de lesões culposas cometidas na condução de veículos automotores (art. 303 e seu parágrafo único, do CTB), pugnar pela designação de audiência de tentativa de composição civil (art. 74 da Lei nº 9.099/95) e, somente frustrada esta, verificar a possibilidade de oferecimento de transação penal ao autor do fato.²⁶

Lembrar que, pela disposição do art. 296 do CTB, sendo o réu reincidente em crimes do CTB, além das penas previstas no dispositivo penal infringido, deverá ser imposta a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

1.2.19 - DESTINAÇÃO DE OBJETOS APREENDIDOS APÓS ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Requerido e deferido o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação, zelar para que destinação de objetos porventura apreendidos nos

pus, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 2. A ausência de realização de exame de alcoolemia não induz à atipicidade do fato pelo não preenchimento de elemento objetivo do tipo (art. 306 da Lei 9.503/97), se de outra forma se puder comprovar a embriaguez do condutor de veículo automotor. Precedentes. 3. A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto. 4. Recurso desprovido, em consonância com o parecer ministerial. (RHC 26432 / MT, 2009/0131375-7, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, T5 – Quinta Turma, j. 19.11.2009, unânime – grifo nosso).

²⁶ Ver Ementas nº 3 e nº 4: Aprovadas por unanimidade no Segundo Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça:

Ementa nº 3: No caso do artigo 303, caput, da Lei 9.503/97, somente se lavrará Termo Circunstanciado de Ocorrência após representação da(s) suposta(s) vítima(s), quando a narrativa do BO não permitir, desde já, a identificação de quem seja o causador do acidente.

Ementa nº 4: Ocorrendo o delito do art. 303 do CTB, e sendo o autor inabilitado, caso não haja representação da vítima, subsiste o crime do art. 309 do CTB a ser processado junto ao JECRIM.

autos seja realizada nos moldes estabelecidos pelo Provimento Conjunto nº 01/2003 (TJMG/MPMG), publicado no *Minas Gerais* de 4 de agosto de 2003.

1.2.20 - HOMICÍDIO DOLOSO – REQUISITOS DO LAUDO

Verificar, nas hipóteses de homicídio doloso, se os laudos necroscópicos encontram-se acompanhados da ficha biométrica da vítima e de diagrama demonstrador da localização dos ferimentos e a sua direção, requisitando, caso inexistam as referidas informações, o aditamento do exame para tal fim.

1.2.21 - AFOGAMENTO – NECESSIDADE DA INDICAÇÃO NO LAUDO DOS SINAIS EXTERNOS E INTERNOS DA CAUSA MORTIS

Verificar, nas hipóteses de afogamento, se os laudos periciais indicam os sinais externos e internos dessa *causa mortis*, especialmente a espuma traqueobrônquica e o enfisema aquoso, requisitando o aditamento se, por fundamentação deficiente, não ficar excluída a suposição de morte anterior.

1.2.22 - CRIMES EM QUE HÁ NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAMES LABORATORIAIS

Verificar, nas hipóteses em que sejam necessários exames laboratoriais, como nos crimes contra a saúde pública e no homicídio praticado mediante envenenamento, se os laudos periciais encontram-se ilustrados por provas fotográficas ou assemelhadas, desenhos ou esquemas, requisitando o aditamento caso inexistam tais peças.

1.2.23 - FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA – NECESSIDADE DA PROVA PERICIAL DO ARROMBAMENTO

Verificar, nos crimes de furto qualificado por rompimento de obstáculo à subtração da coisa, se foi realizada a prova pericial do arrombamento, requisitando-a, caso seja ainda possível sua elaboração.

1.2.24 - CRIMES EM QUE SE DEVE APURAR VIOLÊNCIA CONTRA A COISA – REQUISITOS DO LAUDO PERICIAL

Verificar, nos crimes em que se deve apurar violência contra a coisa, como no furto qualificado pelo rompimento ou destruição de obstáculo à subtração da coisa e dano, se os laudos periciais contêm a indicação dos instrumentos utilizados para o cometimento dos delitos e da época presumida da prática do fato, requisitando a complementação, caso ausentes tais informações.

1.2.25 - CRIMES EM QUE SE DEVE APURAR O VALOR DA COISA – LAUDO PERICIAL

Verificar, nas hipóteses em que seja necessária a apuração do valor da coisa do crime, como no furto privilegiado e no estelionato com pequeno prejuízo, se ha mensuração da expressão econômica dessa, requisitando a complementação do laudo caso inexistia tal informação ou, quando do oferecimento da denúncia, requerer ao juiz a produção da prova em referência.

1.2.26 - CASOS DE INCÊNDIO – LAUDO PERICIAL

Nos casos de incêndio, verificar se os laudos periciais contêm a indicação da causa e do lugar em que começou, se houve perigo para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o valor deste, requisitando o aditamento do laudo caso falem tais informações.

1.2.27 - CONTRAÇÃO PENAL DO JOGO DO BICHO – LAUDO GRAFOTÉCNICO

Verificar, nas hipóteses da contração penal do *jogo do bicho* em que é indiciado o *apontador* ou intermediador, se há laudo grafotécnico, requisitando-o caso inexistia.²⁷

1.2.28 - PORTE ILEGAL DE ARMA – LAUDO PERICIAL

Verificar, nas hipóteses de porte ilegal de arma, se há laudo pericial acerca da potencialidade do instrumento lesivo, requisitando-o no caso de omissão.

1.2.29 - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA – NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO

Verificar, nos casos de ação penal pública condicionada, a existência da representação da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la, assim como a existência, se for o caso, de atestado ou declaração de pobreza, bem como o prazo decadencial.

1.2.30 - INQUÉRITOS POLICIAIS EM CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

Opinar, nas hipóteses de inquéritos policiais instaurados por crimes de ação penal privada, pela permanência dos autos em cartório até a iniciativa do interessado, sugerindo ao juiz que proceda à notificação deste.

1.2.31 - PROVA DA IDADE DO INDICIADO E DA VÍTIMA

Verificar, nas hipóteses em que a idade ou o estado civil do indiciado produzir efeito jurídico, se a

²⁷ Lembrar que a Súmula nº 51 do STJ acentua que “a punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do apostador ou do banqueiro” (DJU de 24/9/92).

respectiva certidão encontra-se juntada aos autos, providenciando tal medida caso não tenha sido tomada pela autoridade policial; da mesma forma, em relação à vítima.

1.2.32 - DEPÓSITO DE QUANTIAS ANEXADAS AOS AUTOS

Promover o imediato recolhimento a estabelecimento bancário oficial, a ordem do juízo, das quantias em dinheiro que venham anexadas ao procedimento investigatório.

1.2.33 - REQUERIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL E DE DADOS TELEFÔNICOS

Pleitear ao juiz, nas hipóteses em que for necessária, a expedição de mandado para que a autoridade policial possa fazer busca e apreensão mormente para que seja realizada perícia em veículo por haver suspeita de que teria sido furtado ou roubado.

Postular ao juiz, de forma fundamentada, o acesso aos dados bancários e fiscais, bem como aqueles de cunho telefônico, demonstrando a imprescindibilidade destes face ao conteúdo e objetivo da investigação policial.

Sugerir que não seja conferida publicidade à documentação e aos dados obtidos, com a adoção de medidas que impeçam o acesso às informações por parte de terceiros, ressalvadas as prerrogativas do Ministério Público, da autoridade policial e dos advogados dos indiciados.²⁸

1.2.34 - MANIFESTAÇÃO SOBRE PRISÃO EM FLAGRANTE

Examinar os seguintes aspectos quando da manifestação sobre cópias de flagrante delito:

- a) se era caso de prisão em flagrante; se não era, postular o relaxamento da prisão cautelar, ou então, se for o caso, a decretação da prisão preventiva;
- b) se foram observadas as formalidades legais;
- c) se estão presentes ou não os motivos que autorizariam a decretação da custódia provisória (art. 312, CPP), manifestando-se pela concessão da liberdade provisória quando inexistente o *periculum in mora* ou se o agente tiver praticado conduta que possa se amoldar numa das causas do art. 23, CP;
- d) lembrar que sendo legal a prisão em flagrante, a liberdade provisória com ou sem fiança é incabível nos crimes hediondos ou a esses assemelhados;
- e) se a fiança concedida está correta, pleiteando reforço caso necessário;
- f) apurado eventual abuso de poder na prisão em flagrante, requisitar a abertura de inquérito policial ou oferecer denúncia caso disponha de elementos informativos suficientes ao início da ação penal.

²⁸ Ver Lei nº 9.034, de 3/5/95.

1.2.35 - FISCALIZAÇÃO DO PRAZO DE CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL – PROVIDÊNCIA NO CASO DE PRESCRIÇÃO EM RAZÃO DO ATRASO DA APURAÇÃO

Fiscalizar o correto cumprimento, pela autoridade policial, dos prazos de conclusão dos inquéritos, de modo a evitar que os procedimentos permaneçam indefinidamente na delegacia de polícia.

Oficiar a Procuradoria-Geral de Justiça dando conhecimento sobre a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva pela lentidão na conclusão do inquérito policial acerca de determinada infração, a fim de que essa possa comunicar o fato à Secretaria de Segurança Pública.

Oficiar a Corregedoria-Geral do Ministério Público sobre anormalidade operacional ou outra situação que enseje pedido de providências junto aos órgãos superiores da Polícia Civil, mormente à Corregedoria de Polícia.

1.3 - FASE PROCESSUAL

Na fase processual, recomenda-se:

1.3.1 - EMPREGO DE TERMINOLOGIA ADEQUADA

Usar os termos *requerer* quando titular da ação penal e *opinar* quando se tratar de ação penal privada.

1.3.2 - FISCALIZAÇÃO DAS ARMAS, INSTRUMENTOS E PRODUTOS DO CRIME

Zelar para que as armas, instrumentos da infração e outros objetos apreendidos na fase pré-processual sejam encaminhados a juízo, onde deverão ser recebidos pela secretaria, mediante termo próprio nos autos.²⁹

Atentar para o cumprimento da Resolução Conjunta nº 001/003 da Egrégia Corregedoria-Geral de Justiça quanto à destinação a ser dada aos objetos apreendidos.

1.3.3 - ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO OU PEÇAS INFORMATIVAS EM RAZÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Requerer fundamentadamente a extinção da punibilidade do fato delituoso noticiado na fase pré-processual, inquisitorial ou não, pela ocorrência de causa prevista na legislação criminal, em especial no art. 107 do CP, cabível na oportunidade, postulando o arquivamento e baixa do expediente policial. Na hipótese de morte do agente, limitar-se a requerer o arquivamento, sem pedido expresso de extinção de punibilidade, evitando-se, assim,

discussão jurídica futura quando se constatar que a certidão de óbito é falsa.

1.3.4 - ARQUIVAMENTO - REQUISITOS DA MANIFESTAÇÃO

Elaborar todas as promoções de arquivamento de inquéritos policiais ou de outras peças informativas com relatório sucinto, necessária fundamentação e conclusão.³⁰

1.3.5 - ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO OU PEÇAS INFORMATIVAS POR MOTIVO DE POLÍTICA CRIMINAL, PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU POR PRESUNÇÃO DE OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO PELA PENA APLICADA

Abster-se de promover arquivamento de inquéritos policiais ou de outras peças informativas baseado em *motivo de política criminal*, no princípio da *insignificância* da infração ou na presunção de que, se condenado o réu, ocorrerá a prescrição da pretensão punitiva pela pena a ser concretizada na sentença.

1.3.6 - ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO INSTAURADO POR CRIME CULPOSO

Evitar, ao pleitear o arquivamento de inquérito instaurado por crime culposos, a afirmação da ocorrência de culpa exclusiva da vítima, limitando-se à análise da falta de culpa na conduta do indiciado.

1.3.7 - ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO OU PEÇAS INFORMATIVAS PELA EXISTÊNCIA DE CAUSA JUSTIFICANTE

Pleitear o arquivamento de inquérito policial ou outra peça informativa pela existência de causa justificante, tão somente quando houver prova inequívoca que o agente atuou amparado por causa legal de exclusão da ilicitude penal.

Lembrar que eventual falsidade no conteúdo das informações caracterizadoras da causa justificante ou notícia de prova nova quanto a sua inexistência poderá ensejar o desarquivamento do inquérito policial, caso não esteja extinta a punibilidade pela prescrição.

1.3.8 - ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO NA HIPÓTESE DE CONCURSO DE PESSOAS – OFERECIMENTO DE DENÚNCIA CONTRA UM OU MAIS PARTICIPANTES

Formular, na hipótese de concurso de pessoas, em folha separada da denúncia oferecida contra um ou mais participantes, o pedido de arquivamento

²⁹ Sobre o destino das armas apreendidas, ver Aviso nº 1/94 da CGMP, que reproduz a Instrução nº 216/93 da Corregedoria-Geral de Justiça, regulando a matéria.

³⁰ É dever do membro do Ministério Público “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal” (art. 43, III, da Lei nº 8.625, de 12/2/93, e art. 110, IV, da LC nº 34, de 12/9/94).

de inquérito policial ou outra peça informativa em relação ao concorrente excluído da relação processual, evitando a existência do denominado *arquivamento implícito*.

1.3.9 - DENÚNCIA NA HIPÓTESE DE CONCURSO DE PESSOAS – EXCLUSÃO DE ALGUM CONCORRENTE EM RAZÃO DE NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA

Mencionar, em folha separada da denúncia oferecida contra um ou mais participantes, a razão pela qual algum indiciado não está incluído na peça acusatória, pleiteando a realização da diligência necessária para posterior aditamento da denúncia e inclusão dele na relação jurídico-processual, ou então, o desmembramento e o prosseguimento das investigações em relação àquele.

1.3.10 - REQUISITOS DA DENÚNCIA ³¹

Formular a denúncia de forma direta e objetiva, endereçando-a ao juiz competente, qualificando o(s) acusado(s), narrando circunstanciadamente o(s) fato(s) noticiado(s), tipificando corretamente a(s) infração(ões), elencando o rol de testemunhas a serem ouvidas, requerendo a citação do(s) denunciado(s) e, por fim, pedindo a condenação. Nos requerimentos finais das vestibulares acusatórias por crimes da competência do Tribunal do Júri, deve ser formulado o pedido de pronúncia antes que o de condenação, pois é a pretensão processual na primeira fase do procedimento escalonado. A denúncia não deve conter a discussão jurídica do(s) fato(s) narrado(s) nem referência a elementos doutrinários ou jurisprudenciais a sustentá-la. Por outro lado, não deve a peça acusatória conter menção às alegações do(s) indiciado(s), vítima(s) ou testemunhas, pois se constitui em mera exteriorização do fato surgido dos elementos probatórios colhidos no procedimento investigatório ou contidos nas informações.

1.3.11 - REQUERIMENTOS QUANDO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

Elaborar separada e fundamentadamente os requerimentos quando do oferecimento da denúncia, tais como, diligências a serem realizadas ou a prisão preventiva, que devem constar da cota marginal de apresentação da peça acusatória ao juiz.

Observar, ainda, as disposições dos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, que preveem, respectivamente, a possibilidade de proposição de transação penal e suspensão condicional do processo, cumpridos os requisitos legais.

Havendo inovação, para pior, na classificação jurídico-penal da conduta atribuída ao réu, postular re-

vogação da liberdade provisória com o subsequente retorno do réu à prisão, bem como a devolução do valor da fiança, se for o caso.

1.3.12 - DENÚNCIA EM CASO DE CONCURSO DE PESSOAS

Especificar na denúncia, em se tratando de concurso de pessoas, conduta de cada concorrente, ressaltando a sua relevância causal e liame subjetivo ou normativo existente entre os denunciados.

Observar que, nos crimes de autoria coletiva ou multitudinários, tem-se admitido narrativa genérica da ação comum desenvolvida pelos réus.

1.3.13 - REQUERIMENTO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL³²

Requerer, de forma apartada da denúncia, na forma do item 10, incidente de insanidade mental do acusado, formulando previamente os quesitos.

Recomenda-se a utilização dos quesitos oficiais:

1º - O paciente submetido a exame era, ao tempo da ação ou da omissão, por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

2º - O paciente submetido a exame não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

3º - Qual essa doença mental ou de que natureza era essa perturbação da saúde mental?

4º - Que grau de desenvolvimento mental apresenta o paciente submetido a exame?

1.3.14 - DENÚNCIA POR CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO

Fazer expressa menção, na denúncia dos denominados crimes não-transeuntes (que deixam vestígios), ao exame de corpo de delito existente na peça inquisitorial, observado o disposto no item B.18, retro, perícia inviabilizada.

1.3.15 - DENÚNCIA POR CRIME CONTRA A VIDA OU A INTEGRIDADE CORPORAL

Referir-se, na denúncia concernente ao crime contra a vida ou a integridade corporal, ao instrumento utilizado (esclarecendo se foi, ou não, apreendido), ao meio e modo empregados para a ofensa (socos, pontapés etc.), não sendo suficiente a singela referência a morte ou lesão corporal.

³¹ Sobre suspensão do processo, ver seção 11, do capítulo 7, do presente título.

³² O anexo contém modelos de quesitos em caso de insanidade mental do acusado.

1.3.16 - DENÚNCIA POR CRIME CULPOSO

Descrever, na denúncia concernente a crime culposo, o fato configurador da culpa (ausência do dever geral de cuidado), não bastando a simples menção a conduta imprudente, negligente ou imperita do denunciado.

1.3.17 - DENÚNCIA POR CRIME DE LESÃO CORPORAL

Referir-se, na denúncia relativa ao crime de lesão corporal, a região e o tipo do ferimento, bem como a gravidade da lesão, não sendo suficiente a referência ao auto de exame de corpo de delito.

Descrever detalhadamente, na denúncia respeitante a lesões corporais recíprocas, a conduta de cada denunciado, evitando atribuir a iniciativa da agressão a um só deles e distinguindo a hipótese do delito de rixa.

1.3.18 - DENÚNCIA POR CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO

Indicar, na denúncia relativa aos crimes contra o patrimônio, qual(is) o(s) objeto(s) subtraído(s), apropriado(s) etc., não sendo de boa técnica a mera referência ao auto de apreensão, de arrecadação ou de avaliação constantes do inquérito policial ou outra peça informativa. Caso seja possível, é importante mencionar em poder de quem estão os objetos apreendidos e o valor dos mesmos.

Mencionar na acusação todas as possíveis qualificadoras ou causas de aumento de pena que, ainda que não aplicáveis ao crime já descrito, poderão ser úteis na hipótese de desclassificação para delito menos grave.

1.3.19 - DENÚNCIA POR CRIME DE AMEAÇA

Mencionar, na denúncia relativa aos crimes de ameaça ou nos quais a ameaça é meio executório, qual o fato configurador da *vis compulsiva*.

1.3.20 - DENÚNCIA POR CRIME DE DESACATO, CONTRA A HONRA E DENUNCIÇÃO CALUNIOSA

Mencionar, na denúncia por crime de desacato, calúnia, difamação, injúria e denúncia caluniosa, as expressões ou fatos configuradores da ofensa, não satisfazendo a simples referência ao *nomem iuris* do delito.

Observar que, na denúncia caluniosa, não é imprescindível o prévio arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação relativas ao crime que gerou a indevida instauração de inquérito ou ação penal.

1.3.21 - DENÚNCIA POR CRIME DE PREVARICAÇÃO

Mencionar, na denúncia por crime de prevaricação, o interesse ou o sentimento pessoal que moveu o agente a praticar o delito, citando, quando possível, o fato que o ensejou, sob pena de inépcia.

1.3.22 - DENÚNCIA POR CRIME DE RECEPÇÃO

Mencionar, na denúncia relativa ao crime de recepção dolosa, na forma básica, o fato concernente à origem ilícita do objeto receptado, bem como a forma pela qual o denunciado sabia dessa circunstância, caso seja possível.

Atentar para o elemento subjetivo do tipo na recepção qualificada, que, segundo entendimento atualmente dominante, inclui o dolo direto e o dolo eventual, ou seja, a expressão *deve saber*, incluída no § 1º do art. 180 do CP, caracterizadora do dolo eventual, inclui o *sabe*, expressão caracterizadora do dolo direto, por interpretação extensiva.

Mencionar, nas denúncias relativas ao crime de recepção dolosa, na forma qualificada, os fatos que autorizam a conclusão de que o acusado deveria saber ser a coisa receptada produto de crime. Dessa forma, por hipótese, é importante que a peça acusatória refira que “a condição do ofertante, pessoa desconhecida do acusado e por ele não identificada” ou “a contratação para a condução do veículo previa viagem à noite e em estradas de pouco movimento” ou “a condução ou transporte do veículo previa como destino o Paraguai” ou “o veículo foi entregue no local para ser desmontado sem que estivesse danificado para gerar um conserto” etc.

Mencionar, na denúncia relativa ao crime de recepção culposa, os fatos que autorizam a conclusão de que o acusado deveria presumir ter sido a coisa receptada obtida por meio de crime. Assim, por hipótese, é importante que a peça inicial refira que *a condição do ofertante, pessoa desconhecida do acusado e por ele não identificada* ou *um delinquente conhecido na cidade* ou *um menor de idade* etc.

Observar as novas modalidades de recepção relativas a veículo automotor.

1.3.23 - QUALIFICAÇÃO DO ACUSADO

Qualificar corretamente o denunciado, citando, sempre que possível, seus apelidos, nacionalidade, naturalidade, estado civil, ocupação profissional, idade, filiação, situação econômica, domicílio, residência, local de trabalho e, se for o caso, outro lugar onde poderá ser facilmente encontrado para tornar ciência pessoal dos atos do processo. Se o acusado estiver preso, indicar o estabelecimento

onde se encontra recolhido. Não é aconselhável a mera indicação das folhas do inquérito policial ou de qualquer outra peça informativa em que se encontre a qualificação.

1.3.24 - QUALIFICAÇÃO DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS

Qualificar corretamente a vítima e as testemunhas, para facilitar sua identificação, devendo constar o local onde poderão ser encontradas. Cuidando-se de servidores públicos, civis ou militares, é importante indicar a repartição ou a unidade em que presta serviço. O nome do ofendido deve constar da exposição do fato feita na denúncia.

1.3.25 - IDADE DO ACUSADO - NECESSIDADE DE MENÇÃO NA DENÚNCIA

Caso estejam sendo denunciadas pessoas com menos de 21 anos ou mais de 70 anos de idade,³³ mencionar esta circunstância, expressamente, na denúncia, fazendo referência à certidão comprobatória existente no procedimento informativo. Inexistente a certidão, requisitá-la, em diligência.

1.3.26 - ACUSADO MENOR DE 18 ANOS – AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO

O autor do fato delituoso aparentemente maior de idade pode, eventualmente, não estar portando documento e alegar ser menor de 18 anos. Nesta hipótese, se não for possível a obtenção de certidão de nascimento, pedir diligência de juntada da certidão de batismo (batistério) e a sujeição do auto ao exame médico-legal apropriado para verificação da faixa etária.

1.3.27 - MENÇÃO NA DENÚNCIA DA EXPRESSÃO OU LOCUÇÃO CARACTERIZADORA DO VERBO NUCLEAR DO TIPO

Utilizar na denúncia, em todos os casos, quando da descrição do fato punível, a expressão ou locução caracterizadora do verbo nuclear do tipo.

1.3.28 - EXPLICITAÇÃO NA DENÚNCIA SOBRE A DATA E O LUGAR DO FATO

Mencionar na denúncia, sempre que possível, a data e o lugar em que o fato infracional foi praticado, com o detalhamento de todas as circunstâncias relevantes para a fixação da competência do juízo, prescrição e decadência.

1.3.29 - MENÇÃO NA DENÚNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS RELEVANTES NA QUALIFICAÇÃO DO FATO

Mencionar na denúncia, quando da descrição do fato punível, todas as circunstâncias importantes

para a qualificação do crime ou aumento de pena, integrando-as à capitulação.

1.3.30 - REFERÊNCIA NA DENÚNCIA SOBRE O ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE

Informar, em se tratando de ação penal pública condicionada, no corpo da denúncia, o atendimento das condições de procedibilidade, tais como representação ou requisição, no preâmbulo, e o estado de pobreza, fazendo referência à prova respectiva na parte expositiva, sendo importante atentar para a data do fato, para efeito de decadência.

1.3.31 - DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA DO FATO IMPEDITIVO DA CONSUMAÇÃO NA HIPÓTESE DE CRIME TENTADO

Descrever, cuidando-se de crime tentado, o fato impeditivo da consumação, alheio à vontade do denunciado. Assim, por hipótese, é preciso esclarecer que “o homicídio não se consumou porque o denunciado, quando já havia desferido dois tiros de revolver em direção a vítima, sem acertá-la, foi contido por Fulano de Tal que passava pelo local”, sendo incorreta a singela menção à fórmula legal prevista no art. 14, II, do Código Penal.

1.3.32 - DENÚNCIA EM CASO DE CONCURSO DE CRIMES

Descrever especificadamente, tratando-se de denúncia concernente a concurso de crimes, as diversas ações praticadas pelo denunciado, de forma a permitir sua correta classificação como concurso material ou crime continuado. É aconselhável que somente haja o reconhecimento da continuidade delitiva quando inequívoca e por ocasião das alegações finais.

1.3.33 - CRIME COM PARTICIPAÇÃO DE MENOR DE 18 ANOS DE IDADE

Fazer constar da capitulação de denúncia cuja narrativa indica a participação de menor de 18 anos de idade, ainda não corrompido, o delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, em concurso formal ou material com o crime principal praticado pelo denunciado e pelo inimputável, mencionando, expressamente, na parte expositiva, a idade do menor e o fato de ele ainda não se haver iniciado na vereda delituosa.

1.3.34 - ROL DE TESTEMUNHAS

Arrolar, quando possível, o número máximo de testemunhas previsto na legislação para a demonstração do fato narrado na denúncia, devendo ser salientado que o número máximo corresponde a cada infração e não propriamente à peça acusatória.

³³ Interesse prescricional, entre outros.

1.3.35 - ANÁLISE DA FOLHA DE ANTECEDENTES OU INFORMAÇÕES DOS DISTRIBUIDORES

Verificar, quando da juntada aos autos da folha de antecedentes ou das informações dos distribuidores criminais, se há notícia de outros processos, requerendo certidões de inteiro teor a respeito, inclusive com indicação da data do trânsito em julgado das sentenças condenatórias.

1.3.36 - DILIGÊNCIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DO RÉU

Velar para que o réu seja citado pessoalmente, por meio de Oficial de Justiça, antes de requerer a citação por edital, pleiteando de órgãos como o TRE, SPC, SEDES, entre outros, informações sobre a residência ou local de trabalho do acusado.³⁴

1.3.37 - PROVIDÊNCIAS APÓS A CITAÇÃO POR EDITAL

Observar o disposto na Lei nº 9.271/96,³⁵ zelando para que se opere a suspensão do processo e do prazo prescricional em caso de citação editalícia, não tendo comparecido o réu, nem constituído defensor. É importante manter, mediante livro próprio, no gabinete da Promotoria de Justiça, controle referente ao número dos processos, ao nome dos réus, à natureza do delito e à situação processual, concernente aos feitos em que aplicável à lei citada, devendo constar a data da decisão que suspendeu o processo.

Lembrar que a efetivação da citação pessoal e o não comparecimento posterior do réu acarretarão a revéla e o normal prosseguimento da causa.

Pugnar pela realização das provas urgentes, em especial a de natureza testemunhal, cuidando para que a audiência seja acompanhada por defensor dativo.

1.3.38 - CABIMENTO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Atentar para as hipóteses de cabimento do benefício da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, quanto aos

³⁴ O MPE firmou importante convênio com a Receita Federal, por meio do qual o CAOCrim tem acesso à base de dados de endereço dos contribuintes, atendendo aos colegas na medida em que solicitado.

³⁵ Verificar que o STJ já decidiu: “Em se tratando de acusado revel, inviável a suspensão do processo sem a suspensão do curso do prazo de prescrição (art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 9.271/96) e vice-versa. A Lei nº 9.271/96, versando também sobre direito material (causa impeditiva da prescrição) não se aplica às infrações cometidas anteriormente a sua vigência. Concessão de *habeas corpus* de ofício para que suas disposições nestas circunstâncias não se apliquem, em virtude de a suspensão do processo em sua inteireza, abrangendo a suspensão do curso da prescrição, não ter sido atacada no *writ*, com inovação do pedido no recurso” (RHC nº 6.372-SP/6a. Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 9/6/97, DJU de 30/6/97, p. 31.083).

requisitos objetivos e subjetivos, recomendando-se que, quando do oferecimento, sejam explicitadas as condições do benefício, bem como a duração do período de prova.

1.3.39 - INTERROGATÓRIO – NECESSIDADE DA PRESENÇA DO DEFENSOR

Zelar para que o réu seja interrogado na presença de defensor, constituído ou nomeado. Sua ausência tem sido causa recorrente de nulidade processual reconhecida por tribunais superiores. Em caso de haver mais de um réu, velar para que sejam defendidos por diferentes patronos, quando suas teses de defesa forem colidentes ou se mostrarem como tal no curso da instrução.

Examinar as inovações trazidas pela Lei nº 10.792/2003, em especial quanto ao direito ao silêncio, não podendo a negativa do réu em responder as perguntas que lhe forem formuladas ser interpretada em seu desfavor e quanto à possibilidade de perguntas pelas partes dirigidas à autoridade judiciária,³⁶ no sistema de reperguntas, respeitando-se a ordem: MP, assistente (se houver) e defesa.

Também devem ser permitidas reperguntas do defensor do *corrêu* na hipótese de réu delator ou na conhecida *chamada de corrêu*, visto que a delação feita por *codenunciado* constitui verdadeira prova testemunhal.

1.3.40 - POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO E OUTROS ATOS PROCESSUAIS POR SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA (ART. 185, CPP)

Atentar para as alterações advindas da Lei nº 11.900/2009, a qual prevê que, excepcionalmente, o juiz, mediante decisão fundamentada, poderá realizar o interrogatório por videoconferência do réu preso ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

A regra, conforme estabelece o art. 185, § 1º, do Código de Processo Penal, continua sendo a realização do interrogatório do réu preso, em sala própria, no estabelecimento em que se encontrar recolhido, na presença física do juiz, devendo este determinar, mediante decisão fundamentada, a sua realização por videoconferência somente nas hipóteses do art. 185, § 2º, do diploma processual penal.

Devido ao fato de que, em virtude das Leis nº 11.689/2008 e nº 11.719/2008, o interrogatório passou a ser o último ato da audiência única de ins-

³⁶ Observar que depois da edição da Lei nº 11.690/08, que alterou os arts. 212, 473 e § 1º do 474, todos do CPP, há entendimento no sentido de que teria sido extinto o sistema de reperguntas – também no caso de indagações feitas ao interrogado.

trução e do julgamento, a Lei nº 11.900/2009 autorizou que o interrogado acompanhe, pelo mesmo sistema eletrônico, o transcorrer dessa audiência.

Não sendo viável a realização do interrogatório no estabelecimento carcerário na presença física do juiz ou pelo sistema de videoconferência, requisitar, nos termos do art. 185, § 7º, do Código de Processo Penal, a apresentação do réu preso em juízo, tal como também dispõe o art. 399, § 1º, do referido diploma.

Impende salientar que a Lei nº 11.900/2009 não se limitou a autorizar o emprego desse recurso tecnológico apenas no interrogatório, mas em todos os atos que dependam de pessoa que esteja presa, conforme prevê o § 8º do art. 185 do Código de Processo Penal.

Não há que se falar em afronta aos princípios da ampla defesa e da publicidade, uma vez que o acusado, no interrogatório por videoconferência, tem contato direto e irrestrito com o magistrado e com seu advogado, sendo a publicidade garantida por meio da tecnologia.

A obrigatoriedade da presença do defensor bem como sua prévia e reservada entrevista com o réu elidem o argumento das possíveis pressões externas que possam macular a autodefesa e o valor probatório do ato. Sobre o assunto, vide ementas nº 01 e 02 do III do Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça.³⁷

1.3.41 - OBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL

Velar para que seja observado o rito procedimental, atentando que o art. 400 do CPP (com redação determinada pela Lei nº 11.719/2008) dispõe que a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, não se considerando o fato de o réu estar preso ou solto.

Sobre o não atendimento do supramencionado prazo, assim assegura a doutrina:

[...] É evidente que o desatendimento ao prazo, sem haver algum motivo relevante que justifique a demora, com verdadeira falta de razoabilidade, leva ao reconhecimento de que a prisão cautelar

³⁷ Ementa nº 01: A videoconferência para oitiva de testemunhas, previsão do art. 217 do CPP, não viola o princípio do devido processo legal e seus consectários, desde que assegurada na sala de presidência do ato a presença de advogado a acompanhar o réu, bem assim, na sala na qual a testemunha será ouvida, a presença de serventuário da Justiça, de forma a zelar pela oficialidade e regularidade do ato.

Ementa nº 02: Em se tratando de videoconferência, eventual nulidade somente pode ser reconhecida com a demonstração de efetivo prejuízo conforme preconiza o artigo 563 do CPP.

*eventualmente existente passa a ser ilegal, o que deve imprimir no seu relaxamento.*³⁸

1.3.42 - FASE DE REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS (ART. 402, CPP)

Apreciar, na fase do art. 402, CPP, a regularidade processual requerendo, quando necessário, diligências visando a sanar eventuais nulidades, a complementação da prova colhida na fase instrutória, bem como esclarecimentos sobre os antecedentes do réu e a constatação da reincidência.

1.3.43 - ANÁLISE DAS PRELIMINARES

Arguir ou examinar, nas alegações, nos pareceres ou razões recursais, antes da apreciação do mérito, as matérias preliminares. Lembrar que há preliminares prejudiciais de outras como, por exemplo, a inépcia da denúncia ou a ilegitimidade ativa em relação à prescrição.

1.3.44 - ALEGAÇÕES FINAIS — REFERÊNCIA A POSSÍVEL INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Nos casos em que houver dúvida sobre a ocorrência da prescrição, visando à maior clareza e à facilidade de análise, é prudente registrar, nas alegações finais, razões e contra-razões recursais, os marcos interruptivos da prescrição.

1.3.45 - ALEGAÇÕES FINAIS, PARECERES, RAZÕES E CONTRA-RAZÕES RECURSAIS

Fazer constar expressamente, nos relatórios de alegações finais, pareceres, razões e contra-razões recursais, o fato material enquadrado como típico e as teses jurídicas levantadas no curso do processo.

Apontar e provar, nas alegações finais, por meio de certidão cartorária, a reincidência.

Postular, nas alegações finais, em caso de crime que prevê condenação a pena restritiva de liberdade, a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF).³⁹

1.3.46 - FUGA DO RÉU E DESERÇÃO DA APELAÇÃO

A maioria absoluta da jurisprudência já vinha considerando que o art. 595 do CPP não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a fuga, por si só, não implica a obrigatoriedade da prisão.

1.3.47 - DISPENSA DO RÉU EM AUDIÊNCIA

Discordar de pedidos de dispensa da presença de réus em audiências, mormente quando houver ne-

³⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 3.ed.rev.Salvador: JusPodivm, 2009. p. 630.

³⁹ Nesse sentido, ver Recomendação nº 1/96 da CGMP.

cessidade do reconhecimento pessoal para a comprovação da autoria.

1.3.48 - DISPENSA DE TESTEMUNHAS

Analisar a possibilidade de desistir, já ao final da audiência, da oitiva de testemunhas faltosas, ou substituí-las por outras, ensejando a imediata intimação do réu e seu defensor da nova data, ressaltando o risco da ocorrência de prescrição com a realização de nova audiência. Solicitar, quando necessário e possível, a condução coercitiva das testemunhas e vítimas.

1.3.49 - CARTAS PRECATÓRIAS

Velar, mediante requerimento, para que as cartas precatórias contenham prazo para seu cumprimento e que sejam instruídas com cópias da denúncia e das declarações prestadas na fase inquisitória, bem como com fotografia do acusado, caso seja necessário o reconhecimento. Cuidar para que a Secretaria Judicial providencie a intimação do advogado do réu, quando expedida a carta precatória.⁴⁰

Atentar para a introdução no ordenamento processual penal de um importante instrumento de colheita da prova oral: a regra do art. 222, § 3º, do CPP. Esse dispositivo dispõe que, na hipótese de a testemunha morar fora da jurisdição do juiz, poderá sua oitiva ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens, em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. Caberá aos regimentos internos dos tribunais e à jurisprudência definir a forma de realização do ato.

1.3.50 - DESMEMBRAMENTO DA AÇÃO PENAL

Pleitear o desmembramento da ação penal, quando houver vários réus e existir perigo de excesso de prazo, ensejador da liberação de eventual acusado preso ou mesmo da ocorrência da prescrição (art. 80, CPP).

1.3.51 - ALEGAÇÕES ORAIS – REQUISITOS

Produzir alegações orais com os mesmos elementos das escritas, ou seja, contendo relatório, onde se resumirá o processo, ainda que sucintamente; fundamentação, em que deverá haver exame do fato material e do direito aplicável; conclusão, na qual se deverá opinar sobre a condenação ou a absolvição do acusado. Em caso de ser cabível a condenação, delinear os contornos das circunstâncias judiciais do art. 59, CP, de modo a demonstrar ao magistrado o patamar da pena-base e o regime pri-

sional que deve ser inicialmente aplicado ao réu. Cuidar para que seja realizado o fiel registro das alegações orais quando da lavratura do termo judicial pelo serventuário responsável.⁴¹

Na hipótese de absolvição imprópria, velar pela correta indicação da medida de segurança.

1.3.52 - INTIMAÇÃO DA SENTENÇA

Dar ciência das sentenças prolatadas⁴² fiscalizando se os réus e seus defensores foram corretamente intimados, pleiteando, se for o caso, a expedição de editais para tal.

1.3.53 - EMENDATIO LIBELI

Desclassificação para crime com pena mínima igual ou inferior a um ano (possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo – art. 89 da Lei nº 9.099/95).

Conforme preceitua o art. 383, §1º, do CPP, “o juiz procederá de acordo com o disposto em lei”. Portanto, o entendimento majoritário é de que deverá o magistrado criminal, ao receber os autos conclusos para a sentença, proferir, fundamentadamente, decisão desclassificatória, restringindo-se, contudo, ao aspecto da correta tipificação da conduta, isto é, sem nenhum juízo acerca da condenação ou absolvição. Após, facultará vista ao Ministério Público quanto à possibilidade de propor ao acusado o *sursis* processual de que trata o art. 89 da Lei nº 9.099/95. Tal postura do juiz encontra subsídio na Súmula 337 do STJ, bem como vem sendo adotada em reiterados julgamentos naquela corte.

Se o *Parquet* entender não ser o caso de efetuar a proposta de suspensão condicional do processo, os autos deverão retornar ao juiz, que poderá: a) discordar do Ministério Público e encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça por analogia ao art. 28 do CPP (nesse caso, se o PGJ concordar com a posição do promotor, restituirá os autos ao juiz, que deverá, então, julgar o processo criminal, condenando ou absolvendo o réu pelo crime para o qual houve a desclassificação); b) concordar com o Ministério Público, prosseguindo a sentença, condenando ou absolvendo o réu pelo crime para o qual houve a desclassificação.

Entretanto, caso o Ministério Público entenda pela realização da proposta de suspensão condicional do processo, duas hipóteses poderão ocorrer: a) o réu aceita a proposta (o processo ficará suspenso, aguardando-se o cumprimento pelo réu das condições estipuladas pelo art. 89, §1º, da Lei nº 9.099/95); b) o réu não aceita a proposta (os autos

⁴⁰ Sobre o tema, ver a Súmula nº 155 do STF: “É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha”.

⁴¹ Ver alteração determinada pela Lei nº 11.719/2008.

⁴² Ver ainda art. 41, IV, da Lei nº 8.625/93.

retornam ao magistrado para prosseguir com a sentença, condenando ou absolvendo o acusado pelo crime para o qual houve a desclassificação).⁴³

1.3.54 - DESISTÊNCIA DE PRAZO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE

Não desistir ou renunciar, em hipótese alguma, do prazo recursal para possibilitar a antecipação do trânsito em julgado da sentença.

1.3.55 - FASE RECURSAL

Recorrer sempre que houver qualquer aspecto da sentença em desacordo com o entendimento expandido nas alegações finais, fiscalizando se a sentença preenche os requisitos formais exigidos por lei; se a pena foi imposta na medida certa; se o regime prisional foi determinado consoante a legislação; se foi observado o disposto no art. 59, CP, especialmente quanto ao exame das circunstâncias judiciais e a prevalência, quando couber, das penas substitutivas (restritivas de direito) em relação à suspensão condicional da pena.⁴⁴

⁴³ EMENTA: NOVA LEI DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO, PELO JUÍZO, DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. AUSÊNCIA DE ENVIO DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. VÍCIO INSANÁVEL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

O juízo de primeiro grau entendeu que a conduta praticada pelo acusado se amolda ao tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/06, de menor potencial ofensivo. No entanto, prolatou, desde já, sentença, deixando de remeter os autos ao Juizado Especial Criminal, ou mesmo ao Ministério Público para elaboração de proposta das medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95 ao acusado. Fundamentou sua decisão no argumento de que já se havia encerrado o processo de conhecimento. De fato, a desclassificação operada não desloca a competência para o Juizado Especial, prorrogando-se, ao revés, a competência do Juízo Criminal comum. Contudo, tal prorrogação, não impede que seja o acusado por crime de menor potencial ofensivo beneficiado com as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, providência que ora se reconhece como direito do apelante. Ademais, o titular da proposta é o Ministério Público, independentemente da fase de processamento em que se encontra o feito, não cabendo ao magistrado exercer juízo de conveniência e oportunidade quanto à remessa dos autos. Precedentes jurisprudenciais. Vício insanável que impõe a cassação da sentença para a devolução dos autos à primeira instância afim de que seja oportunizada, ao órgão do Ministério Público de primeiro grau, a elaboração de proposta de transação penal, caso entenda presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva veiculados pela legislação. Recurso a que se dá parcial provimento, prevalecendo a competência que se entende prorrogada. (TJRJ. Apelação Criminal n. 0006960-54.2007.8.19.0023, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, Relatora Desembargadora NILZA BITAR, j. 23-02-10).

⁴⁴ Sobre a petição de interposição de apelação, ver Aviso nº 1/88 da COMP, recomendando que os Promotores de Justiça, dentro do prazo legal, detalhem e especifiquem a parte ou as partes dos decisórios que pretendam atacar.

1.3.56 - EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Requerer seja a sentença declarada quando ficar patenteada obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão que possam comprometer a exatidão do julgado. Se o pedido de declaração implicar em possível modificação da sentença, pugnar seja ouvido o réu, resguardando-se o princípio do contraditório.

1.3.57 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E CARTA TESTEMUNHÁVEL

Interpor o recurso em sentido estrito e a carta testemunhável em peça complexa, ou seja, contendo, na primeira parte, o encaminhamento do recurso, com a indicação da decisão recorrida e do permissivo legal, bem como o pedido de processamento do recurso e, na segunda parte, as razões do inconformismo.

1.3.58 - APELAÇÃO

Interpor a apelação da forma como especificada nos arts. 593 e 600, CPP, ou seja, por termos nos autos ou por petição, que deverá ser dirigida ao Juiz de Direito, com a indicação da vara criminal, e menção ao nome do réu, à suma da decisão recorrida, ao permissivo legal embasador do apelo, com o pedido de processamento do recurso. Após, em peça apartada, deverão ser apresentadas as razões recursais, direcionadas ao tribunal *ad quem* e contendo os fundamentos fáticos e jurídicos da irresignação.

Notar que, no âmbito do Juizado Especial, as razões acompanham a petição de interposição, sob pena de não conhecimento (art. 82 da Lei nº 9.099/95).

1.3.59 - CONDENAÇÃO DE ESTRANGEIRO POR CRIME DOLOSO OU CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL, A ORDEM POLÍTICA SOCIAL, A ECONOMIA POPULAR, A MORALIDADE OU A SAÚDE PÚBLICA

Em caso de condenação de estrangeiro por crime doloso ou contra a segurança nacional, a ordem política e social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública, providenciar a remessa, em prazo exíguo, por via da Procuradoria-Geral de Justiça, ao Ministério da Justiça, de ofício acerca do trânsito em julgado do *decisum*, bem como da folha de antecedentes penais constantes dos autos.

1.3.60 - CONDENAÇÃO DE MILITAR À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A DOIS ANOS

Em caso de condenação de militar pela Justiça comum a pena privativa de liberdade superior a dois anos, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, providenciar a remessa de cópia da decisão condenatória, acompanhada da respectiva certidão

do trânsito em julgado, ao Tribunal de Justiça Militar, para que se dê início ao procedimento administrativo de exclusão (art. 125, § 4º, CF, arts. 39, § 7º e § 8º e 111, CE).⁴⁵

1.3.61 - AÇÃO CIVIL PARA REPARAÇÃO DO DANO

Propor a ação civil para reparação do dano, em se tratando de vítima pobre, quando houver o devido requerimento, nos termos do art. 68, CPP⁴⁶, e o juiz de direito não o houver fixado em sentença criminal condenatória.

1.3.62 - MANIFESTAÇÃO EM *HABEAS CORPUS* EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

Manifestar-se em *habeas corpus* impetrados em primeiro grau jurisdicional, malgrado a omissão do Código de Processo Penal, pois o referido remédio constitucional visa a garantir a liberdade de ir e vir do cidadão, e o MP tem a tarefa de exercer a fiscalização do correto cumprimento da lei, em analogia com a intervenção definida no Decreto-Lei nº 552, de 25/4/69.

2 - ATUAÇÃO NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI⁴⁷

Na atuação perante o Tribunal do Júri, recomenda-se ao Promotor de Justiça:

2.1 - ALEGAÇÕES FINAIS

Elaborar as alegações finais nos processos do júri de forma concisa, sem adentrar em demasia na questão de mérito ou no detalhamento da prova, limitando-se a confirmar a presença dos pressupostos da autoria, da materialidade e da realidade fática das qualificadoras.

2.2 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA QUE NÃO CONTEMPLA A TOTALIDADE DA PRETENSÃO DEDUZIDA NA DENÚNCIA

Se a pronúncia não contemplar a totalidade da pretensão deduzida na denúncia, deve o Promotor de Justiça articular recurso em sentido estrito, sobre-

⁴⁵ Nesse sentido, conferir Aviso nº 9/90 da CGMP.

⁴⁶ Ver, ainda, Aviso nº 11/86 da CGMP no sentido de que os membros do Ministério Público “orientem as vítimas de infrações penais ou a seus familiares, sobre a possibilidade e alcance da Ação Civil, decorrente dos danos causados pelo crime”.

⁴⁷ NOTA DO CONSELHO EDITORIAL: No caso de processos que se encontram suspensos em virtude de não localização do pronunciado, os promotores devem diligenciar perante a secretaria do Fórum para a identificação destes feitos, para providências, uma vez que agora é possível a intimação editalícia. Além disso, é conveniente mencionar que o pedido de desaforamento agora funciona com maior ênfase como mecanismo de controle da morosidade processual.

tudo quando o juiz decotar qualificadora contida no substrato fático⁴⁸. Observar que a nova redação dada ao art. 416 do CPP, após a edição da Lei nº 11.689/08, é no sentido de admitir APELAÇÃO contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária.

2.3 - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – NÃO EXISTÊNCIA DE RECURSO DE OFÍCIO – SENTENÇA QUE DECIDE SOBRE CRIMES CONEXOS – NECESSIDADE DE RECURSO VOLUNTÁRIO

Na hipótese de absolvição sumária, é recomendável a interposição do recurso caso haja divergência com a manifestação do Ministério Público em alegações finais. Lembrar que a Lei nº 11.689/08 extinguiu o chamado recurso de ofício na hipótese de absolvição sumária.

Não obstante, se a sentença decidir sobre crimes conexos, sugere-se ao Promotor de Justiça interpor recurso, ainda que seja pela impossibilidade de julgamento do crime conexo pelo juiz sumariante.

2.4 - DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PARA OUTRO CRIME DE COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR

Quando o juiz desclassifica a imputação para outro crime de competência do juiz singular, zelar pelo cumprimento da regra do art. 419, do CPP, lembrando-se que da decisão proferida nessa fase cabe recurso em sentido estrito, a teor do que dispõe o art. 581, II, CPP.

2.5 - INTIMAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA

Observar se o réu preso foi intimado pessoalmente da sentença de pronúncia, seja o crime inafiançável ou não, mesmo porque no caso de réu solto não encontrado a intimação poderá ser feita por edital (parágrafo único do art. 420, CPP).

2.6 - PROVIDÊNCIAS APÓS A SENTENÇA DE PRONÚNCIA

Lembrando que não mais existe o *libelo*, quando o promotor de justiça receber os autos na fase do art. 422 do CPP, deverá arrolar somente as testemunhas que forem necessárias ao esclarecimento da causa em plenário – até o máximo de 5, fazendo-o, sempre, com a cláusula de imprescindibilidade. Deverá ainda juntar eventuais documentos e requerer diligências cabíveis para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa.

⁴⁸ Convém lembrar que a jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido de não permitir a exclusão de qualificadora em sede de juízo de admissibilidade (Resp. nº 75.102 – DF, 6ª Turma, Rel. Mm. Adhemar Maciel, DJU de 11/3/96, p. 6.686 e RT 730/475).

2.7 - FISCALIZAÇÃO DA LISTA ANUAL DE JURADOS

Deve o Promotor de Justiça fiscalizar detidamente a elaboração da lista anual de jurados, peticionando para exclusão dela dos menores de 18 anos, das pessoas portadoras de antecedentes criminais e de todos aqueles que possam incidir em causa permanente de suspeição ou impedimento.

2.8 - SESSÃO DE JULGAMENTO – INDUMENTÁRIA – FISCALIZAÇÃO DO SORTEIO

Comparecer a sessão do júri trajando suas vestes talares, cuidando, inicialmente, de fiscalizar o sorteio dos jurados que comporão o Conselho, que necessariamente não haverá de ser feito por menor de idade, como costumeiramente se procede, sobretudo nas comarcas do interior.

2.9 - RECUSA DE JURADO

Não se deve recusar o jurado aleatoriamente. A recusa só deve ocorrer se existentes notícias fundadas no sentido de afirmarem que o jurado possui postura pública, decorrente de convicção íntima, que implica em sistemática tendência de proferir veredictos parciais.

2.10 - CAUSA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO DE JURADO

Ficar atento durante o sorteio para a possibilidade de causa de impedimento ou suspeição do jurado, oferecendo a exceção oral quando cabível.

2.11 - NÃO COMPARECIMENTO DO RÉU À SESSÃO DE JULGAMENTO

Prevê o art. 457 do CPP que o julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado. Mesmo preso, o julgamento poderá acontecer sem a presença do réu que, juntamente com seu defensor houver firmado pedido de dispensa de comparecimento.

2.12 - DISPENSA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS

A audiência em plenário das testemunhas arroladas só será conveniente quando a razão recomendar que a testemunha irá trazer prova nova ou impressionar positivamente com sua presença os jurados, se não, melhor é dispensá-las.

2.13 - INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS

Zelar pela incomunicabilidade das testemunhas no decorrer do julgamento.

2.14 - LEITURA DE PEÇAS EM PLENÁRIO

A leitura de peças processuais em plenário deve ser restrita àquelas absolutamente imprescindíveis. A leitura de longos depoimentos e de incompreensíveis peças técnicas em nada contribui para o esclarecimento da causa e só se prestam a dispersar a atenção dos jurados.

2.15 - FASE DE DEBATES – MANIFESTAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

O Promotor de Justiça deve iniciar os debates com um sóbrio cumprimento ao Juiz Presidente, ao advogado do réu, aos jurados, às outras pessoas envolvidas no julgamento e aos demais presentes, evitando o estender-se em considerações superficiais acerca das condições pessoais ou funcionais de cada um. Após, deve começar a exposição da causa, fazendo-a de maneira linear, objetiva, articulada, com clareza e vigor, ao longo da qual pode e deve fazer considerações a respeito dos fatos circunstanciais do processo. Deve evitar repetições cansativas de argumentos e afastar as intervenções impertinentes tratando de encerrar a primeira fase da acusação tão logo conclua a exposição, sem se preocupar com o tempo gasto em tal tarefa, respeitado, evidentemente, o limite máximo.

Na exposição da causa o Promotor de Justiça não deve injuriar o réu. Ali ele destrói a defesa sem negar as evidências e interpreta os fatos contrários, se possível, se não, os admitirá francamente.

Atentar para o uso de documento novo introduzido a destempo pela defesa, o que deve gerar a imediata impugnação e o registro em ata da decisão.

Observar as disposições do art. 478 do CPP, que proíbe referência à pronúncia, ao uso de algemas, ao silêncio do acusado ou ausência de interrogatório, nos termos ali explicitados.

2.16 - PRESENÇA DE ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO

Se houver assistente de acusação, o tempo destinado a seu advogado será o convencionado com o Promotor de Justiça, que deverá adverti-lo que a condição de assistente não lhe permite perseguir objetivo alternativo, posto que seu mister se resume a coadjuvar a acusação.

Não deve o Promotor de Justiça, em hipótese alguma, entregar a responsabilidade da acusação em plenário ao advogado da parte assistente, sob pena de incorrer em desprestígio às suas atribuições institucionais.

2.17 - CONCESSÃO DE APARTES

Há entendimento no sentido de que, após a edição da Lei nº 11.689/08, o Promotor de Justiça estaria obrigado a conceder apartes. Eis que o novel inciso

XII do art. 497 do CPP estabelece como atribuição do juiz “regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra”. De qualquer forma estabelece a lei que cada aparte REQUERIDO não poderá ser superior a 3 minutos, que serão acrescidos ao tempo de quem concedeu o aparte.

2.18 - POSTURA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA EM PLENÁRIO

A postura do Promotor de Justiça em plenário deve ser sóbria e intransigente na defesa de suas prerrogativas. Sua linguagem deverá ser corrente, sem rebuscos que possam se traduzir em afetação, porém distante do chulo e do grosseiro. Seu comportamento deve ser educado, porém altivo.

2.19 - USO DE LINGUAGEM ADEQUADO NOS DEBATES

O jurado é um cidadão comum, conceitualmente leigo, de sorte que deve o Promotor de Justiça evitar a utilização de linguagem técnica a eles incompreensível.

2.20 - INCIDENTES PROVOCADOS NO PLENÁRIO

O Promotor de Justiça jamais deve abandonar o plenário por conta de incidentes provocados pela parte ou discordância com o juiz, a não ser que sua segurança pessoal esteja em sério e objetivo risco. Todos os incidentes devem ser por ele relatados mediante oportuno protesto e inserido na ata de julgamento, até para sustentar a alegação de eventual nulidade.

2.21 - RÉPLICA

A fase da réplica é de extrema utilidade. Seu tempo, de uma hora, deve ser ocupado para refutação das teses da defesa que não foram antecipadas e/ou reforço de algum ponto importante da sustentação da acusação. No entanto, a réplica não é obrigatória. O juízo pessoal e as circunstâncias da causa que vão determinar sua necessidade. É admitida, nesta fase, a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário (art. 476, § 4º, do CPP).

2.22 - FISCALIZAÇÃO DA OMISSÃO OU DEFEITO NA REDAÇÃO DOS QUESITOS

Concluídos os debates e esclarecidas as dúvidas eventuais dos jurados, o juiz redigirá os quesitos⁴⁹ e explicará a significação e consequência de cada um deles. Nessa oportunidade deve o Promotor

⁴⁹ Sobre a redação de quesitos em homicídio culposo. ver Aviso nº 3/94 da CGMP, recomendando aos Promotores de Justiça que “no momento oportuno, requeiram aos MM. Juizes a inclusão da causa objetiva que consistiria na forma culposa. Não basta que se diga que a conduta tenha sido negligente (ou imprudente), é preciso que o quesito explicite em que consistiu a conduta considerada negligente (ou imprudente)”.

de Justiça requerer e reclamar da omissão ou defeito de redação, insistindo para que se lance na ata, circunstanciadamente, os requerimentos e as reclamações não atendidas.

Averiguar se a defesa, em tréplica, inovou a argumentação jurídica, trazendo tese até então desconhecida da acusação; ocorrendo tal fato, impugnar a sua inserção no questionário.

2.23 - FASE RECURSAL

As apelações contra as decisões do Júri possuem efeito devolutivo restrito, de forma que os recursos interpostos devem conter, expressamente, as hipóteses do inciso III do art. 593, CPP, em que se fundam.

Observar que a exclusão de circunstância qualificadora gera o apelo com apoio na alínea “d”, inciso III, do art. 593, CPP.

3 - ATUAÇÃO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS (TÓXICOS)

Promotor de Justiça Jorge Tobias de Souza

Carmen Lúcia Mariz de Macedo

3.1 - INTRODUÇÃO

O tráfico de drogas é um delito em expansão dado o fato de se tratar de uma das atividades ilícitas mais rentáveis no meio criminoso. Atualmente, quando se fala em tráfico de drogas, imagina-se imediatamente uma ampla estrutura organizacional, formada por diversos integrantes, altamente armados, que são presos com grande quantidade de drogas. Não obstante o fato de existirem, efetivamente, grandes traficantes de drogas, aos quais costumamos chamar de atacadistas, responsáveis pela remessa de enormes quantidades de drogas e detentores lucros astronômicos com tal atividade, não podemos esquecer da figura dos pequenos traficantes de drogas, denominados vulgarmente de varejistas, que, apesar de também auferirem significativa quantia em dinheiro com sua atividade, não obtêm lucros a ponto de se tornarem ricos ou melhorarem significativamente sua qualidade de vida. Costuma-se ouvir, nos meios forenses, assertivas do tipo: “Fulano não pode ser traficante de drogas porque é pobre”. O Promotor de Justiça precisar estar consciente de que a atividade de tráfico de drogas trata-se de um comércio e, como tal, podemos encontrar grandes e pequenos comerciantes. Por isso, além dos grandes traficantes de drogas, encontramos os pequenos traficantes de entorpecentes. A título ilustrativo, mencionamos abaixo alguns tipos que se enquadram em tal classificação.

- Transportador de droga por grandes distâncias (conhecido vulgarmente como mula)

Trata-se, normalmente, de um usuário de drogas que está devendo para seu fornecedor e por isso é obrigado a transportar drogas ou de uma pessoa que passa por dificuldades financeiras e por isso resolve prestar tal serviço, sendo o dinheiro pago no momento da entrega da droga. Tal transporte pode se dar entre estados da Federação Brasileira, o que caracteriza a majorante do art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, entre países, entre municípios ou mesmo dentro de uma mesma cidade. Quando o transporte da drogas é feito de um país para o outro por meio de avião (tráfego internacional), é comum os traficantes de droga ingerirem cápsulas contendo a substância ilícita a fim de passarem despercebidos pelos policiais que trabalham no aeroporto. O transporte ilícito ocorre de diversas formas, sendo comum a utilização de mulheres, pessoas idosas ou mesmo crianças, tudo com a intenção de não despertar a atenção da polícia. Quando tal traficante de droga é preso, a dívida decorrente do valor da droga apreendida pela polícia passa para esse, sendo muito comum ele ser obrigado a retornar a tal atividade criminosa para poder pagar a dívida.

- Prestador de serviços de transporte de droga para usuários

Tal modalidade é diferente da anterior porque tal indivíduo presta serviço aos usuários e não aos traficantes de drogas. Normalmente são usuários de droga que, para sustentar o vício, dispõem-se a comprar a droga para outros usuários que têm melhor condição financeira, recebendo em troca o pagamento em dinheiro ou em droga.

- Traficante de drogas que vende em troca de uma porcentagem do lucro (venda em consignação)

Ultimamente tal tipo de traficante de drogas tem aumentado, em razão da necessidade de se vender drogas àqueles usuários que não querem se arriscar para ir até o ponto de venda de drogas, já que são locais muito visados pela polícia. Em troca de um percentual na venda, tal elemento pega a droga no ponto, ficando responsável pela sua venda, e dirige-se aos usuários de droga que fazem a encomenda. Quando tal traficante de droga é preso, a dívida decorrente do valor da droga apreendida pela polícia passa para esse, sendo muito comum ele ser obrigado a retornar a tal atividade criminosa, desta vez sem receber contrapartida, a qual é revertida para saldar a dívida.

- Traficante de drogas autônomo

Diferentemente do anterior, tal indivíduo compra razoável quantidade de drogas em um ponto de venda e depois tenta obter lucro vendendo tal substância ilícita nas imediações de sua residência, onde tem condições de se abrigar no caso de vir a aparecer a polícia.

Os exemplos supracitados servem para afastar a falácia de que todo traficante de drogas é rico.

3.1.1. A QUANTIDADE COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE DE DROGAS

Preliminarmente, é importante frisar que a quantidade de droga apreendida na posse de uma pessoa não pode servir de único elemento para conclusão da prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006) ou posse para o uso próprio (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006). Se restar comprovado nos autos que o elemento vendeu uma pequena quantidade de droga, trata-se de tráfico de drogas. Por outro lado, se ele portava uma grande quantidade de droga que se destinava, exclusivamente, ao seu uso, é o caso de posse de droga para uso próprio.

Não obstante, pelo menos num primeiro momento, ainda que de forma provisória, já que, no momento do oferecimento da denúncia, vigora o princípio *in dubio pro societati*, o Promotor de Justiça precisa saber o que caracteriza *grande quantidade de droga*. Alguns julgamentos já foram feitos discorrendo sobre tal tema a saber:

TJRS. TÓXICOS. TRAFICÂNCIA. 7,24g de cocaína e 7,03g de maconha não constituem pequena quantidade, porque permitem, respectivamente, 144 a 145 carreirinhas e 9 a 10 baseados. Substância acondicionada em papérols e saquinholos. [...] A conjugação de todos esses dados autoriza a condenação nos lindes do art. 12 da Lei de Tóxicos (TJRS – AC69.300.827-8 – Rel. Luis Carlos de Carvalho Leite – RJTJRS 159/192 – grifo nosso). **TACRIM-SP.** A quantidade de 14g de maconha é razoável e suficiente para exteriorizar ato de tráfico. Notadamente se repartido em pacotinhos, denotando o intuito de venda. (TACRIM-SP – AC196.517 – Rel. Geraldo Gomes – TR543/382).

Importante ressaltar ainda que, no que tange à cocaína, é preciso se ter idéia do que seja a dose letal de tal droga, já que a apreensão de um peso muito superior a tal porção é um indicativo de que se está diante de uma grande quantidade.

O Psiquiatra e Professor Regente de Medicina Legal na Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Goiás Renato Posterli a respeito da dose letal de cocaína assim se manifestou:

“A dose letal para o homem é em torno de 1,2 gramas por via oral (pura). Aplicada localmente nas mucosas, pode ser letal em doses menores, em torno de 20 mg por via parenteral, endovenosa. Pode ser letal em doses ainda menores, se considerarmos o perigo de ação anafilática, segundo orienta o Dr. Alberto Corazza”.⁵⁰

⁵⁰ POSTERLI, Renato. **Tóxicos e Comportamento Delituoso**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 80.

Por sua vez, é possível falar em dose elevada de anfetamina, cujo tipo mais popular se denomina *ecstasy*, no caso da ingestão de 150 a 250 mg/dia. A esse respeito, transcrevemos trecho do livro Toxicologia Forense, quando discorre sobre anfetaminas:

A maioria dos usuários toma a droga por via oral. Começa com uma sensação de bem estar, melhora do humor, aumento da atividade, redução da fadiga, logorréia (necessidade mórbida de falar que apresentam certos alienados, falando indefinidamente, sem razão aparente e às vezes sem darem conta disso), inquietude e insônia. Doses maiores apresentam apreensão, tremores e hiperexcitabilidade. Fisicamente, observa-se dilatação pupilar, sudorese, respiração acelerada, pressão arterial aumentada, taquicardia, rubor, secura de boca e vômitos. Como a tolerância aos euforizantes desenvolve-se de modo rápido, a dose é aumentada gradualmente de 5 a 10 mg/dia para grandes quantidades como 150 a 250 mg/dia.⁵¹

Por sua vez, é possível falar em dose elevada de LSD – Dietilamida do Ácido Lisérgico – a partir de 10 mg. A esse respeito, transcrevemos trecho do referido livro de Toxicologia Forense, quando trata de tal droga:

O LSD é bem absorvido por via oral (sublingual), sendo que a absorção provoca efeitos que aparecem de 35 a 45 minutos, permanecendo por aproximadamente 6 horas. Depois de absorvido é intensamente biotransformado em metabólicos inativos. Cerca de 1% da dose é excretada de forma inalterada na urina e a meia-vida biológica é de aproximadamente 3 horas. Doses de 200 a 400 µg (microgramas) determinam intenso efeito alucinógeno; porém, não é rara a ocorrência de doses muito elevadas (10 mg) que causam intensas intoxicações.⁵²

Alguns países europeus, como é o caso de Portugal, têm estabelecido uma política de *redução de danos*, segundo a qual o porte para consumo pessoal de drogas deixou de ser punido como crime e passou a ser tratado como uma espécie de infração administrativa. O critério para estabelecer se ocorre porte para uso de drogas (espécie de infração administrativa denominada pelos portugueses de *contra-ordenação*) ou posse de grande quantidade de drogas (para caracterizar o crime de tráfico de drogas) é a quantidade apreendida em poder do indivíduo. As quantidades de referência estabelecem como parâmetro para fazer a supracitada diferenciação o equivalente a 10 (dez) dias de consumo para as substâncias ilícitas. Na realidade tal política é equivocada, já que muitos traficantes de droga portam pequenas quantidades para efetuar a ven-

da aos usuários e acabam sendo presos por terem sido observados por policiais em pleno comércio ilícito, fato que muitas vezes é comprovado pelo próprio usuário que comprou e que é conduzido à Delegacia de Polícia, confessando a compra efetuada e apontando o vendedor. De qualquer forma, para o presente capítulo, é interessante saber o que é considerado em Portugal como a quantidade suficiente para 10 (dez) dias de consumo de droga, a fim de auxiliar o Promotor de Justiça a ter uma noção do que seja pequena ou grande quantidade. Assim, traz-se a lume parte do artigo do Promotor de Justiça português Charles Emil Machado Martins intitulado “Uso de drogas: Crime? Castigo?”:

As quantidades de referências estão estimadas no equivalente para 10 (dez) de consumo, para todas as substâncias. A lei 30/2000 remete à portaria n.º 94/96 que no artigo 9º estipula as doses médias diárias individuais para várias substâncias ilícitas. Assim, as quantidades de referência são 10 (dez) vezes as doses diárias, nomeadamente para as mais comuns:

Quantidades de referência	
Cocaína	2 g - Cloridrato 0,3 g - Base
Speed	1 g
MDMA	1 g
LSD	500 µg
Cannabis	5 g - Haxixe (resina) 25 g - Erva 2,5 g - Óleo de haxixe
Opiáceos	1 g - Heroína e Metadona 2 g - Morfina 10 g - Ópio

Abaixo destas quantidades é normalmente considerado ‘contra-ordenação’; acima destas quantidades aumenta a possibilidade de ser considerado crime.⁵³

De qualquer forma, como dito alhures, a quantidade apreendida na posse do indivíduo é apenas um dos elementos de prova que devem ser aferidos para concluir se o fato se amolda à figura do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 ou ao art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

3.1.2 - DILIGÊNCIAS A SEREM REQUERIDAS POR OCASIÃO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

Quando se tiver em mãos o inquérito policial para análise e oferecimento da denúncia, é importante verificar o que foi apreendido com o investigado. Assim, listaremos alguns objetos, rotineiramente,

⁵¹ PASSAGLI, Marcos. **Toxicologia Forense: Teoria e Prática**. Campinas: Millenium, 2008. p.118.

⁵² PASSAGLI, Marcos. **Toxicologia Forense: Teoria e Prática**. Campinas: Millenium, 2008. p.173.

⁵³ MARTINS, Carlos. E. M. Uso de drogas: Castigo? Crime? In: **Lei de drogas: Aspectos polêmicos à luz da dogmática e da política criminal, organizadores. CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83.

apreendidos e as providências a serem adotadas em cada caso:

- relação manuscrita da movimentação financeira do ponto de venda de drogas

Deve-se pedir, na cota em que é oferecida a denúncia (no caso de investigado preso cautelarmente para evitar o excesso de prazo na formação da culpa), ou no curso do inquérito policial sob a forma de diligência, que seja o investigado submetido, caso queira, já que não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, a exame grafotécnico, para tanto se colhendo os seus padrões gráficos. No caso de este se negar a fornecer tais padrões aos peritos, o Promotor de Justiça deve constar em seu requerimento que os peritos perguntem ao periciando a razão da negativa e consignem os motivos da recusa na perícia. Com a negativa do fornecimento dos padrões gráficos, deve o Promotor de Justiça requerer ao Juízo, com fulcro no art. 240, § 1º, alíneas “e” e “f”, do CPP, a expedição de mandado de busca e apreensão para a residência do investigado, local de trabalho (se ele possuir) ou para qualquer outro local onde se possa apreender papéis que já contenham padrões gráficos do investigado.

- telefones celulares

Que seja requerida a perícia dos telefones celulares para se verificar quais os números das chamadas recebidas e originadas, o conteúdo das mensagens recebidas e originadas, constantes da memória do aparelho e do “chip”; bem como os nomes e números de telefones constantes da agenda do aparelho ou do “chip”. No caso de serem apreendidos muito celulares, que seja oficiado as operadoras de telefonia para que informem quais são os titulares da linha e se existe registro de furto/roubo do aparelho, o que pode ser um indicativo de que tais objetos foram trocados por drogas.

- armas de fogo e munições

Que sejam submetidas tanto as armas de fogo quanto as munições a exame de eficiência para avaliar a potencialidade lesiva de tais objetos.

- apreensão de cheques

Que seja requerida à autoridade policial a oitiva dos titulares do cheque, sendo que, caso necessário, o endereço do correntista poderá ser requerido judicialmente para atingir tal escopo, a fim de se apurar se estes adquiriram drogas nas mãos do investigado; bem como requerer a CAC e a FAC de tais correntistas para verificar se constam em tais documentos o registro da prática do delito insculpido no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (ou do antigo art. 16 da Lei nº 6.368/76), já que tal elemento pro-

batório, unido a outros, pode levar a conclusão de que o investigado vendia drogas e o correntista as comprou com o cheque.

- balanças de precisão

Que sejam periciadas para atestar seu funcionamento.

- documentos do investigado com CPF (ou se existir menção do número do CPF do investigado nos autos)

Requerer ao Juízo o bloqueio e a quebra do sigilo bancário das contas e investimentos financeiros que existirem em nome do investigado, com o encaminhamento de extrato do último ano, isso com fulcro no art. 1º, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 1.0257, de 10/07/2001, para tanto alertando ao magistrado que poderá utilizar-se do BACENJUD, caso tal banco de dados já tenha sido disponibilizado para este. Caso não disponha o magistrado de tal instrumento, que seja oficiado ao Banco Central.

Se, no curso do inquérito policial, restar apurado o envolvimento de crianças/adolescentes que seja requerido ao Juízo que officie aos cartórios de registro de pessoas naturais, do local onde o inimputável é natural, para que remetam o original da certidão de nascimento.

Se, no curso do inquérito policial, ocorrer dúvida quanto ao envolvimento do investigado com o tráfico de drogas, que seja requerida diligência à autoridade policial para apurar o envolvimento do investigado no tráfico de drogas, para tanto os agentes de polícia deverão comparecer no local onde foi apreendida a droga; bem como próximo à residência do investigado (se não se tratar do mesmo local) para ouvir populares, aos quais deve ser assegurado o anonimato, caso assim o desejem, para que prestem informações sobre o investigado. Ressalta-se que o art. 5º, inciso XIV, da Constituição da República resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Se possível, tais agentes de polícia devem ser arrolados como testemunhas na denúncia, para prestar depoimentos sobre a forma como desenvolveram seus trabalhos, sem precisar revelar a fonte das informações.

Se, durante o auto de prisão em flagrante delito, um/alguns do(s) autuado(s) confessar a prática delitiva, torna-se necessário arrolar a autoridade policial ou o escrivão de polícia para depor na audiência de instrução e julgamento, já que alguns desses indivíduos passam a negar o teor de suas confissões na fase extrajudicial, afirmando terem sido coagidos pela Autoridade Policial para prestar tal depoimento ou mesmo que assinaram sem ler seu depoimento. Tal medida visa a trazer esclarecimentos aos autos da forma como se desenvolveu o

trabalho da Polícia Civil na Delegacia e, com isso, dar oportunidade à autoridade policial ou ao escrivão de demonstrar a idoneidade da coleta de tal prova. O mesmo deve ser feito no caso de associação com menores em que um desses confessa, no curso da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, a associação com o imputável. Isso porque, posteriormente, muitos menores infratores são procurados por elementos da quadrilha para serem coagidos a mudar seus depoimentos em Juízo. Caso a autoridade policial tenha tido o cuidado de tomar tal confissão na presença de alguma testemunha, esta deve ser arrolada no seu lugar ou no do escrivão.

Por fim, é importante recomendar à autoridade policial que, nos casos de confissão, independente de pedido do autuado, este seja encaminhado a exame de corpo de delito, para salvaguardar o trabalho desenvolvido pela Polícia Civil e comprovar sua idoneidade.

As diligências requeridas na cota da denúncia possuem supedâneo no art. 52, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 11.343/2006.

3.1.3 - A LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Existia uma grande polêmica por conta da edição da Lei nº 11.464/2007, que retirou a proibição da concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos. Alguns operadores do Direito entenderam que tal norma legal revogou o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, por ser norma posterior, enquanto outros operadores do Direito entenderam que a norma do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 continua em vigor por se tratar de norma especial atinente ao tráfico de drogas. Recentemente o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela vigência e constitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. Nesse sentido, o Excelso Pretório:

A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de

concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 3. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 5. Licitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. Ordem denegada. (HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008, grifo nosso).

No mesmo sentido, é o entendimento do Egrégio STJ:

A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, *encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310, do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a sua nova redação dada pela Lei 11.464/2007 [...]*. (STJ. HC 91306 / SP - HABEAS CORPUS 2007/0225829-1 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 08/04/2008. Data da Publicação/Fonte DJ 28.04.2008. p. 1, grifo nosso).

Por fim, o Egrégio TJMG vem sinalizando no mesmo sentido:

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (art. 44 da Lei nº 11.343/06). DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. 'Recente precedente do eg. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a *expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor*, em consonância com anteriores julgados do eg. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita'. (Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ. J. 15/04/2008, grifo nosso).

Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao paciente que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos

artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90 não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. (Habeas Corpus nº 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Paciente(S): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Moraes, grifo nosso).

De qualquer forma, dada a existência de polêmica em torno do referido assunto, torna-se necessário ao Promotor de Justiça fundamentar, também, a não concessão da liberdade provisória tomando por base a existência dos requisitos inculpidos no art. 312 e 313 do Código de Processo Penal. Isso porque a prática do crime de tráfico de drogas demonstra a necessidade da manutenção da prisão do criminoso como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Não se pode olvidar que o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que a sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante de drogas encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva. Nesse sentido, a jurisprudência mineira:

'HABEAS CORPUS' - PRISÃO EM FLAGRANTE - RELAXAMENTO - LIBERDADE PROVISÓRIA - PLEITO INDEFERIDO - DECRETO FUNDAMENTADO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *O fato de o paciente ser primário, ter endereço fixo e trabalho não pode implicar a sua automática libertação, pois, se subsistem razões que recomendam a decretação e manutenção da sua prisão cautelar, seja em nome do resguardo da ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal, tais elementos devem ser levados em conta para que se negue o pleito de relaxamento, tal como definido no art. 312 do CPP. Ordem denegada (HC nº: 1.0000.06.447819-1/000(1) - Rel. SÉRGIO BRAGA - Data da publicação: 06/02/2007, grifo nosso).*

Além disso, o Promotor de Justiça precisa observar se o endereço fornecido pelo requerente na delegacia de polícia é o mesmo do comprovante de residência anexado ao pedido de liberdade, já que, se for diverso, está demonstrada a sua má fé e a conseqüente intenção de se subtrair à ação da Justiça. Ademais, é importante verificar se o nome constante no comprovante de residência é do requerente ou se pelo menos possui algum laço familiar, cabendo à defesa esclarecer qual o vínculo do requerente com o nome constante no citado comprovante, sob pena de não comprovar a existência de residência fixa.

Além de comprovar a existência de residência fixa, torna-se necessário, também, a Defesa comprovar a

existência de ocupação lícita ou que tenha profissão definida, o que também afasta a possibilidade de ser beneficiado com a liberdade provisória. Neste sentido já se manifestou o Egrégio TJMG:

'Habeas Corpus'. Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão [...] *'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'* (Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(s): Celso Moraes Silva - Coator(es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues, grifo nosso)

O Promotor de Justiça deve ter o cuidado de verificar se o comprovante de residência aponta endereço de município de outra jurisdição, já que o fato de o requerente não residir no distrito da culpa, também, impede a concessão da liberdade provisória.

'Habeas Corpus'. Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão [...] *'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'* (Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(s): Celso Moraes Silva - Coator(es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues, grifo nosso)

Outrossim, insta observar que o fato de o requerente não residir no distrito da culpa, torna também necessária sua prisão provisória para conveniência da instrução criminal e para aplicação da Lei Penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, mesmo porque, se for colocado em liberdade, corre-se o risco de não mais ser encontrado para prestar contas de seus atos, em caso de eventual condenação. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - POSSIBILIDADE - PACIENTE REINCIDENTE - RESIDÊNCIA FORA DO DISTRITO DA CULPA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PREVENÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312, CPP - ORDEM DENEGADA. A reincidência do paciente o recomenda ao cárcere, para garantia da ordem pública. A residência fora do distrito da culpa autoriza a segregação, visando a assegurar a aplicação da lei penal

e por conveniência da instrução criminal. Ordem denegada. (TJMG, HC 1.0000.07.451602-2/000 - Rel. Des. Hélcio Valentim, j. em 17/04/2007, grifo nosso).

Não obstante o exposto, é possível que o magistrado conceda a liberdade provisória, decidindo contrariamente à manifestação ministerial. Nesses casos, o Promotor de Justiça deve ajuizar o recurso em sentido estrito com fulcro no art. 581, inciso V, do Código de Processo Penal e, ainda, impetrar o mandado de segurança para que seja concedido efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

Nesse momento é importante fazer uma breve digressão sobre a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para ajuizar mandado de segurança, conforme preconiza o art. 32, inciso I, da Lei nº 8.625/1993. A doutrinadora Fernanda Cardoso Castro Tourinho em seu brilhante trabalho a respeito

do mandado de segurança criminal assim se manifestou :

Duas são as principais justificativas para que o Ministério Público utilize o mandado de segurança criminal: a falta de recurso para impugnar a decisão interlocutória proferida e quando o recurso previsto não possuir efeito suspensivo.⁵⁴

O supracitado mandado de segurança recomenda-se enquadrar-se no 2º caso.

Assim, para facilitar o trabalho do Promotor de Justiça, na elaboração de tais peças, apresentamos, a seguir, modelos utilizados na 13ª Promotoria de Justiça de Tóxicos de Belo Horizonte/MG.

⁵⁴ TOURINHO, Fernanda Cardoso Castro. **Mandado de Segurança Criminal**. São Paulo: IOB, 2007. p. 97

3.1.4. PEÇAS PROCESSUAIS

PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE LIBERDADE PROVISÓRIA

Autos nº _____

Meritíssimo Juiz,

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, inconformado com a r. decisão de fls. _____, que concedeu liberdade provisória a Fulano de Tal denunciado como incurso nas sanções do artigo 37, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, vem, perante Vossa Excelência, interpor RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, com fulcro no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal.

Caso Vossa Excelência, no juízo de retratação, entenda por manter a v. decisão, requeremos desde já a juntada das razões de recurso que seguem anexas.

Local, data.

JORGE TOBIAS DE SOUZA
Promotor de Justiça

RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

COMARCA: _____
AUTOS N.º _____
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

EGRÉGIO TRIBUNAL
COLEND A CÂMARA CRIMINAL
DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO, através de seu Promotor de Justiça, com atribuição nesta Vara, irressignada, *data venia*, com a v. decisão de fls. _____, vem, tempestivamente, apresentar suas razões referentes ao recurso em sentido estrito interposto, fazendo na forma abaixo exposta:

DOS FATOS

Compulsando os autos principais (processo n.º _____), verifica-se que, no dia dos fatos, policiais militares durante patrulhamento pelo Bairro _____, nesta Capital, avistaram Fulano de Tal em uma 'boca de fumo', o qual ao avistar a guarnição gritou "olha a polícia", com o claro intuito de avisar os traficantes da presença policial.

Insta observar que dois indivíduos, após serem alertados pelo recorrido, lograram êxito em empreender fuga, sendo que os milicianos arrecadaram 1,65g (um grama e sessenta e cinco centigramas) de cocaína escondida em um tijolo, conforme laudo de constatação de fls. 21 e laudo toxicológico de fls. 41 dos autos em apenso.

Ouvido na Delegacia (fls. 18), o denunciado confessou a prática delitiva, aduzindo que fora contratado por um rapaz para ficar observando a chegada da polícia no local, sendo que para tanto receberia um refrigerante e um *marmitex*.

A defesa aviou pedido de liberdade provisória, tendo o Ministério Público exarado parecer contrário em data _____ (vide fls. 25/27) e o MM. Juiz da ___ª Vara de Tóxicos, em sua decisão de fls. 28/29, deferido o pedido.

Inconformado com a decisão que concedeu liberdade provisória a Fulano, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão.

É o breve relatório.

Data máxima vênia, a r. decisão que ora se combate merece ser cassada, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

O digno Magistrado concedeu liberdade provisória ao recorrido por entender serem insuficientes os elementos probatórios para comprovar a prática delitiva por parte de Fulano.

A pretexto justificou o Magistrado que o recorrido seria primário, com profissão definida e residente no foro do domicílio, bem como não há qualquer hipótese que autorize a prisão preventiva.

Com a devida vênia, não agiu com o costumeiro acerto o douto Magistrado em sua decisão.

Primeiro, porque há nos autos elementos suficientes a indicarem o envolvimento do recorrido. Como dito alhures, os milicianos abordaram o réu após o mesmo ter claramente alertado os traficantes da presença da polícia na 'boca de fumo'. Além disso, sobreleva notar que Sicrano confessou estar vigiando o local a pedido de um indivíduo que lhe daria um refrigerante e um *marmitex* (fls. 18).

Ademais, conforme se verifica às fls. 06/07 que recorrido Fulano, além de possuir outros registros, é reincidente, o que por si só, afasta a possibilidade da concessão do benefício. E mais, ao contrário do suscitado pelo Magistrado, a defesa não trouxe aos autos quaisquer documentos que comprovem ter o réu ocupação lícita.

Assim, verificando-se que o requerente não trouxe aos autos qualquer documento hábil a comprovar residência fixa, nem qualquer ocupação lícita, demonstra-se não haver vínculos nesta comarca, o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido:

'Habeas Corpus'. Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão [...] 'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal' [...] Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(s): Celso Morais Silva - Coator(es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.

Com relação à reiteração criminosa do recorrido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por diversas vezes já ratificou a impossibilidade da concessão da liberdade provisória. Vejamos:

Número do processo: 1.0701.06.161831-3/002(1) Numeração Única: 1618313- 30.2006.8.13.0701 Acórdão Indexado! Precisão: 25 Relator: ADILSON LAMOUNIER Data do Julgamento: 28/04/2009 Data da Publicação:

08/06/2009 Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU LIBERDADE PROVISÓRIA - PORTE ILEGAL DE ARMA - RÉU REINCIDENTE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. - *Restando patentes a prova de existência do crime e os indícios suficientes de autoria, bem como a garantia da ordem pública em face da reincidência do acusado, merece reforma a decisão que concedeu a liberdade provisória ao denunciado por crime de porte ilegal de armas. VV. EMBARGOS INFRINGENTES - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - ART. 14, DA LEI 10.826/03 - PRISÃO PROVISÓRIA DECRETADA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA DO EMBARGANTE - MANUTENÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE. I - A reincidência do acusado não pode servir como único argumento justificador da decretação da prisão provisória, sob pena de afronta ao art. 312, do CPP II - Embargos acolhidos. (Des. Alexandre Victor de Carvalho)*

Número do processo: 1.0000.09.494025-1/000(1) Numeração Única: 4940251-18.2009.8.13.0000 Acórdão Indexado! Precisão: 24 Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Data do Julgamento: 26/05/2009 Data da Publicação: 08/06/2009 Ementa: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO - RECOLHIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO - IMPOSSIBILIDADE - GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA - PACIENTE REINCIDENTE - DENEGAÇÃO. *A reiteração de práticas delitivas pelo paciente é motivo justificador da cautela provisória, pois não se pode perder de vista que um dos escopos da segregação na fase cognitiva processual é, precisamente, garantir a ordem pública, consistente tal garantia em evitar que o delinqüente volte a cometer delitos. A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória com fincas a garantir a ordem pública, em face da sua preocupante reiteração delitiva do paciente, é legal e deve ser mantida. Ordem denegada.*

Número do processo: 1.0105.06.199046-8/001(1) Numeração Única: 1990468-97.2006.8.13.0105 Precisão: 17 Relator: HÉLCIO VALENTIM Data do Julgamento: 20/05/2008 Data da Publicação: 07/06/2008 Ementa: PENAL - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA - IMPOSSIBILIDADE - PRÁTICA REITERADA DE CRIMES DA MESMA NATUREZA E DE OUTRAS ESPÉCIES, INCLUSIVE CONTRA AUTORIDADES POLICIAIS - CUSTÓDIA NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - RECURSO PROVIDO. - *Não se recomenda o deferimento do benefício da liberdade provisória a indivíduo que sistematicamente se envolve na prática de delitos da mesma natureza e de outras espécies, praticando-os, inclusive, contra autoridades empenhadas no estrito cumprimento do dever legal. - Recurso provido.*

Diante disso, torna-se inviável a concessão da liberdade provisória, visto que a nova legislação de tóxicos, Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 44, explicitamente, proibiu a concessão de tal benefício aos delitos previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37.

E, não obstante a inovação trazida pela Lei nº 11.464/2007, que, alterando o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, revogou a proibição à liberdade provisória nos crimes hediondos e nos a eles equiparados, subsiste a vedação legal prevista no artigo 44 da Nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006), em face do princípio da especialidade, conforme entendimento majoritário do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:

‘HABEAS CORPUS’ - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao apelada que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. *Habeas corpus* denegado. (*Habeas Corpus* nº 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Apelada(s): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Moraes).

Nesse diapasão é o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, corroborando com anteriores decisões do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou que a Lei nº 11.464/2007 não teve o condão de revogar os dispositivos constantes na atual Lei Antidrogas. Vejamos:

Informativo STF n. 499 - 02 de abril de 2008: Liberdade Provisória: Lei 11.464/2007 e Tráfico de Drogas – 3 -Considerou-se que a inafiançabilidade imposta ao delito imputado ao apelada bastaria para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante a alteração efetuada pela Lei 11.464/2007 que, mantendo a vedação de fiança, somente retirara uma redundância contida no texto originário do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. *Ressaltou-se que esta Corte possui orientação consolidada no sentido de que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos e assemelhados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição à legislação ordinária. Dessa forma, por maiores razões, incabível esse benefício aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Ademais, enfatizou-se que a Lei 11.464/2007 não alcançaria os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas que, ao tempo da sua entrada em vigor,*

já contava com disciplina específica a respeito (Lei 11.343/2006: 'Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico'). Assim, reputou-se que a Lei 11.464/2007 não poderia modificar a disciplina que, quando do seu advento, já constava de lei especial, aplicável à espécie. Por fim, rejeitou-se a proposta de concessão de habeas corpus de ofício para que o apelada progredisse de regime prisional, porquanto ainda pendente de apreciação recurso da acusação que, se provido, majoraria a pena a período superior ao tempo em que custodiado o apelada. Atentou-se para o fato de que este fora preso em flagrante quando vigente a Lei 11.343/2006, que passou a exigir, na hipótese, o cumprimento de, pelo menos, 2/5 da pena para a progressão. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, de ofício, para que o juízo de primeiro grau analisasse as condições, visando à progressão de regime de cumprimento da pena. HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008. (HC-93302)

Nesse sentido já se encontra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (art. 44 da Lei nº 11.343/06). DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. *'Recente precedente do eg. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor, em consonância com anteriores julgados do eg. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita'*. (Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ, J. 15/04/2008, grifo nosso).

Ademais, *in casu*, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Denota-se imperiosa a necessidade da manutenção da prisão de Sicrano como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva.

Sobre a questão, ensina o renomado processualista Eugênio Pacelli de Oliveira:

*Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidade das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Brito (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Brito). Em outra oportunidade, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (tráfico de drogas). Conferir STF – HC 89.525.5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.03.2007). (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.436/437, grifo nosso).*

Também nesse sentido:

TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida (JTACRESP 45/58).

Por derradeiro, deve a prisão do recorrido ser mantida para garantia da aplicação da lei penal, não havendo certeza quanto ao seu verdadeiro endereço.

Diante dos argumentos expostos e por outros que não escaparão ao descortino da Colenda Câmara, aguarda o Ministério Público o provimento do recurso para reformar a r. decisão, restaurando a prisão de Fulano de tal.

Local, data.

JORGE TOBIAS DE SOUZA
Promotor de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE LIBERDADE PROVISÓRIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Promotor de Justiça com atribuição junto às Varas de Tóxicos desta Capital, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, no artigo 1º e seguintes da Lei nº 12.016/2009, artigo 32, inciso I, da Lei Federal nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impetrar MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido liminar, contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 3ª Vara de Tóxicos, _____, que proferiu decisão de concessão de liberdade provisória nos autos de nº 0024.10.060.850-4, a favor de Fulano de Tal, para que seja CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto, conforme cópia que segue anexa, pelos motivos que passa expor e ao final requerer.

1 - Dos fatos

Compulsando a cópia do Auto de Prisão em Flagrante Delito, verifica-se que no dia dos fatos, motivados por uma denúncia de transeuntes delatando a ocorrência de tráfico de drogas em uma borracharia de propriedade do autuado Fulano de Tal, policiais militares compareceram ao estabelecimento comercial e abordaram o autuado, o qual, bastante nervoso, ao avistar a guarnição tentou adentrar em um quarto portando duas caixas.

Dentro das referidas caixas os milicianos apreenderam 13 (treze) papелotes de cocaína, bem como um celular da marca *Siemens*. Procedida busca pessoal, foi apreendido em poder do autuado um cartucho calibre 38 intacto.

Após serem informados pelo autuado, os policiais militares apreenderam ainda 34 (trinta e quatro) papелotes da mesma substância que Fulano guardava e mantinha em depósito, totalizando-se assim, 47 (quarenta e sete) invólucros plásticos de cocaína.

Além do mais, foi apreendida a quantia de R\$ 484,44 (quatrocentos e oitenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos).

Ouvido na Delegacia (fls. 16) o autuado confessou que estava guardando os entorpecentes a pedido de quatro indivíduos que o teriam ameaçado para tanto, sendo que tinha plena consciência de que o material tratava-se de substância entorpecente.

A defesa de Fulano aviuu pedido de liberdade provisória, tendo o Ministério Público exarado parecer contrário em data de 15 de março de 2010 (*vide* fls. 26/29) e o MM. Juiz da 3ª Vara de Tóxicos, em sua decisão de fls. 30/31, deferido o pedido.

Inconformado com a decisão que concedeu liberdade provisória a Sicrano, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão.

Outrossim, dada a inexistência de efeito suspensivo ao recurso interposto, busca o impetrante pelo presente *mandamus*, o efeito suspensivo ao seu Recurso em Sentido Estrito, para o fim de, cancelado o benefício da liberdade provisória ilegitimamente concedida, fazer o autuado retornar à prisão onde se encontrava, até final julgamento nessa Instância Superior.

2 - Da Legitimidade e Capacidade Postulatória

Consoante o preconizado no artigo 32, inciso I, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e no artigo 74, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, a capacidade postulatória e a legitimidade do impetrante restam positivadas.

De igual forma, a jurisprudência pátria apresenta-se pacífica. A propósito, vale ressaltar os seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA – Ato judicial Impetração por Promotor de Justiça diretamente na Instância Superior – Admissibilidade – Ato judicial ilegal ou violador do direito, ilíquido e certo, pacíficas a 'legitimatio ad

causam' e a plena capacidade postulária - Presença, ademais, de 'periculum in mora' e 'fumus boni juri' 'Writ' conhecido (RT 6481296 TACrim - 2ª Câm. Rel. Juiz Ribeiro Machado).

MANDADO DE SEGURANÇA – Ato judicial Impetração por Promotor de Justiça contra decisão de juiz de 1º grau 'legitimidade ad causam' por ser o Ministério Público parte na relação jurídica processual penal (RT 6441337 STF Rel. Min. Moreira Alves).

3 - Do Cabimento do Mandado

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm admitido a concessão do *writ* para ser imposto o efeito suspensivo aos recursos que, a princípio, tramitam somente no efeito devolutivo, visando reparar direito líquido e certo que tenha sido violado.

É este o posicionamento dominante dos nossos tribunais:

"Cabe mandado de segurança contra decisão judicial, para dar efeito suspensivo a recurso que não o tem, se houver a possibilidade de dano irreparável". (TJSP MS n. 264.589 Rel. Gonzaga Júnior – grifo nosso).

"O enunciado da Súmula 267 comporta exceção, no caso em que, além da não suspensividade do recurso e da ilegalidade do ato impugnado deste advenha dano irreparável, cabalmente demonstrado" (STF RE 76.909 Rel. Min. Antonio Neder; STF RE 90.653 - Rel. Min. Décio Miranda).

No presente caso, o impetrante busca a imposição do efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito, visando evitar que seja ferido direito líquido e certo.

4 - Do Direito Líquido e Certo

O digno Magistrado concedeu liberdade provisória ao autuado por entender serem insuficientes os elementos probatórios para comprovar a prática do tráfico de drogas por Sicrano.

Entendeu, ainda, não estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar por ser Sicrano primário, com profissão definida e residente no foro do delito.

Com a devida vênia, não agiu com o costumeiro acerto o douto Magistrado em sua decisão.

Primeiro, porque há nos autos elementos suficientes a indicarem o envolvimento do autuado no tráfico de drogas. Como dito alhures, após denúncia anônima, os milicianos abordaram o réu dentro de seu estabelecimento comercial, local onde foram apreendidos 47 (quarenta e sete) invólucros de cocaína, bem como a quantia de R\$ 484,44. Além disso, sobreleva notar que Fulano confessou que guardava o entorpecente no local em suas declarações na Delegacia (fls. 16/17).

Em suma, nada existe nos autos que autorize a acolhida da excludente, além da palavra do causídico, que não basta para esse fim. Neste particular, o ônus probatório se inverte, à luz do disposto no art. 156, do Código de Processo Penal, sob pena de ser criada uma infalível válvula de escape, já que bastaria ao réu aduzir uma excludente de culpabilidade ou de ilicitude, para conseguir a concessão de sua liberdade provisória/relaxamento de prisão, sob o argumento de que não praticou o delito, imperando, assim, a impunidade. Nesse sentido o professor Jorge Vicente de Paula esclarece em seu livro:

Encontramos prevalência na doutrina em lecionar que nos fatos constitutivos de direito o ônus é do acusador, enquanto os fatos impeditivos, extintivos e modificativos incubem ao acusado. Os fatos constitutivos dizem respeito unicamente à tipicidade e autoria do delito. Portanto, ao acusador compete provar se realizou a conduta típica e que o acusado foi o autor. Ao réu cabe provar os fatos: a) extintivos (v.g., causas de extinção de punibilidade); b) impeditivos, relacionados com a exclusão da vontade livre e consciente de praticar o fato (erro de fato, coação irresistível, causas de extinção da culpabilidade); c) modificativos, que são aqueles que excluem a antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, etc.) Manual da Sentença Penal Condênatória. (Paula, Jorge Vicente de. **Requisitos e Nulidades**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 229).

O Egrégio TJMG tem decidido que a alegação de tortura ou coação moral irresistível deve ser provada pela defesa. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - PEDIDO FORMULADO EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO - PEDIDO QUE RESTARÁ PREJUDICADO QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO - PRELIMINAR REJEITADA - ROUBO MAJORADO - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO-RECONHECIMENTO - CO-AUTORIA - DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO - DECOTE DE MAJORANTES - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO SEM SUPORTE JURÍDICO - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - AUSÊNCIA DE PROVAS - NÃO-

RECONHECIMENTO - RECURSOS IMPROVIDOS. Não cabe apreciar, em preliminar de apelação, a concessão de liberdade provisória para recorrer, uma vez que o pedido encontrar-se-á prejudicado quando do julgamento do recurso. Sendo o apelante co-autor, já que possuía domínio funcional sobre os fatos, não é possível o reconhecimento da causa de diminuição de pena pela participação de menor importância, que só é aplicável ao partícipe. Se todas as majorantes restaram efetivamente comprovadas, não cabe decotá-las pela simples argumentação de que prejudicam a situação do réu. *A exculpante da coação moral irresistível deve ser cabalmente demonstrada pela defesa, não bastando, para tanto, meras alegações, sob pena de se coroar a impunidade.* Fica afastada qualquer hipótese de coação, seja ela irresistível ou resistível, diante das provas de que o apelante foi autor intelectual do crime. Preliminar rejeitada e recursos improvidos. REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. (Processo nº 1.0433.05.147505-4/001(1) – Data de Publicação: 02/06/2006 – Relator: HÉLCIO VALENTIM, grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO INTERIOR DE CADEIA PÚBLICA – RECURSO DEFENSIVO – EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – IMPROCEDÊNCIA – AMEALHAS À INTEGRIDADE DO APELANTE E DE SUA FAMÍLIA NÃO DEMONSTRADAS – ÔNUS DA DEFESA – INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PEDIDO DE DECOTE DA MAJORANTE DISPOSTA NO ART. 18, IV, DA LEI 6.368/76 – AUSÊNCIA DE VÍRGULA ENTRE AS EXPRESSÕES ‘DE LOCAIS DE TRABALHO COLETIVO’ E ‘DE ESTABELECIMENTOS PENAI’, O QUE AS TORNARIA INTRINSECAMENTE VINCULADAS – ERRO MATERIAL NA PUBLICAÇÃO DA LEI JÁ CORRIGIDO – ‘MENS LEGIS’ DO ESTATUTO QUE IMPEDE INTERPRETAÇÃO REDUCIONISTA – DECOTE DA REINCLUIÇÃO – REGIME INTEGRALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA – ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 – SÚMULA Nº 698 DO STF E 46, DESTA CORTE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL. (Processo nº: 1.0647.00.012599-5/001(1) Data de Publicação: 08/04/2005 Relatora: MÁRCIA MILANEZ, grifo nosso).

PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO DE TÓXICOS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PROVAS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO - TESTEMUNHOS - MEIO DE PROVA VÁLIDO - AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA - CONDENAÇÃO - PRÁTICA MERCANTIL - CONCURSO DE PESSOAS NO TRÁFICO DE DROGAS - COMPROVAÇÃO SATISFATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AO CASO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART 33 DA LEI 11.343/06 - GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEFERIDA - ISENÇÃO DE PAGAMENTO NEGADA - RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE. 1 - Para a condenação do acusado, basta apenas à existência de um quadro suficiente de indícios, todos harmônicos e convergentes a configurar a sua culpa, não podendo ser acatada a incomprovada tese de coação moral irresistível. 2 - Quando resta suficientemente demonstradas tanto a propriedade quanto destinação que seria dada à droga apreendida, fica comprovado o delito de tráfico de drogas. 3 - Para ser reconhecida a associação prevista no art. 35 da Lei 11.343/06, basta que tenha sido comprovada uma significativa e concreta estabilidade e permanência de designios entre os acusados, ao intento de comercializarem drogas ilegais. 4 - Fica vedada a incidência ao caso do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, causa de diminuição da pena, nos casos em que após a análise dos requisitos objetivos e subjetivos do caso concreto, o resultado final demonstrar não se recomendável a sua aplicação. 5 - Não é inconstitucional a vedação da conversão das penas privativas em restritivas de direito prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, já que não se pode confundir a vedação de substituição da pena com a possibilidade de progressão do regime. Este último é que se liga ao princípio da individualização da pena, e caso não fosse possível à progressão de regime é que seria este dispositivo da lei inconstitucional. 6 - O condenado, ainda que pobre no sentido legal, não pode ser isentado do pagamento das custas processuais, que constituem consequência da condenação. Porém, a questão da isenção é matéria a ser discutida e decidida posteriormente, em sede de execução penal DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS (Processo nº: 1.0000.00.338324-7/000(1) – Data de Publicação: 02/12/2008 – Relator: DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS, grifo nosso).

Diante disso, torna-se inviável a concessão da liberdade provisória, visto que a nova legislação de tóxicos, Lei nº 11.343/06, em seu artigo 44, explicitamente, proibiu a concessão de tal benefício aos delitos previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37.

E, não obstante a inovação trazida pela Lei nº 11.464/07, que, alterando o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, revogou a proibição à liberdade provisória nos crimes hediondos e nos a eles equiparados, subsiste a vedação legal prevista no artigo 44 da Nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), em face do princípio da especialidade, conforme entendimento majoritário do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:

‘HABEAS CORPUS’ - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao apelado que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. *Habeas corpus* denegado. (*Habeas Corpus* nº 1.0000.07.453995-8/000

- Comarca de Juiz de Fora - Apelada(s): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Morais).

Nesse diapasão é o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, corroborando com anteriores decisões do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou que a Lei n.º 11.464/07 não teve o condão de revogar os dispositivos constantes na atual Lei Antidrogas. Vejamos:

Informativo STF n. 499 - 02 de abril de 2008: Liberdade Provisória: Lei 11.464/2007 e Tráfico de Drogas – 3 -Considerou-se que a inafiançabilidade imposta ao delito imputado ao apelada bastaria para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante a alteração efetuada pela Lei 11.464/2007 que, mantendo a vedação de fiança, somente retirara uma redundância contida no texto originário do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. Ressaltou-se que esta Corte possui orientação consolidada no sentido de que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos e assemelhados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição à legislação ordinária. Dessa forma, por maiores razões, incabível esse benefício aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Ademais, enfatizou-se que a Lei 11.464/2007 não alcançaria os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas que, ao tempo da sua entrada em vigor, já contava com disciplina específica a respeito (Lei 11.343/2006: 'Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.'). Assim, reputou-se que a Lei 11.464/2007 não poderia modificar a disciplina que, quando do seu advento, já constava de lei especial, aplicável à espécie. Por fim, rejeitou-se a proposta de concessão de *habeas corpus* de ofício para que o apelada progredisse de regime prisional, porquanto ainda pendente de apreciação recurso da acusação que, se provido, majoraria a pena a período superior ao tempo em que custodiado o apelada. Atentou-se para o fato de que este fora preso em flagrante quando vigente a Lei 11.343/2006, que passou a exigir, na hipótese, o cumprimento de, pelo menos, 2/5 da pena para a progressão. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, de ofício, para que o juízo de primeiro grau analisasse as condições, visando à progressão de regime de cumprimento da pena. HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008. (HC-93302).

Nesse sentido já se encontra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (art. 44 da Lei nº 11.343/06). DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. *Recente precedente do eg. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor, em consonância com anteriores julgados do eg. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita*. (Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ. J. 15/04/2008, grifo nosso).

Ademais, *in casu*, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Denota-se imperiosa a necessidade da manutenção da prisão de Michel como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva.

Sobre a questão, ensina o renomado processualista Eugênio Pacelli de Oliveira:

Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidades das instituições públicas pode servir de fundamento idóneo para fins de decretação de prisão cautelar; considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Brito (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Brito). Em outra oportunidade, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (tráfico de drogas). Conferir STF – HC 89.525.5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.03.2007). (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.436/433, grifo nosso).

Também nesse sentido:

TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida (JTACRESP 45/58).

Por fim, verifica-se que o requerente não trouxe aos autos qualquer documento hábil a comprovar residência fixa, nem qualquer ocupação lícita, demonstrando não haver vínculos nesta comarca, o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido:

'Habeas Corpus'. Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão [...] *'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'* [...] Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(s): Celso Morais Silva - Coator(es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.

Por derradeiro, deve a prisão de Fulano ser mantida para garantia da aplicação da lei penal, não havendo certeza quanto ao seu verdadeiro endereço.

Assim, o direito líquido e certo do impetrante decorre de evidente desrespeito aos ditames legais, posto que, conceder-se, como ocorreu, a liberdade provisória a indiciado por tráfico de drogas consiste em flagrante desrespeito à norma existente, qual seja, o artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006.

5 - Do *Fumus Boni Juris* e do *Periculum in mora*

O '*fumus boni juris*' se faz presente, tanto que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido reiteradamente que, através de mandado de segurança, se busque dar efeito suspensivo a recursos que, por lei, só tenham efeito devolutivo.

Do mesmo modo, apresenta-se evidente o '*periculum in mora*', eis que caso não haja feito suspensivo, até o efetivo julgamento do recurso em sentido estrito, Firmino poderá, em liberdade, aproveitando-se da oportunidade que lhe foi concedida indevidamente, praticar outros delitos e acabar retirando a paz e a tranqüilidade de inúmeras famílias de bem.

É por isso que a lei, amparada pela Constituição Federal, presume a periculosidade dos traficantes de drogas, sendo certo que, na maioria das vezes, em liberdade, as pessoas envolvidas em delitos desse tipo, além de estarem sujeitos à reincidência, tudo fazem para fugir da responsabilização criminal.

Assim, permitir a Fulano que aguarde em liberdade o resultado do Recurso em Sentido Estrito é assumir o risco de vê-lo voltar ao submundo do crime, o que não se pode admitir.

Diante do exposto encontra-se presente o perigo da demora, justificador da segurança, em razão da probabilidade de dano irreparável decorrente da demora normal de apreciação do recurso do Ministério Público.

6 - Do Pedido

Ante todo o exposto, com especial destaque à ilegalidade da concessão do direito da liberdade provisória a Sicrano de Tal, requer que, com a concessão de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito do Ministério Público, venha a ser cancelado o referido benefício ilegalmente concedido.

7 - Da Liminar

Deflui de tudo o que foi exposto serem relevantes os motivos do presente Mandado de Segurança, impondo-se a concessão de LIMINAR, para retorno do autuado Fulano de Tal ao estabelecimento prisional onde estava recolhido, sem o que, o presente mandado terá o seu objeto prejudicado até ser definitivamente julgado.

Por derradeiro, requer o impetrante a notificação da douta autoridade, dita coatora, consoante estabelece o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009, bem como que dê ciência do feito à presidência do e. Tribunal de Justiça (art. 7º, inciso II, da Lei n.º 12.016/2009), além da intimação da respeitável defesa do autuado,

na condição de litisconsorte passivo necessário, prosseguindo-se até final confirmação definitiva da liminar e deferimento da segurança.

Acompanham o presente Mandado de Segurança as seguintes peças, todas em cópias:

Cópia dos autos da Liberdade Provisória;

Cópia do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público.

Nestes termos

Pede deferimento

Local, data.

JORGE TOBIAS DE SOUZA

Promotor de Justiça

3.1.5 - PEDIDO DE RETORNO PARA DELEGACIA DE POLÍCIA PARA CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIAS NO CASO DE INQUÉRITO POLICIAL EM QUE O INDCIADO ESTEJA PRESO

Preliminarmente, não se pode olvidar que, nos termos do art. 51, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, o prazo de 30 (trinta) dias para conclusão do inquérito policial em que o indiciado está preso pode ser duplicado pelo Juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária. Não obstante não existir previsão legal de outra possibilidade de prorrogação de prazo, não se pode olvidar que o excesso de prazo para formação da culpa deve ser contado de forma global. Nesse sentido, o escólio pretoriano:

'HABEAS CORPUS' – PRISÃO PREVENTIVA – PRESUPOSTOS – GRAVIDADE DO CRIME – CABIMENTO – EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – ANÁLISE – Inexiste constrangimento ilegal na decisão que decreta prisão preventiva em casos de delitos considerados violentos, cometidos supostamente por quadrilha armada, a causar efetivamente clamor público perante a sociedade local. *O prazo determinado pela Lei Processual para conclusão da instrução na hipótese de réu preso deverá ser contado de forma global e não individualmente, em cada fase do procedimento.* A análise de eventual incompetência do juízo não prescinde de incidente próprio, por via de oposição de exceção, não cabendo sua apreciação em sede de *Habeas Corpus*. Ordem que se denega (TJMG – HC 000.308.811-9/00 – 1ª C. Crim. – Rel. Des. Tibagy Salles – j. 05-11-2002, grifo nosso).

Nesse diapasão, o Promotor de Justiça pode, em casos excepcionais, requerer o retorno dos autos à delegacia de polícia, mesmo que decorrido o prazo de 30 (trinta) dias ou de 60 (sessenta) dias, para que seja cumprida diligência fundamental para o ajuizamento da ação penal. Logicamente, tal pedido de diligência deve ter seu lapso temporal calculado de forma que, até o seu retorno, não venha a ser extrapolado o prazo global para formação da culpa (computando-se, inclusive, a necessidade de sobrar tempo para os prazos a serem dados para o investigado apresentar a defesa prévia e um mínimo de tempo para que o magistrado possa receber a denúncia e designar a AIJ), sob pena de redundar em constrangimento ilegal.

3.1.6 - DO PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA

O egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais estabeleceu o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para conclusão do processo. Nesse sentido a jurisprudência:

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA

INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 'A Nova Lei de Tóxicos, de n. 11.343/06, ampliou o prazo para o término da instrução criminal, que pode compor pelo menos 180 dias, mormente nos grandes centros urbanos. Precedentes'. (TJMG - HC 1.0000.07.451924-0/000 - Rel. Desª. Márcia Milanez - DJMG 17.04.2007).

'HABEAS CORPUS' - TRÁFICO - PRAZO DE 180 DIAS PARA A FORMAÇÃO DA CULPA - LEI 11.343/06 - EXCESSO INEXISTENTE. Na atual legislação antidrogas o crime de tráfico apresenta prazo de 180 dias para a formação da culpa. Ordem denegada. (TJMG - HC 1.0000.07.452702-9/000 - Rel. Des. Judimar Biber - DJMG 15.05.2007).

'HABEAS CORPUS' - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - A nova lei de tóxicos, de nº 11.343/06, ampliou o prazo para o término da instrução criminal, que pode compor pelo menos 180 dias. (TJMG - HC 1.0000.07.453718-4/000 - Rel. Des. José Antonino Baía Borges - DJMG 06.06.2007).

3.1.7 - A HOMOLOGAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

O art. 50 da Lei nº 11.343/2006 estabelece que, ocorrendo a prisão em flagrante delito, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. Assim, pergunta-se: em que momento se dá a homologação da prisão em flagrante delito? Seria antes ou depois da manifestação do Ministério Público?

A respeito de tal questão, o Juiz Federal Zenildo Bodnar assim se manifestou:

Uma questão que pode suscitar controvérsias na interpretação do dispositivo legal supracitado é se é necessária a oitiva prévia do Ministério Público como condição para a homologação ou o relaxamento da prisão em flagrante. Isso em função de o art. 52 estabelecer que do auto de prisão em flagrante delito será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. Pela análise sistemática e teleológica da norma antes referida e principalmente buscando adequá-la à melhor interpretação constitucional, tem-se que a decisão judicial acerca da homologação ou do relaxamento do flagrante deverá ser proferida antes da vista dos autos ao Ministério Público para que sejam assegurados em plenitude e com brevidade necessária às garantias constitucionais do acusado. Essa interpretação deve prevalecer tendo em vista que entre o direito da acusação de ter vista dos autos para eventualmente resguardar a efetividade da jurisdição e os direitos fundamentais da pessoa humana acusada (dignidade humana, não consideração prévia de culpabilidade, liberdade provi-

sória, dentre outras), estes devem ser prestigiados. Ademais, a manifestação opinativa do Ministério Público, apenas com base nos elementos probatórios constantes na comunicação do flagrante, não irá alterar o quadro fático existente. Também nada impede que após o relaxamento do flagrante seja determinada a prisão preventiva do investigado quando esta for realmente necessária.⁵⁵

O fato de a homologação pelo Magistrado se dar antes da manifestação ministerial não causa nenhum prejuízo, seja ao atuado, seja à atuação do titular da ação penal. Caso o Promotor de Justiça entenda que o tipo não se enquadra na tipificação provisória dada pela autoridade policial em sua manifestação, poderá requerer o relaxamento da prisão, restando ao Magistrado a opção de concordar com o ato ou remeter os autos, com as razões de sua discordância, para o Procurador Geral de Justiça, fazendo analogia ao art. 28 do CPP. No caso de o Magistrado ter relaxado a prisão por entendê-la arbitrária, caso o Promotor de Justiça discorde de tal posicionamento, poderá ajuizar o recurso em sentido estrito (art. 581, inciso V, do CPP) e o mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

Cabe ressaltar que a comunicação da prisão diretamente ao Ministério Público já era estabelecida no art. 10 da Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993.

3.1.8 - O TESTEMUNHO NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS

O delito de tráfico de drogas por ser perpetrado de forma clandestina, ou seja, longe dos olhares da população de uma forma geral, e com o máximo de discrição, torna quase impossível a uma pessoa do povo assistir a sua prática. Além disso, quando ocorre em aglomerados, as pessoas que ali residem não querem tomar partido, pois testemunhar contra um traficante de drogas, na maioria das vezes, redundará em retaliação por parte de tais criminosos que são capazes de matar só para mostrar o seu poderio na localidade. Por sua vez, quando o tráfico de drogas é cometido no interior de uma boate, a maioria das pessoas próximas ao traficante de droga ou são consumidores do mesmo ou estão no local para se divertir ou a trabalho, sendo certo que qualquer dessas condições é um obstáculo para a polícia conseguir arrolá-las como testemunhas. Quem trabalha teme porque é facilmente localizável; já quem ali está a passeio não tem interesse em largar seu lazer para se envolver numa questão que só lhe trará dissabores. A dificuldade é tanta para se conseguir o apoio popular para combater tal prática ilícita que o Estado se viu forçado a criar os denominados disque-denúncias, que garantem o anonimato de toda pessoa que quiser delatar tal

prática criminosa, sem incorrer em risco para sua própria vida. O jornal Estado de Minas, em uma reportagem de 9 de julho de 2008, salientou a importância de tal iniciativa governamental, divulgando que, apenas nos 6 (seis) primeiros meses de 2008, o *Disque-Denúncia Unificado* (181) recebeu 13.334 denúncias de tráfico de drogas. Tal empenho da população em ajudar a combater a violência na Região Metropolitana de Belo Horizonte começou a render os primeiros resultados, já que o balanço do serviço Disque-Denúncia Unificado (181) mostrou que, nos seis primeiros meses do ano de 2008, as informações passadas por moradores levaram à prisão de 1.133 pessoas, além da apreensão de 1.546 quilos de drogas, 282 armas de fogo e 12 mil munições. Quanto à validade das denúncias anônimas para encetar diligências policiais, a jurisprudência pátria:

A denúncia anônima não é ato ilícito, sendo incapaz de viciar a investigação criminal, encontrando amplo fundamento constitucional, por visar a preservação da ordem pública e garantir, paralelamente, a incolumidade dos denunciadores, ambos objetivos fundamentais de todo o sistema da segurança pública previsto na Constituição Federal (art. 144, caput). APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.765340-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): PEDRO HENRIQUE PEREIRA DA CRUZ - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ADILSON LAMOUNIER

Denúncia anônima não é inconstitucional nem, tampouco, causa de nulidade do processo criminal. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.05.703012-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): EDMAR MARQUES SOARES PRIMEIRO(A)(S), MAURIZETE MARCIANO SEGUNDO(A)(S), ELIANA PIMENTA MARCIANO SEGUNDO(A)(S) - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DENÚNCIA ANÔNIMA. CONSTITUCIONALIDADE - DEPOIMENTO DE POLICIAIS - VALIDADE - AUTORIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA NO MÍNIMO - SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA - VEDAÇÃO LEGAL. - O dispositivo constitucional que veda o anonimato não se aplica à hipótese de denúncia anônima, essencial à apuração de delitos graves como o tráfico de drogas, corriqueiramente praticado na clandestinidade.[...] (nº 1.0024.07.673244-5/001(1)-Rel. ELI LUCAS DE MENDONÇA - Data julgamento: 30/07/2008 - Data da publicação: 20/08/2008).

Assim, constata-se que as pessoas têm medo de se envolver diretamente em tais ocorrências policiais, sendo que tal realidade é reconhecida pelos tribunais de Justiça de todo o Brasil. Nesse sentido, o escólio pretoriano:

⁵⁵ GOMES, Abel Fernandes et al. *Nova Lei Antidrogas: Teoria, Crítica e Comentários à Lei n.º 11343/06*. 1. ed. Niterói: Impetus. p.173-174.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PROVA – TESTEMUNHAS NÃO INTEGRANTES DA EQUIPE POLICIAL – *DIFICULDADE DE RECRUTÁ-LA FACE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS HOSTIS DO NARCOTRÁFICO* – CREDIBILIDADE AO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS ATUANTES NA OCORRÊNCIA – *Por demais notório e a ninguém é dado ignorar, que onde grassa o submundo do narcotráfico, dificilmente se encontrará alguém insuspeito e disposto a incriminar com seu testemunho traficantes ou usuários. Impera no ambiente a lei do silêncio, via de regra todos a assumirem a clássica postura dos três macaquinhos: não vi, não ouvi, não falei.* (TJSP – ACr 278.033-3 – São Paulo – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Gonçalves Nogueira – J. 09.11.1999 – v.u., grifo nosso).

TRÁFICO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - DISPENSABILIDADE DE PROVA DE ATOS DE COMÉRCIO - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA DIVIDIDA E PREPARADA PARA A DISTRIBUIÇÃO - *DENÚNCIA ANÔNIMA - DEMAIS INDÍCIOS*. É inquestionável a existência do tráfico, se o réu é flagrado atirando para longe sacola contendo onze invólucros contendo maconha, devidamente preparadas para a distribuição, *sendo válido o depoimento dos policiais conforme interativas decisões do Supremo Tribunal Federal, mormente porque a prova da mercancia não se faz apenas de maneira direta, mas, também, por indícios que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção, a exemplo de denúncia anônima*, incompatibilidade da condição financeira com a aquisição da droga, da existência de denúncia anônima e da razoável quantidade de droga apreendida em poder do réu em plena via pública. Recurso não provido. (TJMG. ACr. 1.0024.08.979931-6/001. 1ª Cam. Crim. Rel. JUDIMAR BIBER. J. 16/01/2009, grifo nosso).

EMENTA: TÓXICOS - TRÁFICO - PROVA - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - CRITÉRIOS ESPECIAIS DA PENA DE MULTA - É iterativa a jurisprudência de nossos tribunais no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. - Recurso conhecido e parcialmente provido. Não é de estranhar a inexistência de testemunhas civis sobre a ação dos agentes da autoridade dentro da casa da apelante e, em particular, sobre sua atividade criminosa. Ninguém desconhece que em diligências policiais realizadas em favelas para a prevenção e repressão ao tráfico de drogas, dificilmente os agentes da autoridade contam com a boa vontade dos moradores para testemunhar a prisão de traficantes. O que prevalece nesses locais, infelizmente, é a lei do silêncio ditada pelos mais perigosos marginais. E quem ousar desobedecê-los sabe que a retaliação vem a galope. E como a maioria da população é de gente humilde, pobre, trabalhador braçal, não tendo nenhuma condição de abando-

nar o local, acaba se submetendo a tantos constrangimentos. No caso específico, não há porque descrever dos testemunhos dos policiais militares participantes da diligência, ainda mais se a defesa não contraditou os seus depoimentos e nem trouxe aos autos nenhum elemento sério capaz de invalidar os seus relatos. Atualmente é iterativa a jurisprudência dos nossos tribunais no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional. (Número do processo: 1.0024.04.356868-2/001(1) Numeração Única: 3568682-48.2004.8.13.0024 Relator: GUDESTEU BIBER Relator do Acórdão: GUDESTEU BIBER Data do Julgamento: 16/11/2004 Data da Publicação: 19/11/2004 Inteiro Teor, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, é o voto prolatado com muita propriedade pelo ilustre Desembargador do TJMG Alexandre Victor de Carvalho:

A defesa questiona o fato de testemunhas civis, moradores da região, não terem sido arroladas. É notório que aqueles que vivem em regiões em que prevalece o tráfico de drogas sentem-se, e efetivamente são, atormentados pela atividade ilícita e seus agentes. Não se espera, para a condenação de réus pelo delito em apreço, que moradores do local venham em juízo afirmar que conhecem a condição de traficante e que presenciam a circulação de drogas atribuídas a um ou outro. (Número do processo: 1.0024.08.996943-0/001(1) Numeração Única: 9969430-68.2008.8.13.0024 Precisão: 6 Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Data do Julgamento: 15/12/2009. Data da Publicação: 27/01/2010).

Nesse diapasão, como resolver tal questão? Seria correto deixar impune os traficantes de droga em razão da denominada “Lei do Silêncio”, que foi criada pelos próprios malfeitores? A jurisprudência pátria, ao reconhecer tal situação, conforme mostrado alhures, passou a basear suas decisões nas principais testemunhas dos fatos, sendo, talvez, essas as únicas que ainda não se curvaram às ameaças do crime organizado, no caso, os policiais que atuaram na abordagem e prisão de tais criminosos. Nota-se que tais testemunhas compareceram no local preocupadas em notar detalhes, já que foram treinadas para coibir uma prática criminosa cuja principal característica é a maneira discreta como é perpetrada. Ademais, não existe razão plausível para desmerecer seus depoimentos, já que fugiria à razoabilidade o Estado dotar seus agentes de meios para garantir a ordem pública e, quando estes viessem prestar contas de seus serviços, não fossem valoradas suas declarações como ocorre com qualquer outra testemunha. A respeito da importância do depoimento dos policiais, assim tem se manifestado a jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CRIMINAL – TÓXICO – TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO IMPOSSIBILIDADE – DELAÇÃO DE

CO-RÉU – Valor probante reconhecido, eis que em consonância com os demais elementos de convicção. Depoimento de policial. Validade. Para que se desconsidere o testemunho policial é necessário demonstrar algum interesse por parte do mesmo no deslinde da investigação, ou que não se coaduna com o restante do acervo probatório. Autoria e materialidade comprovadas condenação mantida. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Cabimento, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP. Recurso parcialmente provido. (TJMG – ACr 000.250.405-8/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Sérgio Resende – J. 22.11.2001, grifo nosso).

EMENTA - TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE PROVA TESTEMUNHAL - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - CORROBORAÇÃO POR DELAÇÕES DE USUÁRIAS - INDÍCIOS VEEMENTES - DENÚNCIAS ANÔNIMAS. *É torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, principalmente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional. Se não demonstrado seu interesse direto na condenação do réu, têm eles o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram, mormente se suas palavras encontram respaldo nas delações de usuárias e demais provas colhidas nos autos.* - DECLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - AGENTE PRESO EM FLAGRANTE COM 10 (DEZ) PEDRAS DE CRACK e 06 (SEIS) BUCHAS DE MACONHA - DELITO CARACTERIZADO. Inadmissível o pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei Federal 11.343/2006, quando o volume de droga é incompatível com a destinação declinada e os elementos indiciários coligidos com as provas existentes não sustentam o uso próprio, mormente quando haja notícia de que o réu estaria se dedicando à atividade de tráfico e já foi condenado pelo mesmo ilícito. Recurso não provido. (Nº 1.0079.08.426993-9/001(1) – Rel.: JUDIMAR BIBER – Data do julgamento: 28/04/2009 – Data da publicação: 27/05/2009).

EMENTA: TÓXICOS - TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO OU DECLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO - Impossibilidade - Materialidade e autoria cabalmente comprovadas - Testemunhos policiais firmes e coesos, corroborados pelos demais elementos de convicção reunidos, em oposição às inconsistentes e contraditórias negativas dos apelantes - Prevalência daqueles - REPRIMENDA - Pequeno reparo - Causa especial de aumento prevista no artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 - Neófito Lei de Tóxicos (nº 11.343/2006), que entrou em vigor na data de 09 de outubro de 2006, e que revogou o dispositivo citado - Decote - Necessidade - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - Integralmente fechado - Inadmissibilidade - Recente decisão da Excelsa Corte - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS Impossibilidade. 1) *Em tema de comércio clandestino de drogas, os depoimentos dos milicianos*

que efetuaram a diligência têm plena validade e devem ser recebidos sem nenhum preconceito, sobretudo quando contra os quais nada se arguiu para invalidar as informações prestadas, aliados às inconsistentes e contraditórias declarações dos réus. 2) Não tendo a novel Lei de Tóxicos previsto a majorante da associação eventual para o tráfico, o dispositivo, por ser mais benigno aos réus, possui aplicação imediata, como reza o art. 2º do Código Penal 'Novatio legis in mellius'. 3) O Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento recente, quando do julgamento do HC nº 82.959-7/SP, Relator o Min. MARCO AURÉLIO, entendeu inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, permitindo a progressão nos delitos hediondos ou a eles equiparados. 4) A jurisprudência ainda predominante nos nossos tribunais é no sentido de que a Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98) não se aplica aos condenados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, especialmente aos traficantes de drogas, sendo certo que o recente precedente da Excelsa Corte, viabilizando a progressão de regime prisional em casos análogos, não se manifestou expressamente a respeito do assunto. Recursos conhecidos e parcialmente providos, rejeitada a preliminar. (Nº 1.0024.01.590217-4/002(1)-Rel: GUDESTEU BIBER. Data publicação: 04/05/2007, grifo nosso).

EMENTA: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PENA EXACERBADA - CONFISSÃO RETRATADA - RECONHECIMENTO - MAJORANTE – 'NOVATIO LEGIS' - ADEQUAÇÃO - REGIME INICIALMENTE FECHADO - POSSIBILIDADE. 1. Restando comprovada a autoria e materialidade, a condenação é medida que se impõe, ficando prejudicada a pretensão absolutória. 2. *O depoimento de policiais, não contraditados ou desqualificados, e não destoantes das demais provas dos autos, tem o mesmo valor probante de qualquer outro depoimento, ainda mais quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório.* (TJMG – ACr 1.0525.06.083767-7/001– 3ª C.Crim. – Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos – J. 24.07.2007, grifo nosso).

Lado outro, é normal que os depoimentos dos milicianos apresentem pequenas divergências, haja vista o decorso do tempo e a quantidade de abordagens semelhantes por estes realizadas. Assim, tal fato é aceitável, principalmente porque não chega a afetar a essência dos depoimentos. Nesse sentido:

O testemunho dos policiais que efetuaram a prisão do réu é válido, ainda mais quando coadunados com os elementos de prova coligidos. Pequenas divergências nos depoimentos dos policiais são perfeitamente compreensíveis e, desde que não afetem a essência do que contém, não elidem a robusta prova condenatória. O revólver calibre 32 não é considerado arma de uso proibido ou restrito. Exclusão do § 2º, do art. 10 da Lei nº 9.437/97. Inviável a condenação nas disposições do inciso IV do § 3º do art. 10 da Lei do Porte de Arma, se o

fato descrito na denúncia é de que a numeração da arma estava raspada (inciso I do § 3º), o que não foi comprovado pela perícia, e não o fato de ser o réu reincidente. Providência do art. 383 do CPP que não foi tomada. Recurso provido parcialmente para condenar o apelante no caput do art. 10 da Lei nº 9.437/97, mantidas as demais cominações da sentença. (Apelação Criminal nº 00.002128-8, 1ª Câmara Criminal do TJSC, Capital, Rel. Des. Genésio Noll. j. 21.03.2000).

O mesmo raciocínio é válido no caso de depoimentos de agentes penitenciários, quando o tráfico de drogas é perpetrado no interior de grandes complexos carcerários, sendo que, em tais situações, existe mais uma circunstância que impede aos demais detentos de deporem contra tais criminosos; o fato de grandes organizações criminosas, apesar do forte combate estatal, dominarem tais ambientes. O delator de um 'companheiro' certamente será um homem morto, não adiantando nenhuma promessa por parte da autoridade constituída, até porque a figura da autoridade não goza de simpatia alguma por parte daqueles que estão encarcerados. A respeito da importância do depoimento dos agentes penitenciários, assim tem se manifestado a jurisprudência pátria:

TJRJ-006450. SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - DEPÓSITO - PRISÃO EM FLAGRANTE - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA - AGENTE PENITENCIÁRIO - DEPOIMENTO VALIDADE - RECURSO DESPROVIDO - AÇÃO PENAL. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. NULIDADES INEXISTENTES. GUARDA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DEPOIMENTO DAS AGENTES PENITENCIÁRIAS. AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ART. 18, IV, DA MESMA LEI. [...] Assim, embora não demonstrada a comercialização da erva, o fato é tipificado no art. 12, da Lei nº 6.368/76, na modalidade de guarda. *O depoimento das agentes penitenciárias merece crédito na medida em que são coerentes, precisos e se adequam aos fatos descritos na denúncia, não havendo motivo para duvidar da veracidade do que narram.* A presunção de inidoneidade dos depoimentos policiais, de forma genérica, é inadmissível, invertendo a ótica de se acreditar nos presos, sempre perseguidos pelo sistema desprezando as Autoridades. [...] (Apelação Criminal nº 2001.050.00943, 7ª Câmara Criminal do TJRJ, Rel. Des. Paulo Cesar Salomao. j. 27.06.2001).

TJRS-022163. APELAÇÃO. CRIME. POSSE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. Acusado flagrado portando um pacotinho contendo 0,76 g de *cannabis sativa* dentro do pátio do estabelecimento em que estava encarcerado. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TESTEMUNHAS. RELATOS UNIFORMES, COERENTES E CONCORDANTES ENTRE SI. *Credibilidade das palavras dos policiais militares e do agente penitenciário que presenciaram o momento em que o réu se desfez da embalagem com droga. Não são impedidos de depor e não se verifica nos autos tivessem algum motivo para incriminar falsamente o denunciado.* [...] (Apelação Crime nº 699460903, 2ª Câmara Criminal do TJRS, Santo Antônio da Pa-

trilha, Rel. Des. Antônio Carlos Netto de Manguabeira. j. 21.09.2000).

AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA. 1- *Ao testemunho de agentes policiais ou penitenciários deve ser dada a mesma credibilidade que se dá aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas, desde que estejam em consonância com os demais elementos probantes existentes no processo. A aceitabilidade de seu testemunho está, também, ligada, com ou sem restrições ou reservas, à presunção do cumprimento do dever.* 2- A Lei 11.343/2006 reduziu à fração de 1/6 o aumento mínimo e à de 2/3 o aumento máximo de pena pela circunstância de haver a infração sido cometida nas dependências de estabelecimento prisional (art. 40 da Lei Antitóxico). De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores. PENA - REINCIDÊNCIA - SUA CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E TAMBÉM COMO AGRAVANTE - MANIFESTO 'BIS IN IDEM' - OPORTUNIDADE DE ADEQUAÇÃO DA PENA, E NÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. - A consideração da reincidência como maus antecedentes na fixação da pena-base e sua nova consideração, a seguir, como circunstância agravante, implicam evidente 'bis in idem', apenando duplamente o réu, porque o reincidente, pelo simples fato de sê-lo, já é, por óbvio, portador de maus antecedentes. Todavia, não se decreta a nulidade da sentença em decorrência desse 'bis in idem', bastando, para evitá-lo, proceda-se à adequação da pena, reduzindo-a na devida proporção. REGIME PRISIONAL - TRÁFICO - IMPOSIÇÃO DO INTEGRALMENTE FECHADO - ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº. 8.072/90 - SUA ALTERAÇÃO PELA LEI Nº. 11.464/07. 1. Com o advento da Lei nº. 11.464/2007 que alterou o art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90, no que pertine ao regime prisional, se condenado o réu pela prática de crime tido à conta de hediondo ou por infração penal a ele equiparada, passa o regime de cumprimento da respectiva pena a ser o inicialmente fechado. 2. De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores ('lex mitior').(nº 1.0231.05.047572-3/001(1) – Rel.: HYPARCO IMMESI – Data do julgamento: 01/11/2007 – Data da publicação: 11/01/2008, grifo nosso).

Não se pode olvidar, ainda, que é muito comum policiais civis comparecerem nos grandes aglomerados para ouvirem populares e vizinhos a fim de apurar o envolvimento de um investigado com o tráfico de drogas. Tais oitivas são feitas de forma informal e com bastante discricção, sendo que tais pessoas só falam sobre o envolvimento dos investigados com o tráfico de drogas se lhes for garantido o anonimato. O argumento legal para o policial civil manter tais pessoas no anonimato é o art. 5º inciso XIV da Constituição de República "É assegua-

rado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.” Os depoimentos desses policiais civis que compareceram no aglomerado e tiveram a oportunidade de ouvir diversos moradores que lhes confirmaram o envolvimento dos investigados com o tráfico de drogas serve de supedâneo para a condenação quando encontra respaldo nos demais elementos de prova carreados aos autos. Nesse sentido, ao proferir seu voto na apelação criminal nº1.0024.07.589890-8/001, o Desembargador Edival José de Moraes enfatizou a importância das diligências levadas a efeito pelos policiais civis, em especial a realização do estudo da vida pregressa dos acusados, averiguando seu envolvimento com a traficância. Senão vejamos:

Noutro giro, de acordo com a comunicação de serviço de f. 112, que traz um estudo da vida pregressa do acusado, o seu envolvimento com o tráfico de drogas é conhecido há bastante tempo no meio policial, uma vez que já vinha sendo investigado pelo Grupo de Intervenção Estratégica do Programa Fica Vivo, devido a sua liderança negativa e seu envolvimento com o tráfico de entorpecentes na região. Havendo notícias, inclusive, de que o acusado é bastante temido por ameaçar de morte os moradores do aglomerado, caso os mesmos o delatem. Assim, pelo acervo probatório constante dos autos, analisando as condições em que a ação se desenvolveu, a natureza e a quantidade de substâncias apreendidas e as circunstâncias pessoais do acusado, não resta a menor dúvida da prática do crime narrado na denúncia (tráfico ilícito de entorpecentes) pelo recorrente, não se podendo falar em absolvição. APELAÇÃO CRIMINAL Nº - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): DIEGO RODRIGUES CARDOSO - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - CO-RÉU: WANDER ROBSON DE MATOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDIVAL JOSÉ DE MORAIS.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. HABEAS CORPUS CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. JUNÇÃO DE CÓPIA DO ACÓRDÃO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO PEDIDO. PRISÃO PREVENTIVA. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. SENTENÇA QUE MANTÉM A PRISÃO SOB OS MESMOS FUNDAMENTOS DA PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Sobrevindo cópia do acórdão que julgou o 'habeas corpus' interposto junto ao Tribunal a quo, em relação ao qual existia inicialmente apenas a negativa de liminar pelo Desembargador, desde que haja condições, o pedido pode ser conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

É lícito ao Juiz, na sentença que condena, manter a prisão do agente com base nos fundamentos da decisão que determinou a preventiva.

A periculosidade do agente baseada em sua vida pregressa voltada para o crime, noticiando sua má conduta social, constitui motivo para res-

guardar a ordem pública, ante a possibilidade concreta da reiteração criminosa.

Não constitui ilegalidade negar ao réu o direito de recorrer em liberdade se ele permaneceu preso no curso da instrução e, com o advento da sentença, nenhuma causa nova surgiu em seu favor. Ordem denegada. (STJ- T6 Sexta Turma. HC 94510/SC - 2007/0268427-2. Rel. Ministra Jane Silva. 22/04/2008, grifo nosso).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE DELITO COM QUASE DUAS TONELADAS DE MACONHA E QUE OSTENTA PERSONALIDADE DELITIVA, CONSUBSTANCIADA EM CONDENAÇÕES CRIMINAIS TRANSITADAS EM JULGADO E FUGAS DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. PLURALIDADE DE RÉUS PRESOS EM COMARCAS DIVERSAS DO DISTRITO DA CULPA. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS.

A prisão preventiva do paciente restou satisfatoriamente motivada na garantia da ordem pública, pois retrata, com elemento concreto, a necessidade da segregação do réu, porquanto, de sua vida pregressa, denota-se sua periculosidade e personalidade voltada para a prática de crimes.

À luz do princípio da razoabilidade, a dilação instrutória deve-se à complexidade do feito criminal, tendo em vista a pluralidade de réus - todos presos em comarcas distintas do distrito da culpa -, o que, em razão da exigência de expedição de cartas precatórias, demanda a necessidade de alargamento dos prazos para cumprimento das diligências intimatórias.

Precedentes do STJ. Recurso desprovido. (STJ-RHC 17777/SP – T5-Quinta Turma – 2005/0081666-4 - Rel. Ministra Laurita Vaz – 06/09/2005, grifo nosso).

Por fim, outro fator de não pode ser deixado de lado é a atuação de polícias militares à paisana, cujo único objetivo é descobrir onde está se desenvolvendo a prática do tráfico de drogas, a fim de orientar o policiamento ostensivo em sua atuação. Tal atuação não se confunde com investigação, já que é uma atuação prévia que apenas permite a identificação dos criminosos, possibilitando as suas prisões. Tal atuação está dentro da normal atuação da Polícia Militar.

Neste momento, torna-se necessário fazer uma breve digressão com o escopo de esclarecer que a atividade desenvolvida por policiais militares em serviço velado faz parte das atribuições conferidas pela Constituição da República Federativa do Brasil às Polícias Militares estaduais. O art. 144, § 5º, da Constituição Federal, ao tratar das Policiais Militares, assim estabeleceu: “As polícias militares *cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública [...]*”.

Nota-se que a expressão 'polícia ostensiva' está separada da expressão 'preservação da ordem pública'. O constituinte, ao agir dessa forma, teve a intenção de diferenciar as duas expressões, não exigindo da Polícia Militar que, para exercer a sua atividade fim, seus policiais estivessem todo o tempo fardados, ou seja, atuando de forma ostensiva. Isso porque, para bem exercer a atividade de preservação da ordem pública, que veio a substituir a expressão manutenção da ordem pública, na semântica constitucional anterior, ampliando o escopo delineado constitucionalmente para as polícias militares, torna-se necessária a atuação de policiais militares à paisana.

A esse respeito, as sábias palavras do Desembargador do Estado de São Paulo Álvaro Lazarinni:

De outro lado e ainda na exemplificação, às Polícias Militares, instituídas para o exercício da polícia ostensiva e preservação da ordem pública (art. 144, 5º), compete todo o universo policial, que não seja atribuição constitucional prevista para os demais seis órgãos elencados no mesmo art. 144 da Constituição da República vigente.

No tocante à preservação da ordem pública, com efeito, às Polícias Militares não só cabe o exercício de toda atividade policial de segurança pública não atribuída aos demais órgãos.

*A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública engloba inclusive a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de suas greves e outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é verdadeira força pública da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública e, especificamente, da segurança pública. A investigação policial militar preventiva, aliás, é a atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o E. TJSP, pela sua C. 4ª Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, foi salientado que os policiais militares, para que se considerem sempre de serviços são instruídos e treinados e essa é a conduta que deles reclama a sociedade".*⁵⁶ (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, encontra-se o posicionamento da jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Número do processo: 1.0079.07.372040-5/001(1)
Numeração Única: 3720405-41.2007.8.13.0079
Precisão: 10 Relator: JUDIMAR BIBER Data do Julgamento: 23/09/2008 Data da Publicação: 03/10/2008 Ementa: TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO -

IMPOSSIBILIDADE - POLICIAMENTO VELADO - ATOS DE MERCANCIA - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, CORROBORADOS POR OUTROS VEEMENTES ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AUTORIZA A CONDENAÇÃO. Inquestionável a configuração do delito de tráfico se o agente, em atitudes suspeitas, é flagrado por policiais do policiamento velado vendendo 'crack' e recebendo dinheiro trocado em local conhecido como ponto de tráfico, após denúncias anônimas que o apontaram como a pessoa que estaria a traficar no local, sendo torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional, de modo que não demonstrado interesse direto na condenação do réu, têm o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram.

Dessa forma, no tocante à validade do policiamento velado, não se pode olvidar que é de notório conhecimento a legalidade da atuação policial no combate à criminalidade e na preservação da ordem pública, consoante se extrai do art. 144, § 5º, da CF/88.

Nesse diapasão, não se pode esquecer que os depoimentos de policiais militares, quando em harmonia com o bojo probatório contido nos autos, podem e devem ser levados em consideração, já que prestam compromisso legal de dizerem a verdade e são possuidores de fé pública. Nesse sentido:

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/54).

Não se pode presumir, em policiais ouvidos como testemunhas, a intenção de incriminar falsamente o acusado da prática de crime contra a saúde pública na modalidade de tráfico de entorpecente, por asseverarem que a substância tóxica foi encontrada em poder daquele. A presunção, ao contrário, é de idoneidade dessas testemunhas, ainda mais quando seus depoimentos são seguros, precisos e uniformes desde a fase inquisitorial e não há qualquer razão concreta de suspeição (TJSP, RT 614/275).

A reserva natural em relação aos depoimentos policiais não se reveste de caráter absoluto, posto que as informações deles constantes devem ser analisadas em cada caso concreto, à luz do contexto probatório, certo de que não cuida de impedimento legal (TJSP, RT 558/313).

Ademais, quando não foi argüida pela defesa, tempestivamente, suspeição alguma sobre os policiais militares, *com base em provas*, que evidenciassem a existência de qualquer interesse por parte destes na causa em questão, verifica-se não existir motivos concretos para refutar seus depoimentos.

⁵⁶ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.61

Nesse sentido, jurisprudência uníssona do egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo:

“Não basta que seja funcionário da polícia para se ter repudiado como fonte de prova. Aliás, seria contra-senso credenciar o Estado pessoa para a função repressiva e negar-lhe crédito quando dá conta de suas diligências.” (Autoridade Policial. 21.674. TACrimSP, Rel. Silva Leme, JTACrim. 12:335)

Do exposto, nota-se a complexidade que envolve a atuação estatal no combate ao tráfico de drogas, devendo o Estado dispor de todos os meios legais que lhe são possíveis para combater tal chaga social. Não pode o operador do Direito se deixar abater por falsos argumentos no sentido de que somente testemunhas do povo poderiam servir de prova num processo, quando é cediço o efeito devastador que o crime organizado está causando na vida de milhares de pessoas, que querem colaborar em tal luta, mas sem incorrer em risco para suas próprias vidas.

3.1.9 - IMPORTÂNCIA DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E DA DELAÇÃO NOS PROCESSOS ENVOLVENDO TRÁFICO DE DROGAS

Fato muito comum em processos envolvendo tráfico de drogas diz respeito à confissão do acusado no calor dos acontecimentos, ou seja, no momento de sua abordagem, ou diante da autoridade policial, quando de suas declarações prestadas na primeira fase da persecução penal.

Sempre que isso ocorre, é rotineiro o questionamento quanto à sua validade, contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirma a validade de referida confissão, quando corroborada por demais elementos de provas colacionados aos autos. Vejamos:

Número do processo: 1.0024.07.461995-8/001(1)
Numeração Única: 4619958-96.2007.8.13.0024
Acórdão Indexado! Precisão: 11. Relator: JUDIMAR BIBER Data do Julgamento: 05/08/2008
Data da Publicação: 19/08/2008 Ementa: *TRÁFICO - AGENTES PRESOS EM FLAGRANTE, TENDO EM DEPÓSITO, CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE MACONHA, DIVIDIDA EM DOSES UNITÁRIAS, APÓS TEREM SIDO DELATADOS POR DENÚNCIA ANÔNIMA, MOMENTO EM QUE CONFESSARAM A DESTINAÇÃO MERCANTIL DO ENTORPECENTE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. Impossível se falar em absolvição quando os réus são presos em flagrante delito, guardando em sua residência, cerca de noventa e oito gramas de maconha, tendo os mesmos, no momento da apreensão, confessado a destinação mercantil do entorpecente. DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE. É torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime,*

não estão impedidos de depor; pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional. Se não demonstrado seu interesse direto na condenação dos réus, têm eles o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE. Inadmissível o pedido de desclassificação de tráfico para o delito previsto no art. 28 da Lei Federal 11.343/06, quando o réu confessou o tráfico e a retratação não se sustenta em face dos elementos indiciários e as provas existentes, mormente se o volume de maconha apreendida é considerável e os rendimentos do autor são parcos. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PROVA INDICIÁRIA - PREVALÊNCIA. A associação para o tráfico fica patentada pelo fato do conhecimento da condição de traficância regular dos réus, que veio à tona após denúncia anônima, mormente se no momento da apreensão se revele mediana organização no processamento e preparo de grande quantidade de drogas a serem comercializadas. ATENUANTE DA MENORIDADE - APLICAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PENAS-BASE FIXADAS NOS MÍNIMOS LEGAIS PREVISTOS PARA AMBOS OS DELITOS - INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS Nº. 231 DO STJ E 42 DO TJMG - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA PELO ART. 33, § 4º DA NOVA LEI DE TÓXICOS - INAPLICABILIDADE - PARTICIPAÇÃO DOS RÉUS EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. Não incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quando é constatada a participação dos réus em organização criminosa. Recursos a que se nega provimento. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. (grifo nosso)

Número do processo: 1.0079.03.066162-7/001(1)
Numeração Única: 0661627-71.2003.8.13.0079
Precisão: 6 Relator: WILLIAM SILVESTRINI Data do Julgamento: 04/07/2007 Data da Publicação: 02/08/2007 Ementa: *APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - AUTORIA - CONFISSÃO INFORMAL A POLICIAL MILITAR - APREENSÃO DA RES FURTIVA - PALAVRA DAS VÍTIMAS - CONDENAÇÃO - DOSIMETRIA DAS PENAS - REINCIDÊNCIA - AGRAVANTE DECOTADA. Não tem chance absolutória o agente que confessa informalmente a co-autoria criminosa a policiais militares, com quem é apreendida a res furtiva, sendo reconhecido – sem titubear – por duas vítimas. Juridicamente, não há reincidência quando o trânsito em julgado é posterior à data da infração em debate. Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL E ESTENDERAM OS EFEITOS DO JULGADO AO CO-RÉU DORIVAL PEREIRA. (grifo nosso)*

TJMG-004483 TÓXICOS - TRÁFICO - PRISÃO EM FLAGRANTE - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS - VALIDADE - PENA - RÉU PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (grifo nosso)

A confissão extrajudicial é prova suficiente para a condenação se entre ela e os demais elementos

dos autos há compatibilidade e concordância. Sendo o réu primário e sem antecedentes criminais, a pena deve situar-se no mínimo ou próxima do mínimo da cominação legal. (Apelação Criminal nº 90.211/4, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Santa Luzia, Rel. Des. Gudesteu Biber. j. 24.06.1997 – grifo nosso).

Impende registrar, também, que a jurisprudência é uníssona no sentido de que a confissão extrajudicial, corroborada pelo conjunto probatório contido nos autos, prevalece sobre a retratação judicial. Nesse sentido:

EMENTA - TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - POSSE DE ARMA - PROVA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO JUDICIAL DIVORCIADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO - TESTEMUNHO DE AGENTES POLICIAIS - SUA CREDIBILIDADE QUANDO EM HARMONIA COM OS DEMAIS DADOS PROBATÓRIOS - PRESUNÇÃO DO CUMPRIMENTO DO DEVER - CONDENAÇÃO MANTIDA - 1. *A confissão extrajudicial prevalece sobre a retratação judicial, se esta se apresenta em conflito com o conjunto probatório. A jurisprudência é uníssona, quando dá maior credibilidade à confissão extrajudicial do que à retratação em juízo, desde que a primeira esteja em harmonia com as demais provas e circunstâncias dos autos, e a segunda, totalmente inverossímil e em desarmonia com o conjunto probatório.* - 2. Ao testemunho de agentes policiais deve ser dada a mesma credibilidade que se dá aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas, desde que estejam em consonância com os demais elementos probantes existentes no processo. A aceitabilidade de seu testemunho está, também, ligada, com ou sem restrições ou reservas, à presunção do cumprimento do dever. (processo nº 1.0024.06.258452-9/001(1)-Rel.: HYPARCO IMMESI - Data julgamento: 22/11/2007 - Data publicação: 13/02/2008).

Vale ressaltar que igual importância e credibilidade devem ser dispensadas à narrativa do comprador da droga que, sem tentar negar sua prática ilícita, delata o fornecedor traficante. Nesse sentido:

TJMG-005776) TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS QUE CONFIRMA A PRÁTICA DO DELITO - DELAÇÃO PELO CO-RÉU - APREENSÃO DE QUANTIDADE ELEVADA DE MACONHA - FORNECIMENTO DE PEQUENA QUANTIDADE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO APLICAÇÃO. *Merece credibilidade a palavra do co-réu que, sem tentar negar o uso de entorpecentes, delata quem lhe fornece drogas, prestando depoimento coerente com os demais elementos probantes dos autos.* O fornecimento de maconha, ainda que gratuito e em pequena quantidade, enquadra-se no art. 12 da Lei Antitóxicos, mormente se o fornecedor obtive vantagens em troca da droga. (Apelação Criminal nº 117.895/3, 2ª Câmara Criminal do TJMG, Ribeirão das Neves, Rel. Des. Roney Oliveira. j. 22.10.1998, grifo nosso).

EMENTA - TÓXICO - TRÁFICO - FALTA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - NULIDADE INEXISTENTE - DELAÇÃO DE CO-RÉU - VALOR PROBANTE - QUANDO NÃO SE AUTO-ACUSAM - DESPROVIDA DE INTERESSE OU PAIXÃO - HARMONIA E APOIO NA PROVA CIRCUNSTANCIAL. O exame de dependência química, nos termos do art. 19 da Lei Antitóxicos, somente se justifica quando existe a fundada suspeita de ser o réu pessoa cuja higidez psicológica ou psiquiátrica se fez comprometida pelo uso reiterado e imoderado de drogas, o que, 'in casu', não se verificou. *A DELAÇÃO de co-partícipe apontando o comparsa no tráfico ilícito de substância entorpecente pode servir como suporte à condenação, desde que harmônica e coerente com os demais elementos dos autos.* (nº 1.0473.04.005518-7/001(1) – Rel.: PAULO CÉZAR DIAS – Data do julgamento: 13/12/2005 – Data da publicação: 21/02/2006).

3.1.10 - DA GRAVAÇÃO DE IMAGEM E DO SOM AMBIENTAL NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS

O Estado tem lançado mão de todos os meios para combater o crime, sendo certo que uma das últimas novidades é a instalação de câmeras pelos logradouros públicos, o que tem sido alvo de muita polêmica. A gravação ambiental, que tanto pode ser do som como da imagem, ou ambas conjuntamente, deve ser diferenciada quanto a seu aspecto legal em duas situações diversas: a gravação de um local público ou aberto ao público e de um local privado. A esse respeito, os ensinamentos do professor Adalberto José de Camargo Aranha:

Quando a gravação do som ou imagem que é feita em local público ou aberto ao público, não há qualquer divergência possível: trata-se de prova lícita, pois o local é de exposição livre e pública quanto ao som ou a imagem de uma pessoa ou de um acontecimento, sendo que a primeira sabia que estava em um logradouro aberto e de acesso livre, ao menos para certo número de pessoas, ainda que restrito. Aliás, é técnica conhecida usada por portarias de edifícios, por meios de transportes, bancos, supermercados, lojas, etc. e cuja validade nunca se põe em dúvida.⁵⁷

Conforme se deflui, nas filmagens realizadas em locais públicos, não há que se falar em violação dos preceitos constitucionais da intimidade, da vida privada e da imagem.

Como é cediço, são consideradas provas ilícitas as obtidas mediante tortura ou em decorrência de qualquer prática degradante, como a chantagem, constrangimento físico ou moral, ameaças, etc. (art. 5º, III); com violação da intimidade ou privacidade das pessoas (art. 5º, X); com desrespeito à inviola-

⁵⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.293.

bilidade do domicílio (art. 5º, XI); com desrespeito à inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e com violação do direito de propriedade (art. 5º, XXII).

O presente caso não se enquadra em nenhuma das situações supracitadas, visto que a filmagem foi efetuada *em via pública*, razão pela qual não se pode, nem mesmo, alegar a denominada violação a intimidade ou privacidade, isto porque *a filmagem da prática de um crime em via pública independe de prévia autorização judicial*. Na realidade as polícias têm-se utilizado de meios tecnológicos para fornecer ao julgador as provas das práticas delitivas, no que hoje se denomina de atividades de inteligência. A esse respeito, escreveu o Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, Procurador de Justiça de Minas Gerais e Professor de Direito Processual Penal Denilson Feitoza Pacheco:

Quanto à validade das provas obtidas na busca (operação de inteligência), todas as provas obtidas pelas atividades de inteligência em geral e pelas operações de inteligência podem, em princípio, ser utilizadas na investigação criminal, desde que sujeitas às limitações de conteúdo e de forma estabelecidas pela lei processual penal.

Essa possibilidade de utilização decorre do princípio da liberdade probatória do processo penal. Tal aplicabilidade ocorre mais intensamente na fase de investigação criminal, tendo em vista sua finalidade de servir de base à propositura de ações penais e às medidas cautelares pessoais (prisões provisórias, busca apreensão pessoal) e reais (sequestro, arresto, busca-apreensão de coisas etc.). *Assim, uma filmagem com som, feita em público, em que o indiciado declara que irá fugir, inclusive com detalhamento da fuga, servirá para que um juiz criminal decrete sua prisão temporária ou preventiva, conforme o caso, não importando se a filmagem foi feita por uma operação de inteligência ou por uma investigação criminal [...]*. (grifo nosso)⁵⁸

A respeito da desnecessidade de prévia autorização judicial para gravação de imagens em vias públicas, esclarece o Doutor em Direito Processual pela *Universidad Complutense de Madrid* e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Marcelo Batlouni Mendroni:

Ocorrendo o fato em qualquer área pública ou de acesso ao público, a gravação é permissível, pois a própria natureza do local elimina a sua privacidade. Se por outro lado a situação acontecer em local privado em que o agente captador das imagens não estiver autorizado a participar ou ingressar e cuja presença for de desconhecimento das personagens, deverá revestir-se da competen-

*te autorização do poder Judiciário, nos exatos termos da Lei n.º 10271/201, pois neste caso invade a privacidade protegida pela Constituição Federal.*⁵⁹ (grifo nosso)

Insta observar que, por mais de uma vez, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela validade, como prova, de filmagens feitas em via pública. Nesse sentido:

TÓXICOS - TRÁFICO - AGENTES FLAGRADOS POR CÂMERA NO CENTRO DA CIDADE EXERCENDO O COMÉRCIO ILÍCITO - DELITO CARACTERIZADO - PROVA - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - CAUSA DE AUMENTO DO ART.18, III, DA LEI Nº 6.368/76 - REVOGADO PELA NOVA LEI DE TÓXICOS - Inconscusa a prova do art.12, da Lei nº 6.368/76, se os agentes são presos após serem flagrados por câmera instalada pela polícia, em conhecido ponto de tráfico de drogas, no meio da madrugada, guardando 'crack' e trazendo consigo mais de duzentos reais em espécie cuja procedência não souberam explicar. - Os depoimentos dos policiais que atuaram na diligência merecem a mesma credibilidade dos testemunhos em geral. Somente podem ser desprezados se demonstrado, de modo concreto, que agiram sob suspeição. Enquanto isso não ocorra, se não defendem interesse próprio ou escuso, mas, ao contrário, agem em defesa da sociedade, a sua palavra serve como prova suficiente para informar o convencimento do julgador. - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. - Recursos conhecidos e parcialmente providos os da defesa. (TJMG - ACr . 1.0024.05.844310-2/001 (1). Rel. GUDESTEU BIBER. J. 10/01/2007, grifo nosso).

TRÁFICO. REEXAME DE PROVAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. FATOS QUE COMPROVAM A TÍPICIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. RECURSO DESPROVIDO. - Os depoimentos prestados por policiais merecem crédito, como os de qualquer outra testemunha, principalmente quando descrevem complexa operação que resultou na prisão dos réus, inexistindo provas capazes de infirmar suas conclusões.

O policial Sérgio Luiz Alves da Cunha, às fl. 171/172, descreve com detalhes como se deu a operação policial que originou o flagrante, afirmando que somente presenciou o réu vendendo drogas pela filmagem feita na ocasião, relatando, ainda, que o apelante confessou a mercancia ilícita praticada.

Assim, o que se vê é que a prova coligida em juízo está a confirmar o teor da prova indiciária, notadamente as declarações prestadas pelos usuários

⁵⁸ PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 3.ed. Belo Horizonte: Impetus, 2005. p. 974

⁵⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1. ed., 2002. p. 96-97

abordados na operação, que declararam, às fl. 50/51, 52/53, 54/55, terem comprado drogas da pessoa do réu.

Ademais, a complexidade da operação montada, atestada pelos que dela participaram, não deixa dúvidas a respeito dos fatos apurados, que não podem ser desconsiderados e que não poderiam ser fraudados, merecendo a consideração e apreciação de suas conclusões, ao contrário do que alega a combativa defesa. (TJMG – ACr. 2ª Cam. Crim. 1.0024.03.089930-6/001(1). Rel. HERCULANO RODRIGUES. J. 04/11/2005, grifo nosso).

Ainda quanto ao assunto, trazemos à baila as seguintes jurisprudências publicadas por outros tribunais pátrios:

153074637 – APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 12 CAPUT DA LEI 6.368/76 – PRELIMINARES – FILMAGEM DE LOCAL PÚBLICO – Inexistência de violação ao artigo 5º, X, da Constituição Federal. Prova lícita. Flagrante preparado. Inocorrência. Preliminares rejeitadas. Autoria e materialidade plenamente comprovadas. Investigação policial. Ponto de venda de drogas. Depoimentos coerentes e descomprometidos dos policiais civis. Valor probante. Acusada presa em flagrante em posse da droga apreendida. Tráfico plenamente configurado. Condenação e apenamento mantidos. Recurso desprovido. (TJPR – Apr 0308701-0 – 3ª C.Crim. – Relª Desª Sonia Regina de Castro – J. 09.02.2006) JCF.5 JCF.5.X (grifo nosso).

65025982 – TÓXICOS – AUTORIA E CO-AUTORIA – PROVA – FILMAGEM NÃO AUTORIZADA – EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE – USO RESTRITO – ASSOCIAÇÃO EVENTUAL – É válida a prova obtida por meio de filmagem não autorizada, se externa, de uso restrito no processo, e se fundada em suspeita de crime, sem ferir a garantia de inviolabilidade da intimidade. Mostra-se inseguro a indicar a co-autoria de crime de tráfico ilícito de entorpecentes o contexto probatório fundado em laudo de filmagem inconclusivo na identificação dos agentes, tanto quanto na prática do ilícito, por isso que temerário imputá-la sem mais elementos de prova. (TJRO – ACr. 100.002.2004.005684-0 – 1ª C.Esp. – Rel. Des. Eliseu Fernandes – J. 12.04.2006, grifo nosso).

Situação diversa se verifica quando a captação e a gravação de um som ou de uma imagem é feita em local privado. A esse respeito, valemo-nos, mais uma vez, dos ensinamentos do professor Adalberto Aranha:

Situação diferente ocorre quando a captação e a gravação de um som ou de uma imagem é feita em local provado, como, a título de exemplo, uma residência. Nessa hipótese, a prova será ilícita por que violado o princípio constitucional da defesa da intimidade, resguardado expressamente pelo art. 5º, X, da Constituição Federal.

‘Como sabemos, o direito à intimidade pode ser traduzido como aquele que nos protege em nossa

vida e refúgio privados, sem ser arrastado para o cenário dos acontecimentos mundanos. É a nossa privacidade protegida, sem que sejamos levados à ribalta da vida. ‘A esfera secreta da vida do indivíduo, na qual este tem o poder legal de evitar os demais’, no dizer de René Ariel Dotti.

Costa Júnior oferece a seguinte definição de direito à intimidade: ‘é o direito do indivíduo, querendo, de ser deixado em paz, sem o importuno da curiosidade ou indiscrição’. E, ao depois, arremata com sabedoria: ‘O direito à intimidade, pelo contrário, é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido em sua intimidade. Direito ao recato, portanto, não é direito de ser recatado, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, bem como o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera de intimidade’ (Agressões à intimidade, p.12).

Ora, quem capta som ou imagem de um local privado, sem o consentimento de quem deseja estar só, viola gritantemente a intimidade, resguardada por preceito constitucional, com o que a sua exibição por meio de gravação em processo, de qualquer natureza, ainda que administrativo, será indubitavelmente uma prova ilícita.

Há, todavia, uma exceção legal prevista no art. 2º da Lei n.9.034/95, que cuida dos crimes praticados por organizações criminosas. O art. 2º, IV, da citada lei, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.10.217/2001, preceitua: ‘Em qualquer fase de persecução criminal serão permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: IV- a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante autorização judicial’. O que se exige é apenas a prévia autorização judicial. Ressalta-se que referido dispositivo legal, a toda evidência, diz respeito aos ambientes privados, pois nos locais públicos a gravação é livre, sem a necessidade de qualquer autorização.⁶⁰

Nesse diapasão, as gravações de imagens e som ambiental são válidas como prova, não podendo ser olvidadas no curso de uma ação penal.

3.1.11 - DO PEDIDO DE VISTA DE PROCESSOS CAUTELARES FORA DA SECRETARIA

Situação bastante interessante e passível de ocorrer em processos envolvendo a Lei de Tóxicos diz respeito ao pedido da defesa para que lhe seja concedida vista de cautelares em curso, em particular, interceptações telefônicas.

Observa-se que recentemente o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula de n.º 14, estabelecendo

⁶⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 293-294

que os defensores tenham amplo acesso aos elementos de prova já documentados nas investigações. O texto da nova súmula diz que:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (grifo nosso)

De notar-se, por oportuno, que a súmula em questão não reconhece direito absoluto aos advogados de acesso aos autos. Várias restrições devem ser observadas, notadamente no que se refere ao fato de que o exame deve restringir-se às provas já documentadas em procedimento investigatório. Assim, constata-se que a retrocitada súmula não abrange as demais diligências realizadas pela polícia judiciária, em especial, os procedimentos cautelares que, por sua própria natureza, têm caráter sigiloso.

A propósito, vale lembrar que o Ministro Celso Melo, quando da análise da proposta da presente súmula vinculante perante o Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto, assim se manifestou:

É essencial, para efeito de acesso daquele que sofre a investigação criminal, que os elementos de prova já se achem formalmente incorporados aos autos do procedimento penal-persecutório. Tratando-se de interceptação telefônica, esse procedimento probatório instaura-se em autos apartados, que somente serão anexados aos do inquérito penal (ou do processo judicial) quando já encerrada a execução dessa medida extraordinária (Lei nº 9.296/96, art. 8º). Isso significa, portanto, que, enquanto estiver em curso a diligência probatória de interceptação telefônica, os respectivos autos permanecerão inacessíveis, porque ainda não pensados aos autos do inquérito policial ou do processo judicial. (grifo nosso).

Impende salientar que tal questão já foi alvo de análise por aquele tribunal, quando do estudo do HC nº 88.520/AP, senão vejamos:

I. Hábeas corpus: inviabilidade: incidência da Súmula 691 ('Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de hábeas corpus impetrado conta decisão do Relator que, em 'hábeas corpus' requerido a Tribunal Superior, indefere liminar').

II. Inquérito policial: Inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

[...]

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objetivo as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor

dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. (grifo nosso).

Além disso, a citada súmula ainda estabelece que os elementos de prova devem dizer respeito ao direito de defesa, o que não se verifica quando se tratar de cautelar de interceptação telefônica ainda em curso.

A respeito do assunto, trazemos à baila um trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, que se amolda como uma luva ao presente caso:

[...] uma coisa são os elementos de prova já documentados. Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, a essas diligências, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la. Por isso, da ementa consta textualmente; "ter acesso amplo aos elementos que, já documentados". Isto é elementos de prova. Por isso, tal ementa, ao meu ver, resguarda os interesses da investigação criminal, não apenas das diligências em andamento, mas ainda das diligências que estão em fase de liberação. A autoridade policial fica autorizada a não dar ciência prévia desses dados ao advogado, a qual poderia comprometer o resultado final da investigação. (Voto proferido pelo Ministro do STF César Peluso, quando da análise da Proposta da Súmula Vinculante nº 14, grifo nosso).

Registra-se que a impossibilidade de acesso aos autos, nesse caso, não representa violação alguma à Constituição Federal ou ao Estatuto da OAB. Como se sabe, para a melhor apuração do fato delituoso, é plenamente possível a adoção do sigilo no que respeita às medidas cautelares, em especial, a interceptação telefônica, sob pena de se verem frustradas tais formas de investigação.

A esse respeito, os professores Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

O entendimento que vem sendo seguido é de que, havendo necessidade para o melhor apuro do fato delituoso, o juiz poderá, fundamentadamente, decretar o sigilo das investigações em relação ao advogado do indiciado, porém apenas em relação àquelas medidas que estão sendo ou que serão produzidas pela polícia judiciária, como interceptações telefônicas, quebras de sigilos bancário e fiscal, buscas e apreensões, sob pena de, possivelmente serem frustradas tais formas investigativas.⁶¹ (grifo nosso).

⁶¹ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. Porto Alegre: Verbo

Por último, insta consignar que o advogado somente poderá ter acesso aos autos no interesse de seu cliente. Tratando-se a cautelar de interceptações de diversos números de aparelhos de telefone, em que vários indivíduos estão sendo alvo de investigação, não há como abrir vista dos autos à defesa de um dos requerentes sem que isso fira o direito de sigilo dos demais envolvidos.

Nesse sentido, o excelso pretoriano:

[...] o advogado não tem direito a ter vista, tomar apontamento e exigir cópias de todo e qualquer documento alusivo a pessoa diversa da que lhe outorgou o mandato, durante o trabalho investigatório, com o timbre do sigilo [...] (*Habeas Corpus* 82.354-8/Paraná – Ministro Relator Sepúlveda Pertence).

3.1.12 - DO RITO PROCESSUAL NAS VARAS DE TÓXICOS EM FACE DAS MUDANÇAS OCORRIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Sobreleva notar que a Lei nº 11.719/2008, que introduziu significativas mudanças no Código de Processo Penal, notadamente quanto à fase instrutória, não interferiu no procedimento adotado pela Lei Antitóxicos (Lei nº 11.343/2006).

Isso porque o art. 48 da Lei n.º 11.343/06 estabelece que:

O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, cabendo ressaltar que o art. 57 da Lei n.º 11.343/06 estabeleceu a ordem que deve ser seguida para as oitivas na audiência de instrução, deixando claro que a inquirição das testemunhas somente será realizada após o interrogatório do acusado, tanto que assim dispõe o supracitado dispositivo legal:

Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez) minutos, a critério do Juiz.

Nota-se que o art. 400 do CPP estabelece outra ordem para as oitivas, chegando a determinar expressamente que tal procedimento seja observado pelo magistrado, como se vê na redação do supracitado dispositivo legal:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, *nesta ordem*, ressalvado o disposto no art.222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Evidencia-se que a Lei nº 11.719/2008 estabelece o marco de 60 (sessenta) dias como prazo máximo para a audiência de instrução, o que não ocorre com o rito da Lei n.º11343/2006, que prevê prazo diverso em seu art. 56, § 2º, o qual pode se estender por até 90 (noventa) dias em razão da necessidade de se atestar a dependência de drogas.

Ademais, existem peculiaridades previstas na Lei Antitóxicos, tais como a possibilidade de ajuizamento da ação penal mesmo pendentes diligências a serem cumpridas pela Polícia Judiciária, conforme prevê o art. 52, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 11.343/2006.

A análise dos dois ritos demonstra que o legislador da Lei Antitóxicos preferiu seguir caminho diverso do adotado pela Lei nº 11.719/2008, razão pela qual, dada as singularidades da Lei nº 11.343/2006, deve-se observar o princípio da especialidade. Momento, se não se olvidar que o princípio da especialidade é prevalente à sucessão legislativa, já que, como é cediço, lei posterior geral, ainda que mais benéfica, não revoga lei anterior especial.

Nesse sentido, recente decisão do TJMG:

PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR -- CERCEAMENTO DE DEFESA - INSTRUÇÃO - OITIVA – INVERSÃO DA ORDEM - NULIDADE - INOCORRÊNCIA – TRÁFICO DE ENTORPECENTES - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - DESTINAÇÃO MERCANTIL DEMONSTRADA - CORRUPÇÃO DE MENORES - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.- *O delito de tráfico de entorpecentes é regulamentado pela Lei 11.343/06 que, dada sua especialidade, não teve seu procedimento alterado pelo exposto na Lei 11.719/2008, que modificou o art. 400 Código de Processo Penal, estipulando o interrogatório do réu como o último ato da instrução, precedendo-se à sua oitiva somente após a inquirição das testemunhas. [...] (Apelação Criminal nº 1.0701.08.228911-0/001 - Comarca de Uberaba - Apelante(s): Washington Rodrigues - Apelado(a)(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - Data do Julgamento: 04/03/2009 e Data da Publicação: 20/03/2009, grifo nosso)*

3.1.13 - A TIPICIDADE DO TRÁFICO DE DROGAS NA LEI Nº 11.343/2006

a) art. 33 da Lei nº 11.343/2006

Trata-se do denominado crime de ação múltipla ou de conteúdo variado no qual descrevem-se duas ou mais condutas, perfazendo-se o crime com a realização de qualquer delas. É claro que o magistrado, no caso da prática de mais de uma conduta, verificando a maior lesividade causada pelas diversas condutas típicas perpetradas em um único contexto, deverá levar em conta, na fixação da pena, o maior perigo social que as condutas representam. Por essa razão, o art. 33 possui uma pena de reclusão de 5 a 15 anos, além de multa.

É possível a ocorrência de concurso de crimes, mesmo tratando-se de delito de ação múltipla, quando as condutas ocorrem em contextos fáticos diversos. A respeito da possibilidade da ocorrência de concurso, a lição dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

O presente delito é clássico exemplo de tipo misto alternativo, aplicando-se o princípio da alternatividade caso o agente, dentro de um mesmo contexto fático, pratique mais de uma conduta. Assim, se importa e vende a mesma cocaína, responderá por apenas um crime. Porém, caso os contextos fáticos sejam diversos, responderá por concurso de crimes. Portanto, se importa maconha e vende cocaína, responderá por dois crimes, em concurso.⁶²

Nesse sentido encontra-se, também, a lição do Procurador de Justiça Criminal do MP/RS Gilberto Thums e do advogado criminalista Vilmar Pacheco:

É possível que ocorra uma situação de concurso de crimes de entorpecentes (concurso material, crime continuado). Supondo a hipótese de um agente preso em flagrante por tráfico de drogas e, uma semana após fugir do presídio, sendo novamente preso por outra conduta de tráfico. Nesse caso, se o intervalo de tempo entre um crime e outro for igual ou inferior a 30 dias, pode-se reconhecer a figura do crime continuado. No caso de mediar tempo superior a este parâmetro, tem-se a figura do concurso material de crimes. Não se pode confundir com a situação de quem comete várias condutas típicas num único contexto fático, hipótese de crime único. Nem se pode imaginar que, uma vez preso o agente por tráfico de drogas, possa continuar a traficar sem cometer nova figura típica. É o caso de quem foi preso em flagrante por tráfico e, no presídio, continua a desenvolver o mesmo comportamento. Haverá, neste caso,

concurso de crimes. Esta situação também se caracteriza no caso de haver crimes conexos, como roubo, homicídio etc.⁶³

Insta observar que, no que diz respeito ao tipo entregar a criança ou adolescente, e a substância entregue não possuir princípio ativo de droga alguma prevista no rol das substâncias proibidas, está-se diante do crime previsto no 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse diapasão, os ensinamentos dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

O sujeito passivo é a coletividade, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Caso a droga seja entregue a criança ou adolescente, responderá o agente pelo crime do art. 33. Porém, se a substância entregue não possuir princípio ativo de qualquer droga listada (exemplo, 'cola de sapateiro', cujo princípio é o tolueno), responderá o agente pelo art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069/1990), cuja pena atualmente é de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos e multa.⁶⁴

Verifica-se, ainda, que as condutas criminosas previstas no art. 33 da Lei n.º 11343/06 não exigem o denominado dolo específico. Assim, não precisa ficar caracterizado que a droga se destinava ao comércio para que ocorra o delito. A esse respeito, as brilhantes manifestações do Procurador de Justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e do advogado criminalista João Daniel Rassi, quando discorrem sobre o crime previsto em tal artigo:

O artigo não possui elemento subjetivo do tipo ou dolo específico. O que anteriormente se sustentava, na vigência da redação primitiva do Código de 1940, de que apenas o fim de tráfico ou de comércio caracterizava o delito, ficou superado em face das modificações do Decreto-Lei n.º 385 e da Lei n.º 5.726. a mesma interpretação ainda permaneceu sob a vigência da Lei n.º 6.368/76 e deve permanecer em relação à lei nova. O dolo específico aparece apenas no art. 28, de forma que, sendo exclusivamente o porte, a guarda ou a compra, para consumo pessoal, é determinada a aplicação de penas restritivas de direitos especialmente previstas pela Lei. Qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do art. 33, inclusive a distribuição gratuita.⁶⁵

b) art. 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006

Nota-se que, em relação ao revogado art. 12, § 1º, inciso I, da Lei nº 6.368/76, o legislador trouxe uma

⁶³ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 46

⁶⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343/06: Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2007. p. 81

⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 81

⁶² MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006: Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método. p. 80.

importante inovação. Enquanto a Lei n.º 6368/76 incriminava, tão-somente, as condutas típicas em relação a matéria-prima, a nova lei menciona, ainda, o insumo ou produto químico utilizado para produção da droga. A esse respeito, amis uma vez, a explicação dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

A alteração legislativa, além de afastar qualquer discussão, evitará a necessidade de ampliação, demasiada do conceito de 'matéria-prima', como fazia a jurisprudência anterior, equiparando a tal conceito os de insumo e de produtos químicos destinados à produção da droga. Agora, portanto, ao lado da matéria-prima, incrimina a nova Lei, expressamente, o insumo e o produto químico. Matéria-prima é a substância principal da qual se extrai a substância entorpecente. Insumo é o elemento que, apesar de não ter a aptidão de dele se extrair a substância entorpecente, será utilizado para a produção da droga, ao ser agregado à matéria-prima. Por exemplo, o bicarbonato de sódio, quando somado aos restos da cocaína, dará origem ao crack. Por sua vez, produto químico destinado à produção da droga é a substância identificada quimicamente que é utilizada no processo de elaboração da substância entorpecente, sem se agregar à matéria-prima. O exemplo clássico seria a acetona para a produção e refino de cocaína.⁶⁶

A respeito do assunto, o Procurador de Justiça Criminal do MP/RS Gilberto Thums e o advogado criminalista Vilmar Pacheco, em sua obra, trazem importante contribuição para diferenciar insumos químicos de produtos químicos:

Insumos químicos utilizados para a fabricação e síntese de drogas: Atualmente constam da lista D-2 da resolução RDC 15/2007; exemplificativamente, pode-se citar o tolueno (solvente utilizado na fabricação da gasolina), acetona, éter etílico, permanganato de potássio, ácido sulfúrico, etc. Produto químico destinado à preparação de drogas: Não há lista oficial com esta denominação, porém a ANVISA editou a lista D-1, onde constam as substâncias precursoras de drogas. Certamente essa lista terá nova denominação. Podem-se citar exemplificativamente: efedrina, ácido lisérgico (não é o LSD, que é droga de uso proscrito no Brasil), ácido fenilacético, isosafrol, etc.⁶⁷

Insta observar a existência do dolo específico no tipo, quando o legislador optou por utilizar a expressão: "destinado a preparação de drogas". Será preciso provar, para caracterizar o crime, que o insumo, por exemplo, era destinado à produção de drogas.

⁶⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343/06: Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p. 83.

⁶⁷ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 79.

c) art. 33, § 1º, inciso II, da Lei n° 11.343/2006

A novidade deste crime é a necessidade de se fazer a distinção entre ele e a nova conduta típica descrita no art. 28, § 1º, da Lei n° 11.343/2006. Lembrando que o elemento subjetivo "para seu consumo pessoal" faz parte do art. 28, § 1º, da Lei n° 11.343/2006.

d) art. 33, § 1º, inciso III, da Lei n° 11.343/2006

A grande inovação da lei foi o fato de não mais tipificar a conduta de ceder local para que se faça uso indevido de substância que determine dependência física ou psíquica (redação do revogado art. 12, § 2º, inciso II, da Lei n° 6.368/76). A respeito da redação do art. 33, § 1º, inciso III, da Lei n° 11.343/2006, discorrem os Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

É de se questionar: houve verdadeira *abolitio criminis* em relação a conduta daquele que utiliza local de sua propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize para o uso de drogas? Apesar do posicionamento do Procurador Regional da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, entendemos que nem todas as situações tornaram-se atípicas. Temos, portanto, que distinguir. Aquele que utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse para consumo próprio de drogas praticará apenas a conduta do art. 28 da nova Lei, pois aquela conduta é atípica perante a nova Lei. Por outro lado, aquele que ceder local ou bem de sua propriedade ou posse para consumo de drogas de terceiros poderá estar auxiliando o uso indevido de drogas, incidindo, eventualmente, nas penas do § 2º do art. 33 da nova Lei.⁶⁸

Importante, ainda, ressaltar a situação da esposa do traficante de drogas, que muitas vezes possui filhos com esse e que sabe que seu marido se utiliza da moradia para traficar drogas. Estaria tal esposa obrigada a denunciar seu marido? A jurisprudência tem se manifestado no sentido de ser inexigível da esposa, que não tem nenhuma participação na conduta ilícita, delatar seu marido que trafica drogas. Nesse sentido, o escólio pretoriano:

O fato de tentar livrar-se da droga pertencente ao esposo, jogando-o no vaso sanitário e puxando a descarga, não significa, por si só, a conduta subsumida no art. 12 da Lei 6368/76. *Defronta-se, sim, com uma tentativa sua de dificultar a coleta da prova no intuito de inviabilizar a prisão do companheiro, pai de seus filhos. Configuração de mero favorecimento pessoal, impunível.* Outrosim, inexigível era-lhe conduta diversa, segundo tem entendido os tribunais pátrios. Proveram a sublevação para absolvê-la, forte no art. 386, inc. VI,

⁶⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343/06: Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p. 85.

do Código de Processo Penal. Unânime. (Apelação Crime nº 697116408, Câmara de Férias Criminal do TJRS, Espumoso, Rel. Des. Luiz Armando Bertanha de Souza Leal. j. 17.07.1997, grifo nosso).

O mesmo ocorre com a genitora do traficante de drogas, da qual não se pode exigir que delate seu filho. Nesse sentido, o escólio pretoriano:

Ainda que sabedora da condição de traficante de seu filho, a mãe não tem o dever jurídico de denunciá-lo à polícia. Ausentes provas de sua participação no crime, seu silêncio não implica em co-autoria, em face da inexigibilidade de conduta diversa e da conseqüente exclusão de sua culpabilidade. (APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.192.453-9/00 - COMARCA DE CATAGUASES - APELANTE(S): CELMA ESPÍNDOLA DOS SANTOS GOMES, OU CELMA ESPÍNDOLA DOS SANTOS - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ V CR MENORES COMARCA CATAGUASES - RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA, grifo nosso).

e) art. 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006

A novidade consiste no fato de o legislador resolver privilegiar algumas condutas que a Lei nº 6.368/76 considerava crime equiparado ao tráfico e com a mesma pena do revogado art. 12. Trata-se de *novatio legis in mellius*, já que a pena de 01 (um) a 03 (três) anos e multa, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 admite a suspensão do processo, desde que presentes os demais requisitos elencados na citada norma.

f) art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/2006

É o denominado tráfico privilegiado. É importante ressaltar que, para caracterização deste novo tipo, é preciso estar presentes todos os requisitos para sua configuração, ou seja, é preciso oferecer droga: 1) eventualmente; 2) sem objetivo de lucro; 3) a pessoa de seu relacionamento; 4) para juntos a consumirem. A ausência de um desses requisitos faz incidir o tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ou seja, “fornecer droga, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

g) art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006

Trata-se de *novatio legis in mellius*, já que permite ao Juiz, à vista do caso concreto, efetivar uma diminuição, considerável, na pena do traficante de drogas que, ao exercer pela primeira vez o delito em questão, foi surpreendido pelos agentes policiais do poder estatal.

Para gozar do benefício, é preciso que estejam presentes todos os requisitos legais. A primariedade é verificada por exclusão, ou seja, aquele que não é reincidente (art. 63 do Código Penal) é primá-

rio. Já quanto ao conceito de bons antecedentes, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência divergem quanto a sua caracterização. A esse respeito, a explicação dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

Em relação ao conceito de bons antecedentes, grassa divergência na doutrina e jurisprudência. Para uma corrente, inquéritos em curso e processos em andamento poderiam ser considerados maus antecedentes, assim como condenações não definitivas e aquelas em que já se ultrapassou o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena. Para outra, à luz do princípio da presunção de inocência, somente as sentenças condenatórias transitadas em julgado que não possuem força para caracterizar reincidência, em razão de ter sido ultrapassado o período depurador, poderiam ser utilizadas para fins de maus antecedentes. A questão é controversa até mesmo no STF. Preferimos a primeira posição, pois não se pode equiparar, para fins de aplicação de pena, o agente criminoso que possui diversos apontamentos em sua vida criminal com aquele que possui passado imaculado, sob pena de se ferir o princípio da isonomia.⁶⁹

A respeito do tema, o Juiz Federal Flávio Oliveira Lucas assim se manifestou em sua obra:

O conceito de maus antecedentes não é pacífico, mas, em linhas gerais permite duas linhas de interpretação: a) para a constatação dos maus antecedentes poderia ser considerado tudo o que consta na folha de antecedentes da pessoa, inclusive inquéritos policiais em andamento e ações penais não concluídas; b) somente seriam levados em conta as condenações com trânsito em julgado que não mais seriam aptas a gerar a reincidência. A nosso juízo, o conceito de maus antecedentes deve ser analisado segundo a primeira linha jurisprudencial, sem que isso viole o princípio da presunção de inocência. Na doutrina, sustenta posição semelhante LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.⁷⁰

Quanto ao requisito de não se dedicar às atividades criminosas os Promotores de Justiça e Procuradores de Justiça da área criminal do Estado de Minas Gerais reunidos em congresso em Araxá/MG, em outubro de 2006, editaram a emenda n.º 5, que assim dispõe:

A dedicação à atividade criminosa, requisito impeditivo da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º da Lei n.º 11343/06 consiste na caracterização do modo de viver do autor do fato, voltado, ainda que não exclusivamente, para a prática de infração penal.

⁶⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343/06: Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p. 97-98.

⁷⁰ GOMES, Fernandes Abel et al. **Nova lei antidrogas**: Teoria, crítica e comentários à Lei nº 11.346/06. Niterói: Impetus, 2006. p. 91/92.

Existe divergência na doutrina quanto ao ônus de comprovar tal requisito, ou seja, se cabe ao Ministério Público provar que o réu se dedica à atividade criminosa ou à defesa provar que ele exerce atividade lícita e habitual. A esse respeito, entendendo que cabe ao réu comprovar atividade lícita e habitual, encontramos o magistério dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

Exige, ainda, a nova Lei que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e condutas voltadas para o crime.⁷¹

Por sua vez, o Procurador de Justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e o advogado criminalista João Daniel Rassi assim dispõem sobre o tema:

Os problemas das condições negativas. Dispõe o parágrafo, em sua parte final, sobre as condições negativas de que o agente não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Toda prova negativa é difícil, de modo que militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integre organização criminosa. O ônus da prova, no caso, é do Ministério Público no sentido de demonstrar a reincidência, os maus antecedentes e a participação em atividades criminosas ou organização criminosa. Não importa que a prova seja difícil para o Ministério Público. Mais difícil seria para o réu, que, por sua vez, tem o direito de não ser condenado a não ser que haja prova, ou receber, sem prova, uma pena maior quando a lei permite uma pena mais branda.⁷²

De qualquer forma, se o acusado é condenado, também, pelo art. 35 da Lei nº 11.343/2006, está mais do que comprovado que ele se dedicava a atividade criminosa. Nesse sentido, o magistério do Juiz Federal Flávio Oliveira Lucas:

De qualquer maneira, mesmo que não integre uma organização criminosa, ou que seja primário e de bons antecedentes, não será possível a diminuição de pena quando o agente se dedicar às atividades criminosas. Essas, a toda evidência, são aquelas pelas quais o agente foi condenado e que sejam tipificadas na Lei n.º 11343/06. A dedicação do agente a elas pode se configurar concretamente ou então pelo próprio tipo penal em nome do

qual se operou a condenação, como, por exemplo, quando o agente for condenado nas penas do art. 35 da Lei.⁷³

Entretanto, se o próprio réu declarar que vinha perpetrando a mercancia ilícita há razoável lapso temporal, restou caracterizada sua dedicação à atividade criminosa, não sendo possível, portanto, a incidência do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Nesse sentido, trazemos à baila decisão do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA - DIREITO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO - CONFISSÃO ESOPONTÂNEA - ATENUANTE - NÃO-DECLASSIFICAÇÃO PARA USO - RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES, AINDA QUE NÃO REDUZIDAS AS PENAS - INAPLICABILIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 - DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS - REGIME INICIAL FECHADO - VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. I - Confessando o acusado a prática do delito de tráfico de drogas e diante da apreensão, em seu poder, de grande quantidade e variedade de drogas, não há que se cogitar de desclassificar sua conduta para a de mero uso. II - A confissão espontânea e a menoridade do agente devem ser reconhecidas como atenuantes de suas penas, ainda que não sejam aptas a reduzir suas penas-bases aquém do mínimo legal fixado na sentença. III - *Se o denunciado confessa que vinha praticando o crime de tráfico há cerca de 05 (cinco) meses, não pode ser beneficiado pela diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, posto ter se dedicado a atividades criminosas.* IV - A pena privativa de liberdade do condenado por tráfico de drogas deve começar a ser cumprida no regime fechado, não fazendo ele jus, ainda, à sua substituição. (nº 1.0024.07.680258-6/001(1)-Rel. ADILSON LAMOUNIER - Data do julgamento: 05/08/2008 - Data da publicação: 15/08/2008, grifo nosso).

Quanto ao requisito de não integrar organização criminosa, é importante que fique delineado no processo uma certa habitualidade, ainda que não seja de forma exclusiva, para se afastar o gozo de tal benesse. A esse respeito o Procurador de Justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e o advogado criminalista João Daniel Rassi assim dispõem sobre o tema, referindo-se ao problema dos verbos "dedicar-se" e "integrar-se":

Dedicar-se, segundo os dicionários, é 'consagrar sua afeição e/ou seus serviços a alguém; consagrar-se; dar-se', o que significa um certo grau de habitualidade, ainda que não exclusiva; integrar significa 'juntar-se; fazer parte integrante, participar de'. E essas circunstâncias, ainda que não exclusiva habi-

⁷¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343/06: Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p. 98.

⁷² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.102.

⁷³ GOMES, Fernandes Abel et al. **Nova lei antidrogas**: Teoria, crítica e comentários à Lei nº 11.346/06. Niterói: Impetus, 2006. p. 93.

tualidade e a participação como membro de organização criminosa, devem ser provadas suficientemente para exclusão do benefício.⁷⁴

Outro assunto a ser abordado quando se refere à causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 diz respeito à polêmica recentemente levantada quanto ao seu caráter hediondo. Os que defendem que o citado artigo perdeu seu caráter hediondo tomam por base o homicídio qualificado privilegiado, contudo, não é possível comparar as circunstâncias que retiram o caráter hediondo do homicídio qualificado privilegiado com o tráfico de drogas, quando aplicável a minorante acima mencionada.

Isso porque as circunstâncias que tornam o homicídio privilegiado dizem respeito à conduta criminosa perpetrada pelo agente, a qual, quando perpetrada, não gera as características que a tornariam uma ação hedionda.

Diferentemente, a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas diz respeito ao autor e não à conduta por este perpetrada. Nesse sentido:

PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRIVILÉGIO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA, CONFORME FIXADO NA SENTENÇA - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. - A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente infrator, quando for ele primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa, mas o crime por ele praticado continua a ser equiparado a hediondo. V.V.P.(Apelação nº1.0056.07.150127-6/001(1) - Rel. HÉLCIO VALENTIM. J: 09/09/2008, grifo nosso).

Com efeito, o réu foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei Antitóxicos, tendo-lhe sido aplicada a minorante inserta no § 4º do referido dispositivo. Assim, *in casu*, não há que se falar em 'tráfico privilegiado', figura esta prevista no artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.343/2006.

No magistério de Nucci, encontramos os pertinentes ensinamentos sobre o tema em questão:

[...] o fato de haver sido prevista uma causa de diminuição de pena para o traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações criminosas, não afasta a tipificação da sua conduta como incurso no art.33, *caput* e § 1º, que são consideradas similares a infrações penais hediondas, conforme se pode observar pelas proibições enumeradas no art.44 da Lei 11.343/006 [...].⁷⁵ (grifo nosso).

h) art. 34 da Lei nº 11.343/2006

O mais importante a saber sobre tal tipo é a necessidade, decorrente de se tratar de crime material, de ser realizada perícia para constatar a aptidão do objeto que se coloca à consecução dos fins propostos.

A apreensão de uma balança de precisão sem comprovação de que ela se destina aos objetivos especificados no tipo não caracteriza, por óbvio, o delito, já que este trata de fatos constitutivos da imputação.

i) art. 35 da Lei nº 11.343/2006

É fundamental saber que somente se está diante do delito de associação nos casos previstos na supracitada norma, ou seja, art. 33, *caput*, e §1º, e art. 34 da Lei 11.343/2006. Nesse diapasão, não se caracterizará a associação para o tráfico se os delitos visados forem os previstos nos artigos 33, §§ 2º e 3º, 37, 38 e 39 da Lei de Drogas.

Quanto à necessidade de estabilidade para caracterizar o crime, existem duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

A primeira exige a estabilidade e permanência do vínculo para caracterização do crime, sendo certo que, por ser majoritária, não há necessidade de colacionar julgados ou transcrever trechos dos livros que defendem tal tese.

A segunda corrente é minoritária; em razão de tal circunstância, torna-se necessário transcrevê-la para conhecimento. O Juiz de Direito do Estado do Espírito Santo, Dr. Sérgio Ricardo de Souza, adepto de tal teoria, assim discorre sobre o assunto:

Verifica-se que em relação à associação para a prática de qualquer dos crimes previstos na cabeça do art. 33 e no seu § 1º, bem como no art. 34 desta Lei, a tipificação da conduta exige apenas o requisito objetivo do número de pessoas (duas ou mais pessoas) e o requisito subjetivo de que a associação seja para o fim específico de 'praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e art. 34 desta Lei', havendo expressa afirmativa de que não se exige reiteração da conduta (reiteradamente ou não), nisso se assemelha à causa de aumento prevista na primeira parte do inciso III, do art. 18 da Lei nº 6.368/76, a qual foi também por ele incorporada, tanto que ela não faz parte do rol de causas de aumento previstas no art. 40 desta Lei.⁷⁶

Nesse mesmo sentido, o voto do eminente relator desembargador Paulo Cezar Dias, em recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ais penais comentadas. 2 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 330

⁷⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processu-**

⁷⁶ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Nova lei antidrogas:** Lei nº 11.343/2006: comentários e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2006, p. 47

A Lei 11.343/06 não faz, em seu art. 35, qualquer distinção entre a associação eventual ou duradoura, punindo-as com o mesmo vigor. Motivo que não há que se falar em absolvição, vez que está provado que ambos tinham a posse da droga destinada a venda. (Nº do processo: 1.0024.07.446713-5/001(1)-Rel.: PAULO CÉZAR DIAS-Data do julgamento: 04/12/2007-Data da publicação:16/01/2008).

Ainda quanto ao assunto, impende salientar mais uma jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRÁFICO DE DROGAS - PERMISSÃO JUDICIAL - EFICÁCIA. Admite-se como prova hábil à demonstração do tráfico de entorpecentes o resultado de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a teor da Lei 9296/1996. A utilização de escutas telefônicas constitui mais um meio de prova, inovador e eficiente, colocando a tecnologia a serviço da Justiça. Justificado o pedido de interceptação e obedecidos os requisitos legais, sua feitura é aceita à conta de meio de prova, tal como os demais meio probantes. - TÓXICO - ASSOCIAÇÃO - ILÍCITO PERPETRADO ANTES DA LEI 11.343/2006 (NOVA LEI ANTITÓXICOS) - IMEDIATA APLICAÇÃO DA LEI NOVA A FATOS A ELA ANTERIORES - INCIDÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XL, DA CF/88 C/C O ART. 2º DO CP - ARTS. 14 e 18, INCISO III, AMBOS DA LEI 6.368/76 - DECOTE DA MAJORANTE - CRIME AUTÔNOMO - NECESSIDADE DE SUA ADEQUAÇÃO AO FATO - LEI POSTERIOR QUE FAVORECE O AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA. *Com o advento da Lei 11.343/2006, a associação eventual ou permanente passou a ser prevista e punida como crime autônomo (art. 35 da nova Lei Antitóxicos).* De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores. Nº:1.0024.06.031585-0/001(1). Rel: HYPARCO IMMESI. Data da publicação: 17/05/2007.

j) art. 36 da Lei nº 11.343/2006

Existe muita crítica na doutrina quanto à opção do legislador em utilizar os verbos financiar e custear, existindo mesmo o caso daqueles que entendem serem expressões sinônimas, enquanto outros entendem ter sido desnecessário inserir no tipo tais comportamentos. De qualquer sorte, transcreveremos a lição dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, que diferenciam tais expressões:

[...] os verbos-núcleo do tipo são financiar e custear. Financiar, no contexto da lei, é prover o capital necessário para o tráfico. A Lei se utilizou também da expressão custear. Apesar de os termos possuírem próxima sinonímia, entendemos que o legislador os utilizou em sentidos diversos, sob pena de terem por inúteis as palavras do legislador.

Portanto, custear, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, é prover os custos, as despesas, os gastos. Custear não é, diante disso, apenas fornecer dinheiro para que o traficante possa desenvolver sua atividade, mas também fornecer outros bens móveis, como armas munição, veículos. Veja que foi relevante o tipo penal ter previsto a conduta de custear, valendo-se da entrega de bens, pois do contrário o agente que entregasse dinheiro para a compra de carros responderia por financiamento, enquanto aquele que entregasse os próprios carros responderia por tráfico, com a diversidade de tratamento existente entre as figuras penais sem que haja qualquer diversidade de desvalor entre as condutas.⁷⁷

k) art. 37 da Lei nº 11.343/2006

O mais importante no tipo é ter conhecimento de que o delito está configurado mesmo que a colaboração se dê para um concurso eventual de agentes. Nesse sentido a lição dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

Veja, portanto, que quando o legislador fala em grupo ou organização não está se referindo a uma associação permanente e estável, pois para esta reservou termo próprio (associação). Assim, restará configurado o delito em estudo se a colaboração for para um concurso eventual de agentes, sem ânimo associativo, que estejam reunidos para a prática de apenas um delito de tráfico. Porém, não é tipificada neste artigo a conduta do agente que presta informações para um único traficante, que não esteja praticando o delito em concurso com outros agentes. Apesar de a regra ser a união dos agentes para a prática delitiva, nada impede a existência de um traficante solitário, que não pratique o crime em grupo, organização ou associação. Como a nova Lei de Drogas restringiu a conduta típica aos que contribuem com grupo, organização e associação, o informante não se enquadraria no presente artigo. Neste caso, como responderia o informante de um traficante solitário? Sua conduta não será típica, pois em razão do disposto no art. 29 do CP, ele estará auxiliando o traficante e, como tal, deverá responder pelo delito por este praticado, como partícipe.⁷⁸

O delito é formal, portanto, independe para sua caracterização a apreensão de droga, bastando a comprovação da efetiva colaboração do agente.

l) art. 38 da Lei nº 11.343/2006

Trata-se de crime culposo, portanto, só se caracteriza quando houver imprudência, negligência ou imperícia.

⁷⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas:** Lei 11.343/06: Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p.113.

⁷⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas:** Lei 11.343/06: Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p.120-121.

m) art. 39 da Lei nº 11.343/2006

Existe discussão na doutrina quanto ao fato de este crime ser de perigo concreto ou abstrato. Assim, sua caracterização, no caso concreto, dependerá da tese a ser adotada.

n) art. 40 da Lei nº 11.343/2006

No presente caso, a título ilustrativo, é colacionada a jurisprudência, tão somente, do inciso III da Lei nº 11.343/2006, nos casos que têm deixado dúvida, a seguir.

A prática do delito nas imediações de bar caracteriza tal majorante. A propósito, o Desembargador José Antônio Baía Borges, relator da Apelação Criminal nº 1.0024.07.432204-1/001, em seu voto, entendeu correta a aplicação da majorante em questão pelo fato de o tráfico realizar-se em um bar, recinto de diversão, sendo acompanhado pelos Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro e Herculano Rodrigues. Vejamos:

Correta também está a aplicação da majorante do art. 40, III, uma vez que a droga estava sendo comercializada em um recinto destinado à diversão, no caso um bar. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.432204-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): JACQUELINE ROSA LIMA MAURO, FABIANA APARECIDA DE SOUZA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. Data do Julgamento: 29/11/2007. Data da Publicação: 22/01/2008, grifo nosso).

A prática do delito nas imediações de rodoviárias, onde transitam diversas pessoas e onde se desenvolve trabalho coletivo, também caracteriza tal majorante. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PENAL - APELAÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTE - ABSOLVIÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - IMPROVADO - DECOTE DA MAJORANTE - TRANSPORTE PÚBLICO - NEGADA - PENAS CORRETAMENTE APLICADAS - VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. Comprovadas autoria e materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes impõe-se a manutenção da condenação. Demonstrado que o acusado tinha plena ciência de que transportava droga, inviável a aplicação do art. 21 do CP (erro sobre a ilicitude do fato). Ocorrendo o delito de tráfico em uma Rodoviária, local em que trabalham diversas pessoas, e sendo preso o agente quando embarcava em ônibus intermunicipal resta caracterizada a majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06. [...] Acórdão [...] Para que ela ocorra, é necessário apenas que o crime seja cometido em local de trabalho coletivo, o que restou comprovado, pois o acusado transportou a

droga na Rodoviária de Belo Horizonte, local em que notoriamente trabalham diversas pessoas, e em transporte público, tendo em vista que foi preso na posse da droga quando embarcava no ônibus para Teófilo Otoni. [...] (Apelação Criminal nº 1.0024.06.306515-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): Sidney Coelho Macedo - Apelado(a)(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Walter Pinto Da Rocha, grifo nosso).

A prática do delito no interior de táxi, que é transporte público, também caracteriza a majorante. Nesse diapasão, o TJMG:

TRÁFICO - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA - ART. 40, III, DA LEI FEDERAL Nº 11.343/06 - FLAGRANTE DENTRO DE TÁXI - INTEGRAÇÃO. Se o agente é flagrado transportando drogas dentro de táxi, não há dúvida de que a causa especial de aumento de pena encontra integração, na medida em que o art. 30, V, da Constituição Federal, confere monopólio para a concessão do serviço de transporte coletivo destinado ao público em geral, e não a particular específico, pouco importando se o serviço é objeto de permissão, ou de realização direta, porque público. (Número do processo: 1.0024.06.254694-0/001(1) Relator: JUDIMAR BIBER Data do Julgamento: 25/09/2007 Data da Publicação: 02/10/2007, grifo nosso).

3.2 - DAS PRELIMINARES MAIS COMUNS EM PROCESSOS ENVOLVENDO A LEI Nº 11.343/2006

3.2.1 - QUESTIONAMENTO QUANTO ÀS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Um dos assuntos mais corriqueiros em se tratando de tráfico de drogas diz respeito ao questionamento quanto às interceptações telefônicas. Isso porque as interceptações, sem dúvida alguma, ao lado das denúncias anônimas, constituem hoje um dos instrumentos mais eficazes para a repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, notadamente quando se trata de organização criminosa e/ou tráfico interestadual.

Nesse contexto, buscando fornecer mecanismos que possam auxiliar o trabalho dos Promotores de Justiça, em especial, daqueles que oficiam em comarcas do interior, onde se deparam com todo tipo crime, inclusive tráfico de drogas e associação para tal fim, abaixo serão elucidadas algumas das preliminares mais comuns à área, com os principais questionamentos arguidos pela defesa, bem como, a título de sugestão, serão apresentadas algumas doutrinas e jurisprudências que tratam do assunto.

Antes, porém, torna-se necessário trazer à baila alguns apontamentos sobre o valor probante da interceptação telefônica e sua importância.

Em relação às escutas telefônicas, vale ressaltar que constituem mais um meio de prova eficiente e inovador, colocando a tecnologia a serviço da Justiça, mormente nos delitos de tráfico de drogas.

Como é cediço, a interceptação telefônica constitui valioso instrumento de investigação e de prova, mormente quando o delito perpetrado se desenvolve às escondidas, como o tráfico de drogas. Nesse sentido:

PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRÁFICO DE DROGAS - PERMISSÃO JUDICIAL - EFICÁCIA. *Admite-se como prova hábil à demonstração do tráfico de entorpecentes o resultado de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a teor da Lei 9296/1996. A utilização de escutas telefônicas constitui mais um meio de prova, inovador e eficiente, colocando a tecnologia a serviço da Justiça.* Justificado o pedido de interceptação e obedecidos os requisitos legais, sua feitura é aceita à conta de meio de prova, tal como os demais meio probantes. [...] (Apelação Criminal n.º 1.0024.06.031585-0/001 - Comarca de Belo Horizonte – Apelante (s): Maria Serafina Silva de Araújo, Edite Rodrigues Da Silva e Apelado(a)(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Hyparco Immesi, grifo nosso).

EMENTA: PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRÁFICO DE DROGAS - PERMISSÃO JUDICIAL - EFICÁCIA. *Admite-se como prova hábil à demonstração do tráfico de entorpecentes o resultado de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a teor da Lei 9296/1996. A utilização de escutas telefônicas constitui mais um meio de prova, inovador e eficiente, colocando a tecnologia a serviço da Justiça. Justificado o pedido de interceptação e obedecidos os requisitos legais, sua feitura é aceita à conta de meio de prova, tal como os demais meio probantes. - TÓXICO - ASSOCIAÇÃO - ILÍCITO PERPETRADO ANTES DA LEI 11.343/2006 (NOVA LEI ANTITÓXICOS) - IMEDIATA APLICAÇÃO DA LEI NOVA A FATOS A ELA ANTERIORES - INCIDÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XL, DA CF/88 C/C O ART. 2º DO CP - ARTS. 14 e 18, INCISO III, AMBOS DA LEI 6.368/76 - DECOTE DA MAJORANTE - CRIME AUTÔNOMO -NECESSIDADE DE SUA ADEQUAÇÃO AO FATO - LEI POSTERIOR QUE FAVORECE O AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA.* Com o advento da Lei 11.343/2006, a associação eventual ou permanente passou a ser prevista e punida como crime autônomo (art. 35 da nova Lei Antitóxicos). De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores.

3.2.1.1 - NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES EM RAZÃO DAS SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES

No caso de haver mais de uma prorrogação da interceptação telefônica, é comum os defensores questionarem a sua validade, sob o argumento de que não poderia haver mais de uma.

Como se sabe, o artigo 5º da Lei nº 9.296/96 prevê a possibilidade de prorrogação da interceptação telefônica, bastando para tanto que seja comprovada a indispensabilidade de tal medida.

Quanto às sucessivas prorrogações do monitoramento, insta ressaltar que tal medida não enseja nenhuma nulidade, desde que se visualize o necessário prosseguimento das investigações e que a medida seja indispensável. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

Se a interceptação telefônica foi feita pela Autoridade Judiciária com equilíbrio e atenção às exigências do art. 5º da Lei 9296/96, não poderá ser declarada nula porque foi renovada várias vezes posteriormente em razão da necessidade do prosseguimento das investigações (TRF - 4ª Região, Habeas Corpus 3220/RS, 7ª Turma, Rel. Juiz Wladimir de Freitas, julgado em 04/06/2002, votação unânime, DJ 19/06/2002).

Ademais, consubstanciado no princípio da busca da verdade real, o dispositivo legal (art. 5º da Lei 9.296/96) pode ser flexibilizado sem que acarrete ilegalidade na produção da prova. Nesse sentido a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - PRORROGAÇÃO DE PRAZO - LEGALIDADE - PROVAS CONCRETAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REPRIMENDAS DEMASIADAS - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - MODIFICAÇÃO. *Havendo autorização judicial para a realização de interceptação telefônica, sendo necessária a prorrogação do prazo para a escuta, no sentido de perquirir uma investigação mais aprofundada, é possível que esta seja concedida por mais de uma vez, flexibilizando-se o dispositivo legal (art. 5º Lei 9.296/96), com fulcro no princípio da busca da verdade real, inocorrendo, assim, qualquer tipo de ilegalidade na produção da prova impugnada.* (Apelação Criminal nº 1.0016.05.047149-5/001, 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. HERCULANO RODRIGUES. J. 20/04/2006, grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - PRORROGAÇÃO DE PRAZO - LEGALIDADE - PROVAS CONCRETAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REPRIMENDAS DEMASIADAS - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - MODIFICAÇÃO. *Havendo autorização judicial para a realização de interceptação telefônica, sendo necessária a prorrogação do prazo para a escuta, no sentido de perquirir uma investigação mais aprofundada, é possível que esta seja concedida por mais de uma vez, flexibilizando-se o dispositivo legal (art. 5º Lei 9.296/96), com fulcro no princípio da busca da verdade real, inocorrendo, assim, qualquer tipo de ilegalidade na*

produção da prova impugnada. Havendo provas concretas da autoria e da materialidade do delito de associação para o tráfico de drogas, impossível a absolvição. Aplicadas as reprimendas de forma demasiada, imprescindível sua reforma para melhor amoldá-las às circunstâncias do apelante. É de se modificar o regime de cumprimento de pena estabelecido no integralmente fechado, tendo em vista o advento da Lei 11.464/07, que modificou a redação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, no sentido de estabelecer exclusivamente, o regime inicialmente fechado para os delitos elencados nesta lei. Provimento parcial do recurso que se impõe. (Processo nº 1.0701.03.040966-1/002(1) – Relator: ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Data de julgamento: 04/09/2007, grifo nosso).

Ainda se persistirem os motivos que ensejaram a decretação do monitoramento, pode-se ter sucessivas prorrogações, não maculando, assim, as provas derivadas da questionada interceptação. Esse é o unísono entendimento do escólio pretoriano:

TRÁFICO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VÁRIAS RENOVAÇÕES DA DILIGÊNCIA. NECESSIDADE DAS PRORROGAÇÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INOCORRÊNCIA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS. REJEITA-SE. REEXAME DE PROVAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO DE POLICIAL. VALIDADE. PRESUNÇÃO DO FLAGRANTE. AUTORIA, TÍPICIDADE E MATERIALIDADE COMPROVADAS. OCORRÊNCIAS DELITUOSAS NÃO RELATADAS NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME. APREENSÃO DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROVA DE SUA UTILIZAÇÃO NO TRÁFICO. REVOGAÇÃO DO PERDIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Não há limite para o prazo de prorrogação da interceptação telefônica, desde que justificada sua necessidade, e atentando-se a critérios de proporcionalidade e adequabilidade da medida. - Estando a confissão extrajudicial em harmonia com o restante da prova coligida, notadamente as gravações telefônicas e a prova testemunhal, resta provada a autoria, devendo ser mantida a condenação. - O réu não pode ser condenado por crime não descrito na denúncia, sob pena de ofensa ao princípio da correlação entre acusação e condenação, devendo ser absolvido em relação às múltiplas ocorrências reconhecidas na sentença e não narradas na exordial. - Se não comprovada a utilização do automóvel apreendido para o tráfico, deve ser revogado o perdimento decretado, impondo-se a liberação em alvará. (Apelação Criminal nº 1.0016.05.047149-5/001, 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. HERCULANO RODRIGUES, J. 20/04/2006, grifo nosso).

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - PROVA ELABORADA DE ACORDO COM OS PRECEITOS DA LEI FEDERAL 9.296/96 - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - INAPLICABILIDADE. Sendo de incontestável validade a escuta telefônica, apta a deflagrar um

largo esquema associativo de aquisição e distribuição de um grande volume de drogas, não há que se falar em aplicação da teoria dos 'frutos da árvore envenenada', tendo a diligência grande importância para o livre convencimento do magistrado, tanto mais se a identificação dos acusados foi precedida de minucioso trabalho realizado pelo serviço de inteligência da polícia civil, com a ciência ministerial. (Apelação Criminal nº 1.0313.06.209451-8/001, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. JUDIMAR BIBER, J. 29/04/2008, grifo nosso).

3.2.1.2 - NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES

TELEFÔNICAS EM RAZÃO DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA

Também é comum que a defesa alegue nulidade das provas obtidas por meio da interceptação telefônica, sob o argumento de que não foi observado o disposto no artigo 2º da Lei nº 9.296/96, ou seja, não havia indícios razoáveis de autoria a justificar a medida cautelar, o que não lhe assiste razão.

Tratando-se de providência cautelar, não há que se questionar a submissão da interceptação aos requisitos básicos de toda medida desta natureza, quais sejam: *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e *periculum in mora* (perigo ou risco na demora).

O *fumus boni iuris*, em processo penal, traduz-se em duas exigências: 1ª) probabilidade de autoria ou participação numa infração penal; 2ª) probabilidade de existência de uma infração penal.

Assim sendo, verifica-se que, ao deferir a medida cautelar em comento, deve o Magistrado manter-se fiel a esses pressupostos.

No caso de questionamento desse jaez, mister se faz salientar que as interceptações foram originadas de um trabalho investigativo da polícia, o qual culminou com a apreensão de grande quantidade de drogas e de uma quadrilha especializada no tráfico interestadual.

Assim, para que haja interceptação telefônica, é necessário, consoante alhures consignado, a ocorrência de indícios de autoria, que se traduz na necessidade de existência de uma investigação criminal, todavia, prescinde-se de um inquérito. Nesse sentido, os ensinamentos do professor Vicente Greco Filho em sua obra *Interceptação Telefônica*:

A interceptação poderá ser determinada pelo Juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, *na investigação criminal*; ou do representante do Ministério Público, *na investigação criminal* e na instrução processual penal. A interceptação, portanto, pode ser tanto antecedente ao processo penal quanto incidental, depois daquele instaurado.⁷⁹ (grifo nosso).

⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29

Nesse diapasão, não se pode olvidar que, para o ajuizamento da ação penal, o inquérito policial não é indispensável. A esse respeito, os ensinamentos do Procurador de Justiça de Minas Gerais Denílson Feitoza Pacheco:

O inquérito policial é ‘mera peça informativa’, podendo o titular da ação penal ter elementos suficientes ao oferecimento da denúncia por outros meios, motivo pelo qual se diz que ele pode ser dispensado (veja arts. 12, 27, 39, § 5º e 46, § 1º do CPP).⁸⁰

Ora, se o inquérito policial não é fase obrigatória da persecução penal, por que seria fase obrigatória para uma medida cautelar? É possível existir investigação por meio de outros atos de investigação. A respeito do que seja ato de investigação, complementa o renomado Processualista Penal Pacheco:

Por isso seria cabível se fazer a distinção entre atos de investigação, que são as provas produzidas durante a investigação criminal e atos de prova, que são aquelas produzidas durante o processo penal.⁸¹

Em razão do exposto, o egrégio TRF da 3ª região assim se posicionou quanto à necessidade de inquérito policial para que se possa efetivar a interceptação telefônica judicialmente autorizada:

O pedido de quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático tem a natureza de Medida Cautelar Preparatória, de caráter instrumental, pelo que a sua formulação independe de prévia abertura de inquérito policial ou da instauração de Ação Penal, conforme, inclusive, autoriza o artigo 240 do Código de Processo Penal, sendo necessário, somente, a presença de indícios de autoria delitiva e mínima prova da prática de uma infração Penal, além do ‘periculum in mora’. (TRF da 3ª região, 5ª Turma, Apelação Criminal n.º 2000.61.81.007596-0/SP, rel. Juíza Suzana Camargo, j. 03.ago.2001, DJU, p.454, 04.set.2001).

Ainda nesse mesmo sentido:

CRIMINAL. HC. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. QUEBRA BASEADA NAS DECLARAÇÕES DE UMA SÓ PESSOA. ANÁLISE RESTRITA À SUA CAPACIDADE DE CONFIGURAR INDÍCIO DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. APTIDÃO NÃO-ATACADA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. DISPONIBILIZAÇÃO ESPONTÂNEA DE INFORMAÇÕES PELO PACIENTE. DESNECESSIDADE AFASTADA EM RELAÇÃO AOS SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO E FALTA DE INTERESSE JURÍDICO EM RELAÇÃO

AOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. INSTALAÇÃO PRÉVIA DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INOCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DEVIDO A FATORES DE ORDEM FAMILIAR E PESSOAL. PRERROGATIVAS QUE NÃO PODEM ACOBERTAR DELITOS. NATUREZA ABSOLUTA INEXISTENTE. DIVULGAÇÃO DE DADOS DECORRENTES DAS QUEBRAS. DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. IMPROPRIIDADE. CRIMES DIVERSOS DOS ORA ANALISADOS. LEGALIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. LIMINAR CASSADA. ORDEM DENEGADA.

Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório, devendo-se exigir, apenas, que a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal seja demonstrada, em consonância com os indícios de autoria ou participação no ilícito e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis. A legislação fala em “investigação criminal”, não prevendo, para a interceptação telefônica, a instalação prévia de inquérito policial. (HC 20087/SP HABEAS CORPUS2001/0198363-2 – Relator: Ministro Gilson Dip – data de Publicação: DJ 29.09.2003 p. 285 LEXSTJ vol. 176 p. 263, grifo nosso).

Conforme se depreende de todo o exposto, é indispensável, portanto, para a efetivação da interceptação telefônica, que a ordem judicial seja acompanhada de uma motivação, especificamente vinculada à situação concreta.

3.2.1.3 - DA AUSÊNCIA DA TRANSCRIÇÃO DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS

Também a alegação de cerceamento de defesa ante a ausência de transcrições dos diálogos interceptados apresenta-se indevida.

Nesse aspecto, é imprescindível ponderar que, embora não tenha sido transcrita a totalidade dos diálogos interceptados (caso realmente não tenha sido feita a gravação na sua íntegra), foi devidamente encaminhado ao juízo o CD contendo a íntegra das gravações. Assim, verifica-se que a totalidade do material advindo das escutas telefônicas esteve à disposição das partes durante a instrução.

Diante disso, percebe-se que o fato de os agentes federais/civis realizarem a transcrição apenas parcial das conversas em nada prejudica a prova, não caracterizando cerceamento de defesa, violação ao devido processo legal ou contraditório.

Nesse sentido, manifestou-se o Des. Herculano Rodrigues Carneiro, na apelação criminal nº 1.0480.04.057149-3/001:

Foi argüida também a nulidade da sentença, ou a inadmissibilidade da prova obtida mediante interceptação telefônica, ao argumento de que *não*

⁸⁰ PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal:** Teoria, Crítica e Práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 225

⁸¹ PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal:** Teoria, Crítica e Práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 225

teriam sido observadas as normas contidas na Lei 9.296/96, que exigiriam a transcrição integral das conversas interceptadas, e não apenas de trechos que os próprios peritos entenderam relevantes [...]. Ao que consta do ofício de f. 268, as dezenove fitas K7 contendo a íntegra das gravações das interceptações telefônicas foram devidamente encaminhadas ao Juízo. Estavam, portanto, à disposição das partes, que poderiam a qualquer tempo requerer, em relação a elas, o que lhes aprouvesse. Embora a Lei 9.296/96 dê a entender ser desnecessária a gravação, as conversas foram gravadas e transcritas, para melhor aferição da veracidade da prova e de sua idoneidade técnica. Não consta dos autos tenha sido procedida a inutilização dos trechos não mencionados no laudo, pelo que o fato de haver constado a transcrição apenas parcial das conversas em nada prejudica a prova, não havendo que se falar em violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório, como sustentam os acusados. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0480.04.057149-3/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS - APELANTE(S): ALAIR RODRIGUES BRAGA - PRIMEIRO, FLÁVIO HENRIQUE DE SOUZA BRAGA E IRENI DE SOUZA BRAGA - SEGUNDO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TERCEIRO - APELADO(A)(S): OS MESMOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO (grifo nosso).

Se não bastasse o exposto, verifica-se que o egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela desnecessidade de redução a termo de todo o teor das conversas interceptadas, quando as partes têm acesso à integralidade das gravações. Senão vejamos:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ART. 6º, §§ 1º E 2º, DA LEI 9.296/96. DESNECESSIDADE DE REDUÇÃO A TERMO DE TODO O CONTEÚDO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS, UMA VEZ QUE AS PARTES TIVERAM ACESSO À INTEGRALIDADE DAS GRAVAÇÕES. INOBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. (HC 37.227/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 19.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 311, grifo nosso).

3.2.1.4 - CERCEAMENTO DE DEFESA - FALTA DE PERÍCIA

Comum ainda se apresenta a alegação de cerceamento de defesa devido à falta de perícia espectrograma.

Primeiro, é necessário salientar que não há cerceamento de defesa, quando a não realização de tal perícia em nada influiu no esclarecimento dos fatos, já que a prova não foi alicerçada nas interceptações telefônicas realizada pela Polícia Civil/Federal, mas em farto conjunto probatório analisado quando da apreciação do mérito.

Além disso, o STJ entende que a Lei nº 9.296/96 não exige que a degravação da escuta deva ser sub-

metida à perícia. Nesse sentido, trecho do voto do Rel.Min. Felix Fischer proferido no *Habeas Corpus* nº 15820/DF (2001/0008411-7):

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. MULTA.PERDIMENTO DE BENS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI Nº 9.296/96. PENA. FIXAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA CRIME DE ASSOCIAÇÃO. ARTIGO 14 DA LEI-Nº 6.368/76. PROGRESSÃO DE REGIME.II - Interceptações telefônicas que foram autorizadas judicialmente, nos moldes da Lei nº 9.296/96, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita. A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia.

Vale ressaltar que é esse o posicionamento dominante em nossos tribunais, tanto que a eminente Desembargadora do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Beatriz Pinheiro Caires, ao analisar questão análoga na denominada "Operação *Good Vibes*", nos autos de nº 1.0024.07.799175-0/001, cujo acórdão foi publicado em data de 21/08/2009, reportou-se ao julgado do TRF da 8ª Região, em que tal questão já se encontra pacificada. Senão vejamos:

Também não há, na Lei n. 9.296/1996, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida à perícia. Nesse sentido, o TRF da 4ª Região entendeu desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação, e complementa: A inserção de notas explicativas nas transcrições é providência salutar e até mesmo indispensável para a compreensão dos diálogos interceptados, tendo em vista a linguagem propositadamente enigmática empregada pelos traficantes nas suas conversações telefônicas. (TRF da 4ª Região, 8ª Turma, Apelação Criminal n. 2000.71.04.003642-3/RS, rel. Juiz Amir Sarti, j. nov.2001, DJU, p. 1.396, 16 de jan.2002, grifo nosso).⁸²

3.2.1.5 - DA PROVA EMPRESTADA - INTERCEPTAÇÃO REALIZADA EM PROCESSO DIVERSO

A alegada nulidade absoluta do feito, em virtude de ter o MM Juiz *a quo* utilizado, para formação de seu convencimento, das interceptações telefônicas produzidas em processo diverso, está entre as preliminares mais argüidas pela defesa. De modo geral, todos os defensores aduzem não ter assistido ao levantamento de tal prova, o que configuraria o cerceamento e a desobediência ao princípio do devido processo legal.

⁸² PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 921.

Inicialmente, vale ressaltar que os monitoramentos foram regularmente deferidos por juízo competente e em obediência aos ditames da Lei nº 9.296/96. Ademais, é perfeitamente válida como meio de prova a interceptação telefônica que, além do fato para o qual foi autorizada, descobre outros delitos ligados a este. Nesse ponto, trazemos à baila o entendimento dos professores Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini:

Se o fato objeto do encontro fortuito é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio de probatório, inclusive quanto ao fato extradescoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita a interceptação (art. 2º, inc. III). Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecentes; descobre-se fortuitamente a prática de um homicídio, em conexão teológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório.⁸³

Quanto à alegação da defesa de que não assistiu ao levantamento de tal prova, vale esclarecer que o procedimento de interceptação telefônica trata-se de uma medida de natureza cautelar, cuja finalidade é a produção de prova processual penal, no qual, para eficiência dos trabalhos, preza-se pelo sigilo.

A interceptação telefônica, determinada pelo Juiz, a requerimento da autoridade policial, auxilia a investigação criminal, visando à juntada de provas e indícios para enriquecimento do inquérito policial.

Ora, nessa fase investigatória, anterior à instrução criminal e caracterizada pelo sigilo, não há contraditório; portanto, a defesa não deve ter acesso aos autos, o que não vulnera a Lei Complementar nº 65/2003, o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO - INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS - CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94. 1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal. 2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado. 3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexiste sigilo. 4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado. 5. Recurso ordinário improvido. (STJ - RMS 12516 / PR; Recurso ordinário em mandado de segurança 2000/0112062-0; Segunda Turma; Ministra Eliane Calmon; publ. DJ 27.09.2004 p. 282, grifó nosso).

A Min. Eliane Calmon, relatora do supracitado processo, concluiu em seu voto: *“o inquérito policial é um procedimento de investigação de natureza administrativa e inquisitorial, que objetiva apurar a existência de fatos que, em tese, configuram crime, bem assim a sua autoria. Dentro desse enfoque, não há agressão ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa, o desenvolvimento das investigações em caráter sigiloso”*.

3.2.1.6 - NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – PERÍCIA REALIZADA POR NÃO PERITO

Insubsistente também a alegação de violação a que preceitua a Lei nº 9.296/96. O fato de as degravações terem sido realizadas por agentes de polícia, em nada interfere em sua validade. Note-se que tais transcrições das interceptações telefônicas devem ser realizadas por agente de Polícia Federal/Civil, dotado de fé pública. Além disso, a lei não exige que as interceptações telefônicas sejam realizadas por peritos. Nesse sentido, jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça:

EMENTA-APELAÇÃO - ART. 33, ART. 35 C/C ART. 40, IV, TODOS DA LEI 11.343/06 - NULIDADE EM VIRTUDE DO ADITAMENTO DA DENÚNCIA - DESCABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 569 DO CPP - NULIDADE PELA UTILIZAÇÃO DE RITO ESPECIAL - REJEIÇÃO - REGRA CONTIDA NO ART. 78, IV DO CPP - NULIDADE POR EXCESSO NA DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - DESCABIMENTO - OBEDEÊNCIA ÀS NORMAS DA LEI 9.296/96 - POSSIBILIDADE DA POLÍCIA MILITAR INTERCEPTAR LIGAÇÕES TELEFÔNICAS - AUSÊNCIA DE TÉCNICOS NA INTERCEPTAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA DA DEFESA - DESNECESSIDADE DA MEDIDA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS DEFESAS PARA ATOS PROCESSUAIS - NULIDADE RELATIVA - NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DAS PENAS - DESPROVIMENTO - APLICAÇÃO DO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - DESCABIMENTO - RECURSOS DESPROVIDOS. O aditamento da denúncia, quando os autos ainda não estão conclusos para sentença, obedece a regra do art. 569 do CPP. No concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta. Não há que se cogitar em nulidade do processo por excesso de duração da interceptação telefônica, se restar comprovado que esta obedeceu rigorosamente os prazos estipulados por lei, bem como suas prerrogativas. A Lei 9.296/96 possibilita ambas as polícias, militar e civil, o uso da interceptação telefônica, desde que autorizada pela autoridade judiciária e observados os rigores de seus artigos. Nos termos da legislação vigente é prescindível que a interceptação telefônica seja realizada por peritos. Compete ao Juiz indeferir diligências que julgar desnecessárias, sendo descabido o pedido de nulidade por cerceamento de defesa quando isso ocorrer. A ausência de intimação da defesa para atos processuais constitui nulidade relativa,

⁸³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 194.

sujeita à preclusão e à demonstração de prejuízo. Restando devidamente comprovado no bojo dos autos que os réus associaram-se para a mercancia de entorpecentes ilícitos, não há que se falar em absolvição. É impossível a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, se os réus não preenchem os requisitos necessários para tanto. (Nº do processo: 1.0223.07.216981-4/001(1)- Rel.: VIEIRA DE BRITO-Data do julgamento: 10/07/2008- Data da publicação: 08/08/2008, grifo nosso).

O STJ também entende que a Lei nº 9.296/96 não exige que a degravação da escuta deva ser submetida à perícia. Nesse sentido, trecho do voto do Rel. Min. Felix Fischer proferido no *Habeas Corpus* nº 15820/DF (2001/0008411-7):

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. MULTA.PERDIMENTO DE BENS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI Nº 9.296/96. PENA.FIXAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA CRIME DE ASSOCIAÇÃO. ARTIGO 14 DA LEI-Nº 6.368/76. PROGRESSÃO DE REGIME.II - *Interceptações telefônicas que foram autorizadas judicialmente, nos moldes da Lei nº 9.296/96, não baveendo, pois, que se falar em prova ilícita.* A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. *Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia.* (grifo nosso).

3.2.1.7- NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – INTERPRETAÇÃO PESSOAL DO AGENTE DE POLÍCIA

Da mesma forma, totalmente descabida a alegação de nulidade por ter o Agente Policial Federal/Civil inserido notas explicativas nas transcrições das interceptações telefônicas.

Vale ressaltar que o Egrégio Tribunal da 4ª Região já entendeu que a inserção de notas explicativas nas transcrições telefônicas é providência salutar e indispensável para a compreensão dos diálogos.

Nesse sentido, o TRF da 4ª Região entendeu desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação. E complementa: *A inserção de notas explicativas nas transcrições é providência salutar e até mesmo indispensável para a compreensão dos diálogos interceptados, tendo em vista a linguagem propositadamente enigmática empregada pelos traficantes nas suas conversações telefônicas.*⁸⁴ (grifo nosso).

3.2.2 - NULIDADE – AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

Quanto à regularidade ou não do mandado de busca e apreensão, igualmente despicienda se afigura tal discussão, porquanto, sendo o tráfico ilícito de entorpecentes, crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo até a sua efetiva cessação, permite-se o ingresso no domicílio do particular mesmo sem o referido mandado de busca e apreensão.

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - NULIDADE DO PROCESSO - MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO - INEXISTÊNCIA - CRIME PERMANENTE - FLAGRANTE - POSSIBILIDADE - PRELIMINAR REJEITADA - DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS - DEPOIMENTOS POLICIAIS - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA - REDUÇÃO - § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 - RÉUS QUE SE DEDICAM ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS - APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO - IMPOSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO - INADMISSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, BEM COMO DE SUA SUSPENSÃO CONDICIONAL - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - RÉU DEFENDIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. - *Sendo o tráfico crime permanente, cuja consumação se estende no tempo, possibilita a invasão do local no qual tais objetos se encontrem, até mesmo sem ordem judicial e independente do horário.* - Os depoimentos testemunhais dos policiais envolvidos nas prisões dos réus, desde que harmônicos com o contexto probatório e não maculados por interesses particulares, são idôneos pra embasar as condenações. - Se as penas foram fixadas de forma exacerbada, impõe-se a sua reestruturação, a fim de reduzi-las ao patamar adequado. - Restando comprovado nos autos que os acusados se dedicavam às atividades criminosas, inviável o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06. - O condenado por crime de tráfico de drogas deve começar a cumprir sua pena privativa de liberdade no regime fechado, por força de expressa disposição do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, não sendo admissível a substituição de tal reprimenda por restritivas de direito (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) ou a sua suspensão condicional (art. 44 da Lei nº 11.343/2006). VII - Em prol do acusado defendido pela Defensoria Pública milita a presunção de insuficiência de recursos para custear o processo, fazendo ele jus à isenção do pagamento das custas judiciais, por força do disposto no art. 10, II, da Lei Estadual nº 12.427/1996. (Nº 1.0024.07.391433-5/001(1) – Rel.: ADILSON LAMOUNIER – Data do julgamento: 26/01/2010 – Data da publicação: 10/02/2010, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, a alegação de violação de domicílio não se sustenta. Vejamos:

EMENTA -TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO - NULIDADE DA

⁸⁴ PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal:** Teoria, Crítica e Práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 921.

APREENSÃO - INOCORRÊNCIA - CRIME PERMANENTE - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA - AGENTE PRIMÁRIO - POSSIBILIDADE. 1. *Tratando-se de delito de tráfico de entorpecentes, de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, ainda que a diligência tenha sido realizada no período noturno, não há que se falar em violação de domicílio, pois a Carta Magna excepciona as hipóteses de prisão em flagrante, nem mesmo em ilegalidade das provas colhidas, já que derivadas de flagrante válido efetivado no interior do domicílio do agente, onde ocorria a prática do delito de tráfico de drogas, nas modalidades ter em depósito e guardar, situação em que se mostra desnecessário o mandado de busca e apreensão, bem como as formalidades previstas no art. 245, § 7.º do Código de Processo Penal.* 2. Sendo o agente primário, sem prova de que se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, possuindo circunstâncias judiciais, em sua maioria favorável, levando em conta a quantidade de droga apreendida, algo em torno de 76,88 g (setenta e seis gramas e oitenta e oito centigramas) de maconha, faz jus à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pela 1/2 (metade), pois esta deve ser aplicada levando em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida. 3. Recurso parcialmente provido. (N.º 1.0352.08.041724-4/001(1) – Rel.: ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS – Data do julgamento: 20/10/2009 – Data da publicação: 26/11/2009, grifo nosso).

3.2.3 - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

Preliminarmente, deve ser consignado que, recentemente, a Lei n.º 11.719/2008 revogou o artigo 594 do Código de Processo Penal, que impunha ao sentenciado a obrigatoriedade de recolher-se à prisão para apelar da decisão.

Contudo, não é este o caso que se afigura quando o apelante foi preso em flagrante delito e assim permaneceu até o julgamento, quando, então, foi condenado.

Vale observar que a negativa do direito de recorrer em liberdade não implica inobservância de dispositivo legal, já que a prisão permanece revestida de natureza processual e não constitui efeito da condenação.

No mais, há necessidade da manutenção da custódia do recorrente como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade do seu agente, devendo este ser afastado do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, obstando assim que a sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada.

Esse é o entendimento de nosso Tribunal de Justiça:

EMENTA-'HABEAS CORPUS' - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NÃO RECONHECIDO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA. - Se o crime de tráfico de entorpecentes não admite a concessão da liberdade provisória, não se há de reconhecer, ao réu já condenado, o direito de aguardar em liberdade o julgamento de seu apelo. (N.º 1.0000.09.509678-0/000(1) – Rel.: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Data do Julgamento: 17/12/2009 - Data da Publicação: 29/01/2010).

3.2.4 - CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA

Outra alegação de nulidade comum diz respeito ao fato de o Magistrado indeferir pedido de realização de exame de dependência toxicológica requerido pela defesa.

Contudo, o referido exame pode ser negado desde que constatada a sua dispensabilidade. O fato de o recorrente ser usuário não é suficiente para justificar a necessidade do exame de dependência química, pois sua efetiva necessidade emana da existência de dúvida sobre sua normalidade psíquica, em decorrência do vício. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXAME DE DEPENDÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PERGUNTA. INTEMPESTIVIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO DO WRIT. *A realização do exame de dependência toxicológica, nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, situa-se no juízo de sua necessidade, cabendo ao magistrado aferir a real necessidade do exame para a formação de sua convicção, não consubstanciando cerceamento de defesa o seu indeferimento.* Não há que se falar em nulidade do ato judicial, configurado no indeferimento de pergunta à testemunha, se o fato já estava esclarecido e inexistiu prejuízo à defesa. A intempestividade do mandado de busca e apreensão não invalida a ação dos policiais, pois o delito de tráfico, na modalidade ter em depósito, é de natureza permanente, possibilitando o flagrante em qualquer momento. Ordem denegada. (STF. 5ª T. - HC n.º 32597/DF - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJ 14.05.2004, p. 258).

TÓXICOS - AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE JUSTIFICAM A SUA DISPENSA - NULIDADE INEXISTENTE - MOMENTO ADEQUADO PARA A ALEGAÇÃO DE NULIDADE - PRECLUSÃO. *A falta de realização do exame pericial de dependência toxicológica não configura nulidade processual se outros elementos de convicção durante a instrução probatória justificarem a sua dispensa.* O momento adequado para a realização da perícia é o imediatamente após a declaração do réu de que é dependente do uso de substância entorpecente. Se não alegada a nulidade

processual, pela ausência do exame de dependência toxicológica, no prazo a que alude o art. 571, II, do Código de Processo Penal, a matéria resta preclusa. (STF 2ª T. - HC nº 75.399-0/PR - Rel. Min. Maurício Corrêa - DJU 06/04/98, data: 22/08/97, p. 38.764).

Por oportuno, forçoso consignar que o não deferimento da realização de exame de dependência toxicológica não pode ser considerado cerceamento de defesa, visto tratar-se de ato discricionário do Juiz, que, visualizando estar em questão prova prescindível ao seu convencimento, não estará obrigada a deferir-lá. Nesse sentido o escólio pretoriano:

APELAÇÃO CRIMINAL - TÓXICO - TRÁFICO - ART. 12, C/C 18, III, DA LEI Nº 6.368/76 - AUSÊNCIA DE RAZÕES RECURSAIS DE UM DOS RÉUS - FATO QUE NÃO OBSTA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO APELO - INTELIGÊNCIA DO ART. 601, 'CAPUT', DO CPP - PRELIMINAR - NÃO-REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO À DEFESA DO ACUSADOR - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS - DELAÇÕES DE CO-RÉUS AMPARADAS POR DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 16 DA LEI DE TÓXICOS - INVIABILIDADE - DESTINAÇÃO MERCANTIL PATENTE - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS, REJEITADA A PRELIMINAR. a ausência de razões recursais, apesar de satisfeita a intimação, não impede o conhecimento e julgamento do apelo, a teor do disposto no art. 601, 'caput', do CPP, devendo o Tribunal 'ad quem' revisar toda a matéria objeto de análise pela primeira instância; *o Juiz, na condução do processo, não está obrigado a deferir quaisquer pedidos de produção de prova feitos pela defesa, se prescindíveis para a formação de seu convencimento, vez que vigora no ordenamento pátrio o princípio da Livre Convicção Motivada do Magistrado*; restando comprovada a natureza entorpecente da substância encontrada, bem como as condutas dos réus de 'trazer consigo'; 'ter em depósito' ou 'transportar', sem autorização, respondem os mesmos pelas penas previstas no artigo 12, da Lei nº 6.368/76. (Apelação Criminal nº 1.0184.03.003960-8/001, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. ARMANDO FREIRE, J. 04/10/2005, grifo nosso).

Dessa forma, constata-se que o exame de dependência toxicológica somente é essencial quando há dúvidas sobre a integridade mental do réu, em função do vício; caso contrário, é prescindível.

3.2.5 - DO ABUSO DE DIREITO – USO DESNECESSÁRIO DE ALGEMAS DURANTE O INTERROGATÓRIO

Pode, em situações excepcionais, ser necessário o uso de algema mesmo durante o interrogatório do acusado, o que é perfeitamente possível, desde que

o Juiz exponha, de forma fundamentada, os motivos que o levaram a assim proceder.

Ressalte-se que a Súmula nº 11, editada em 13 de agosto de 2008, pelo Supremo Tribunal Federal, limita o uso de algemas a casos excepcionais. O texto ainda prevê sanções para quem submeter o preso a constrangimento moral ou físico *se não houver justificativa por escrito do uso de algemas*.

Assim, sobreleva notar que tal medida constitui uma excepcionalidade, sendo sua necessidade averiguada somente no caso concreto, como medida necessária para assegurar o bom andamento dos trabalhos e a segurança dos presentes.

Nesse mesmo sentido, recente posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

'HABEAS CORPUS' PREVENTIVO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TRIBUNAL DO JÚRI - USO DE ALGEMAS EM PLENÁRIO - DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MAGISTRADO PRESIDENTE NA CONDUÇÃO DA SESSÃO PLENÁRIA - NECESSIDADE DE GARANTIR O BOM ANDAMENTO E A SEGURANÇA DO JULGAMENTO - EXCESSO DE PRAZO NA REALIZAÇÃO DO JÚRI - ADIAMENTO OCORRIDO POR CULPA EXCLUSIVA DA PRÓPRIA DEFESA - ORDEM DENEGADA – Processo nº 1.0000.08.475614-7/000(1) – Data de Publicação: 01/08/2008 – Relatora: Márcia Milanez.

3.2.6 - DO FLAGRANTE FORJADO

Nulidade do feito por suposta ocorrência de flagrante forjado por policiais militares constitui outra preliminar bastante debatida na área de tóxicos.

Nesse contexto, não se pode olvidar que cabe à defesa comprovar a ocorrência de 'flagrante forjado' perpetrado pelos policiais militares. Nesse particular, o ônus probatório se inverte, à luz do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sob pena de ser criada uma infalível válvula de escape, já que bastaria ao réu aduzir a existência de 'flagrante forjado', para conseguir sua absolvição, sem nenhum respaldo nas provas colacionadas nos autos; o que somente serviria para fazer imperar a impunidade. Nesse sentido o professor Jorge Vicente de Paula esclarece em seu livro:

Encontramos prevalência na doutrina em lecionar que nos fatos constitutivos de direito o ônus é do acusador, enquanto os fatos impeditivos, extintivos e modificativos incumbem ao acusado. Os fatos constitutivos dizem respeito unicamente à tipicidade e autoria do delito. Portanto, ao acusador compete provar se realizou a conduta típica e que o acusado foi o autor. Ao réu cabe provar os fatos: a) extintivos (v.g., causas de extinção de punibilidade); b) impeditivos, relacionados com a exclusão da vontade livre e consciente de praticar o fato (erro de fato, coação irresistível, causas de

extinção da culpabilidade); c) modificativos, que são aqueles que excluem a antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, etc.)⁸⁵

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência mineira:

Número do processo: 1.0672.06.215789-2/001(1)
- Relator: HÉLCIO ALENTIM Data do Julgamento: 06/11/2007 Data da Publicação: 27/11/2007
Ementa: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FLAGRANTE FORJADO - AUSÊNCIA DE PROVA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - COMBINAÇÃO DE LEIS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CABIMENTO - MEDIDA MAIS BENÉFICA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. A prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção disponíveis nos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam no sentido de que os policiais deixaram de agir escorreiamente, ou de que tinham algum interesse em incriminar falsamente o agente. *O flagrante forjado ou preparado ocorre quando o agente vem a delinquir induzido por policial, ou seja, acontece por força de uma situação simulada por alguém para levá-lo a praticar uma ação criminosa. Não ocorrendo essa hipótese, não há falar em flagrante forjado.* Restando fartamente comprovado que o réu praticou ao menos três, das dezoito condutas previstas no art. 12 da Lei nº 6.368/76, quais sejam 'trazer consigo', 'oferecer' e 'entregar a consumo', impossível se apresenta a desclassificação do fato para o delito de uso de substância entorpecente. É impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, à penalidade fixada por crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76, uma vez que a aplicação da simbiose de textos legais produziria uma *lex tertia* de Tóxicos, que seria diversa, tanto da antiga quanto da atual, o que acabaria por acarretar benefícios exagerados e injustos, não atingindo a dupla finalidade da pena. Em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, a nova lei (11.343/2006) não se afigura mais benéfica e, portanto, não retroage, porquanto recrudescer a pena mínima abstratamente considerada, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (Lei nº 6.368/76), para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Lei nº 11.343/06). A pena restritiva de direitos há que ser suficiente para o desestímulo e a repreensão da conduta delituosa, admissível a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, do CP. Recurso parcialmente provido. V.V.P.: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - APLICAÇÃO DISPOSITIVO CONSTANTE DO ART. 33., §4º, DA LEI

11.343/06 - POSSIBILIDADE . A circunstância que privilegia o delito (art.33, § 4º, da Lei 11.343/06) afasta a equiparação com hediondez tratada na Lei 8.072/90. Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL (grifo nosso).

PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FLAGRANTE FORJADO - AUSÊNCIA DE PROVA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 - COMBINAÇÃO DE LEIS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CABIMENTO - MEDIDA MAIS BENÉFICA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. *A prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção disponíveis nos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam no sentido de que os policiais deixaram de agir escorreiamente, ou de que tinham algum interesse em incriminar falsamente o agente. O flagrante forjado ou preparado ocorre quando o agente vem a delinquir induzido por policial, ou seja, acontece por força de uma situação simulada por alguém para levá-lo a praticar uma ação criminosa. Não ocorrendo essa hipótese, não há falar em flagrante forjado.* [...] (Apelação n.º 1.0672.06.215789-2/001(1). Relator: Hélio Valentim. Data: 06.11.2007).

É interessante, ainda, ponderar que a conduta dos policiais esteve voltada para surpreender o réu e não para gerar o crime e acrescentar que o delito de tóxicos é de natureza permanente, consumando-se com a simples posse da substância entorpecente para venda em desacordo com determinação legal.

Nesse sentido, a jurisprudência pacificada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA – ‘HABEAS CORPUS’ - Flagrante preparado - Inexistência - Crime permanente - Precedente do STF – *Inocorre flagrante preparado em sede de crime permanente, porquanto o crime preexiste à ação do agente provocador* - Liberdade provisória - Concessão - Impossibilidade - Presença dos requisitos da preventiva - Não se defere liberdade provisória ao réu, cuja manutenção da custódia faz-se necessária como garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, independentemente de suas qualidades pessoais - Excesso de prazo - Instrução criminal já encerrada, estando os autos na fase de alegações finais - Inexistência de constrangimento ilegal - Súmula nº 17 do TJMG - Súmula nº 52 do STJ - Estando encerrada a instrução criminal, não há falar-se em constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa - Ordem denegada. (nº 1.0000.05.430919-0/000(1) – Rel.: GUSTEUBER BIBER – Data do julgamento: 17/01/2006 – Data da publicação: 27/01/2006).

⁸⁵ PAULA, Jorge Vicente de. **Manual da Sentença Penal Condenatória**: Requisitos e Nulidades, Curitiba: Juruá, 2003. p. 229

Este é, também, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

Lei de Tóxicos. Posse e venda de maconha. Flagrante preparado. Inteligência da Súmula 145 do STF. A operação preparada de venda de droga não nulifica a denúncia se esta se funda também no fato da posse, constatado como preexistente à simulação policial (STF – HC nº 65.831 – ES, rel. min. FRANCISCO REZEK, DJU: 18/03/1998).

O flagrante preparado em ação de venda de droga não anula o processo-crime se a condenação está fundada também na posse, preexistente à simulação policial. (STF. 2ª Turma – HC 72.674-SP. Rel. min. Maurício Corrêa, j.26/03/1996, pub. RJT nº163, p.608).

3.2.7 - DA PROVA ILÍCITA: POLICIAIS QUE ATENDEM AO CELULAR DO RÉU QUANDO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO – CONDUTA LÍCITA

Apresenta-se comum, em se tratando de tráfico de drogas, a arguição de preliminar de nulidade das provas colhidas nos autos, sob a alegação de que os policiais militares, quando da abordagem, teriam atendido ao celular do acusado, sem que este lhes tivesse autorizado ou sem a devida ordem judicial para tal fim.

Primeiramente, há que se esclarecer que o fato de o policial ter atendido ao telefone celular apreendido em poder do envolvido, no ato de sua prisão, não configura interceptação telefônica, não se podendo cogitar, portanto, de ilicitude de prova ou de violação de privacidade, muito menos da necessidade de ordem judicial.

Nesse sentido, o Desembargador Sérgio Paladino, ao proferir seu voto, assim se manifestou:

[...] o fato de policial atender ao celular apreendido em poder do réu não caracteriza interceptação telefônica, que, em sentido amplo, significa 'a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles' (Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance e Gomes Filho, Antonio Magalhães, As nulidades no processo penal, 7ª ed., rev. e atual., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 174), não se subsumindo, por isso, às prescrições da Lei n. 9.296/96, configurando, sobretudo, procedimento investigatório escorreito, que não se desenvolveu às escondidas e conferiu primazia ao interesse público, em detrimento do direito individual à intimidade. (Ap. Crim. n. 02.019637-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 29.10.2002, grifo nosso).

Ainda nessa vereda, apresenta-se o seguinte julgado do e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

PREFACIAL DA DEFESA - PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA PRODUÇÃO DE

PROVA ILÍCITA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INOCORRÊNCIA - POLICIAL QUE ATENDE À LIGAÇÃO TELEFÔNICA RECEBIDA PELO RÉU DETIDO POR SUSPEITA DE PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS - INEXIGIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - PROVA ESCORREITA - PREFACIAL AFASTADA (Ap. Crim. n. 2005.012441-5, de Criciúma, rel. Des. Torres Marques, j. 5.7.2005, grifo nosso).

Ademais, é interessante que o Promotor de Justiça pondere que a autoria delitiva quedou provada independentemente de os policiais terem atendido ao celular do acusado, sendo certo que esta não foi a única prova analisada pelo Magistrado na formação de sua convicção. Como se sabe, vige na lei processual brasileira o princípio da livre apreciação das provas pelo Magistrado. É a aplicação do sistema moderno do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Nesse sentido nos ensina brilhante processualista penal:

[...] o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando previamente comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos desde que em consonância com outras provas [...].⁸⁶

Assim, mister salientar que a sentença foi baseada também em outros elementos de prova, tais como os depoimentos dos policiais militares, as circunstâncias em que ocorreram os fatos, a quantidade de droga e a vultosa quantia em dinheiro arrecadada, além das observações realizadas por policiais velados que presenciaram o réu em atitude suspeita de tráfico de drogas, tudo isso respeitando todas as formalidades legais.

Diante do exposto, incabível é o pleito de reforma da referida sentença, com conseqüente anulação do feito em virtude da utilização de prova ilícita.

Essas são as principais considerações a respeito da Lei n.º 11.343/2006.

3.2.8 - BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA RECOMENDADA

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Fernandes Abel *et al.* **Nova lei antidrogas: Teoria, crítica e comentários à Lei n.º 11.346/06**. Niterói: Impetus, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343/06: Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2007.

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 336.

PASSAGLI, Marcos. **Toxicologia Forense: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2007.

POSTERLI, Renato. **Tóxicos e comportamento delituoso**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei anti-drogas: Manual prático**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **A nova lei antidrogas (Lei nº 343/2006)**. Niterói: Impetus, 2007.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ARANHA, Alberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOURINHO, Fernanda Cardoso Castro. **Mandado de Segurança Criminal**. I ed. São Paulo: IOB, 2008.

4 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL

4.1 - DA FISCALIZAÇÃO DAS CADEIAS PÚBLICAS E ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Nas visitas mensais ou em visitas extraordinárias a estabelecimentos prisionais e casa de albergados, recomenda-se ao Promotor de Justiça a seguinte rotina.

- Verificar se há pessoas presas ilegalmente. Em caso positivo, adotar as medidas cabíveis para fazer cessar o constrangimento ilegal. Notificar as Corregedorias dos presídios e da Polícia Judiciária. Atenção especial deve ser dada a eventuais *prisões para averiguação* ou *correcionais*, inadmitidas pelo ordenamento constitucional vigente.
- Verificar as condições gerais de funcionamento dos estabelecimentos, tais como saúde, segurança, alimentação, higiene, dentre outras.
- Ouvir os presos, anotando as suas reclamações.
- Adotar as providências cabíveis referentes às reclamações dos presos que tenham procedência e encaminhar o relatório de visitas ao Centro de Apoio às Promotorias Criminais

(CAOCrim), propondo as medidas que estiverem fora de sua esfera de atribuições. Atentar para a informatização de tais relatórios.

- Sempre que possível, estudar previamente os casos para orientar e aconselhar os presos sobre o direito a livramento condicional, albergue, unificação de penas, revisão, progressão, remição, entre outros.
- Se houver menores presos, verificar se estão em cela especial. Se houver mulheres, ver se estão em estabelecimento separado.
- Inspeccionar o desenvolvimento do regime aberto e semi-aberto, bem como as disposições legais pertinentes.
- Fiscalizar o regime disciplinar e zelar pela legalidade das prisões e dignidade do preso.

4.2 - DA EXECUÇÃO DA PENA⁸⁷

4.2.1 - INTRODUÇÃO

O fim da execução penal de acordo com o artigo 1º da Lei nº 7.210/84 é: “a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social” (item 14 da Exposição de Motivos da LEP).

Para a efetivação desses objetivos e demonstrando a natureza jurídica da execução penal, a LEP previu diversos direitos aos condenados, bem como órgãos responsáveis pela execução da pena e sua fiscalização.

4.2.2 - TÉCNICA DE ATUAÇÃO MINISTERIAL NA EXECUÇÃO PENAL

A atuação ministerial na execução se dá tanto no âmbito judicial, com a fiscalização do cumprimento da pena relativa aos sentenciados submetidos à jurisdição da comarca, interposição de recurso de agravo, mandado de segurança, *babeas corpus*, propositura de ação civil pública para interdição de unidade prisional, etc; como na esfera extrajudicial, com a fiscalização de estabelecimentos prisionais, entidades beneficiadas com as penas restritivas de direito e nosocômios acolhedores de pacientes judiciários submetidos a medida de segurança, atendimento aos sentenciados, seus parentes e advogados, participações de reuniões com magistrados, defensores públicos e membros da Secretaria de Defesa Social etc.

⁸⁷ Sobre competência para execução de pena, ver Súmula nº 192 do STJ: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual”.

4.3 - DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Cumpra ao órgão ministerial requerer/opinar sobre:

- expedição de guia de execução definitiva ou provisória;
- expedição de guia de recolhimento;
- liberação de vaga para cumprimento de pena;
- atestado de conduta carcerária;
- realização de exame criminológico;
- unificação de penas;
- aplicação da lei penal posterior mais benéfica;
- designação de audiência para oitiva do sentenciado;
- concessão de progressão de regime;
- regressão de regime;
- concessão de saídas temporárias;
- autorização para trabalho externo;
- concessão de remição da pena pelo estudo ou pelo trabalho;
- concessão de prisão domiciliar;
- concessão de livramento condicional;
- transferência do processo de execução;
- liberação de pecúlio;
- concessão de salvo conduto;
- concessão de comutação de pena;
- concessão de indulto;
- isenção/parcelamento das custas processuais;
- remissão/parcelamento da pena de multa;
- extinção da pena (cumprimento, prescrição, morte do agente, etc).

4.3.1 - PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES — EXPEDIÇÃO DA GUIA DE RECOLHIMENTO

Estando o condenado preso, requerer ao Juiz das Execuções a expedição da guia de recolhimento, instruída com os documentos previstos no art. 106, LEP. A guia será expedida em duas vias, sendo uma para o estabelecimento penal onde se encontra o condenado e outra para a Secretaria de Defesa Social — Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas, a última acompanhada de ofício assinado pelo Juiz, requisitando vaga no sistema penitenciário e obrigatoriamente assinada pelo Promotor de Justiça.

4.3.2 - NÃO ESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL NA SENTENÇA

Se eventualmente o Juiz sentenciante deixar de estabelecer qual o regime prisional imposto ao condenado, requerer ao Juiz da Execução que o fixe, observando, contudo, o disposto detalhadamente no art. 33 do Código Penal.

4.3.3 - MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

Em sede de juízo de execução penal, a unificação das penas impostas em diversas sentenças condenatórias poderá modificar o regime de cumprimen-

to estabelecido em cada sentença isoladamente (art. 111, LEP).

A modificação do regime inicial do cumprimento da pena poderá ocorrer, também, nos casos de detração penal e da remição (este último benefício é também considerado em relação ao tempo da prisão provisória).

A unificação pode redundar também, por óbvio, em diminuição de pena, *v.g.*, nos casos de reconhecimento de ocorrência de crime continuado.

4.4 - DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Cumpra ao órgão ministerial requerer/opinar sobre:

- expedição de guia de execução definitiva ou provisória;
- liberação de vaga para cumprimento de pena de limitação de fim de semana;
- encaminhamento do sentenciado às entidades cadastradas para cumprimento de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária;
- certidões sobre o cumprimento de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária;
- atestado de conduta carcerária do sentenciado que cumpre limitação de fim de semana;
- designação de audiência para oitiva do sentenciado;
- conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade;
- substituição de uma pena restritiva de direito por outra;
- parcelamento da prestação pecuniária;
- transferência do processo de execução;
- isenção/parcelamento das custas processuais;
- remissão/parcelamento da pena de multa;
- extinção da pena (cumprimento, prescrição, morte do agente, etc).

Cumpra, ainda, ao órgão ministerial, também nesses casos, executar a pena de multa.⁸⁸

4.4.1 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

Se a pena aplicada é restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, requerer ao Juiz das Execuções que seja designada entidade ou programa comunitário ou estatal no qual serão prestados os serviços pelo condenado, intimando-o para tal fim. Atentar para o fato de que, nas hipóteses de Juizados Especiais, cumpra ao órgão do MP indicar a entidade onde serão pres-

⁸⁸ As receitas originadas das multas são recolhidas ao fundo penitenciário estadual, cabendo ao Promotor de Justiça informar, mensalmente, ao Conselho Penitenciário Estadual o montante arrecadado (Recomendação n° 3/96 da CGMG).

tados os serviços, bem como a forma e a duração, o que se torna obrigatório após a sentença judicial homologatória (art. 76 e ss. da Lei nº 9.099/95).

4.4.2 - INDICAÇÃO DO LOCAL DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELO CONDENADO

Nada impede seja o condenado intimado a indicar o local onde prestará os serviços, desde que a entidade seja congênera às citadas pelo art. 149 da LEP. Em qualquer caso, deverá a entidade, mensalmente, enviar à secretaria do juízo relatório pormenorizado acerca das atividades exercidas pelo condenado, com a respectiva jornada de trabalho (art. 150, LEP).

4.4.3 - FISCALIZAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

O órgão de execução deve atentar para o dever de, sempre que possível, fiscalizar *in loco* a prestação do serviço pelo condenado, manifestando-se nos respectivos autos processuais a respeito de qualquer anomalia percebida.

4.4.4 - PENA DE MULTA – DÍVIDA DE VALOR – LEGITIMIDADE PARA COBRANÇA

Observar que, com o advento da Lei nº 9.268, de 1/4/96, que alterou dispositivos do Código Penal e, em especial, a redação do art. 51, a multa aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, foi transformada em dívida de valor, sujeitando-se, portanto, as normas legais relativas à dívida ativa da Fazenda Pública (Lei nº 6.830/80), tais como o momento de incidência da correção monetária, que passou a ser o da data do cometimento do ato ilícito, bem como, ainda, ao procedimento estabelecido na Lei de Execução Fiscal, inclusive, quanto às causas de suspensão e interrupção da prescrição.

Mister salientar que a Corregedoria-Geral do Ministério Público publicou o Aviso nº 10/2009, estabelecendo que, não havendo adimplemento voluntário da pena de multa, a execução por quantia certa deve ser empreendida pela Procuradoria da Fazenda Pública, em face do caráter de dívida de valor, para evitar possíveis extinções processuais por ilegitimidade do pólo ativo.

Portanto, o Promotor deverá manifestar-se no sentido de que seja encaminhada cópia autêntica da sentença condenatória e certidão de débito em dívida ativa da Secretaria de Estado da Fazenda, para inscrição do débito em dívida ativa e posterior propositura da ação de execução pela Procuradoria do Estado, perante uma das Varas da Fazenda Pública Estadual, em conformidade com o que dispõe a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80).

4.4.5 - CONDIÇÕES PARA CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Observar que o *sursis* não é incidente da execução da pena, razão pela qual as condições para a concessão serão ditadas em audiência admonitória realizada no juízo da condenação, cabendo ao Juiz da Execução fiscalizar o cumprimento das obrigações.

4.4.6 - PERÍODO DE PROVA

Cabe ao órgão do MP fiscalizar as condições gerais do *sursis*, atento para o fato de que o período de prova só começa a fluir após a realização da audiência admonitória respectiva.

4.4.7 - CONDIÇÕES OBRIGATÓRIAS

Lembrar que independe de fixação judicial a condição prevista no § 10 do art. 78, CP, por ser uma condição obrigatória, salvo quando da ocorrência da hipótese prevista no § 2º do mesmo artigo.

4.5 - DA COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO

A Comissão Técnica de Classificação, prevista na Lei de Execução Penal (arts. 6º e ss.), é órgão que acompanha a vida carcerária do condenado, opinando quanto à concessão da maioria dos benefícios legais do réu. Referida comissão tem sido constituída somente nas penitenciárias. Na sua falta, prevê a lei sua substituição por fiscais do serviço social (art. 7º, parágrafo único). Não havendo a CTC e tampouco os fiscais do serviço social, tem-se aceito relatório da autoridade policial para fins da análise judicial da viabilidade da concessão dos benefícios ou quanto à regressão do regime de cumprimento de pena.

4.6 - DO EXAME CRIMINOLÓGICO

A Lei de Execução Penal prevê a submissão obrigatória do condenado em regime fechado a exame criminológico (art. 8º), facultando, porém, o referido exame para os condenados em regime semi-aberto (art. 112). Não havendo no estabelecimento penal o Centro de Observação — órgão responsável pela elaboração do exame criminológico (art. 96), requerer seja o exame realizado pela Comissão Técnica de Classificação (art. 98), observados os comentários sobre essa comissão no item anterior.

Se o estabelecimento penal não contar com nenhum dos órgãos acima, recomenda-se:

- requerer ao Juiz que o condenado seja submetido ao exame criminológico em estabelecimento penal adequado indicado pela Secretaria de Defesa Social; ou
- requerer ao Juiz que sejam nomeados os pro-

fissionais a que alude o art. 103 da Lei Estadual nº 11.404/94 — Lei de Execução Penal Estadual de Minas Gerais – (psicólogo, psiquiatra, clínico geral, assistente social, educador e criminólogo), para realização do mencionado exame;

- não havendo na comarca os profissionais indicados na alínea anterior, sugerir a nomeação de outros, com conhecimento similar, para o encargo.

O exame criminológico tem sido exigido ainda em pedidos de indulto/comutação de pena, para se certificar do real mérito do sentenciado.

4.7 - DO TRABALHO DO CONDENADO

4.7.1 - OBRIGATORIEDADE

O trabalho para o condenado a pena privativa de liberdade é obrigatório – constituindo também um direito; observado o princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas, sua resistência ou falta voluntária constituem infração disciplinar (arts. 41 e 142, III, da Lei Estadual nº 11.404/94).

4.7.2 - PRESO RECOLHIDO À CADEIA PÚBLICA

O Promotor de Justiça poderá avaliar a conveniência de propor ao Diretor da Cadeia Pública que os presos em regime fechado prestem serviços no interior da cadeia ou da delegacia, tais como o de faxina, ou ainda, trabalhem na criação de horta ou desenvolvam outras atividades compatíveis com o espaço físico disponível e outras circunstâncias.

4.7.3 - TRABALHO EXTERNO COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Notar que, em regra, o trabalho externo somente é admissível ao condenado em regime semi-aberto, mediante autorização judicial.

4.7.4 - TRABALHO EXTERNO COM AUTORIZAÇÃO DA DIREÇÃO DO ESTABELECIMENTO

A lei estabelece que o trabalho externo poderá ser concedido, também, ao condenado em regime fechado independentemente de autorização judicial (art. 37, LEP), somente em serviço ou obras públicas realizados por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga (art. 36, LEP).

4.7.5 - FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO EXTERNO

Fiscalizar o trabalho externo, requisitando ao Diretor do Presídio ou ao Delegado de Polícia (quando for o caso) lista dos presos em regime fechado que gozam do benefício do trabalho externo, contendo o local, função e horário do trabalho.

4.8 - DA PROGRESSÃO E DA REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL

4.8.1 - NECESSIDADE DE SE OUVIR A COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO

Ao emitir parecer sobre a progressão de regime, requerer a oitiva da Comissão Técnica de Classificação. Na inexistência desta no estabelecimento penal, deverá o Promotor atentar para tudo o que foi mencionado anteriormente.

4.8.2 - PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO

Observar que o condenado em regime fechado, após cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena e preenchidos os requisitos subjetivos, progredirá para o semi-aberto, tendo, também, direito às saídas temporárias⁸⁹.

Recordar que, ocorrendo unificação de penas, a progressão de regime ou a obtenção de qualquer outro benefício deverá ter por base o *quantum* total de pena e não o limite definido no art. 75 do Código Penal.

4.8.3 - PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO

Quanto à progressão para o regime aberto, verificar se o requerente foi também condenado, além da pena privativa de liberdade, em pena pecuniária. Em caso afirmativo, se o parecer for favorável à pretensão deduzida, condicioná-lo ao pagamento da multa, pois o condenado solvente que deixa de pagar a multa não pode ser beneficiado com o regime aberto (art. 118, § 10, LEP).

Exige-se, como condição de o condenado ser contemplado com o regime aberto, que ele esteja trabalhando ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Necessário que o Promotor de Justiça esteja alerta à realidade socioeconômica da região, levando em consideração ainda o preconceito que dificulta o preso se ocupar com a brevidade exigida pela lei. Salienta-se ser usual a aceitação da “carta de emprego” emitida pelo poder público municipal.

4.8.4 - REGIME ABERTO EM PRISÃO DOMICILIAR

O art. 117, LEP prevê, taxativamente, as hipóteses de concessão da prisão domiciliar.

Assim, a inexistência de vaga na casa de albergado não autoriza a aplicação da prisão domiciliar, em face da prevalência do interesse público na efetiva-

⁸⁹ Súmula n. 40 do STJ: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado” (DJU de 12/5/92).

ção da sanção penal, em detrimento do interesse individual do condenado. Ademais, há o fato de a administração não ter meios de controle ou fiscalização sobre o cumprimento das condições previstas na lei.

Seguindo esse entendimento, o TJMG manifestou:

HABEAS CORPUS - PRISÃO DOMICILIAR - REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA EM LEI - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. - O cumprimento da pena em caráter de prisão domiciliar somente se justifica nas hipóteses expressas no artigo 117 da LEP, não havendo que se falar em constrangimento ilegal ao paciente que não se enquadra nas hipóteses previstas. (TJMG, HC nº 1.0000.09.501429-6/000(1), Relator Adilson Lamounier, 25.08.2009).

PROCESSUAL PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO - CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE - PRISÃO DOMICILIAR - AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRÓPRIO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. - A pena restritiva de direitos pode ser convertida em privativa de liberdade quando, no curso da execução, sobrevier condenação por outro crime, nos termos do art. 44, § 5º, do CPB. - *Não se justifica a concessão da prisão domiciliar ao condenado que cumpre pena em regime aberto, ausentes as hipóteses previstas no art. 117 da LEP, por inexistência de vaga em estabelecimento prisional próprio.* (TJMG, HC nº 1.0000.09.490934-8/001(1), Relator Edival José de Moraes, 02.09.2009 – grifo nosso).

A prisão aberta é apenas um regime de pena e, na falta de vaga em casa de albergado para o seu cumprimento, o condenado deve ser recolhido em estabelecimento prisional adequado, não devendo ser deixado em liberdade.

4.8.5 - REGRESSÃO DO REGIME

O art. 118, LEP, prevê as hipóteses em que ocorrerá a regressão do regime prisional. Importante que, na hipótese do inciso I, requeira o Promotor de Justiça a oitiva prévia do condenado em juízo (§ 2º), pois um fato que, em tese, apresenta-se como falta grave, por exemplo, a fuga, pode, após a oitiva do condenado, ser considerado como motivo justo ao cometimento daquela suposta falta. Observar que o pedido de regressão deve compatibilizar-se com os postulados do contraditório e da ampla defesa.

4.9 - DAS AUTORIZAÇÕES DE SAÍDA

4.9.1 - PERMISSÃO DE SAÍDA (ART. 120, LEP)

A permissão de saída a que alude o art. 120 independe de autorização judicial, sendo ato do Diretor do Presídio (ou do Delegado de Polícia, quando for o caso).

4.9.2 - SAÍDA TEMPORÁRIA (ART. 122, LEP)

A saída temporária exige decisão do Juiz, após prévia manifestação ministerial.

4.9.3 - LIMITE PARA A SAÍDA TEMPORÁRIA

A saída temporária poderá ser concedida num total de até trinta e cinco dias ao ano (art. 124, LEP). A prática tem demonstrado que, para melhor fiscalizar o benefício, os dias sejam concedidos em uma única decisão judicial, contudo, o pedido formulado pelo condenado deverá ser instruído com calendário elaborado pelo Diretor do Presídio ou Delegado de Polícia, dando conta, previamente, dos dias em que se pretende que ocorram as saídas.

4.10 - DA REMIÇÃO

4.10.1 - DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À INSTRUÇÃO DO PEDIDO

No exame do pedido de remição de pena — que poderá ser postulado também pelo Ministério Público, exigir que seja juntada a certidão pormenorizada da jornada de trabalho (dia, mês e função desempenhada). Isso evitará que eventualmente o condenado seja contemplado várias vezes pelo benefício com uma única jornada de trabalho.

4.10.2 - TEMPO DE TRABALHO INTERNO DURANTE A PRISÃO PROVISÓRIA

Notar que o trabalho desempenhado ao tempo da prisão provisória (trabalho interno) é levado em consideração para a fruição de eventuais benefícios no período de execução da pena.

4.10.3 - NÃO APLICAÇÃO NO REGIME ABERTO

Recordar que o regime aberto não comporta a remição (art. 126, LEP).

4.11 - DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

4.11.1 - REQUISITOS

O art. 83 do CP não especifica o lapso de tempo necessário à obtenção do livramento condicional em se tratando de condenado primário e de maus antecedentes. Nesse caso, tem a doutrina e a jurisprudência entendido que o cumprimento de pena será o mesmo previsto no art. 83, II, CP, isto é, mais da metade da pena.

Requerer, quando necessário, a realização do exame criminológico do sentenciado, efetuando posteriormente exame do mérito do pedido de livramento condicional.⁹⁰

⁹⁰ Penal. Processual. Execução. Recurso. Deve o Juiz das

4.11.2 - CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO E OUTRO CRIME

Quando houver condenação por crime hediondo e por outro crime assim não considerado, por força dos arts. 84, CP, e 111, LEP, deverá ser levado em consideração, para a concessão do benefício, o somatório das penas. Sendo assim, há de se cumprir, em primeiro lugar, o estágio temporal previsto para o crime hediondo (2/3 da pena), que nem sempre coincidirá com o estágio exigido para o total das penas.⁹¹

4.12 - DO AGRAVO EM EXECUÇÃO

Das decisões proferidas no juízo de execução caberá o recurso de agravo (art. 197, LEP), que seguirá o rito do recurso em sentido estrito, haja vista que a utilização do procedimento do agravo previsto na legislação processual civil poderá impor ônus considerável ao Ministério Público e ao réu, na medida em que a inadequada instrução do recurso referido poderá gerar o seu não conhecimento, o que não ocorre com o primeiro.⁹²

4.13 - SOBRE O INDULTO

Anualmente o Presidente da República edita decreto de indulto, baseado em decisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão ligado ao Ministério da Justiça, considerada “a tradição de conceder perdão ao condenado em condições de merecê-lo”. O benefício é diferente da saída temporária, após a qual o preso retorna ao presídio. No caso do indulto, ocorre uma espécie de perdão do restante da pena.

O indulto abrange sempre um grupo de sentenciados e normalmente inclui os beneficiários tendo em vista a duração das penas que lhe foram aplicadas, embora se exijam certos requisitos subjetivos (primariedade, etc.) e objetivos (cumprimento de parte da pena, exclusão dos autores da prática de algumas espécies de crimes, etc.).

O indulto apenas extingue a punibilidade, persistindo todos os efeitos do crime, de modo que o

Execuções apreciar pedido do Ministério Público para submeter réu a exame criminológico, concedendo-lhe também nova vista dos autos. (Resp n. 39.578-0-MG, 5a. Turma, rel. Min. Edson Vidigal, j. 24/10/94, DJU de 24/10/94, p. 28.773).

⁹¹ Um exemplo: X é condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, por crime de tráfico de substância entorpecente, e ao mesmo tempo, em outro juízo, é condenado a 5 (cinco) anos por roubo. Em razão do que foi exposto acima, X terá de cumprir o total de quatro anos (4) e seis (6) meses de reclusão para angariar o benefício, ou seja, metade da pena total, conforme disposto no art. 83, II, CP.

⁹² Essa matéria não se encontra pacificada nos tribunais estaduais.

condenado que o recebe não retorna à condição de primário.

A praxe tem sido reeditar os termos do decreto do ano anterior, com mínimas modificações. Nos termos do Decreto nº 7.046/2009, por exemplo, a pessoa condenada até oito anos de prisão deveria ter cumprido no mínimo um terço da pena para obter o benefício. O preso que completasse 60 anos de idade até o dia 25 de dezembro, tendo cumprido um terço da pena, voltaria para casa a partir do Natal. Se reincidente, deveria ter cumprido ao menos a metade da sentença de condenação.

O condenado à pena privativa de liberdade que tenha cumprido quinze anos de pena, ininterruptamente, também tem direito ao indulto natalino, mas só se a pena tiver sido cumprida em regime fechado ou semi-aberto.

O indulto natalino será concedido, ou não, pelo Juiz de Execução depois da manifestação do Ministério Público, da defesa e do Conselho Penitenciário Estadual.

As mulheres sentenciadas a mais de oito anos de prisão e que sejam mães de criança menor de 14 anos também podem sair, caso tenham cumprido um terço da pena em regime fechado ou semi-aberto.

Os paraplégicos, tetraplégicos, cegos e pessoas com doenças graves estão entre os beneficiários do indulto natalino. No entanto, devem comprovar que estão nessas condições depois da prática do crime e apresentar laudo médico oficial.

4.14 - DA COMUTAÇÃO

Tradicionalmente previsto também no Decreto de Indulto, o benefício da comutação só pode ser concedido ao condenado que não preencha os requisitos do indulto. Além de não poder ter tido sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, tampouco pode ter sido agraciado com a suspensão condicional da pena.

Nos termos ainda do Decreto nº 6.294/2007, o condenado não reincidente que, até dia 25 de dezembro de 2007, tenha cumprido um quarto da pena, teria a sua pena remanescente comutada em um quarto.

O condenado reincidente que tenha cumprido, até dia 25 de dezembro de 2007, um terço da pena terá comutado um quinto da pena remanescente.

A existência de falta disciplinar cometida pelo condenado nos últimos doze meses, retroativamente a publicação do Decreto-Lei nº 6.294, obsta a concessão do benefício de indulto e comutação.

As penas correspondentes a infrações diversas devem ser somadas para cálculo de indulto e comutação.

Segundo o decreto, o indulto não é concedido a condenados por crimes de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e os classificados como hediondos, a exemplo de estupro e extorsão qualificada com morte.

5 - ATUAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E NA TURMA RECURSAL⁹³

5.1 - INTRODUÇÃO

Incorporando modernos conceitos penais e processuais penais advindos da Criminologia e da denominada Justiça Restaurativa, entre outras, a Lei nº 9.099/95 é importante instrumento jurídico que permite a rápida e eficaz resolução dos conflitos no âmbito penal, sem prejuízo de permitir a interação do Direito com outros ramos do saber humano, tais como a Assistência Social, a Psicologia, as Ciências e Técnicas de Conciliação etc.

É importante que o operador do Direito, para um melhor desempenho de sua função no Juizado Especial Criminal, livre-se de vícios, dogmas e formalismos tão comuns na seara processual nacional, adotando em sua plenitude os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, *buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, conforme o artigo segundo da referida lei.*

5.1.1 - TÉCNICA DE ATUAÇÃO – COMPETÊNCIA

As contravenções penais, qualquer que seja a pena cominada, são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, salvo no caso de a vítima ser mulher, quando então se aplicará a Lei nº 11.340/2006.

Em relação aos crimes, observar o limite máximo de dois anos da pena prevista em abstrato, qualquer que seja o procedimento a ser adotado (atual artigo 61 da Lei nº 9.099/95).

Deve-se levar em conta, ainda, na dúvida sobre competência, os aspectos a seguir.

As causas de aumento e diminuição de pena devem ser consideradas para efeito de se estabelecer ou

⁹³ O entendimento predominante é que as ações atualmente permitidas no *Juizado Especial Cível* não reclamam nenhuma atuação do Ministério Público, nem como *custus legis* nem como parte ativa. Nem mesmo nas causas relativas a consumo, de natureza individual, faz-se necessária a intervenção ministerial.

não a competência do Juizado Especial Criminal (tendo em vista se tratar de matéria penal, a interpretação deverá ser sempre a mais benéfica para o réu).

Segundo entendimento esposado pelo FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais) até há pouco majoritariamente seguido na jurisprudência pátria, no concurso de crimes, deve-se levar em conta a pena máxima cominada a cada delito, isoladamente, para efeito da delimitação da competência; há, porém, recentes julgados que vêm adotando o entendimento contrário. O órgão do MP deverá fazer juízo próprio, portanto, diante do caso concreto, para escolher a opção que lhe parecer a mais conveniente.

Ainda que a pena abstrata seja igual ou inferior a dois anos, a complexidade do caso afastará a competência do Juizado Especial Criminal (§ 2º do artigo 77 da Lei nº 9.099/95).

Uma vez não encontrado o réu para ser citado (portanto, devendo já haver denúncia oferecida), a competência deslocar-se-á para a Justiça comum (parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/95). Esgotar, primeiro, os meios para se tentar localizar o réu. É conveniente requerer sua localização por meio do CAOCRIM, que dispõe de moderno sistema que conjuga as informações provenientes de vários órgãos estatais e tem alcançado sucesso em localizar o endereço atualizado de réus, vítimas ou testemunhas.⁹⁴

O Juizado Especial Criminal é competente para execução somente da pena de multa (artigo 86 da Lei nº 9.099/95).

A necessidade de qualquer incidente processual (v.g., de sanidade mental) desloca a competência para a Justiça comum.

A competência *ratione loci* para fins da Lei nº 9.099/95 é definida em função do lugar em que foi praticada a infração penal, ao contrário da regra do artigo 70 do CPB, que consagra o princípio do resultado.

5.1.2 - AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

A orientação a ser dada à Polícia Judiciária é no sentido de que, havendo recusa do autor do fato preso em flagrante em firmar compromisso de comparecimento a audiência judicial preliminar, deve ser procedida a lavratura de auto de prisão em flagrante delito.

⁹⁴ A solicitação pode ser feita por ofício, por e-mail (caocrim@mp.mg.gov.br) ou por telefone (31) 3330-8401.

5.1.3 - DETALHES DO TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA

Deve-se exigir da autoridade policial a elaboração de termo circunstanciado de ocorrência que não seja simples transcrição do boletim de ocorrência, contendo todos os elementos indicativos do ilícito penal, suas circunstâncias, autores, vítimas e, principalmente, a relação das testemunhas, com uma oitiva sumária delas, sempre que possível, a fim de não se permitir *notitia criminis* infundadas ou visando a fins diversos e escusos (indenizações, fazer *prova* em ações cíveis – principalmente em matéria de família, etc.).

Antes da audiência preliminar, requerer a juntada de FAC (folha de antecedentes criminais) e CAC (certidão de antecedentes criminais) do suposto autor, lembrando-se sempre que a primeira informará sobre todos os indiciamentos no estado de Minas Gerais, apenas, e a segunda somente fornecerá dados sobre eventuais ações penais no âmbito da comarca.⁹⁵

Observar que, em analogia com o parágrafo 4º do artigo 5º do CPP, nos crimes de ação penal pública dependente de representação, o TCO só será instaurado após a representação manifesta da suposta vítima.

O mesmo se aplica no caso de ação penal privada, em analogia com o disposto no parágrafo 5º do artigo 5º do mesmo CPP.

5.1.4 - PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE TERMO CIRCUNSTANCIADO

Fundamentar sempre os pedidos de arquivamento. Havendo discordância do Juiz, propugnar pela remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do CPP, procedimento este que deverá também ser adotado no caso de o Magistrado entender que seria caso de oferecimento de transação penal ou suspensão condicional do processo, em discordância com o membro do Ministério Público (a quem, privativamente, cabe o oferecimento de tais medidas despenalizadoras).

5.1.5 - TURMA RECURSAL

- No âmbito criminal

Quando o órgão de execução do MP discordar da decisão judicial nos crimes de menor potencial ofensivo, ou de receber com vistas autos com apelação da defesa, é importante que se faça primeiro uma análise sobre a presença ou não dos requisitos

⁹⁵ O MP tem feito gestões junto ao TJMG no sentido de se unificar a CAC. Enquanto isto não acontece, o CAOCRIM tem prestado apoio aos colegas na obtenção de certidões criminais de quaisquer comarcas do estado de Minas Gerais ou fora dele.

de admissibilidade da apelação – que é o único recurso cabível de decisões criminais no âmbito do Juizado Especial Criminal, para só depois se analisar o mérito, cotejando as razões recursais (que têm de ser, necessariamente, apresentadas junto à interposição do recurso, sob pena de serem intempestivas caso sejam apresentadas após os dez dias) com as contra-razões, opinando de forma independente.

Lembrar que, quando o órgão do Ministério Público interpuser a apelação, não haverá parecer recursal, conforme artigo 33 do Regulamento das Turmas Recursais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nos casos de recurso da defesa, é, todavia, importante que o MP se faça presente e se manifeste de forma escrita ou fazendo sustentação oral.

O órgão do Ministério Público que atuar originalmente no feito fica impedido de emitir parecer recursal.

O *habeas corpus*, ação prevista constitucionalmente, cuja natureza jurídica como recurso é questionada, também é admitido perante as Turmas Recursais.

- No âmbito cível – atuação perante a Turma Recursal

O órgão ministerial, nas causas em que se exige sua atuação (v.g., mandado de segurança), emitirá parecer de forma independente, analisando primeiramente os requisitos de admissibilidade do recurso e, após, o seu mérito, como é de praxe.

5.1.6 - AUDIÊNCIA PRELIMINAR – CRIME DE AÇÃO PENAL PRIVADA – AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DA VÍTIMA

No caso de ação penal privada, deixando o ofendido de comparecer injustificadamente ao ato ou não sendo localizado para intimação no endereço constante dos autos, deve-se opinar no sentido de que seja reconhecido o desinteresse tácito, aguardando-se a apresentação de eventual queixa-crime até o escoamento do prazo decadencial.

5.1.7 - AUDIÊNCIA CRIMINAL PRELIMINAR – CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA – VÍTIMA NÃO LOCALIZADA

Havendo representação e não sendo localizada a vítima para comparecer à audiência preliminar, o feito deverá ter prosseguimento normal:

- oferecer desde logo transação penal (quando preenchidos os requisitos para tanto);
- se, todavia, o fato for atípico ou faltar materialidade, por exemplo, requerer o arquivamento do TCO;
- inviabilizada a proposta de transação penal, oferecer denúncia ou requerer as diligências eventuais necessárias.

5.1.8- AUDIÊNCIA PRELIMINAR – CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA – AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DA VÍTIMA

Respeitados entendimentos divergentes, havendo representação e sendo intimada a vítima para a audiência preliminar, sua ausência não configura retratação da representação ou renúncia tácita, devendo apenas ser entendida como desinteresse na composição civil. A audiência deve ter prosseguimento normal, nos termos acima.

Se ausente injustificadamente a vítima e inexistindo representação, nos crimes em que esta é exigida, deve-se aguardar a manifestação daquela até o escoamento do prazo decadencial de lei, após o que, se ofertada a representação, requisitar a lavratura de TCO. Do contrário, pugnar pelo arquivamento das peças informativas, pois, ausente interesse da vítima, não há razões que justifiquem a realização de diligências para viabilizar a persecução criminal.

5.1.9 - AUDIÊNCIA PRELIMINAR – AUTOR DO FATO NÃO LOCALIZADO

Não encontrado o autor do fato, poderá ser diligenciado perante diversas instituições, tais como Tribunal Regional Eleitoral, companhias telefônicas, Receita Federal e Setarin, a fim de localizá-lo. O CAOCrim possui acesso a vários bancos de dados sendo grande facilitador neste trabalho.⁹⁶ Frustradas as diligências, se for o caso, deverá ser oferecida denúncia, observando-se que a remessa do TCO ao Juízo Comum somente é cabível após a tentativa de citação e o seu insucesso.⁹⁷

5.1.10 - AUDIÊNCIA PRELIMINAR – ADIAMENTO

Postular ao Juiz o adiamento da audiência preliminar, notadamente a apresentação imediata, nos casos em que os autores do fato ou vítimas estejam com os ânimos visivelmente perturbados, seja por intoxicação (álcool, drogas), seja por crises emocionais. Diligenciar, em tais hipóteses, que sejam os eventuais necessitados encaminhados a atendimento médico-hospitalar, pugnando pela redesignação do ato para data próxima.

Pugnar, ainda, pelo adiamento da audiência preliminar quando ausente qualquer dos envolvidos (autor do fato, vítima, responsável civil), sempre que, não havendo provas da intimação destes, a presença dos mesmos seja indispensável.

Em se tratando de ação penal privada ou pública condicionada à representação, se presentes apenas o ofendido (ou seu responsável), requerer seja

⁹⁶ Vide nota anterior, sobre contatos do CAOCRIM.

⁹⁷ Há quem sustente o contrário, haja vista o princípio da economia processual.

colhida sua manifestação e, se ainda, necessária, a redesignação da audiência com regular intimação dos agentes ausentes.

5.1.11 - ACORDO CIVIL EM AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA – PACIFICAÇÃO SOCIAL

Nos termos da legislação em vigor, a composição civil, na hipótese de crime de ação penal pública incondicionada, não tem o condão de extinguir a punibilidade. Há, todavia, quem entenda que, em alguns crimes, realizada a pacificação entre os envolvidos, deva ser utilizado o acordo como fundamento para requerer o arquivamento do feito, por suposta falta de justa causa para dar início à ação penal. Tal posicionamento é justificado sob a invocação das tendências modernas da Vitimologia, que busca substituir cada vez mais a sanção penal pela reparação dos danos causados ao ofendido, com o entendimento do Direito Penal como *ultima ratio* e ainda com a chamada Justiça Restaurativa.

5.1.12 - COMPOSIÇÃO DE DANOS CIVIS EM AÇÃO PENAL PRIVADA E AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

Nos casos de ação penal privada e pública condicionada, a composição civil é causa de extinção da punibilidade, devendo o Ministério Público fiscalizar se o acordo é exequível, lícito e razoável à vítima.

Há entendimento de que a composição dos danos civis pode ser parcial, podendo haver repartição entre os danos materiais (imediatamente compostos) e morais (a serem apurados no juízo civil). Existe, porém, entendimento, de que, uma vez realizada a composição dos danos civis, conforme prevê o artigo 72 da Lei nº 9.099/95, nos termos do que estabelece o artigo 74 da mesma lei, há renúncia ao direito de pleitear demais indenizações originadas do alegado evento danoso. Assim, após a homologação do acordo, só haveria possibilidade de pleitear, na esfera cível, o ressarcimento dos prejuízos advindos do sinistro, se estes forem verificados pela vítima *após* a transação das partes, cabendo esse ônus à vítima.

Decisão a respeito da questão:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO 34ª Câmara - APELAÇÃO S/ REVISÃO - No. 1 1 2 0 9 7 3 - 0/4 - Comarca de SÃO JOSÉ DO RIO PRETO- Processo 470/06 -2. V. CÍVEL - APTE - GISELI CRISTINA CASTRO. APELADO: MÁRCIO RODRIGUES GOULART E S/M HELENA MARIA ALVARES - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - ACÓRDÃO/ DECISÃO MONOCRÁTICA -REGISTRADO(A) SOB Nº -01611364 2- Número do processo 2.0000.00.421697-1/000(1) – Rel: Valdez Leite Machado- de APELAÇÃO CÍVEL N. 421.697-1, da Comarca de UBÁ, sendo Apelante (s): PAULO CÉSAR ALMEIDA DA SILVA e Apelado (a) (os) (as): ALBERTINA ROSA DE OLIVEIRA VITRAL

5.1.13 - RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

A previsão legal é que a retratação da representação pode ocorrer até o momento do oferecimento da denúncia. Porém, conciliadas as partes, tem-se aceitado a retração da representação até o momento da audiência de instrução e julgamento, antes, porém, do efetivo recebimento da denúncia. Justifica-se esse posicionamento pelo princípio da informalidade que rege o Juizado Especial Criminal, invocando-se, mais uma vez, os princípios da intervenção mínima do Direito Penal, buscando-se, principalmente, a pacificação social. Sobre o assunto, Fernando da Costa Tourinho afirma:

E, como dissemos antes, a pacificação social ou familiar é o bem maior que deve ser buscado pelo Direito, insculpindo-se como uma forma de reparação do dano. Assim, havendo retratação da representação, mesmo após o oferecimento da denúncia, deve-se considerá-lo como causa para a extinção da punibilidade, por analogia ao art. 107, V, do Código Penal, que autoriza a extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de representação.⁹⁸

5.1.14 - COMPETÊNCIA – CONCURSO DE CRIMES

Havendo concurso de crimes, a pena a ser considerada para fins de fixação de competência, é o resultado da soma – no caso de concurso material – ou a exasperação – na hipótese de concurso formal ou crime continuado – consideradas as penas máximas cominadas aos delitos. Recente decisão nesse sentido:

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO-CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – SOMATÓRIO DAS PENAS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA COMUM. Para os crimes cometidos em concurso material, exige-se a soma das penas máximas cominadas em abstrato, para observância de qual será o Juízo competente para julgamento do processo. Quando referida soma ultrapassar o limite de dois (2) anos que caracteriza os delitos de menor potencial ofensivo, a competência passará a ser da Justiça Comum. Competência do Juízo Suscitado. Conflito Negativo de Jurisdição n. 1.0000.07.463130-0/000 - Belo Horizonte- 04/12/2007.

5.1.15 - COMPETÊNCIA – CONEXÃO DE CRIMES

Havendo conexão entre os crimes da competência da Justiça comum e do Juizado Especial, pela *vis* atrativa, a Justiça comum será a competente para julgar. O Enunciado 10 do VII Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil estabelece que, “Havendo conexão entre

crime da competência do Juizado Especial e do Juízo comum, prevalece a competência deste último.”

5.1.16 - COMPETÊNCIA – CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Havendo causa de aumento de pena, para fins de fixação de competência, deverá ser considerada a pena máxima em abstrato, aumentando-se do mínimo legal. Ultrapassados dois anos, a competência é da Justiça comum.

5.1.17 - DESCUMPRIMENTO DE ACORDO CIVIL

Prescreve o art. 74 da Lei nº 9.099:

A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título executivo judicial a ser executada no juízo cível competente. Parágrafo único: Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada a representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Mediante uma exegese do parágrafo único do citado artigo, verifica-se que o legislador entendeu, em consonância com o princípio da *ultima ratio* norteador do Direito Penal, que, havendo pacificação social entre as partes, mediante composição civil, desnecessária é a continuidade do processo na esfera criminal.

Assim, homologado o acordo (seja em ação privada, seja em ação pública condicionada), ter-se-á a renúncia ao direito de queixa ou representação, o que impossibilita, em caso de descumprimento, qualquer prosseguimento do feito criminal. O acordo homologado em ação pública incondicionada (que não afeta a punibilidade) igualmente deve, em caso de descumprimento, ser executado no juízo cível competente.

Importante mencionar que, no caso de ação penal pública incondicionada, com vítima determinada, quando houver acordo civil entre as partes, é possível a extinção da punibilidade do autor da infração penal, mediante a utilização do princípio da pacificação social, regente do Juizado Especial. Esse entendimento tem sido justificado ante a consideração de que, se o acordo entre as partes foi suficiente para restabelecer o equilíbrio social e a confiança no ordenamento jurídico, desnecessária seria então a intervenção do Direito Penal para solucionar a questão (princípio da intervenção mínima).

5.1.18 - DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA OU REPRESENTAÇÃO

O art. 38 do CPP estabelece o prazo de seis meses para o exercício do direito de queixa ou representação, a contar do dia da ciência da autoria pelo

⁹⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei nº 9.099/1995. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 529

ofendido ou seu representante legal. Tal prazo é decadencial, sendo insuscetível de suspensão ou interrupção.

Assim, quando houver necessidade de redesignação da audiência preliminar e a ação penal for pública condicionada, se ainda não existir representação nos autos, pleitear para que a nova audiência recaia em data anterior ao término do prazo para seu oferecimento.

Findo o lapso temporal do art. 38 do CPP sem manifestação da vítima ou de seu representante legal, deve-se pugnar pela extinção da punibilidade do autor, nos moldes do art. 107, inciso IV, do CP, e pelo arquivamento do feito.

Insta destacar que, em alguns casos de ação privada e pública condicionada, é instaurado o TCO, mas não se apura a autoria do delito e a vítima, mesmo devidamente intimada para prestar esclarecimentos, mantém-se inerte. Em tais hipóteses, decorrido o prazo de seis meses sem nenhuma manifestação do ofendido, o entendimento predominante é no sentido de se pleitear o arquivamento do procedimento por ausência de autoria e desinteresse tácito da vítima.

5.1.19 - TRANSAÇÃO PENAL – NECESSIDADE DE ANÁLISE DA PRESENÇA OU NÃO DE CAUSAS IMPEDITIVAS À PROPOSTA

O art. 76, parágrafo segundo, incisos I, II e III, da Lei nº 9.099/95 prescreve as causas que obstam a propositura de transação penal. Para analisar a existência de condenação anterior ou gozo do benefício em questão a menos de 5 anos, deve-se pleitear a juntada de Certidão de Antecedentes Criminais (CAC) e Folha de Antecedentes Criminais (FAC) do autor dos fatos. Havendo indícios das citadas causas impeditivas, requerer o adiamento da audiência e a realização das diligências necessárias à apuração dos fatos, caso isso não seja possível de imediato.

5.1.20 - ANÁLISE DOS ÓBICES DOS INCISOS I, II E III DO §2 DO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95

No que tange ao inciso I do referido dispositivo legal, observar que não obstará a transação penal se:

- a anterior sentença condenatória ainda não tiver transitado em julgado;
- a condenação anterior for pela prática de contravenção penal;
- na condenação anterior pela prática de crime, houver a aplicação de pena restritiva de direitos e/ou multa.

Uma questão a ser discutida é se, após cinco anos da extinção da punibilidade do autor, a condenação ainda seria motivo para impedir a transação

penal, pois nesses casos a mesma condenação não mais seria considerada para fins de reincidência, consoante art. 64, inciso I, do CP. Mediante uma interpretação lógico-sistêmica do ordenamento jurídico, tem prevalecido o entendimento de que, após o decurso do citado lapso temporal da extinção da punibilidade do autor, a condenação anterior não inviabiliza a propositura de transação penal. As condenações anteriores nestes casos (art. 64, inciso I, do CP) poderiam servir como óbices à transação penal por ausência de requisito subjetivo, nos termos do inciso III do mesmo artigo.

Já com relação ao inciso II do citado artigo, para uma análise mais precisa, é necessário diligenciar para que venham aos autos certidões criminais acerca de eventuais registros de transações penais anteriores, especialmente perante os juízos referentes à cidade natal do autor e aos seus últimos domicílios, no caso de essas informações ainda não constarem nos autos. Vale ressaltar que, consoante o entendimento majoritário, conta-se o prazo de cinco anos para aferir a possibilidade de nova transação penal, conforme o art. 64, inciso I, do CP, ou seja, da extinção da punibilidade do autor pelo cumprimento da transação penal.

Por fim, verifica-se que o inciso III do mesmo artigo possui natureza subjetiva, cabendo ao Promotor de Justiça, no uso de sua independência funcional, averiguar no caso concreto o preenchimento de tais requisitos, salientando que, para alguns, os maus antecedentes, por si só, podem ser suficientes para impedir a aplicação da transação penal.

5.1.21 - TRANSAÇÃO PENAL – NÃO PROPOSITURA

Sendo incabível a propositura de transação penal, deve a recusa ser fundamentada, principalmente quando embasada em óbice subjetivo.

Não parece prudente a fundamentação da recusa simplesmente em razão da “gravidade” objetiva do delito cometido pelo agente, já que tal exclusão já foi exercida pelo legislador ao definir os delitos de menor potencial ofensivo.

5.1.22 - PRINCÍPIO DA ORALIDADE – POSTURA DO MP

Em razão do princípio da oralidade e da concentração dos atos processuais e considerando que somente aqueles essenciais são atermados, deve-se protestar pela consignação em ata ou termo de todos os fatos e incidentes reputados como importantes às pretensões ministeriais, inclusive para o fim de embasamento de futuros recursos. Lembrar que o membro do Ministério Público deve manter postura serena em audiência, concorrendo para um clima de respeito entre as partes, advogados e juiz, evitando-se desvios, debates e discussões inúteis, bem como ofensa ao autor do fato ou circunstâncias.

5.1.23 - ARTS. 50 E 58 DA LCP – AUTORIA A APURAR

Tais infrações penais desafiam as autoridades públicas, por ser extremamente difícil de se apurar quem são os verdadeiros responsáveis pelo local onde são realizados os chamados jogos de azar e *do bicho*; geralmente se consegue chegar aos chamados *laranjas*, mas dificilmente aos verdadeiros donos do negócio. Uma forma de tentar averiguar tais fatos é pugnar pela expedição de ofício à Prefeitura Municipal para que informe o nome do proprietário do imóvel. Opção interessante também é pedir que seja revisto o alvará de funcionamento do estabelecimento comercial que está sendo utilizado para fins ilícitos.

Se na comarca houver poucos cartórios de registro de imóveis, pode-se requerer sejam eles oficiados para que informem o nome do proprietário do imóvel utilizado para realização das contravenções penais. Outrossim, pode-se pugnar pela expedição de ofício à Junta Comercial, para informar se o estabelecimento possui algum tipo de registro e quem são os responsáveis pelo mesmo.

5.1.24 - TRANSAÇÃO PENAL APÓS OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

Quando, compulsando os autos, se verificar que o agente faz jus ao benefício da transação penal, nos moldes do art. 76 da Lei nº 9.099/95, mas a houver recusado na fase preliminar ou não houver sido ofertado tal benefício por outros motivos, é possível ser renovada a proposta na audiência de instrução de julgamento, conforme art. 79 do mesmo diploma legal.

A renovação do oferecimento da transação penal em AIJ, mesmo quando recusada na audiência preliminar, tem sido a prática nos Juizados Especiais Criminais do Estado, pois a recusa pode ter decorrido da animosidade inicial entre as partes, bem como pela falta de orientação de um defensor.

Importante salientar que é necessário pugnar pelo recebimento da denúncia antes da propositura da transação penal na Audiência de Instrução e Julgamento, já que tal benefício não interrompe a prescrição.

5.1.25 - TRANSAÇÃO PENAL – ESPECIFICAÇÃO DA PROPOSTA

Utilizar, na especificação da proposta, apenas e tão somente as espécies de penas restritivas de direitos e multa previstas no Código Penal. Lembrar que a prestação de serviços à comunidade equivale à obrigação de fazer e a pena pecuniária tem destinação específica, havendo entendimento no sentido de que não deve ser revertida à vítima como forma

de indenização, tampouco ser destinada diretamente a entes públicos.

Procurar manter cadastro das entidades beneficiadas e fiscalizar o emprego das verbas a elas destinadas.

5.1.26 - TRANSAÇÃO PENAL – LIMITES DA PROPOSTA

Lembrar que a proposta de transação, incumbência exclusiva do *Parquet*, em princípio, não deve ter por objeto pena mais grave, qualitativa ou quantitativamente, que aquela passível de ser aplicada na hipótese de condenação.

5.1.27 - TRANSAÇÃO PENAL – ESPECIFICAÇÃO DA PROPOSTA E MODIFICAÇÃO

Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, sugere-se não admitir a modificação das condições da transação penal proposta, já que, nos termos do mencionado artigo, a legitimidade para a propositura do instituto é exclusiva do Ministério Público.

Sugere-se a interposição das medidas judiciais cabíveis diante da homologação da transação penal que altere as condições da proposta feita pelo Ministério Público, ou cuja iniciativa não tenha partido do *Parquet*.

5.1.28 - QUEIXA-CRIME – TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

Os artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 são omissos acerca da possibilidade de se propor transação penal e suspensão condicional do processo aos crimes de iniciativa privada. Não obstante, em observância ao princípio da isonomia e por analogia *in bonam partem*, firmou-se o entendimento de que se aplicam os referidos institutos despenalizadores aos crimes de ação privada.

Nesses casos, interposta a queixa-crime, o órgão ministerial deverá analisar a adequação da peça ao disposto nos artigos 41 e 44 do CPP. Isso feito, deverá requerer a designação de audiência preliminar e, preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, propor transação penal ao querelado.

De igual sorte, o entendimento pacificado nos Juizados Especiais Criminais é de que também cabe ao Ministério Público a legitimidade para propor ao querelado o benefício da suspensão condicional do processo, analisados os requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Não obstante, entendimento em sentido contrário sustentado por uma segunda corrente entende que

a proposta de transação penal e suspensão condicional do processo pelo Ministério Público só é viável desde que não haja formal oposição do querelante.⁹⁹ Por fim, terceira corrente defende que a legitimidade para a propositura dos institutos despenalizadores em questão caberia exclusivamente ao querelante.¹⁰⁰

5.1.29 - MOMENTO DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

Nos processos criminais de ação privada, o Ministério Público atua como *custus legis* e, como tal, deverá se manifestar após a apresentação das alegações finais do querelante e do querelado.

5.1.30 - REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA COMUM

Tratando-se de caso de maior complexidade, em que se torne imprescindível o aprofundamento da investigação por meio de inquérito policial (por necessidade de perícias especiais e demoradas, por tratar-se de delito multitudinário, por ser necessário incidente de insanidade mental do acusado etc.), deve-se pugnar pela remessa dos autos à Justiça comum (art. 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95).

O Enunciado 18 do IV Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil dispõe:

Na hipótese de fato complexo, as peças de informação deverão ser encaminhadas à Delegacia Policial para as diligências necessárias. Retornando ao Juizado, e sendo caso do art. 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95, será encaminhado ao Juízo Penal Comum.

A outra hipótese ocorre como consequência à proibição de citação por edital, elencada no artigo 18, § 2º, da Lei nº 9.099/95, em consonância com os princípios da simplicidade, economia processual e celeridade. Somente depois de esgotados os meios de localização do autor do fato, requer-se a remessa dos autos à Justiça comum para a citação por edital.

5.1.31 - DESCUMPRIMENTO DA PENA TRANSACIONADA E POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE DENÚNCIA APÓS A HOMOLOGAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL

A solução para a presente questão não é pacífica na doutrina e nos tribunais pátrios.

Em homenagem da busca da respeitabilidade do Juizado Especial, posição minoritária defende a

conversão da pena restritiva de direitos não cumprida em pena privativa de liberdade, em face do caráter condenatório da sentença homologatória. O parâmetro da conversão é o limite da pena mínima aplicável, em abstrato. O STF, todavia, já espousou entendimento (HC 79.572-2/GO) no sentido de que a sentença que homologa a transação penal não possui caráter condenatório. Portanto, descumprida a pena restritiva de direitos, não tem sido usual a sua conversão em pena privativa de liberdade, em obediência ao princípio do devido processo legal.

Uma solução encontrada por alguns tem sido o pensamento de que a transação penal constitui um suposto acordo entre o Ministério Público e o autor do fato, para a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, que tem o condão de suspender o ajuizamento da ação penal. Uma vez descumprida a transação penal, desconstituir-se-ia o acordo, retornando-se a questão ao estado anterior. Como consequência, cabível seria o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. A crítica a esse entendimento tem sido que ele violaria o devido processo legal firmado nos atos anteriores, tendo-os por invalidados.

É certo também que o Superior Tribunal de Justiça sustenta que, uma vez descumprida a transação penal, deve-se executá-la como dívida civil, pois a homologação do acordo faz coisa julgada material, sendo incabível a propositura de nova ação penal.

Há quem aponte uma solução tendente à oferta de proposta de transação penal, cuja homologação ficaria diferida no tempo, aguardando o seu cumprimento para receber a posterior homologação judicial. Assim, caso a medida não seja cumprida, os autos são remetidos ao Ministério Público para a propositura da ação penal. Importante lembrar que, também nessa hipótese, a solução não parece seguir os rigores processuais, conquanto uma transação não homologada não conta com qualquer força de exigibilidade.

Outra solução a ser analisada é a inserção de *cláusula resolutiva expressa* quando da homologação da proposta de transação penal, de maneira que fique expressa a ressalva de que, havendo descumprimento injustificado de transação penal já homologada judicialmente, a denúncia será formalizada contra o transator inadimplente, ou seja, contra o autor do fato.

Assim, sugere-se seja requerido ao juiz, quando da homologação imediata da transação penal, que insira na ata os termos da proposta originalmente feita pelo Ministério Público ao autor do fato e a cláusula resolutiva expressa, declarando a insubsistência do acordo, se descumprido, com o retorno do estado anterior, como se segue:

⁹⁹ STJ 6ª T., no RHC n. 8.123/AR rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.4.1999, DJ de 21.6.1999, p. 202.

¹⁰⁰ STF, RT 765/527; TJRJ, RSE 128/98. j. 8.9.98, in Bol. IBC-Cr 80/369.

[...] havendo descumprimento injustificado de transação penal já homologada judicialmente, a DENÚNCIA poderá ser formalizada contra o transator inadimplente.

O argumento de tal posição é no sentido de que o autor do fato, quando da aceitação da proposta de transação penal, devidamente assistido por Procurador ou Defensor Público, terá ciência e advertência quanto à futura propositura da ação penal, na hipótese do descumprimento injustificado do benefício. É o que se extrai de interpretação sistêmica do enunciado transcrito abaixo, o que está em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores.

Enunciado 79 FONAJE (Substitui o Enunciado 14) – É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutive expressa, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito (Aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE).

Logo, enquanto não ocorre a supressão legislativa da omissão existente na Lei nº 9.099/95 quanto à homologação da transação penal, entende-se que a melhor alternativa no combate à impunidade é a que declara o acordo homologado na transação penal insubsistente, com o retorno dos autos para o oferecimento, de imediato, da denúncia.

A cláusula resolutive expressa autoriza o oferecimento de denúncia em caso de descumprimento injustificado da transação penal, evitando-se futuros questionamentos sobre coisa julgada material e, por conseguinte, estimulando o cumprimento voluntário das obrigações assumidas na transação penal, evitando-se que aquele que descumpra injustificadamente a transação penal avençada fique impune e tenha a oportunidade de se beneficiar novamente quando do cometimento de outro delito no interregno de cinco anos, em detrimento daqueles que cumpriram integralmente a transação penal.

Segundo os tribunais:

HABEAS CORPUS. JUÍZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL. EXIGÊNCIA DO ATO IMPUGNADO DE QUE A HOMOLOGAÇÃO OCORRA SOMENTE APÓS O CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PACTUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO À HOMOLOGAÇÃO ANTES DO ADIMPLENTO DAS CONDIÇÕES ACERTADAS. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU DE PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. I. Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes. II. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser ho-

mologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida.” (HC 88616/RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, STF, j. 08.08.06, grifo nosso).

INFORMATIVO Nº 568 STF

Transação Penal Descumprida e Seguimento da Ação Penal

PROCESSO - RE - 602072

O Tribunal, após reconhecer a existência de repercussão geral no tema objeto de recurso extraordinário interposto contra acórdão da Turma Recursal do Estado do Rio Grande do Sul, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal (Lei 9.099/95, art. 76) e negou provimento ao apelo extremo. Aduziu-se que a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, viabilizando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal.

Precedentes citados: HC 88785/SP (DJU de 4.8.2006); HC 84976/SP (DJU de 23.3.2007) HC 79572/GO (DJU de 22.2.2002); RE 581201/RS (DJE de 20.8.2008); RE 473041/RO (DJU de 16.5.2006); HC 86694 MC/SP (DJU de 11.10.2005); HC 86573/SP (DJU de 5.9.2005); RE 268319/PR (DJU de 27.10.2000). RE 602072 QO/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009. (RE-602072)

HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do *habeas corpus* é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfm, da verdade. **TRANSAÇÃO - JUÍZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO.** A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. (STF - HC 79572 / GO - GOIÁS - HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 29/02/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 22-02-2002 PP-00034 EMENT VOL-02058-01 PP-00204)

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que admitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição federal) que tem como violado o art. 5º, XXXVI, XL, LIV e LXVIII, da Carta Magna.

Depreende-se dos autos que o acórdão recorrido deu provimento a recurso do Ministério Público, interposto de decisão que declarou extinta a punibilidade do autor do fato, determinando a baixa e arquivamento do procedimento, ante a transação penal proposta e aceita pelo agente.

[...] a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, viabilizando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal. (Informativo STF 568)

Do exposto, nego seguimento ao agravo (art. 38 da Lei 8.038/1990 c/c o art. 21, § 1º, do RISTF).

STF - AI 755393 / RS - RIO GRANDE DO SUL - AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Julgamento: 25/02/2010.

PENAL E PROCESSUAL PENAL – DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO EM TRANSAÇÃO PENAL – HOMOLOGAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA AVENÇADA – POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. - Consoante entendimento desta Corte, é possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento de multa avençada. Recurso desprovido. STJ - RHC 11392 / SP RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2001/0060930-0 Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113) DJ 26/08/2002 p. 249 RJDTACSP vol. 59 p. 228

Crime de trânsito – Transação Penal Homologada – Descumprimento – Oferecimento de Denúncia pelo Ministério Público – Rejeição ante ao fundamento de perda da jurisdição – Efeito resolutivo – Submissão do processo ao status quo ante – Precedentes do excelso STF – Decisão cassada, determinando o recebimento da denúncia e o regular processamento do feito. (TJMG – Apelação: 0024.09.296065-7 – Relator: Agostinho Gomes de Azevedo – data do julgamento: 25/11/2009).

A homologação da transação – na realidade aplicação da pena, por sentença, na dicção legal – tem, excepcionalmente, caráter de decisão com efeito resolutivo, pois, segundo entendimento do STF, pode se tornar sem efeito no caso de descumprimento do acordado, por culpa exclusiva do réu.

5.1.32 - DENÚNCIA – MOMENTO DE OFERECIMENTO

Oferecer denúncia preferencialmente ainda em audiência preliminar (denúncia oral), ressalvada a necessidade de diligências imprescindíveis. Lembrar que alguns juízes têm pedido aos promotores de Justiça que não ofereçam denúncia oral, ante suposto *tumulto* que a medida ocasionaria frente ao alto número de audiências previstas para realização no Juizado.

5.1.33 - DENÚNCIA – REQUISITOS

A denúncia deverá obedecer aos requisitos do artigo 41 do CPP, mesmo se tratando de denúncia oral reduzida a termo.

Postular a inserção da proposta de transação penal e suas condições em ata e, havendo recusa, registrar sucintamente a ocorrência desse evento na denúncia, de modo a evitar que, no futuro, haja alegação de irregularidade procedimental.

- Rol de testemunhas

Atentar para a possibilidade de se arrolar como testemunha eventual co-autor ou participe beneficiado pela transação penal, à qual não fez jus ou recusou o denunciado, bem como os agentes policiais que efetuaram a prisão em flagrante.

Ante a ausência de previsão na Lei nº 9.099/95, segue-se a regra prevista no artigo 539 do CPP, para os crimes apenados com detenção, que prevê máximo de 5 (cinco) testemunhas.

5.1.34 - REQUERIMENTOS QUANDO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

Oferecer, juntamente com a denúncia, proposta de suspensão condicional do processo,¹⁰¹ sempre que já se contar com todos os dados indispensáveis à sua análise e se concluir por seu cabimento. Fazê-lo expressamente, ainda que o denunciado já tenha recusado proposta de transação penal que fosse aparentemente menos gravosa.

A recusa à oferta de suspensão condicional deve ser fundamentada e deverá levar em consideração as causas de aumento e de diminuição da pena.

Inexistindo informações suficientes para a negativa ou à oferta do benefício, deve-se, na mesma oportunidade, requerer as diligências necessárias que autorizem posterior análise do cabimento ou não do benefício.

Observar que as hipóteses de decretação de prisão preventiva são escassas diante da regra do art. 313, CPP.

5.1.35 - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – AUSÊNCIA DO DENUNCIADO

Na hipótese de ausência do denunciado à audiência de instrução e julgamento, observar se houve citação válida e regular.

Observando não ter sido o denunciado encontrado para ser pessoalmente citado, buscar novas locali-

¹⁰¹ Lembrar que, diferentemente da transação penal, na suspensão a especificação das condições a que fica submetido o beneficiado são privativas do Juiz de Direito.

zações dele por meio de diligências no TRE, Receita Federal, CAOCRIM, concessionárias de serviços públicos e outras, porém esgotadas essas possibilidades sem sucesso, requerer a remessa dos autos ao juízo comum para adoção do procedimento previsto no art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Tendo o denunciado ausente sido regularmente citado, requerer a decretação de sua revelia e o prosseguimento do feito com a realização da audiência de instrução e julgamento.

5.1.36 - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – DINÂMICA

Zelar pela regularidade procedimental, lembrando que:

- a defesa prévia precede a decisão que recebe ou rejeita a denúncia ou a queixa;
- recebida a denúncia ou a queixa, somente após a oitiva da vítima e testemunhas é que acontece o interrogatório do acusado/querelado, se este não for revel.

Observar que a decisão que rejeita a denúncia desafia recurso de apelação, cujo pedido deve ser interposto no prazo de 10 (dez) dias acompanhado das respectivas razões.

Em nome da desejável celeridade, sempre que possível as alegações finais devem ser apresentadas em audiência.

5.1.37 - EMENDATIO E MUTATIO LIBELLI

Observada a necessidade de se dar ao fato narrado na denúncia definição jurídica diversa daquela nela constante que termine por importar em capitulação delitiva que fuja à competência do Juizado Especial Criminal, requerer a remessa dos autos ao juízo competente.

Observada, à luz da prova constante nos autos, a possibilidade de se dar ao fato definição jurídica diversa daquela da denúncia, reconhecendo-se elementos essenciais não contidos expressa ou implicitamente na inicial acusatória e que importem em aplicação de pena cujo limite máximo, em abstrato, fuja à competência do Juizado Especial Criminal, postular sejam os autos remetidos ao juízo competente, para que ali seja aditada a denúncia pelo promotor com atribuições naquele juízo.

5.1.38 - RECURSOS CONTRA A SENTENÇA MONOCRÁTICA

Recomenda-se interpor apelação, no prazo de 10 (dez) dias, à Turma Recursal competente quando as pretensões ministeriais não forem acolhidas, prequestionando, se for o caso, temas constitucionais.

Lembrar da possibilidade de requerer, seja na qualidade de apelante seja na qualidade de apelado, a transcrição de eventual gravação magnética, caso esse meio tenha sido utilizado para o registro dos atos praticados em audiência.

Recordar que é possível a utilização do recurso em sentido estrito quando a decisão judicial não se amoldar às hipóteses do art. 82 da Lei nº 9.099/95.

5.1.39 - CRIME DE TRÂNSITO – ARTS. 291 E 303 DO CTB – VEDAÇÃO DE TRANSAÇÃO PENAL E CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Na hipótese de crime de lesão corporal culposa no trânsito, observar que, pelos incisos do parágrafo 1º do art. 291 do CTB, não se poderá conceder transação penal se o agente dirigia embriagado, participava de *racha* ou estava em velocidade excessiva. Já em relação ao art. 303 do CTB, deve-se observar que o seu parágrafo único remete às causas de aumento de pena do artigo 302, cuja incidência faz com a pena máxima em abstrato ultrapasse 2 (dois) anos, devendo os autos serem remetidos à Justiça comum.

5.1.40 - CRIME DE TRÂNSITO – ARTS. 309 C/C 303 DO CTB

Ocorrendo crime de lesão corporal na direção de veículo automotor, sendo o condutor inabilitado, grande parte da jurisprudência é no sentido de que o artigo 309 fica absorvido pelo crime do artigo 303. Sendo este último de ação penal condicionada a representação, havendo a decadência do prazo de representação (do art. 303), não subsistiria o crime do artigo 309, devendo ser requerida a extinção da punibilidade. O STF já decidiu nesse sentido. (STF HC 80.041, 1ª Turma, rel. Min. Octávio Gallotti, RT, 783:568).

5.1.41 - CRIME DE TRÂNSITO – ART. 303 CAPUT DO CTB – NÃO INSTAURAÇÃO DE TCO

O delito previsto no art. 303, *caput*, da Lei nº 9.503/97 (praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor) é de ação penal pública condicionada à representação.

Considerando que o Código de Processo Penal se aplica subsidiariamente à Lei nº 9.099/95, conforme expresso no artigo 92 da referida lei, e que, em seu § 4º do art. 5º, assevera-se que “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”; podemos concluir que a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência depende de prévia *representação da vítima*.

Assim, deverá ser diligenciado, e se for caso, expedir recomendação à autoridade policial, no sentido de que:

- A lavratura do termo circunstanciado de ocorrência somente deva ocorrer com a prévia representação da vítima, a teor do disposto no art. 5º, § 4º, do Código de Processo Penal;
- Deverá a polícia militar e/ou civil diligenciar para que os envolvidos tomem ciência do prazo decadencial;
- Estando os envolvidos cientificados sobre o direito de representação, deverá a *notícia criminis* aguardar na respectiva delegacia por eventual manifestação da vítima;
- Não havendo representação no prazo de 6 (seis) meses a contar do conhecimento da autoria delitiva, o boletim de ocorrência permanecerá arquivado na delegacia;
- Em caso de não identificação do autor do fato, e/ou causador do sinistro, faz-se necessária a lavratura de termo circunstanciado de ocorrência (Art. 69, Lei nº 9.099/95) ou, se for o caso, de inquérito policial;
- O TCO deverá ser instruído, ao menos, com perícia sumária – descrição dos danos sofridos pelos veículos envolvidos – croquis do local e posição do(s) veículo(s) envolvido(s); informações sobre a sinalização e preferência da via, condições da pista de rolamento e condições climáticas no momento do fato etc., para se evitar que o expediente recebido na promotoria sem tais formalidades seja alvo das sempre prejudiciais dilações de prazo com o objetivo único de se colher tais elementos.

5.1.42 - CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES E NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Nos crimes de lesão corporal leve (artigo 129 do Código Penal) e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (artigo 303 da Lei nº 9.503/97), se ausente representação do ofendido ou de seu representante legal, a fim de verificar se o fato não constitui crime mais grave, requerer a juntada do exame de corpo de delito da vítima ou relatório da assistência médica prestada à última antes de postular pela extinção de punibilidade do autor pela decadência do direito de representação (artigo 107, IV, do Código Penal).

5.1.43 - CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO – ART. 309 DO CTB

Segundo posição jurisprudencial dominante, é atípica a conduta de conduzir veículo automotor sem habilitação quando daí não gerar perigo concreto de dano. Em relação à conduta do art. 310 do CTB, conduta de entregar veículo à condução por pessoa não habilitada, que o faz sem demonstração de perigo de dano, tem havido duas posições distintas,

que o órgão de execução do MP deverá observar para fazer a opção que lhe parecer a mais adequada.

A primeira posição é aquela que considera típica a conduta do art. 310 do CTB mesmo quando considerada atípica a conduta daquele agente não habilitado, a quem foi entregue a condução do veículo, por não ter gerado perigo concreto de dano. Sustentam seus defensores que o tipo do art. 310 do CTB não exige perigo de dano para caracterizar a tipicidade da conduta, como faz o art. 309.

A segunda corrente, aquela que considera também atípica a conduta daquele que entrega, oferece ou permite a condução de veículo automotor à pessoa não habilitada, art. 310 do CTB, quando essa condução por pessoa não habilitada não causou perigo concreto de dano, que, sendo considerada atípica, entende deva ser estendida a atipicidade também para a conduta lesiva do art. 310 do CTB, justificando que se deve fazer uma interpretação extensiva e mais favorável ao agente.

5.1.44 - ABSORÇÃO DA CONDUTA DE CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM POSSUIR HABILITAÇÃO PELA CONDUTA DE LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Respeitadas opiniões em contrário, no caso de prática de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor, tem sido admitida por muitos a absorção da conduta de falta de habilitação, ou seja, não havendo representação da vítima de lesões corporais, arquivam-se o procedimento pela conduta de direção sem habilitação, como já decidiu o STF:

HC 80298 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 10/10/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 01-12-2000 PP-00071 EMENT VOL-02014-01 PP-00222. Parte(s) PACTE.: BRENO FARIA GONÇALVES IMPTE.: BRENO FARIA GONÇALVES ADVDAS.: NÁDIA DE SOUZA CAMPOS. COATOR : TURMA RECURSAL CRIMINAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO, QUALIFICADO PELA FALTA DE HABILITAÇÃO, E DE DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO (ARTS. 303, PARÁGRAFO. ÚNICO, E 309 DO CTB): CONSUNÇÃO. 1. O crime mais grave de lesões corporais culposas, qualificado pela falta de habilitação para dirigir veículos, absorve o crime menos grave de dirigir sem habilitação (artigos 303, par. único, e 309 do Código de Trânsito Brasileiro). 2. O crime de lesões corporais culposas é de ação pública condicionada à representação da vítima por expressa disposição legal (artigos 88 e 91 da Lei nº 9.099/95). 3. Na hipótese em que a vítima não exerce a faculdade de representar, ocorre a extinção da punibilidade do crime mais grave de lesões corporais culposas, qualificado pela falta de habilitação, não podendo o paciente ser processado pelo crime menos grave de dirigir sem habilitação, que restou absor-

vido. Precedentes de ambas as Turmas. 4. Habeas corpus conhecido e deferido para determinar o trancamento da ação penal. (Votação: unânime; Resultado: deferido; Acórdãos citados: HC-80041, HC-80042, HC-80221, HC-80270, HC-80292, HC-80293, HC-80302, HC-80303, HC-80337. Acórdãos no mesmo sentido: HC 80371 - ANO-2000 UF-MG TURMA-02 N.PP-006 Min. MAURÍCIO CORRÊA; DJ 01-12-2000 PP-00071 EMENT VOL-02014-02 PP-00249; HC 82006 - ANO-2002 UF-MG TURMA-02 MIN-MAURÍCIO CORRÊA N.PP-006; DJ 28-02-2003 PP-00016 EMENT VOL-02100-2 PP-00381).

E ainda outro importante julgado:

HC 80221 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 08/08/2000 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00087 EMENT VOL-02013-02 PP-00236. Parte(s) PACTE.: CLÁUDIO PINTO GUILHERME. IMPTE.: CLÁUDIO PINTO GUILHERME. ADVAS.: DPE-MG - DIOVANE MARIA PIRES SOUZA. COATOR: TURMA RECURSAL CRIMINAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA, EM ACIDENTE DE TRÂNSITO, IMPUTADA A CONDUTOR NÃO HABILITADO LEGALMENTE (ART. 303, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). FALTA DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL, TAMBÉM QUANTO AO CRIME DE DIREÇÃO NÃO HABILITADA (ART. 309 DO C.T.B.). PRINCÍPIOS DA CONSUÇÃO E DA ABSORÇÃO. "HABEAS CORPUS" PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL: DEFERIMENTO. 1. No caso presente, o fato delituoso corresponderia a uma lesão corporal culposa, em acidente de trânsito, atribuída a condutor inabilitado legalmente, crime de dano previsto no art. 303, parágrafo único, do C.T.B., e não de simples perigo, como considerado no art. 309. 2. E o ofendido não ofereceu a indispensável representação para a ação penal, no prazo legal de seis meses (artigos 88 e 92 da Lei nº 9.099/95, 103 e 107, IV, do Código Penal). 3. Em face dos princípios da consunção e da absorção, o crime de dano efetivo (lesão corporal culposa imputada a condutor legalmente inabilitado), não poderia ser convertido em crime de perigo (direção inabilitada), para se viabilizar a ação penal incondicionada, como concluiu o acórdão impugnado. 4. *Habeas Corpus* deferido, para se trancar a ação penal, adotando-se, para isso, também, os fundamentos deduzidos nos precedentes. (Votação: Unânime; Resultado: Deferido; Veja RT-702358; HC-80042; HC-80041; N.PP.: (37). Análise: (FLO). Revisão: (RCO/AAF).

Ou finalmente:

HC 80041 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI Julgamento: 30/05/2000 Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 18-08-2000 PP-00083 - EMENT VOL-02000-03 PP-00665 Parte(s) PACTE.: SÉRGIO SANTOS PEREIRA OU SÉRGIO SANTOS FERREIRA. IMPTES.: DPE-

MG - DIOVANE MARIA PIRES SOUZA. COATOR: TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE EMENTA: Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor por motorista não habilitado, havendo-se declarado a vítima desinteressada da perseguição penal. Absorção do delito do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro pelo do art. 303, e seu parágrafo único, trancando-se a ação penal por falta de representação do ofendido.

5.2 - DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

5.2.1 - INCIDÊNCIA

Lembrar que a proposta de suspensão condicional do processo é aplicável a todos os delitos cuja pena mínima não seja superior a um ano, ainda que estejam sob a apreciação da jurisdição especial (eleitoral e militar), desde que presente o requisito subjetivo a que alude o art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Observar que é pertinente a suspensão condicional do processo nos casos de contravenção penal, mesmo quando a pena de multa seja a única prevista.

Recordar que a proposta de suspensão do processo é incabível quando ocorrer a incidência de causa geral ou especial de aumento de pena, elevando-se a pena mínima aplicável à espécie para mais de um ano. Nesse sentido, a Súmula nº 243 do STJ:

O benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

Notar que nos crimes tentados deve-se proceder a diminuição da pena mínima em 2/3 (dois terços), a fim de se apurar o *quantum* mínimo exigido pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95.

5.2.2 - REQUISITOS GENÉRICOS

Atentar para a necessidade de correta e precisa descrição da conduta delitiva atribuída ao réu mediante a apresentação das circunstâncias qualificadoras e causas de aumento bem como diminuição de pena inerentes ao fato. Notar, a propósito, que jurisprudência do STJ admite a proposta de suspensão condicional do processo, ainda que no final da instrução, ante a possibilidade de nova definição jurídica ser reconhecida:

Processual Penal – Suspensão Condicional do Processo – Aplicação – Viabilizada a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95, mesmo por ocasião da sentença condenatória, era de rigor oportunizar

ao Ministério Público realizar a proposta de suspensão condicional do processo (STJ – HC 14282 – Fernando Gonçalves – DJU 04.06.2001 p. 256)

HABEAS CORPUS. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PROPOSTA OU DE INDEFERIMENTO. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. BENEFÍCIO A SER CONCRETIZADO ATÉ A SENTENÇA. A realização da proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa a ser lançada por parte do Ministério Público, mas, por outro lado, é direito subjetivo do réu de ver-lhe recebida. Portanto, a sua não configuração em termos específicos, conferindo ou não o direito ao acusado, macula o procedimento, pois a lei obriga a condução circunstanciada do benefício, mesmo que ocorra depois do recebimento da denúncia e antes da sentença. Ordem concedida em parte para que seja realizada a proposta de suspensão do processo ou, em caso negativo, sejam anotados os termos do indeferimento. (STJ – HC 2004/0125908-0 – 5ª T – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – Data do Julgamento 16/12/2004)

Valorizar, quando possível, a reparação do dano causado à vítima como requisito inerente à suspensão condicional, pugnando por sua intimação e comparecimento quando da realização da audiência a que alude o art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Sugerir ao juiz, como uma das condições da proposta e com fundamento no art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, a prestação de serviços à comunidade, envidando esforços no sentido de catalogar judicialmente entidades que possam auxiliar o juízo nesse sentido – que devem ser fiscalizadas pelo MP na medida do possível.

Averiguar as condições pessoais do denunciado quando da fixação das condições, a fim de evitar futuro e injustificado descumprimento destas.

Observar que, se o réu residir em outra jurisdição, a proposta deverá ser feita pelo Promotor de Justiça que ofereceu a acusação e não pelo órgão de execução que oficiará na audiência perante o juízo deprecado, a quem, contudo, também caberá a análise das condições de ordem subjetiva.

5.2.3 - REVOGAÇÃO

Observar que as causas obrigatórias e facultativas que ensejam a revogação do benefício (art. 89, § 3º e § 4º, da Lei nº 9.099/95) poderão motivar a cassação do *sursis* processual, ainda que superado o período de prova, desde que cometida a falta no curso daquele. Essa a postura jurisprudencial mais recente adotada pelo STF:

HC 90833 / RJ - RIO DE JANEIRO
HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA
Julgamento: 10/04/2007 Órgão Julgador: Primeira

Turma Publicação DJ 11-05-2007 PP-00081 EMENT VOL-02275-02 PP-00394 Parte(s) PACTE.(S): NILO BIRUES HERPES IMPTE.(S):DPE-RJ - ADALGISA MARIA STEELE MACABU COATOR(A/S) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SURSIS PROCESSUAL: REVOGAÇÃO APÓS O PERÍODO DE PROVA POR DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTES DO SEU TÉRMINO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o seu termo final, se comprovado que o motivo da sua revogação ocorreu durante o período do benefício. Precedentes. 2. *Habeas corpus* denegado. Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma, 10.04.2007.

HC 84654 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 31/10/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 01-12-2006 PP-00100 EMENT VOL-02258-02 PP-00338 Parte(s) PACTE.(S): MANOEL OSMAR DE MOURA OU MANUEL OSMAR DE MOURA IMPTE.(S) : PGE-SP - WALDIR FRANCISCO HONORATO JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) COATOR(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMENTA: HABEAS CORPUS. JUIZADOS ESPECIAIS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. COMETIMENTO DE OUTRO CRIME DURANTE O PERÍODO DE PROVA. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO APÓS O TÉRMINO DO BIÊNIO PROBATÓRIO. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período. Ordem indeferida.

Decisão: A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de *habeas corpus* e cassou a medida cautelar anteriormente deferida, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, 31.10.2006.

HC 84660 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 15/02/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 25-11-2005 PP-00012 EMENT VOL-02215-02 PP-00344 Parte(s) PACTE.(S): DENÍSIO RODRIGUES DE MORAIS OU DENÍSIO RODRIGUES DE MORAES IMPTE.(S): PGE-SP - WALDIR FRANCISCO HONORATO JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) E OUTRO (A/S) COATOR(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. REVOGAÇÃO DO SURSIS PROCESSUAL APÓS O PERÍODO DE PROVA, MAS POR FATOS OCORRIDOS ATÉ O FINAL DAQUELE PERÍODO. PRETENSÃO DE SER DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO PACIENTE, QUE ESTARIA CONSUMADA NO MOMENTO EM QUE SE VERIFICA O TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA. A interpretação do § 5º do art. 89 da Lei

nº 9.099/95 permite concluir pela inexistência de óbice a que o juiz decida acerca da revogação do *sursis* ou da extinção da punibilidade após o término do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo depois de expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término. Precedente: HC 80.747. Caso em que a revogação do benefício, embora requerida após ultimado o período de prova, se lastreou em fato ocorrido durante esse período, ensejando instauração de processo e condenação com trânsito em julgado, antes mesmo do fim do referido biênio probatório. Essa informação de julgamento condenatório definitivo afasta, inclusive, o exame da constitucionalidade do § 3º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, à luz da presunção de não-culpabilidade. *Habeas corpus* indeferido.

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente pedido de *habeas corpus* a julgamento do Tribunal Pleno, a fim de resolver questão de constitucionalidade suscitada pelo Ministro Marco Aurélio. Unânime. 1a. Turma, 31.08.2004 Retirado da mesa do plenário por indicação do Relator. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 22.09.2004. A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. 1ª. Turma, 15.02.2005.

O TJMG, a seu turno, também já adotou entendimento análogo:

Número do processo: 1.0027.02.007182-8/001(1)

Relator BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Data do Julgamento: 12/07/2007

Data da Publicação: 14/08/2007

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA - NÃO-COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS - DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. - *A revogação da suspensão condicional do processo pode se dar após o período de prova, desde que o motivo ensejador da revogação tenha ocorrido neste lapso temporal.* - Havendo a possibilidade de se revogar a suspensão após o período de prova, mister se faz a comprovação de não ter havido, por parte do acusado, descumprimento das condições que lhe foram impostas. Súmula: DERAM PROVIMENTO. (grifo nosso).

6 - ATUAÇÃO NO COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

6.1 - INTRODUÇÃO

Cada era ou etapa do desenvolvimento humano traz consigo suas peculiaridades, características que a distinguem de outros tempos e modos de vida. O momento atual da sociedade humana nos apresenta, dentre outros aspectos marcantes, os fenômenos da globalização e do desenvolvimento tecnológico. Desafiada por estes fenômenos, nossa sociedade se reinventa, reorganiza, cria novas e

cada vez mais indispensáveis formas de interação em todas as esferas da experiência humana.

Uma nova realidade é construída todos os dias, constituindo-se de uma sociedade *paralela*, um espaço virtual onde se dá nova roupagem a institutos antigos, ao mesmo tempo em que se abre espaço para uma infinidade de novas construções humanas. Vivemos a era das relações virtuais, evidenciada nos *e-mails*, *orkut*, *homebanking*, *lan house*, *sites* de relacionamentos, *e-comerc*, *e-books*, declaração virtual de imposto de renda, *downloads* e toda uma gama de termos que aos poucos passam a fazer parte da nossa vida.

Quer gostemos ou não deste novo contexto, não temos como fugir à sua influência. O importante é não perdermos de vista que a realidade virtual que se materializa por meio da internet, assim como todas as demais invenções humanas, não passa de uma “coisa”, um objeto, um instrumento. A forma como vai ser usada ou o fim para o qual será instrumentalizada será sempre fruto da ação humana.

Tal qual acontece na sociedade concreta na qual interagimos, assim também na esfera virtual. A nova realidade acima descrita, não trouxe apenas benefícios. O universo da internet com toda sua potencialidade acabou por mostra-se um campo propício para a prática de condutas contrárias ao direito, à moral e à ética. Muito além de meras condutas reprováveis, tais atos por vezes constituem crimes que agridem bens juridicamente tutelados. Essas práticas ilícitas levadas a cabo no mundo virtual constituem novo e difícil desafio para a Ciência do Direito. Identificar, prevenir, e reprimir a violação de bens e direitos, atingidos pelos crimes na internet um objetivo a ser perseguido.

A dimensão criminal na internet não apenas conserva os aspectos tradicionalmente preconizados pelo Direito penal, como traz à tona peculiaridades desse novo contexto. Assim, condutas igualmente lesivas, mas ainda não consideradas crimes, por dependerem de regulamentação específica, ficam sem punição. O modo como questões como a propagação deliberada de vírus informáticos, destruindo sistemas e levando à impossibilidade acesso à informática (direito constitucional garantido) entraram na vida moderna, não podem deixar de ser uma preocupação inerente ao Ministério Público, eis que se incorporam ao seu próprio dia-a-dia.

Tendo em vista as questões acima apresentadas, o Direito Criminal da Informática deve ser pensado com bastante eficiência e rapidez, com a finalidade de sistematizar um conjunto de normas referentes a crimes cibernéticos, mantendo dessa maneira a privacidade das informações e a segurança das instituições. Todavia, para que se tenha o melhor entendimento possível, necessário se faz a compreensão exata do significado do computador na vida de cada indivíduo.

6.2 - RECOMENDAÇÕES DE ATUAÇÃO AO PROMOTOR PÚBLICO NO COMBATE AOS CRIMES DE INTERNET

Não é tarefa fácil definir de forma conceitual o que vem a ser crime de internet. Talvez se consiga uma definição aplicando-se o tradicional conceito de crime - ato típico, antijurídico e culpável, quando verificados no mundo virtual, seja para atingir o sistema de máquinas e programas que o compõem seja para adulterar, subtrair ou destruir as informações por eles veiculadas, além de toda e qualquer ação juridicamente reprovável.

Considerando ser função institucional do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, a proteção dos direitos constitucionalmente garantidos e a propositura, em caráter privativo, da ação penal pública, inclusive em se tratando de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores, bem como sendo certa a importância do combate aos crimes cibernéticos, sendo nova, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a experiência na área em questão, é recomendado ao Promotor de Justiça atuar da seguinte maneira no que se refere ao combate aos crimes de internet:

- Qualquer interessado pode acionar o Ministério Público em busca de providências no que respeita a crimes de internet. O promotor deverá solicitar do interessado, de início e pela via mais urgente, o encaminhamento de todas as informações disponíveis.
- Se o particular não o fez, deve-se entrar em contato e imprimir todo o conteúdo apontado como criminoso, pois é comum que de um dia para o outro o conteúdo se modifique, ou seja, excluído.
- Colher todos os dados disponíveis do possível autor ou suspeito.
- Se for o caso de crimes cometidos no ambiente “Orkut”, orientar o interessado a pedir, no campo próprio, a exclusão do endereço tido como criminoso.
- Oficiar o CAOCrim (cocrim@mp.mg.gov.br) solicitando medidas urgentes para a exclusão do endereço em questão. O CAOCrim possui um canal privilegiado ainda não disponível para os demais membros da Instituição, no qual pode contatar a direção da Google diretamente nos EUA e pedir a exclusão da página. Pelo convênio firmado com a Google, eles se comprometeram a retirar a página do site de relacionamento “Orkut” em menos de 24 horas.
- Ponderar se é o caso de seguir-se um processo criminal – a ação penal pode ser privada e o particular não ter interesse nela, só desejando a exclusão da página. Se a ação for condicionada, colher a representação.
- Se for a hipótese de se iniciar persecução penal, precisar-se-á, evidentemente, identificar a autoria do delito. As empresas de internet (salvo o MSN) costumam não fornecer os dados do autor da página diretamente ao Ministério Público. Nesses casos é necessário, então, ordem judicial. Os juízes da capital têm sido solícitos às demandas do CAOCrim, e muito embora questionável a competência, eles têm deferido pedidos de quebra de sigilo de dados impetrados pelo CAOCrim em relação a crimes praticados em tese, por cidadãos residentes no interior do Estado, mesmo porque o dano tem repercussão em toda a rede de internet.
- Se o membro do Ministério Público desejar ele mesmo mover a ação, o CAOCrim pode dar orientação e fornecer eventuais modelos de ações interpostas em casos similares.
- Se desejar que o CAOCrim o faça, há uma equipe treinada para isto no órgão.
- De qualquer forma, o pedido judicial haverá de ser no sentido de requisitar da empresa que hospedou a página a remoção do material ilegal, o fornecimento dos dados do provável autor, em especial o “internet protocol”, IP. O IP é uma espécie de número de identificação gerado cada vez que alguém utiliza a internet. Depois a investigação segue normalmente. Esse número de IP deve ser solicitado junto ao provedor de internet. Nesse ponto nos deparamos com dois problemas: os servidores e provedores que gerenciam o acesso à internet nem sempre armazenam essas informações. O outro problema é muitos servidores, a Google, por exemplo, se negam a fornecer informações, alegando que estas devem ser requisitadas pelo Juiz à matriz americana. Não há, ainda, Lei que obrigue estes servidores a preservar essas informações, bem como fornecê-las, quando requisitadas.
- Ato seguido poderá ser solicitada a busca e apreensão dos objetos utilizados na prática criminosa, como computadores, scanners e fotografias, bem como realizar perícia nos equipamentos de informática.

6.3 - PRINCIPAIS PRÁTICAS DELITUOSAS – TIPO DE CRIME

- Roubo de senha: golpe virtual conhecido com o *phishing*;
- Falsificação de cartões e de celular: criar, copiar ou falsificar números, códigos, cartões ou transmissores;
- Calúnia, difamação e injúria;
- Apologia ao crime: racismo, xenofobia, homofobia, aborto;
- Pedofilia; pornografia infantil;
- Propagação de pragas virtuais: criar, inserir ou difundir pragas virtuais, conhecidas como có-

digos maliciosos (conceito de código malicioso é amplo, definição mais precisa);

- Acesso não autorizado: acessar redes sem autorização quando esta é exigida;
- Obtenção não autorizada de dados;
- Divulgação não autorizada de banco de dados;
- Furto;
- Atentado contra serviço público: equiparam-se telecomunicações ou informação a serviço de utilidade pública;
- Ataque a redes de computadores.

A maioria dos crimes de internet são relacionados ao usuário comum. A faixa etária está entre 18 e 30 anos. Geralmente são homens inteligentes, de classe média, com boa situação financeira.

6.4 - PRÁTICAS DELITUOSAS QUE EXIGEM AÇÃO URGENTE VISANDO A RETIRADA IMEDIATA DO CONTEÚDO OFENSIVO DA INTERNET

Os crimes que exigem ação urgente possível de determinar a retirada da internet:

- Os conteúdos difamatórios, caluniosos e injuriosos graves;
- Imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes;
- Imagens ou textos envolvendo lesão a vida privada e a intimidade das pessoas;
- Apologia ao crime;
- Divulgação de segredo;
- Incitação à violência;
- Discriminação.

6.5 - PROJETO DE LEI EM ANDAMENTO NO SENADO FEDERAL QUE VERSA SOBRE A TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

No momento da elaboração deste Manual (jun/08) existia importante projeto de Lei de autoria do Senador Eduardo Azeredo para disciplinar a ação dos indivíduos na internet, cuja proposta era suprir a lacuna da inexistência, no Brasil, de legislação específica sobre crimes cometidos por meio da internet, fato que sempre dificultou a atuação da Justiça no combate a essas condutas indesejadas. Eis o teor do projeto:

SUBSTITUTIVO

(ao PLS 76/2000, PLS 137/2000 e PLC 89/2003) Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código do Processo Penal), a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código do Consumidor), para tipificar condutas realizadas mediante use de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam

praticadas contra dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares, e da outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código do Processo Penal), a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código do Consumidor), para tipificar condutas realizadas mediante use de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares, e da outras providências.

Art. 2º O Capítulo V do Título I da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) fica acrescido do seguinte art. 141-A:

Art. 141-A. As penas neste Capítulo aumentam-se de dois terços caso os crimes sejam cometidos por intermédio de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Art. 3º O Título I da Parte Especial do Código Penal fica acrescido do Capítulo VI-A, assim redigido:

Capítulo VI-A DOS CRIMES CONTRA REDE DE COMPUTADORES, DISPOSITIVO DE COMUNICAÇÃO OU SISTEMA INFORMATIZADO

Acesso não autorizado a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado

Art. 154-A. Acessar rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, sem autorização do legítimo titular, quando exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, permite, facilita ou fornece a terceiro meio não autorizado de acesso a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

§ 2º Somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos, agências, fundações, autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

§ 3º A pena a aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de acesso.

§ 4º Não há crime quando o agente acessa a título de defesa digital, excetuado o desvio de finalidade ou o excesso.

Obtenção, manutenção, transporte ou fornecimento não autorizado de informação eletrônica ou digital ou similar

Art. 154-B. Obter dado ou informação disponível em rede de computadores, dispositivo de comuni-

cação ou sistema informatizado, sem autorização do legítimo titular, quando exigida:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem mantém consigo, transporta ou fornece dado ou informação obtida nas mesmas circunstâncias do “*caput*”, ou desses se utiliza além do prazo definido e autorizado.

§ 2º Se o dado ou informação obtida desautorizadamente e fornecida a terceiros pela rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, ou em qualquer outro meio de divulgação em massa, a pena é aumentada de um terço.

§ 3º Somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos, agências, fundações, autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

Dispositivo de comunicação, sistema informatizado, rede de computadores e defesa digital

Art. 154-C. Para os efeitos penais considera-se:

I - dispositivo de comunicação: o computador, o telefone celular, o processador de dados, os instrumentos de armazenamento de dados eletrônicos ou digitais ou similares, os instrumentos de captura de dados, os receptores e os conversores de sinais de rádio ou televisão digital ou qualquer outro meio capaz de processar, armazenar, capturar ou transmitir dados utilizando-se de tecnologias magnéticas, óticas ou qualquer outra tecnologia eletrônica ou digital ou similar;

II - sistema informatizado: o equipamento ativo da rede de comunicação de dados com ou sem fio, a rede de telefonia fixa ou móvel, a rede de televisão, a base de dados, o programa de computador ou qualquer outro sistema capaz de processar, capturar, armazenar ou transmitir dados eletrônica ou digitalmente ou de forma equivalente;

III - rede de computadores: os instrumentos físicos e lógicos através dos quais é possível trocar dados e informações, compartilhar recursos, entre máquinas, representada pelo conjunto de computadores, dispositivos de comunicação e sistemas informatizados, que obedecem de comum acordo a um conjunto de regras, parâmetros, códigos, formatos e outras informações agrupadas em protocolos, em nível topológico local, regional, nacional ou mundial;

IV - defesa digital: manipulação de código malicioso por agente técnico ou profissional habilitado, em proveito próprio ou de seu preponente, e sem risco para terceiros, de forma tecnicamente documentada e com preservação da cadeia de custódia no curso dos procedimentos correlatos, a título de teste de vulnerabilidade, de resposta a ataque, de frustração de invasão ou burla, de proteção do sistema, de interceptação defensiva, de tentativa de identificação do agressor, de exercício de forense computacional e de práticas gerais de segurança da informação;

V - código malicioso: o conjunto de instruções e tabelas de informações ou programa de computador ou qualquer outro sistema capaz de executar

uma seqüência de operações que resultem em ação de dano ou de obtenção indevida de informações contra terceiro, de maneira dissimulada ou oculta, transparecendo tratar-se de ação de curso normal;

VI - dados informáticos: qualquer representação de fatos, de informações ou de conceitos sob uma forma suscetível de processamento numa rede de computadores ou dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, incluindo um programa, apto a fazer um sistema informatizado executar uma função;

VII - dados de tráfego: todos os dados informáticos relacionados com sua comunicação efetuada por meio de uma rede de computadores, sistema informatizado ou dispositivo de comunicação, gerados por eles como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente.

Divulgação ou utilização indevida de informações contidas em banco de dados

Art. 154-D Divulgar, utilizar, comercializar ou disponibilizar informações contidas em banco de dados com finalidade distinta da que motivou o registro das mesmas, incluindo-se informações privadas referentes, direta ou indiretamente, a dados econômicos de pessoas naturais ou jurídicas, ou a dados de pessoas naturais referentes à rata, opinião política, religiosa, crença, ideologia, saúde física ou mental, orientação sexual, registros policiais, assuntos familiares ou profissionais, além de outras de caráter sigiloso, salvo nos casos previstos em lei ou mediante expressa anuência da pessoa a que se referem, ou de seu representante legal.

Pena - detenção, de um a dois anos, e multa.

§ 1º A pena a aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática do crime.

§ 2º Se o crime ocorre em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, ou em qualquer outro meio de divulgação em massa, a pena é aumentada de um terço.

Art. 4º O § 4º do art. 155 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso V:

Art. 155 [...]

§ 4º [...]

V - mediante use de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado ou similar, ou contra rede de computadores, dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares.

(NR)

Art. 5º O Capítulo IV do Título II da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) fica acrescido do art. 163-A, assim redigido:

Dano por difusão de código malicioso eletrônico ou digital ou similar

Art. 163-A. Criar, inserir ou difundir código malicioso em dispositivo de comunicação, rede de

computadores, ou sistema informatizado.

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Dano qualificado por difusão de código malicioso eletrônico ou digital ou similar.

§ 1º Se o crime é cometido com finalidade de destruição, inutilização, deterioração, alteração, dificuldade do funcionamento, ou funcionamento desautorizado pelo titular, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, ou de sistema informatizado:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Difusão de código malicioso eletrônico ou digital ou similar seguido de dano.

§ 2º Se do crime resulta destruição, inutilização, deterioração, alteração, dificuldade do funcionamento, ou funcionamento desautorizado pelo titular, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, ou de sistema informatizado, e as circunstâncias demonstram que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de 3 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática do crime.

§ 4º Não há crime quando a ação do agente e a título de defesa digital, excetuado o desvio de finalidade ou o excesso.

Art. 6º O Capítulo VI do Título II do Código Penal passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

Difusão de código malicioso

Art. 171-A. Difundir, por qualquer meio, programa, conjunto de instruções ou sistema informatizado com o propósito de levar a erro ou, por qualquer forma indevida, induzir alguém a fornecer, espontaneamente e por qualquer meio, dados ou informações que facilitem ou permitam o acesso indevido ou sem autorização, a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou a sistema informatizado, com obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de difusão de código malicioso.

§ 2º Não há crime quando a difusão ocorrer a título de defesa digital, excetuado o desvio de finalidade ou o excesso.

Art. 7º O Código Penal passa a vigorar acrescido do seguinte art. 183-A:

Art. 183-A. Para efeitos penais, equiparam-se a coisa o dado, informação ou unidade de informação em meio eletrônico ou digital ou similar, a base de dados armazenada, o dispositivo de comunicação, a rede de computadores, o sistema informatizado, a senha ou similar ou qualquer instrumento que proporcione acesso a eles.

Art. 8º Os arts. 265 e 266 do Código Penal passam a vigorar com as seguintes redações:

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública

Art. 265. Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força, calor, informática ou telecomunicação, ou qualquer outro de utilidade pública:

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático, dispositivo de comunicação, rede de computadores ou sistema informatizado

Art. 266. Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico, telefônico, telemático, informático, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, de sistema informatizado ou de telecomunicação, assim como impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:

(NR)

Art. 9º O art. 298 do Código Penal passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

[...]

Falsificação de cartão de crédito ou débito ou qualquer dispositivo eletrônico ou digital ou similar portátil de captura, processamento, armazenamento e transmissão de informações.

Parágrafo único. Equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito ou qualquer outro dispositivo portátil capaz de capturar, processar, armazenar ou transmitir dados, utilizando-se de tecnologias magnéticas, óticas ou qualquer outra tecnologia eletrônica ou digital ou similar.

(NR)

Art. 10. O Código Penal passa a vigorar acrescido do seguinte art. 298-A:

Falsificação de telefone celular ou meio de acesso a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Art. 298-A. Criar ou copiar, indevidamente, ou falsificar código, seqüência alfanumérica, cartão inteligente, transmissor ou receptor de radio frequência ou telefonia celular, ou qualquer instrumento que permita o acesso a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Art. 11. O § 6º do art. 240 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso V:

Art. 240

Furto qualificado

§6 [...]

- mediante use de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado ou similar, ou contra rede de computadores, dispositivos de comunicação ou sistema.

(NR)

Art. 12. O Capítulo VII do Título V da Parte Especial do Livro I do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outo-

bro de 1969 (Código Penal Militar) fica acrescido do art. 262-A, assim redigido:

Dano por difusão de código malicioso eletrônico ou digital ou similar:

Art. 262-A. Criar, inserir ou difundir código malicioso em dispositivo de comunicação, rede de computadores, ou sistema informatizado.

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Dano qualificado por difusão de código malicioso eletrônico ou digital ou similar:

§ 1º Se o crime é cometido com finalidade de destruição, inutilização, deterioração, alteração, dificuldade do funcionamento, ou funcionamento desautorizado pelo titular, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, ou de sistema informatizado:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Difusão de código malicioso eletrônico ou digital ou similar seguido de dano:

§ 2º Se do crime resulta destruição, inutilização, deterioração, alteração, dificuldade do funcionamento, ou funcionamento desautorizado pelo titular, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, ou de sistema informatizado, e as circunstâncias demonstram que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de 3 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática do crime.

§ 4º Não há crime quando a ação do agente e a título de defesa digital, excetuado o desvio de finalidade ou o excesso.

Art. 13. O Título VII da Parte Especial do Livro I do Código Penal Militar, Decreto-Lei, no 1.001, de 21 de outubro de 1969, fica acrescido do Capítulo VII-A, assim redigido:

Capítulo VII-A

DOS CRIMES CONTRA REDE DE COMPUTADORES, DISPOSITIVO DE COMUNICAÇÃO OU SISTEMA INFORMATIZADO

Acesso não autorizado a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado: Art. 339-A. Acessar rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, sem autorização do legítimo titular, quando exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, permite, facilita ou fornece a terceiro meio não autorizado de acesso a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

§ 2º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de acesso.

§ 3º Não há crime quando o agente acessa a título de defesa digital, excetuado o desvio de finalidade ou o excesso.

Obtenção, manutenção, transporte ou fornecimento não autorizado de informação eletrônica ou digital ou similar:

Art. 339-B. Obter dado ou informação disponível em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, sem autorização do legítimo titular, quando exigida:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem mantém consigo, transporta ou fornece dado ou informação obtida nas mesmas circunstâncias do “*caput*”, ou desses se utiliza além do prazo definido e autorizado.

§ 2º Se o dado ou informação obtida desautorizadamente e fornecida a terceiros pela rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, ou em qualquer outro meio de divulgação em massa, a pena é aumentada de um terço.

Dispositivo de comunicação, sistema informatizado, rede de computadores e defesa digital:

Art. 339-C. Para os efeitos penais considera-se:

I - dispositivo de comunicação: o computador, o telefone celular, o processador de dados, os instrumentos de armazenamento de dados eletrônicos ou digitais ou similares, os instrumentos de captura de dados, os receptores e os conversores de sinais de rádio ou televisão digital ou qualquer outro meio capaz de processar, armazenar, capturar ou transmitir dados utilizando-se de tecnologias magnéticas, óticas ou qualquer outra tecnologia eletrônica ou digital ou similar;

II - sistema informatizado: o equipamento ativo da rede de comunicação de dados com ou sem fio, a rede de telefonia fixa ou móvel, a rede de televisão, a base de dados, o programa de computador ou qualquer outro sistema capaz de processar, capturar, armazenar ou transmitir dados eletrônica ou digitalmente ou de forma equivalente;

III - rede de computadores: os instrumentos físicos e lógicos através dos quais a possível troca de dados e informações, compartilhar recursos, entre máquinas, representada pelo conjunto de computadores, dispositivos de comunicação e sistemas informatizados, que obedecem de comum acordo a um conjunto de regras, parâmetros, códigos, formatos e outras informações agrupadas em protocolos, em nível topológico local, regional, nacional ou mundial;

IV - defesa digital: manipulação de código malicioso por agente técnico ou profissional habilitado, em proveito próprio ou de seu preponente, e sem risco para terceiros, de forma tecnicamente documentada e com preservação da cadeia de custódia no curso dos procedimentos correlatos, a título de teste de vulnerabilidade, de resposta a ataque, de frustração de invasão ou burla, de proteção do sistema, de interceptação defensiva, de tentativa de identificação do agressor, de exercício de forense computacional e de práticas gerais de segurança da informação;

V - código malicioso: o conjunto de instruções e tabelas de informações ou programa de computador ou qualquer outro sistema capaz de executar uma sequência de operações que resultem em crime

de dano ou de obtenção indevida de informações contra terceiro, de maneira dissimulada ou oculta, transparecendo tratar-se de ação de curso normal; VI - dados informáticos: qualquer representação de fatos, de informações ou de conceitos sob uma forma suscetível de processamento numa rede de computadores ou dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, incluindo um programa, apto a fazer um sistema informatizado executar uma função;

VII - dados de tráfego: todos os dados informáticos relacionados com sua comunicação efetuada por meio de uma rede de computadores, sistema informatizado ou dispositivo de comunicação, gerados por eles como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente. Divulgação ou utilização indevida de informações contidas em banco de dados:

Art. 339-D Divulgar, utilizar, comercializar ou disponibilizar informações contidas em banco de dados com finalidade distinta da que motivou o registro das mesmas, incluindo-se informações privadas referentes, direta ou indiretamente, a dados econômicos de pessoas naturais ou jurídicas, ou a dados de pessoas naturais referentes a rata, opinião política, religiosa, crença, ideologia, saúde física ou mental, orientação sexual, registros policiais, assuntos familiares ou profissionais, além de outras de caráter sigiloso, salvo nos casos previstos em lei ou mediante expressa anuência da pessoa a que se referem, ou de seu representante legal. de um a dois anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática do crime.

§ 2º Se o crime ocorre em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, ou em qualquer outro meio de divulgação em massa, a pena é aumentada de um terço.

Art. 14. O Título V da Parte Especial do Livro I do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), fica acrescido do Capítulo VIII-A, assim redigido:

Capítulo VIII-A DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 267-A. Para efeitos penais, equiparam-se a coisa o dado, informação ou unidade de informação em meio eletrônico ou digital ou similar, a base de dados armazenada, o dispositivo de comunicação, a rede de computadores, o sistema informatizado, a senha ou similar ou qualquer instrumento que proporcione acesso a eles.

Art. 15. O Capítulo I do Título VI da Parte Especial do Livro I do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), fica acrescido do art. 281-A, assim redigido:

Difusão de código malicioso:

Art. 281-A. Difundir, por qualquer meio, programa, conjunto de instruções ou sistema informatizado com o propósito de levar a erro ou, por qualquer forma indevida, induzir alguém a fornecer,

espontaneamente e por qualquer meio, dados ou informações que facilitem ou permitam o acesso indevido ou sem autorização, a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou a sistema informatizado, com obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de difusão de código malicioso.

§ 2º Não há crime quando a difusão ocorre a título de defesa digital, excetuado o desvio de finalidade ou o excesso.

Art. 16. O art. 2º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o parágrafo único para § 1º:

Art. 2º

caput não se aplica quando se tratar de interceptação do fluxo de comunicações em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. (NR)

Art. 17. O art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código do Processo Penal (CPP), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso V:

Art. 313 punidos com detenção, se tiverem sido praticados contra rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, ou se tiverem sido praticados mediante uso de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, nos termos da lei penal. (NR)

Art. 18. Os órgãos da polícia judiciária, nos termos de regulamento, estruturação setores e equipes de agentes especializados no combate a ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Art. 19. O art. 1º da Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º [...]

- os delitos praticados contra ou mediante rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. (NR)

Art. 20. O art. 9º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 9º [...]

Parágrafo único. O disposto neste artigo se aplica a segurança digital do consumidor, mediante a informação da necessidade do uso de senhas ou similar para a proteção do uso do produto ou serviço e para a proteção dos dados trafegados, quando se tratar de dispositivo de comunicação, sistema informatizado ou provimento de acesso a rede de computadores ou provimento de serviço por meio dela. (NR).

Art. 21. O responsável pelo provimento de acesso a rede de computadores e obrigado a:

- I - manter em ambiente controlado e de segurança os dados de conexões realizadas por seus equipamentos, aptos a identificação do usuário, e dos endereços eletrônicos de origem, da data, do horário de início e término e referência GMT, das referidas conexões, pelo prazo de três anos, para prover os elementos probatórios essenciais de identificação da autoria das conexões na rede de computadores;
- II - tornar disponíveis a autoridade competente, por expressa autorização judicial, os dados e informações mencionados no inciso I no curso de auditoria técnica a que forem submetidos;
- III - fornecer, por expressa autorização judicial, no curso de investigação, os dados de conexões realizadas e os dados de identificação de usuário;
- IV - preservar imediatamente, após a solicitação expressa da autoridade judicial, no curso de investigação, os dados de conexões realizadas, os dados de identificação de usuário e as comunicações realizadas daquela investigação, respondendo civil e penalmente pela sua absoluta confidencialidade e inviolabilidade;
- V - informar, de maneira sigilosa, a autoridade policial competente, denuncia da qual tenha tornado conhecimento e que contenha indícios de conduta delituosa na rede de computadores sob sua responsabilidade;
- VI - informar ao seu usuário que o use da rede sob sua responsabilidade obedece às leis brasileiras e que toda comunicação ali realizada será de exclusiva responsabilidade do usuário, perante as leis brasileiras;
- VII - alertar aos seus usuários, em campanhas periódicas, quanto ao uso criminoso de rede de computadores, dispositivo de comunicação e sistema informatizado;
- VIII - divulgar aos seus usuários, em local destacado, as boas práticas de segurança no uso de rede de computadores, dispositivo de comunicação e sistema informatizado.

§ 1º Os dados de conexões realizadas em rede de computadores, aptos a identificação do usuário, as condições de segurança de sua guarda, a auditoria a qual serão submetidos, a autoridade competente responsável pela auditoria e o texto a ser informado aos usuários de rede de computadores serão definidos nos termos de regulamento.

§ 2º Os dados e procedimentos de que cuida o inciso I deste artigo deverão estar aptos a atender ao disposto nos incisos II, III e IV no prazo de cento e oitenta dias, a partir da promulgação desta Lei.

§ 3º O responsável citado no *caput* deste artigo que não cumprir o disposto no § 2º, independentemente do ressarcimento por perdas e danos ao lesado, estará sujeito ao pagamento de multa variável de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada verificação ou solicitação, aplicada em dobro em caso de reincidência, que será imposta mediante procedimento administrativo, pela autoridade judicial desatendida, considerando-se

a natureza, a gravidade e o prejuízo resultante da infração.

§ 4º Os recursos financeiros resultantes do recolhimento das multas estabelecidas neste artigo serão destinados ao Fundo Nacional de Segurança Pública, de que trata a Lei n. 10.201, de 14 de fevereiro de 2001.

Art. 22. Não constitui violação do dever de sigilo a comunicação, as autoridades competentes, de prática de ilícitos penais, abrangendo o fornecimento de informações de acesso, hospedagem e dados de identificação de usuário, quando constatada qualquer conduta criminosa.

Art. 23. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

6.6 - OUTROS PROJETOS

6.6.1 - CENTRAL NACIONAL DE DENÚNCIAS

A *MP-Net*, Coordenadoria de Combate aos Crimes Cibernéticos, órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, inserido na estrutura do CAOCRIM, Centro de Apoio Operacional Criminal, oferece à comunidade mineira um serviço anônimo de recebimento, processamento, encaminhamento e acompanhamento on-line de denúncias sobre qualquer crime ou violações a direitos praticados através da Internet, tudo dentro dos mais rígidos padrões técnicos e operacionais fixados pelos organismos de padronização e certificação internacionais.

Este projeto coloca à disposição de qualquer cidadão um sistema seguro e confiável para fazer denúncias anônimas acerca de crimes praticados através da internet, com a garantia de que nenhuma informação pessoal será coletada. Isso é possível porque a instituição desenvolveu um sistema automatizado de gestão de denúncias, baseado em software livre, garantindo o anonimato do denunciante¹⁰².

Uma vez recebida a denúncia, uma equipe de Analistas de Conteúdo, com formação em Direito e Ciências da Computação irá, com ajuda de ferramentas específicas, realizar uma verificação prévia dos dados recebidos. Terminada a verificação prévia, inicia-se a análise do conteúdo da denúncia propriamente dito, ocasião em que os analistas irão identificar ou não indícios que possam confirmar a materialidade de um ou mais crimes e cuja ação penal seja pública - condicionada ou não a representação. Vale dizer a equipe de analistas de conteúdo além de processar as denúncias recebidas também realiza periodicamente um monitoramento dos principais serviços da rede Internet, com o objetivo de identificar novos incidentes e registrar

¹⁰² Telefone (31) 3330-8401 ou e-mail: www.mp.mg.gov.br/denuncia

os indícios de crimes. Esta ação é denominada de rastreamento pró-ativo.

Uma equipe de Analistas de Conteúdo, com formação em Direito e Ciências da Computação irá, com ajuda de ferramentas específicas, realizar uma verificação prévia dos dados recebidos. Terminada a verificação prévia, inicia-se a análise do conteúdo da denúncia propriamente dito, ocasião em que nossos analistas irão identificar ou não indícios que possam confirmar a materialidade de um ou mais crimes contra os Direitos Humanos e cuja ação penal seja pública e incondicionada a representação. Vale dizer a equipe de analistas de conteúdo além de processar as denúncias recebidas também realiza periodicamente um monitoramento dos principais serviços da rede Internet no Brasil, com o objetivo de identificar novos incidentes e registrar os indícios de crimes. Esta ação é denominada de rastreamento pró-ativo.

Comprovada a existência de indícios de crimes, parte-se para o rastreamento das informações relevantes disponíveis publicamente na Internet com o objetivo de comprovar a sua materialidade e documentar o *modus operandi* e os indícios de autoria, não sendo feita nenhuma ação de invasão ao meio investigado ou qualquer outra forma de intervenção que extrapole os limites de investigação legalmente permitidos.

A equipe de analistas de conteúdo, de posse das informações e evidências coletadas, produz um relatório de rastreamento e o encaminha ao técnico em Direito, que irá analisar, com base na legislação penal e processual penal em vigor no Brasil, e a partir dos princípios gerais do Direito e das garantias constitucionais, se há indícios suficientes para que o membro do MP pugne pela persecução penal.

Entre as providências que a *MP-Net* adota estão a comunicação, por ofício, ao prestador do serviço de internet, para que proceda a remoção do material ilegal da Internet e preservar todas as provas da materialidade dos crimes e os indícios de autoria, bem como o envio de todo o material produto da investigação para o promotor de justiça da respectiva comarca onde tenha ocorrido o evento, para que este adote as providências cabíveis (investigações complementares, denúncia direta, comunicação com a vítima para tratar de ação de reparação de danos, etc.).

6.7 - DICAS PARA A COMUNIDADE

Dicas para o internauta navegar com segurança:

- Seja prudente, não se sabe o que ou quem está por trás da tela do computador;
- Não diga seu nome ou idade;
- Nunca divulgue sua senha (password);
- Não fornecer seu endereço residencial ou dos

locais que costuma frequentar;

- Nunca envie qualquer foto sua;
- Nunca aceite propostas de encontro sem antes informar seus pais ou responsáveis;
- Não acredite em todas as informações fornecidas;
- Não responda a e-mails ofensivos

6.8 - ONDE DENUNCIAR OS CRIMES DA INTERNET

A Comunidade precisa saber que além do Ministério Público Estadual existem inúmeros outros órgãos que prestam relevantes serviços de combate aos ilícitos na rede mundial de computadores:

a) Pornografia infantil e pedofilia - Rede Hotline-BR
www.denuncie.org.br
www.hotline.org.br
www.censura.com.br

Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência - www.abrapia.org.br
Secretaria Especial de Direitos Humanos - tel.: 0800-990-500

b) Racismo, xenofobia, apologia ao nazismo e outros
Web Justice - www.thewebjustice.org
Safernet - www.denunciar.org.br
Ministério Público Federal - www.prsp.mpf.gov.br/digidenuncia.htm
Polícia Federal - dcs@dpf.gov.br

6.9 - JURISPRUDÊNCIA

I - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Número do processo: 1.0261.02.012556-1/001(1)

Relator: Walter Pinto da Rocha

Data do julgamento: 20/09/2006

Data da Publicação: 03/10/2006

Ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - INJÚRIA E DIFAMAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - DIFAMAÇÃO - EXCEÇÃO DA VERDADE - INADMISSÍVEL SE O OFENDIDO NÃO EXERCIA O CARGO PÚBLICO QUANDO DA PRÁTICA DO DELITO - HABEAS CORPUS IMPETRADO PARA FAZER ADMITIR A EXCEÇÃO - AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO QUERELADO PARA REQUERER DILIGÊNCIAS, NA FASE DO ART. 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NÃO-OCORRÊNCIA DE NULIDADE, DIANTE DA FALTA DE PREJUÍZO - A IMPUTAÇÃO, NA DIFAMAÇÃO, NÃO NECESSITA SER FALSA PARA CARACTERIZAR O DELITO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO OU ABSORÇÃO - INAPLICABILIDADE, NO CASO DE CONCURSO FORMAL IMPERFEITO - APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS PENAS - PANFLETAGEM PELA CIDADE E OFENSAS DIVULGADAS, ALTERNADAMENTE, PELA INTERNET - DELITOS AUTÔNOMOS - OFENSAS POR ESCRITO DIVULGADAS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES - VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. I - Na apuração da prá-

tica do crime de difamação, não se admite a exceção da verdade se o ofendido houver deixado de ser funcionário público quando da sua oposição, ainda que o fato imputado tenha sido praticado no exercício do cargo, pois a lei exige que esta situação perdure. II - O *habeas corpus* impetrado com o fim de fazer admitir a exceção não suspende o curso do procedimento da ação penal. III - A ausência de intimação pessoal para o requerimento de diligências, previsto no art. 499 do CPP, reclama, para que enseje nulidade, a comprovação do efetivo prejuízo da parte. IV - A imputação, na difamação, não necessita ser falsa para se caracterizar o crime. Difamar uma pessoa consiste em divulgar fatos infamantes à sua honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos. V - O princípio da consunção só é aplicável nos casos de concurso aparente de tipos. Se verificada a ocorrência de dois delitos, resultados de uma única conduta, a hipótese é de concurso formal. VI - Se o agente pratica injúria e difamação, com uma mesma conduta, ocorre o chamado “concurso formal imperfeito” ou “impróprio”, já que ambos os delitos exigem o elemento subjetivo do tipo específico para a sua caracterização, ou seja, o chamado “dolo específico”, não se podendo, por isso, negar que tenham ocorrido “desígnios autônomos”. V - Tratando-se de concurso formal imperfeito, aplicam-se cumulativamente as penas dos delitos, nos termos da segunda parte do *caput* do art. 70 do CP. VI - Se o agente distribui panfletos ofensivos pela cidade e, dias depois, alternadamente, ainda faz publicar, na internet, o mesmo texto gravoso, comete delitos autônomos e não crime único. VII - Na interpretação do parágrafo único do art. 12 da Lei de Imprensa, deve-se concluir que a internet é uma espécie de “serviço noticioso”, por dar a mais ampla publicidade possível a toda informação que nela se disponibiliza. Assim, a conduta de se fazer publicar, na rede mundial de computadores, um texto ofensivo à honra de outrem, independentemente de constar de um site de um órgão de imprensa, uma vez imputada como crime, deve ser analisada à luz das disposições da Lei de Imprensa, e não do Código Penal. V.V.P.: O valor da pena pecuniária deve ser condizente com a intensidade de culpa ou dolo; forma e circunstâncias em que praticada a ofensa; repercussão e conseqüências do fato; função ocupada e posição social do ofendido; grau de cultura do ofensor e situação econômica dos envolvidos (Desembargador Eli Lucas de Mendonça). Súmula: rejeitaram a queixa-crime, nos termos do voto do relator. deu-se por suspeito o des. Aluizio Quintão.

Número do processo: 1.0261.02.012392-1/001(1)

Relator: Walter Pinto Da Rocha

Data do julgamento: 16/05/2007

Data da publicação: 30/05/2007

Ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA - OBJETIVIDADE JURÍDICA DIVERSA - CRIME PROGRESSIVO - NÃO-OCORRÊNCIA

- DELITOS ORIGINÁRIOS DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS - CONCURSO FORMAL IMPERFEITO - DIA-MULTA - PROPORCIONALIDADE À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO CONDENADO - PROVIMENTO PARCIAL. Se o agente, mediante uma conduta desdobrada em atos diversos, ofende a honra subjetiva e objetiva das vítimas, ao proferir palavras constitutivas dos crimes de calúnia, difamação e injúria, em imputações autônomas, não há que se falar em progressão criminosa, mas sim em concurso formal entre os delitos, na modalidade imprópria ou imperfeita, porquanto derivados de desígnios independentes. O valor do dia-multa deve ser proporcional à condição econômica do condenado, impondo-se a redução do quantum determinado na sentença na hipótese em que se mostra excessivo em face dos dados financeiros pessoais daquele, coligidos ao processo.

Súmula: rejeitaram preliminar e deram provimento parcial aos recursos.

II - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: HC 92232 / RJ

HABEAS CORPUS

2007/0238345-3

Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (1136)

Órgão julgador: T5 - QUINTA TURMA

Data do julgamento: 08/11/2007

Data da Publicação: 26/11/2007

Ementa:

HABEAS CORPUS – FURTO EM CONTINUIDADE DELITIVA – OPERAÇÃO TROJAN – OBTENÇÃO AS SENHAS DOS DEPOSITANTES EM CONTAS BANCÁRIAS- PROVA QUE PODE SER OBTIDA POR MEIOS DIVERSOS DA PERÍCIA NOS COMPUTADORES – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1- Os crimes praticados pela internet podem ser comprovados por muitos meios de provas, como interceptações telefônicas, testemunhas e outros e até por documento juntado aos autos, não constituindo a prova pericial nos computadores, difícil de ser realizada, o único meio de prova, não havendo ofensa ao art. 158 do Código de Processo Penal. 2- Sem demonstração de prejuízo não se pode reconhecer qualquer nulidade. 3- Ordem denegada.

Processo: HC 48255 / GO

HABEAS CORPUS

2005/0158569-9

Relator: Ministro GILSON DIPP (1111)

Órgão julgador: T5 - QUINTA TURMA

Data do julgamento: 06/12/2005

Data da Publicação: 19/12/2005

Ementa:

CRIMINAL. HC. FRAUDES POR MEIO DA INTERNET. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA.

PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

Hipótese na qual o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de furto qualificado, violação de sigilo bancário e formação de quadrilha, pois seria integrante de grupo hierarquicamente organizado com o fim de praticar fraudes por meio da Internet, consistentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras. Os autos não revelam especificamente qual a posição ocupada pelo réu no suposto grupo, ressaltando, entretanto, que restam demonstrados indícios suficientes da materialidade e da autoria dos fatos, mediante o monitoramento de diversos terminais telefônicos, além do interrogatório do paciente, no qual restou evidenciado ser este “useiro e vezeiro na prática do crime de furto bancário, via internet”. Não há ilegalidade na decretação da custódia cautelar do paciente, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, pois a fundamentação encontra amparo nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e na jurisprudência dominante. A situação em que foram perpetrados os delitos imputados ao réu enseja a possibilidade concreta de reiteração criminosa, tendo em vista que o crime é praticado via computador, podendo ser cometido no interior do próprio lar, bem como em diversos locais, sem alarde e de forma ardilosa, indicando necessidade de manutenção da custódia cautelar. Precedentes. Condições pessoais favoráveis do agente não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, se a manutenção da custódia encontra respaldo em outros elementos dos autos. Ordem denegada.

III - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**HC 89530 / DF - DISTRITO FEDERAL**

Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA

Órgão Julgador: Primeira Turma

Julgamento: 10/10/2006

Ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DA LEI DE IMPRENSA. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECEBIMENTO DE QUEIXA-CRIME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Recebimento de queixa-crime pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 15 de junho de 2005, pelos crimes de calúnia e injúria, previstos na lei de imprensa, por fatos ocorridos em 15 de junho de 2003, a dizer, um dia após ter se encerrado o prazo prescricional de dois anos (art. 41, *caput*, da Lei 5.250/67). A contagem do prazo prescricional para os crimes de imprensa adotada por este Supremo Tribunal é a prevista no inciso I do art. 111 combinada com a do art. 10 do Código Penal. Antes de transitar em julgado a sentença final, a prescrição começa a correr do dia em que o crime se consu-

mou, incluindo-se o primeiro dia no cômputo do prazo e excluindo-se o último. Precedentes. 2. Ordem de habeas corpus concedida para declarar extinta a punibilidade, em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, e, conseqüentemente, decretar a nulidade do acórdão do Superior Tribunal de Justiça e de todos os atos processuais eventualmente praticados após o recebimento da denúncia.

HC 88905 / GO – GOIÁS**HABEAS CORPUS**

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Órgão Julgador: Segunda Turma

Julgamento: 12/09/2006

Publicação: 13/10/2006

Ementa:

Habeas Corpus. 1. Crimes previstos nos arts. 288 e 155, § 4º, incisos II e IV, ambos do Código Penal e art. 10, da Lei Complementar nº 105/2001 (formação de quadrilha, furto qualificado e quebra de sigilo bancário). 2. Alegações: a) ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva; b) excesso de prazo para formação da culpa e conclusão do processo. 3. No caso concreto, a decretação da preventiva baseou-se no fundamento da garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP. O Juiz de 1º grau apresentou elementos concretos suficientes para a caracterização da garantia da ordem pública: a função de “direção” desempenhada pelo paciente na organização, o qual liderava “célula criminosa”; a ramificação das atividades criminosas em diversas unidades da federação; e a alta probabilidade de reiteração delituosa considerando a potencialidade da utilização ampla do meio tecnológico sistematicamente empregado pela quadrilha. Precedentes: HC nº 82.149/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 13.12.2002; HC nº 82.684/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º.08.2003 e HC nº 83.157/MT, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 05.09.2003. 4. Quanto à alegação de excesso de prazo, constata-se a complexidade da causa. No caso concreto, apuram-se diversos delitos cometidos por vários co-réus, denotando razoabilidade na dilação do prazo de instrução processual, sem que a prisão dos envolvidos configure constrangimento ilegal. Dos documentos acostados aos autos, verifica-se também haver contribuição da defesa para a demora processual, não se configurando a ilegalidade alegada por excesso de prazo, por não haver mora injustificada. Precedentes da Corte: HC nº 81.905/PE, 1ª Turma, maioria, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 16.05.2003; HC nº 82.138/SC, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14.11.2002; e HC nº 71.610/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.03.2001. 5. Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado, nos termos do art. 312 do CPP e art. 93, IX, da CF. Existência de razões suficientes para a manutenção da prisão preventiva. Precedentes. 6. Ordem indeferida

6.10 - APÊNDICE

RESENHA DA REPORTAGEM DA REVISTA GALILEU: “DO MAL.COM”

Reportagem retirada da Revista Galileu, edição de abril de 2008.

Ninguém nega que a internet é uma ferramenta sensacional de comunicação e atualmente tornou-se instrumento indispensável à maioria das pessoas, tanto para o trabalho, o estudo, quanto para a diversão. Mas há quem use a rede para aprender a construir bombas, violar mercadorias, disseminar violência e intolerância. Além de incentivar comportamentos como o suicídio e anorexia.

Estimuladas pela possibilidade do anonimato, facilidade para encontrar semelhantes, desejo de interagir socialmente e, ainda, certas da impunidade, as pessoas não têm receio de sofrer as conseqüências legais por praticarem atos criminosos utilizando a

internet. Invocam a Constituição para se justificarem, dizendo que têm direito à liberdade de expressão. Mas a Constituição garante esse direito ao mesmo tempo em que proíbe o anonimato para responsabilizar quem pratica abusos.

Há quem haja por ingenuidade. São pessoas que não têm noção da seriedade nem consciência do mal que estão causando. Muitos suicidas em potencial “ensinam” na rede o método mais letal e menos doloroso para morrer. O que vai determinar se um comportamento irresponsável deve ser caracterizado como crime ou não, são as palavras usadas pelo agente, o modo de abordagem, etc.

O combate a essas práticas deve envolver Leis, educação, políticas públicas, e, sobretudo, informação à população para incentivar denúncias de abusos.

Delitos mais comuns que ocorrem por meio da internet:

Crime	Penal	Exemplo
Calúnia - Art. 138 do Código Penal (CP)	Detenção de 6 meses a 2 anos e multa.	Dizer que alguém cometeu algum crime: “Ele é ladrão”.
Difamação - Art. 139 do CP.	Detenção e 3 meses a 1 ano e multa.	Espalhar um boato sobre alguém.
Injúria - Art. 140 do CP.	Detenção de 1 a 6 meses ou multa.	Ofender a honra, a dignidade ou o decoro. Chamar a pessoa de “vaca”, “gorda” ou “feia”.
Ameaça - Art. 147 do CP.	Detenção de 1 a 6 meses ou multa.	Dizer que vai agredir alguém na próxima vez que o encontrar.
Divulgação de Segredo Art. 153 do CP.	Detenção de 1 a 6 meses ou multa.	Divulgar informação confidencial produzindo dano.
Incitação ao Suicídio Art. 122 do CP.	Detenção de 1 a 3 anos.	Instigar alguém a suicidar-se, dizendo-lhe que é o melhor a ser feito, ou informando os melhores meios.
Escárnio por motivo de religião - Art. 208 do CP.	Detenção de 1 mês a 1 ano ou multa.	Zombar de religiões.
Favorecimento à Prostituição - Art. 228 do CP.	Detenção de 2 a 5 anos e multa.	Acessar <i>sites</i> pornográficos.
Incitação ao crime - Art. 286 do CP.	Detenção de 3 a 6 meses ou multa.	Ensinar como fazer “um gato”, burlar mecanismos de segurança ou construir bombas. Incitar a violência a grupos, étnicos, religiosos orientação sexual semelhante.
Apologia de crime ou criminoso - Art. 287 do CP.	Detenção de 3 a 6 meses ou multa.	Vangloriar ato criminoso ou quem o tenha praticado.
Preconceito ou discriminação - Art. 20 da Lei nº7.716/89	Reclusão de 1 a 3 anos e multa.	Referir-se a alguém em tom pejorativo fazendo alusão à sua cor.
Pornografia infantil Art. 241 da Lei nº8.069/90	Multa de 3 a 20 salários, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.	Ver ou enviar pela internet fotos de crianças nuas.

6.10.1 MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE INDICIADOS/SENTENCIADOS

Trata-se de um sistema de controle de indivíduos submetidos à persecução penal, utilizado em mais 50 países do mundo e que começou a ser implantado no Estado de Minas Gerais¹⁰⁵ no ano de 2008, consistente em tornozeleiras ou pulseiras eletrônicas colocadas em indivíduos, e que transmitem à Justiça informações sobre o paradeiro destes.

Finalidades:

O monitoramento eletrônico pode se destinar a manter o indivíduo em lugar predeterminado (normalmente em casa), mas, alternativamente, o monitoramento é utilizado também para garantir que o indivíduo não entre (freqüente) determinados locais, ou ainda se aproxime de determinadas pessoas, mormente testemunhas, vítimas e co-autores. Uma outra utilização tem sido para sistemas de vigilância. Nessa ótica, o monitoramento é utilizado para que se mantenha vigilância contínua sobre o indivíduo, sem a restrição de sua movimentação. Diz-se assim que o monitoramento via GPS pode ser utilizado de forma ativa (quando permite a localização do usuário em tempo real) ou na forma passiva (quando o dispositivo utilizado pelo usuário registra toda sua movimentação ao longo do dia. Os dados são retransmitidos uma única vez a uma central, que gera o relatório diário)¹⁰⁴.

A quem se destina, em tese:

a) Nada impede, em princípio, seja o equipamento usado em PRESOS PROVISÓRIOS¹⁰⁵, em especial se tratando de indiciados com necessidades especiais:

- Deficientes visuais;
- Paraplégicos;
- Gestantes;
- Maiores de 70 anos, etc.

b) Nos CONDENADOS, considerando a necessidade do quesito “confiança”, tem sido comum o uso, em algumas partes do mundo, para os autores de:

- Delitos contra o patrimônio, praticados sem violência;
- Alguns estelionatos;
- Homicídios culposos;
- Pessoas em fim de pena;
- Enfermos graves;
- Gestantes.

Ainda que escape aos objetivos do presente capítulo, é de se registrar que o equipamento se presta também para fins civis como:

- Afastamento de agressor do lar conjugal
- Pedófilo - não aproximação de escola
- Mau torcedor - não aproximação de estádio em dias e horários de certos jogos

Não tem sido recomendado o emprego do monitoramento eletrônico para:

- Reincidentes
- Autores de crimes violentos
- Portadores de maus antecedentes carcerários

VANTAGENS da tornozeleira ou pulseira:

- O preso pode TRABALHAR
- Reforçam-se os laços FAMILIARES
- Evitam-se ESTIGMAS
- Evita-se EFEITO CRIMINÓGENO da prisão
- Contribui para diminuição da CORRUPÇÃO eventualmente constatada nos ambientes carcerários
- Permite alto grau de SUPERVISÃO
- Mantém SEGURANÇA
- Significa Castigo adequado
- É compatível com princípios da Situação Jurídica da Inocência, da Dignidade da Pessoa Humana e da Humanidade das Penas
- O tempo de monitoramento é contado como Detração ou efetivo cumprimento de pena
- A opinião pública geralmente aprova
- Estudos demonstram que nos países em que foi empregado, o equipamento contribuiu para diminuição da Reincidência em cerca de 8%.

Outras Características:

- Exige CONCORDÂNCIA do réu
- Exige prévios estudos socioambientais, psiquiátricos, sociológicos e psicológicos

DESVANTAGENS:

- Em absoluto, não evita fuga
- Não serve para qualquer preso
- Implica em altos custos para o Estado
- Há quem tenha receio de eventual crescimento de condenações em casos de relativa dúvida

Principais SISTEMAS existentes:

O monitoramento eletrônico implementado em Minas Gerais serve-se de duas tecnologias: Sistema de Posicionamento Global - GPS e sistema de Rádio-Monitoramento.

6.10.2 A ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC)

É uma entidade civil, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica própria, constituída mediante estatutos próprios, que prevêem como finalidade a recuperação do preso, a proteção da sociedade, o socorro da vítima e a promoção da justiça, e como filosofia “matar o criminoso e salvar o homem”.

¹⁰⁵ Em regime experimental, na Capital, para presos sentenciados que estavam no regime semi-aberto com todos os requisitos preenchidos para progressão para o regime aberto.

¹⁰⁴ MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada. www.mj.gov.br

¹⁰⁵ Esta tem sido a instalação preferencial no vizinho país da Argentina – em presos provisórios.

Instaladas em algumas comarcas do Estado de Minas Gerais, mediante convênio com o Poder Judiciário e sob supervisão do Ministério Público, as APAC's vêm administrando os três regimes de cumprimento de pena: fechado, semi-aberto e aberto, sem a presença física de quaisquer forças públicas, quer policiais militares, civis, ou agentes penitenciários. Tão somente voluntários e religiosos assumem a coordenação e dirigem a cooperação interna entre os próprios recuperandos. As críticas levantadas em desfavor da APAC são geralmente decorrentes do fato de que ela não visa substituir a cadeia pública ou qualquer penitenciária. Pelo contrário, dada à sua proposta de ação, ela só recebe detentos previamente entrevistados e cuidadosamente selecionados por serem considerados adaptáveis ao seu método. Com estes recuperandos de perfil apropriado, os registros da APAC apontam para um índice de reincidência inferior a 10% para os que freqüentam seu método¹⁰⁶. Muito embora no Estado de São Paulo, local de surgimento da filosofia APAC, as mesmas tenham sido desativadas, em Minas Gerais existem várias unidades em funcionamento e que apresentam grande sucesso, sendo, aliás, referência nacional e internacional no tocante à recuperação de presidiários e autogestão de prisões. Não tem sido comum o registro de rebeliões, fugas, atos extremos de violência ou de morte.

As APACs brasileiras são controladas pela FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, entidade que congrega, fiscaliza e dá suporte a todas as unidades do país, tendo se filiado também à PFI – Prison Fellowship International, órgão consultivo da ONU para assuntos penitenciários.

Contrariando a opinião de algumas pessoas e acreditando na recuperação do homem que errou, o advogado Mário Ottoboni, com um grupo de participantes da pastoral penitenciária em São José dos Campos (SP), fundou, na década de 90, a primeira Associação de Proteção e Assistência aos Condenados- APAC, com o lema “Matar o Criminoso e Salvar o Homem”.

O estudo da metodologia da APAC, se encontra disponível em quatro livros que tratam do assunto, de autoria do advogado, jornalista, inspirador e fundador do método APAC, Mário Ottoboni, em parceria com o também advogado, teólogo e presidente, em 2008, da FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, e da APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados de Itaúna, Valdecir Antônio Ferreira:

- *Vamos Matar o Criminoso*, livro que reporta com um grau de aprofundamento a metodologia, onde o autor expõe esse conceito revolucionário e prova que é possível salvar o homem que errou e reintegrá-lo ao convívio social.

- *Seja Solução, Não Vítima!* é obra de provocação do autor ao tratar da Justiça Restaurativa. Esta consiste na tarefa do Poder constituído de restituir a dignidade e a cidadania a quem cumpre pena. E o autor inova: a plena reabilitação do condenado se dá quando ele faz a experiência do perdão e da reconciliação, que tem raízes na mensagem cristã do amor ao próximo.

- *Parceiros da Ressurreição*, complementa o livro “Vamos Matar o Criminoso?”, traz todo um desenvolvimento da Jornada de Libertação com Cristo e Curso Intensivo de Conhecimento e Aperfeiçoamento do Método APAC, especialmente para presos.

- *Ninguém é Irrecuperável*, obra que apresenta através de uma narrativa concisa e entremeada de experiências reais, algumas reflexões que revolucionam o sistema penitenciário, aumentando o índice de recuperação para até 95%, reduzindo o uso da força, a corrupção e o tráfico de drogas nos presídios. Ele aborda questões candentes e de interesse universal: violência, segurança, capacidade de recuperação e readaptação social do encarcerado, contradições do sistema penitenciário brasileiro.

6.10.3 MINUTA DE ESTATUTO DA APAC

CAPÍTULO I

Da Denominação, Sede, Fins, Duração e Organização

Art. 1º - A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC, fundada em, Estado de, com sede na rua, n.º CEP, nesta cidade de, é uma associação sem fins lucrativos, com patrimônio e personalidade jurídica próprios, nos termos do Código Civil e legislação afim.

Art. 2º - A entidade, cujo tempo de duração é indeterminado, se destina a auxiliar a Justiça na área ligada à execução penal, bem como apoiar autoridades do Ministério Público e dos Poderes Judiciário e Executivo, em todas as tarefas ligadas a readaptação dos sentenciados e presidiários, de ambos os sexos, aos quais dará assistência em especial no que diz respeito a:

- a) família;
- b) educação;
- c) saúde;
- d) bem-estar físico e espiritual;
- e) profissionalização
- f) reintegração social;
- g) recreação; e,
- h) pesquisas psicossociais.

Art. 3º - A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados será regida de acordo com o que dispõe o presente Estatuto, o qual constitui a sua lei orgânica, de conhecimento e observância de todos os seus associados.

¹⁰⁶ Há quem diga que no sistema convencional a reincidência gire na casa dos 80%.

CAPÍTULO II**Dos Associados**

Art. 4º - O quadro associativo, de número ilimitado, será constituído de pessoas de ambos os sexos, que tiverem interesse em colaborar com os fins da entidade, sem distinção de raça, nacionalidade, preferência política e religião.

Parágrafo único: O mesmo critério será adotado quanto ao desenvolvimento das atividades da APAC.

Art. 5º - Os associados são classificados nas seguintes categorias:

- a) Associados Fundadores - todos aqueles que assinaram a ata de fundação da Associação;
- b) Associados Natos - O Juiz que tiver, segundo a lei de organização judiciária, o encargo da corregedoria dos presídios e de Execução Penal da comarca; o Promotor de Justiça que estiver designado para a execução penal da comarca; o diretor da Unidade Prisional; o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seção local; o presidente da Câmara Municipal e o Prefeito do município;
- c) Associados Beneméritos - todos aqueles que, a juízo do Conselho Deliberativo, pela própria iniciativa deste ou mediante proposta da diretoria, se tornem dignos desse título;
- d) Associados Contribuintes - todos aqueles que, admitidos de acordo com este estatuto, concorram com a mensalidade estabelecida pela diretoria.

Art. 6º - Os associados de que tratam as letras “b” e “c”, do artigo anterior, ficam isentos de qualquer contribuição pecuniária em caráter permanente.

Art. 7º - Para os associados da letra “c” do art. 5º, o não pagamento de três (3) mensalidades consecutivas, salvo por motivo de força maior, importará na perda dos direitos sociais e conseqüente exclusão do quadro associativo.

Art. 8º - Para ser admitido como associado contribuinte deverá o interessado:

- a) preencher e assinar a respectiva proposta, conforme modelo e condições aprovados pela diretoria; e,
- b) estar expressamente autorizado pelo seu pai e/ou tutor, quando contar com menos de dezoito anos de idade.

Art. 9º - Não poderão ser readmitidos ao quadro social:

- a) os associados eliminados por atraso de pagamento de mensalidades à Associação, se não as solverem previamente; e,
- b) os associados excluídos por falta grave que implique em desabono da entidade.

Art. 10 - São direitos dos associados contribuintes:

- a) tomar parte nas assembléias gerais, votando e sendo votados, desde que tenham 6 (seis) meses de associado;

- b) representar, por escrito, ao Conselho Deliberativo, contra atos da administração, reputados danosos e prejudiciais aos interesses da APAC;

- c) propor admissão ou readmissão de associados;
- d) representar a entidade em reuniões e solenidades, por delegação da diretoria;
- e) recorrer à Assembléia Geral de decisão da diretoria que impuser pena de exclusão do associado no quadro associativo; e,
- f) participar dos atos promovidos pela entidade.

Art. 11 - São deveres dos associados em geral:

- a) integrarem-se nas atividades assistenciais de que trata o art. 2º, tomando interesse por todos os problemas penitenciários e socializadores afetos à Entidade;
- b) acatar e zelar pelo cumprimento deste Estatuto e quaisquer regulamentos;
- c) contribuir para que a APAC realize sua finalidade, cooperando para seu progresso e engrandecimento;
- d) comportar-se, sempre que estiver em causa a sua condição de associado, de modo a manter o bom nome da Entidade, procedendo com urbanidade no trato com os demais associados;
- e) abster-se, nas atividades da Entidade, de qualquer manifestação de caráter político;
- f) respeitar e cumprir as determinações da Assembléia Geral, do Conselho Deliberativo e da diretoria;
- g) pagar pontualmente suas mensalidades;
- h) apresentar, quando solicitado, a carteira de identidade social;
- i) zelar pela conservação dos bens da APAC;
- j) respeitar os membros do Conselho Deliberativo e da diretoria, quando estes estiverem no exercício de suas funções; e,
- k) comunicar à diretoria qualquer mudança no estado civil e de residência.

Art. 12 - Os associados que infringirem as disposições deste Estatuto e dos regulamentos serão passíveis das seguintes penas:

- a) advertência;
- b) censura; e,
- c) exclusão do quadro associativo.

Parágrafo Único - Da pena de exclusão caberá recurso à Assembléia Geral, nos termos do art. 57 e parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

CAPÍTULO III**Dos Poderes Sociais**

Art. 13 - São órgãos deliberativos e administrativos da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados:

- a) Assembléia Geral;
- b) Conselho Deliberativo;
- c) Diretoria Executiva; e,
- d) Conselho fiscal.

CAPÍTULO IV Da Assembléia Geral

Art. 14 - Compete privativamente à Assembléia Geral:

- I - eleger os administradores;
- II - destituir os administradores;
- III - aprovar as contas; e,
- IV - alterar o Estatuto.

Art. 15 - As reuniões ordinárias e extraordinárias serão sempre convocadas por ordem do presidente do Conselho Deliberativo, por meio de Edital ou aviso publicado na imprensa local ou afixado na sede da Entidade.

Parágrafo único - A convocação será sempre feita com antecedência mínima de oito dias, contados da data de publicação do edital.

Art. 16 - As Assembléias Gerais, ordinárias ou extraordinárias, serão consideradas legalmente constituídas, em primeira convocação, desde que se verifique a presença da maioria absoluta dos associados, e, em segunda convocação, trinta minutos após, com qualquer número de associados.

§ 1º - Excetuam-se das normas deste artigo os itens II e IV do art. 14, uma vez que nesses casos é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à Assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes”.

§ 2º - As decisões serão sempre tomadas por maioria simples.

Art. 17 - A Assembléia Geral reunir-se-á:

a) ordinariamente, de quatro em quatro anos, na segunda quinzena de novembro, para o fim único de eleger e empossar os membros do Conselho Deliberativo e respectivos suplentes; de dois em dois anos, na segunda quinzena do mesmo mês, para eleição do presidente da Diretoria Executiva e do Conselho Fiscal da APAC, em observância do art. 49, alínea a, presidente, vice-presidente, primeiro e segundo secretários do Conselho Deliberativo, dando-lhes posse na semana seguinte à eleição, com qualquer número de associados e, anualmente, na segunda quinzena de julho para julgar as contas prestadas pela Diretoria, devidamente acompanhadas de parecer do Conselho Fiscal e de relatório do presidente, encaminhando esclarecimentos; e,

b) extraordinariamente, a qualquer tempo, quando devidamente convocada, exclusivamente para o fim de preencher cargos de Conselheiros, ocorrido em caso de renúncia ou vacância, se os suplentes já tiverem sido chamados a servir, para reformar os Estatutos Sociais, aprovar as contas, cassar o mandato do presidente da APAC, nos casos previstos, em sessão especialmente convocada para esse fim.

§ 1º - A Assembléia poderá ser convocada extraor-

dinariamente, a pedido, fundamentado por escrito de cinco Conselheiros e aprovado pelo Conselho Deliberativo.

§ 2º - Será nula e de nenhum efeito qualquer deliberação estranha ao objeto da convocação.

Art. 18 - As Assembléias Gerais serão abertas e presididas pelo presidente do Conselho Deliberativo, cabendo a este designar os secretários e os fiscais escrutinadores, quando necessário.

Art. 19 - A Assembléia Geral, além dos Conselheiros efetivos, elegerá cinco Suplentes, que serão chamados a servir na ordem de maior votação, aplicando-se o disposto no parágrafo único do artigo 21, em caso de empate, para preenchimento de vaga temporária ou definitiva no Conselho Deliberativo.

Art. 20 - As eleições do Conselho Deliberativo, de sua Mesa Diretora, da Presidência da Diretoria Executiva e do Conselho Fiscal serão feitas por escrutínio secreto e a elas só poderão concorrer os candidatos em chapas previamente registradas, exigindo-se, para o registro, requerimento assinado por dez associados no mínimo.

§ 1º - Os requerimentos de inscrição serão endereçados à Presidência do Conselho Deliberativo até 72 (setenta e duas) horas antes do pleito. Havendo impugnação, será observado o disposto no parágrafo único do art. 28.

§ 2º - Não poderão votar e nem ser votados nas Assembléias Gerais os associados que não estiverem quites com os cofres sociais.

§ 3º - Os associados menores de 18 anos de idade não poderão ser votados para membros do Conselho Deliberativo, exceto se forem emancipados.

Art. 21 - Realizada a votação e procedida a apuração, o presidente proclamará eleitos e empossará, após uma semana, os membros do Conselho Deliberativo, bem como os candidatos a suplência mais votados, se não houver empecilhos provocados por recursos.

Parágrafo único - Havendo empate na votação, serão considerados eleitos os associados mais antigos no quadro social. Permanecendo, ainda, empate, será considerado eleito o mais idoso.

Art. 22 - Os trabalhos de cada Assembléia serão registrados em ata, em livro próprio, redigida por um secretário *ad hoc*, nomeado no ato, e assinada pelos membros da Mesa, submetida, desde logo, à consideração dos presentes.

CAPÍTULO V Do Conselho Deliberativo

Art. 23 - O Conselho Deliberativo deliberará, dentro de sua alçada, com rigorosa observância deste Estatuto, sendo constituído de quinze membros efetivos.

Art. 24 - O mandato do Conselho Deliberativo será de quatro anos.

Art. 25 - A mesa diretora do Conselho Deliberativo será composta pelo presidente, vice-presidente, primeiro e segundo secretário, que serão eleitos pela Assembléia Geral, com mandato de dois anos, conforme dispõe o art. 17.

Art. 26 - Caberá ao Conselho Deliberativo:

- a) fiscalizar os trabalhos da Diretoria Executiva e tomar as medidas cabíveis quando detectar irregularidades;
- b) estudar e aprovar relatório anual circunstanciado da Diretoria Executiva e corrigi-lo quando julgar necessário;
- c) antes do término do ano, aprovar plano anual de trabalho da Diretoria Executiva, podendo modificá-lo;
- d) elaborar projetos de trabalhos e sugestões à Diretoria Executiva;
- e) examinar, anualmente, decidindo acolher ou rejeitar o parecer do Conselho Fiscal;
- f) censurar, advertir e pleitear a cassação do mandato do Presidente da Diretoria Executiva e declarar a vacância do cargo nos termos do parágrafo único do art. 41;
- g) através de circunstanciado relatório, aprovado pelo Conselho Deliberativo, convocar a Assembléia Geral para cassar o mandato eletivo do Presidente da Diretoria Executiva, observando o pleno direito do contraditório;
- h) dar posse à Mesa Diretora do Conselho Deliberativo, ao Presidente da Diretoria Executiva e ao Conselho Fiscal, bem como conceder aos seus membros licença ou demissão;
- i) receber e protocolar requerimentos de inscrição prevista para a eleição do Conselho Deliberativo, Fiscal e presidência da Diretoria Executiva;
- j) deliberar sobre a conveniência da celebração de contratos de financiamento, convênios e parcerias com órgãos públicos, privados ou entidades congêneres;
- l) conceder, por iniciativa própria ou por proposta da Diretoria Executiva, título de associado benemérito;
- m) deliberar sobre qualquer transação de compra e venda de bens imóveis, em sessão especialmente convocada para esse fim; e,
- n) conhecer e julgar, em grau de recurso, os atos administrativos da Diretoria.

Art. 27 - O Conselho Deliberativo reunir-se-á extraordinariamente, quando julgar necessário o presidente da Diretoria Executiva da APAC, o presidente do Conselho Deliberativo, ou Conselho Fiscal, para tratar de assuntos atinentes à área de atuação do órgão provocador da convocação.

Art. 28 - As reuniões do Conselho serão realizadas desde que os conselheiros recebam aviso por escrito, com antecedência mínima de três dias, sem prejuízo do edital.

Parágrafo único: Excetuam-se desta regra as reuniões destinadas a apreciar e decidir sobre impugnação de inscrições, prevalecendo apenas o aviso por escrito, 48 (quarenta e oito) horas antes da reunião. Havendo acolhimento da impugnação, far-se-á nova convocação da Assembléia.

Art. 29 - Salvo exceções estatutárias, o Conselho Deliberativo reunir-se-á:

- a) em primeira convocação, com metade mais um dos seus membros;
- b) em segunda convocação, trinta minutos após, com qualquer número.

Art. 30 - O Conselho Deliberativo será convocado pelo seu presidente ou a pedido do presidente da Diretoria Executiva ou por cinco membros do próprio Conselho, para tratar de assuntos gerais da entidade.

Art. 31 - O presidente do Conselho Deliberativo, em seus impedimentos, será substituído pelo seu vice-presidente.

Art. 32 - As deliberações do Conselho Deliberativo serão tomadas por maioria de votos, salvo nos casos previstos neste Estatuto, e as votações serão nominais.

Parágrafo único - Não serão admitidas procurações para votações e deliberações no Conselho Deliberativo.

Art. 33 - Os Conselheiros que, sem causa justificada, faltarem a três reuniões consecutivas perderão automaticamente seus mandatos, o que deverá constar da ata da reunião respectiva.

Art. 34 - Nas votações, serão considerados eleitos os que obtiverem maioria de votos e, em caso de empate, proceder-se-á a novo escrutínio, no qual só poderão ser votados os candidatos empatados; ocorrendo novo empate, será considerado eleito o associado de matrícula mais antiga e ou o mais idoso.

Art. 35 - Os trabalhos de cada sessão serão registrados em ata, em livro próprio, redigida por um dos secretários, assinada pelo presidente, pelos secretários e, se houver eleição, pelos fiscais escrutinadores.

CAPÍTULO VI Da Administração Geral

Art. 36 - A Associação de Proteção e Assistências aos Condenados será administrada e dirigida por uma diretoria, com mandato de dois anos, composta de:

- a) Presidente;
- b) Vice-presidente;
- c) Primeiro Secretário;
- d) Segundo Secretário;

- e) Primeiro Tesoureiro;
- f) Segundo Tesoureiro;
- g) Diretor do Patrimônio; e,
- h) Consultor Jurídico.

§ 1º - A Administração da APAC poderá ainda ser auxiliada por comissões e departamentos, sempre que a diretoria o julgar conveniente, as quais serão criadas pelo presidente, que lhes dará denominação, atribuição e nomeará seus membros, cujo número fixará.

§ 2º - Excetuando-se o cargo de Presidente da Diretoria Executiva os demais membros serão nomeados, demitidos e substituídos pelo Presidente da Diretoria Executiva, ouvido previamente o Conselho Deliberativo.

Art. 37 - A Diretoria, que exercerá todos os poderes que são conferidos por este Estatuto, reunir-se-á, no mínimo, uma vez por mês, em dia e hora que serão previamente designados pelo presidente e decidirá por maioria absoluta de seus membros.

§ 1º - Compete à Diretoria a decisão a respeito de exclusão de associados por cometimento de falta grave.

§ 2º - Os trabalhos de cada reunião da Diretoria serão registrados em ata, em livro próprio redigida por um dos secretários, devidamente assinada, após aprovação pelo presidente e secretário.

§ 3º - O Diretor que, sem justa causa, faltar a três reuniões consecutivas perderá automaticamente seu mandato, o que deverá constar da ata da reunião respectiva.

Art. 38 - Sem prejuízos das responsabilidades individuais de cada diretor, o presidente será responsável perante a Assembléia Geral e o Conselho Deliberativo pela administração e orientação geral da APAC.

Art. 39 - Em caso de impedimento, o presidente será substituído pelo vice-presidente e pelos demais diretores, em exercício, na ordem estabelecida no art. 36.

Art. 40 - A renúncia, demissão ou morte do presidente implica na renúncia automática de toda diretoria, a qual, entretanto, terá seu mandato prolongado, no máximo por trinta dias, para a posse da Diretoria que for organizada pelo novo presidente eleito.

Parágrafo único - Ocorrendo vaga do presidente, quando faltar menos de 90 dias para o término do mandato da Diretoria, será seu cargo ocupado pelo vice-presidente, independentemente de qualquer formalidade, além da comunicação que o vice-presidente fará ao Conselho Deliberativo.

CAPÍTULO VII Da Diretoria Executiva

Art. 41 - Competirá ao presidente:

- a) representar a Entidade ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, em todas as suas relações para com terceiros;
- b) convocar as reuniões da Diretoria, solicitar reuniões do Conselho Deliberativo e da Assembléia Geral, presidindo a primeira;
- c) contratar e dispensar empregados da APAC;
- d) rubricar todos os livros necessários à escrituração da Entidade;
- e) escolher dentro do quadro social os membros da Diretoria, assim como exonerá-los a pedido ou não, ouvido sempre o Conselho Deliberativo;
- f) assinar contratos e convênios, inclusive os de parcerias, diplomas honoríficos, cheques, duplicatas, títulos de crédito, cauções e ordens de pagamento e quaisquer outros documentos de ordem financeira;
- g) autorizar despesas previstas e ordenar seus pagamentos;
- h) apresentar ao Conselho Deliberativo relatórios circunstanciados das atividades da APAC e, anualmente, o respectivo balancete financeiro e demais obrigações estatutárias;
- i) empossar diretores quando ocorrer vaga durante o mandato, ouvido o Conselho Deliberativo; e,
- j) apresentar planos de trabalho para o exercício seguinte.

Parágrafo único - A substituição do Presidente dar-se-á por morte, renúncia ou grave violação ao estatuto, neste caso, após tomadas as medidas de direito.

Art. 42 - Ao vice-presidente competirá substituir o presidente em suas faltas e impedimentos legais.

Art. 43 - Ao primeiro secretário competirá:

- a) dirigir e superintender os trabalhos da secretaria;
- b) redigir as atas das reuniões da diretoria; e,
- c) assinar carteiras de identidade social.

Art. 44 - Ao segundo secretário competirá substituir o primeiro, em suas faltas e impedimentos, e auxiliá-lo em suas funções.

Art. 45 - Ao primeiro tesoureiro competirá:

- a) superintender e gerir todos os serviços da tesouraria, cujos fundos, valores e escrituração ficam sob sua guarda;
- b) assinar recibos, fiscalizar recebimentos, arrecadar receita da Associação e, juntamente com o presidente, cheques, ordens de pagamento e quaisquer títulos de responsabilidade;
- c) efetuar pagamentos de contas, fornecimentos e despesas com o "pague-se" do presidente;
- d) fornecer ao Conselho Fiscal todos os informes solicitados;
- e) organizar os balanços e demonstrativos de receitas e despesas da APAC;
- f) manter em dia as escriturações e a relação de associados quites e atrasados da Associação; e,
- g) efetuar todo movimento financeiro da Entidade em banco designado pelo presidente.

Art. 46 - Ao segundo tesoureiro compete substituir o primeiro em suas faltas e impedimentos legais.

Art. 47 - Ao Diretor do Patrimônio compete zelar pela guarda de todos os bens da Associação, mantendo escrituração competente e balanço patrimonial.

Art. 48 - Ao Consultor Jurídico compete prestar assistência jurídica à Entidade, a critério do presidente.

Art. 49 - Cada diretor terá autonomia de atuação para exercer as suas atribuições previstas neste estatuto ou determinadas por ato Presidencial, ressalvado ao disposto no art. 38.

CAPÍTULO VIII Do Conselho Fiscal

Art. 50 - O Conselho Fiscal será composto de três membros, a saber:

- a) um associado que tenha conhecimentos técnicos na área financeira, eleito pela Assembléia Geral, competindo-lhe a presidência do Conselho Fiscal;
- b) presidente da Câmara Municipal;
- c) presidente da OAB, seção da sede da APAC.

Art. 51 - Competirá ao Conselho Fiscal:

- a) examinar todas as contas, balancetes, balanços, dando seu parecer sobre os mesmos; e,
- b) solicitar, se necessário, da tesouraria ou da presidência todos os esclarecimentos necessários à elaboração de seus pareceres.

Art. 52 - As deliberações do Conselho Fiscal serão tomadas pela maioria dos seus membros.

Parágrafo único - As reuniões do Conselho Fiscal serão realizadas em qualquer época, por convocação do seu presidente.

CAPÍTULO IX Dos Voluntários e dos Estagiários

Art. 53 - A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC aceitará a prestação de serviços de voluntários conforme Lei n.º 9.608, de 18 de fevereiro de 1998.

Parágrafo único - Não há impedimento para admissão no quadro de funcionários de voluntários ou estagiários pelo regime da CLT.

Art. 54 - Os critérios para ser voluntário da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) são os seguintes:

- a) preencher o interessado as condições do § 3º do art. 20 e ter boa conduta social para prestar o serviço voluntário; e,
- b) antes de iniciar trabalho, o voluntário deverá fre-

qüentar o curso de formação de voluntário e por ele ser aprovado, salvo nos casos urgentes e específicos, mediante portaria do Presidente da APAC, devidamente justificados.

Art. 55 - Deveres do voluntário:

- a) preencher e assinar o "Termo de adesão para voluntário", antes de iniciar o trabalho voluntário na entidade;
- b) seguir os horários e tarefas escritas na ficha do voluntariado;
- c) cada alteração de horário deve constar na ficha anexa ao termo de Adesão;
- d) executar fielmente e, com responsabilidade, a tarefa que lhe for confiada;
- e) justificar sua falta e avisar antecipadamente sua ausência;
- f) o voluntário deve zelar como todos os outros funcionários pelo bom uso de equipamentos e materiais da entidade;
- g) todas as reclamações devem ser levadas diretamente à Presidência da APAC que responderá pelos voluntários ou por quem este delegar poderes; e,
- h) participar de reuniões dos voluntários e de capacitações.

§ 1º - Todas as atividades deverão ser desenvolvidas gratuitamente;

§ 2º - Qualquer atividade externa deverá ser comunicada ao presidente, o qual designará, se necessário, um dirigente da entidade, a fim de colaborar com o voluntário.

Art. 56 - É proibido ao voluntário:

- a) circular no espaço de trabalho que não pertence à tarefa a ele confiada;
- b) qualquer tipo de envolvimento particular com os funcionários e/ou voluntários dentro do horário de trabalho;
- c) fazer circular no recinto da entidade rifas, abaixo-assinados ou promover sorteios e apostas de qualquer natureza, sem autorização expressa da Diretoria;
- d) levar e usar, fora do recinto da entidade, para fins particulares, materiais, equipamentos ou máquinas pertencentes à APAC;
- e) provocar e manter a desarmonia na APAC;
- f) deixar de obedecer as normas que regem a APAC;
- g) promover suscitações de ordem política; e
- h) promover manifestações de ordem religiosa sem a autorização da diretoria.

Art. 57 - A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, APAC aceitará a prestação de serviços de estagiários conforme Lei n.º 6.494, de 07 de dezembro de 1997.

§ 1º - Serão aceitos como estagiários os alunos matriculados em cursos vinculados ao ensino público e particular.

§ 2º - Os alunos interessados devem comprovadamente estar frequentando cursos de nível superior, profissionalizante de 2º grau ou escolas de educação especial.

Art. 58 - Os estagiários devem propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem a serem

executados, acompanhados e avaliados em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares.

§ 1º - O estágio independente do aspecto profissionalizante, direto e específico, poderá assumir a forma de atividade de extensão, mediante a participação do estudante em empreendimentos ou projetos de interesse da APAC.

§ 2º - A realização do estágio dar-se-á mediante termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte concedente, com interveniência obrigatória da instituição de ensino.

Art. 59 - O estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza e o estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, ressalvando o que dispuser a legislação previdenciária, devendo o estudante, em qualquer hipótese, estar seguro contra acidentes pessoais.

§ 1º - A jornada de atividade em estágio, a ser cumprida pelo estudante, deverá compatibilizar-se com o seu horário escolar e com o horário da parte em que venha a ocorrer o estágio.

§ 2º - Nos períodos de férias escolares, a jornada de estágio será estabelecida de comum acordo entre o estagiário e a parte concedente do estágio.

Art. 60 - É expressamente proibido aos estagiários:

- a) circular no espaço de trabalho que não pertence à tarefa a ele confiada;
- b) qualquer tipo de envolvimento particular com os funcionários e/ou voluntários dentro do horário de trabalho;
- c) fazer circular no recinto da entidade rifas, abaixo-assinados ou promover sorteios e apostas de qualquer natureza, sem autorização do Diretor Coordenador;
- d) levar e usar, fora do recinto da Entidade, para fins particulares, materiais, equipamentos ou máquinas pertencentes à mesma;
- e) deixar de obedecer às normas que regem a APAC; e,
- f) promover suscitações de ordem política; e
- g) promover manifestações de ordem religiosa sem a autorização da diretoria.

Parágrafo único - Os voluntários e estagiários serão sempre acolhidos respeitosa e fraternalmente, podendo participar de todos os atos solenes programados pela APAC e, inclusive, das atividades religiosas, educacionais e recreativas proporcionadas aos recuperandos.

CAPÍTULO X Do Patrimônio e do Fundo Social

Art. 61 - O patrimônio social constitui-se de bens móveis e imóveis, dinheiro, subvenções, donativos, etc.

Art. 62 - A receita da APAC será constituída de:

- a) contribuições de todo gênero oriundas dos associados;

- b) donativos com ou sem fins determinados;
- c) rateios e subscrições destinados às necessidades extraordinárias;
- d) convênios e parcerias;
- e) contribuições e doações de qualquer do povo, empresas ou organismos internacionais;
- f) subvenções governamentais; e,
- g) verbas oriundas dos Juizados Especiais.

Art. 63 - Constituirão títulos de despesas:

- a) o pagamento de impostos, taxas, salários, gratificações e outros;
- b) os gastos com as atividades discriminadas no art. 2º deste Estatuto;
- c) os gastos com aquisição e conservação do material de bens da APAC;
- d) despesas eventuais devidamente autorizadas; e,
- e) folhas de pagamento e contribuições fiscais.

CAPÍTULO XI Dos Regimentos, Regulamentos e Avisos

Art. 64 - A Diretoria baixará e divulgará, se necessário, regimento interno, avisos, portarias, regulamentos e avisos complementares às disposições estatutárias.

Parágrafo único - As medidas transitórias serão sempre expedidas em forma de portarias assinadas por quem de direito e afixadas, com devida antecedência em quadro próprio.

CAPÍTULO XII Disposições Gerais

Art. 65 - Os associados não respondem, nem mesmo subsidiariamente, pelas obrigações sociais, não havendo entre eles obrigações recíprocas.

Art. 66 - A dissolução da APAC ou se cassada a sua autorização de funcionamento só se dará se o Conselho Deliberativo, em sessão convocada para esse fim, decidir conforme dispõe o art. 15, § único, deste estatuto.

Parágrafo único - Com a dissolução ou cassação de seu funcionamento a APAC, subsistirá para os fins de liquidação, até que se conclua, e o registro de sua dissolução será averbado onde a pessoa jurídica estiver inscrita.

Art. 67 - Confirmada a dissolução da APAC, o seu patrimônio, depois de satisfeitos os compromissos sociais e ouvida a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados - FBAC será doado a instituição congênere ou assistencial designada pela própria assembléia, desde que tenha personalidade jurídica, sede e atividades preponderantes e esteja situada na mesma unidade da Federação sede da APAC extinta.

Art. 68 - De todos os impressos da APAC constará a seguinte inscrição: "Amando o próximo, amarás a Cristo".

Art. 69 - As funções dos Diretores e Conselheiros serão inteiramente gratuitas, sendo-lhes vedado o recebimento de qualquer lucro, salário, bonificação ou vantagem, provenientes ou oriundas da entidade.

Art. 70 - A fundação da APAC depende de expressa autorização da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados - FBAC, mediante compromisso de obediência à "Metodologia APAC" destinada à recuperação de condenados (as) a pena privativa de liberdade.

Art. 71 - Os casos omissos ou não previstos neste Estatuto serão resolvidos pela Diretoria Executiva ou pelo Conselho Deliberativo, de acordo com os princípios de direito.

Art. 72 - O presente Estatuto poderá ser reformado, no todo ou em parte, em qualquer tempo, por decisão da maioria absoluta dos Associados, em Assembléia Geral, especialmente convocada para esse fim, e entrará em vigor na data de seu registro em Cartório ou onde a lei designar.

....., de
de 20

6.10.4 - PEÇAS JURÍDICAS

MODELO DE QUESITOS EM CASO DE INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO

I — Referentes ao art. 26, *caput*, CP (inimputabilidade):

Observar os quesitos oficiais conforme consta do item 13 deste capítulo.

MODELO DE PEÇA PROCESSUAL – MANIFESTAÇÃO DE ÓRGÃO DO MP EM PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA POR SUPOSTO EXCESSO DE PRAZO PARA A INSTRUÇÃO CRIMINAL EM CRIMES DE TÓXICO.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE XXXXXXXX

Parecer do MP em pedido de liberdade provisória

Processo n.º:

Requerente:

Meritíssimo Juiz,

Fulano, já qualificado nos autos, atuado em flagrante delito por haver violado, em tese, o preceito proibitivo dos arts. 33 da Lei 11.343/06 e 14 da Lei 10.826/03, através de advogada constituída, requer a liberdade provisória.

Ao fundamentar o presente pedido, o requerente alega ser primário, de bons antecedentes, possuidor de residência fixa e profissão definida. Acrescentou que a Lei 11.464/07, a qual alterou a Lei de Crimes Hediondos, retirou a expressa vedação à concessão do benefício em comento. Ademais, assevera que não se encontram presentes os requisitos da prisão preventiva, pelo que deve ser posto em liberdade.

Conforme consta da inclusa cópia do auto de prisão em flagrante, na madrugada do dia 27 de abril do corrente ano (2008), policiais militares encontravam-se em patrulhamento, ocasião em que receberam uma denúncia anônima, informando que dois indivíduos estariam armados, comercializando drogas nas proximidades do Beco João Alfredo, nesta Capital.

Diante disso, os militares dirigiram-se ao local indicado, onde avistaram o requerente **Fulano** e o também atuado João, os quais empreenderam fuga ao visualizar os policiais, oportunidade em que dispensaram algo.

Os referidos indivíduos foram detidos e os objetos dispensados arrecadados, os quais se tratavam de 22 (vinte duas) pedras de "crack", um revolver calibre 38 e outra arma de fogo do mesmo calibre, com numeração raspada.

Os fatos narrados denotam o envolvimento de Fulano com a traficância.

Diante disso, o pleito de liberdade provisória em questão não poderá ser acolhido, eis que a nova legislação de tóxicos, Lei n.º 11.343/06, em seu art. 44, proibiu explicitamente a concessão de liberdade provisória no caso dos delitos previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37:

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

Cumprе ressaltar que, embora a Lei nº 11.464/07 tenha alterado a redação do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, retirando a expressa vedação para concessão da liberdade provisória, tal modificação não revogou o supracitado art. 44 da Lei nº 11.343/06, pois tal dispositivo trata de norma específica para os delitos de tráfico de drogas. Nesse sentido é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao paciente que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. (Habeas Corpus nº 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Paciente(S): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Moraes, grifo nosso).

Além do exposto, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal, pelo que Fulano não poderá ser beneficiado com a liberdade provisória. Aqui, verifica-se a necessidade da manutenção da custódia do requerente como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva. Nesse sentido, o escólio pretoriano:

TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida (JTACRESP 45/58).

Ressalta-se, ainda, que, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o disposto no art. 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos, por si só, constitui fundamento suficiente para o indeferimento do pleito em testilha. Vejamos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. PEDIDO PREJUDICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO LEGAL. INAFIANÇABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM PREJUDICADA EM PARTE E DENEGADA. RESSALVADO POSICIONAMENTO DA RELATORA. I. Encerrada a instrução criminal, resta superado o constrangimento ilegal por excesso de prazo. II. Hipótese em que o recorrente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, tendo sido indeferido pelo Magistrado singular o benefício da liberdade provisória. IV. O entendimento anteriormente consolidado nesta Corte orientava-se no sentido de que, ainda que se cuidasse de crime de natureza hedionda, o indeferimento do benefício da liberdade provisória deveria estar fundamentado em suficiente e adequada fundamentação, com base nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. V. Revisão da jurisprudência em virtude de entendimento do Supremo Tribunal Federal, sentido de que o disposto no art. 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos por si só, constitui fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória sem a necessidade de explicitação de fatos concretos que justifiquem a manutenção da custódia. VI. A proibição da liberdade provisória a acusados pela prática de crimes hediondos deriva da inafiançabilidade dos delitos dessa natureza preconizada pela Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XLIII. VII. Ordem prejudicada, no tocante ao excesso de prazo e denegada, quanto ao pedido de liberdade provisória. HC 81214/RS HABEAS CORPUS/2007/0081392-2. Relator (a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (1134). Órgão Julgador T5 - Quinta turma. Data do Julgamento. 29/08/2007. Data da Publicação. DJ 17.09.2007 p. 326. grifo nosso).

Isto posto, é o parecer do MP contrário à concessão da liberdade provisória a Fulano, pelas razões esposadas.

Comarca, (data).

Promotor de Justiça

MODELO DE PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DA COMARCA DE

O MINISTÉRIO PÚBLICO, por seu Promotor de Justiça ao final assinado, com fundamento nos arts. 2º e 9º, § 1º, do Decreto nº 6.294/07 e no art. 195 da LEP, vem à presença de Vossa Exce-
lência requerer a concessão de COMUTAÇÃO, em favor de, filho de
..... e, recolhido na (Cadeia Pública/Penitenciária/Complexo
Médico Penal/ Colônia Penal Agrícola)....., cumprindo pena, pelas seguintes razões:

1. O sentenciado possui as seguintes condenações:

Autos nº - Pena - Art. - Juízo da Condenação

.....a.....m.....d

.....a.....m.....d

2. As penas privativas de liberdade, supra relacionadas, somadas de acordo com o art. 7º do Decreto 6.294/07¹⁰⁷, correspondem ao total de a.....m..... d.,

2.1 A pena remanescente em 25 de dezembro de 2007, correspondem ao total de.... a..... m..... dias.

2.1 Os delitos cometidos pelo apenado não estão elencados no rol impeditivo do art. 8º, I, II, III do Decreto¹⁰⁸.

3. O sentenciado é.....¹⁰⁹ e preenche o requisito objetivo temporal de ter cumprido até 25.12.07,.....(1/4 ou 1/3), da sua pena, portanto, faz jus a ter comutada, sua pena remanescente em(1/4 primário ou 1/5 - reincidente), nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.294/07.

4. O sentenciado não sofreu sanção disciplinar por falta grave, praticada nos últimos doze meses, apurada na forma do art. 59 e seguintes da Lei 7.210/84, contados retroativamente a partir da publicação do Decreto 6.294/07, conforme estipula o seu art. 4º¹¹⁰, computada a detração de que trata o art. 42 do Código Penal (art. 3º, do Decreto 6.294/07) e/ou a remição de que trata o art. 126 da LEP.

Assim sendo, o sentenciado preenche os requisitos objetivos para a obtenção do INDULTO, nos termos do Decreto nº 6.294, publicado no D.O.U. de 11/12/2007, conforme anexa documentação comprobatória¹¹¹, pelo que requer o signatário, após os trâmites legais, com a oitiva do CONSELHO PENITENCIÁRIO ESTADUAL (art. 70, LEP), nova vista dos presentes autos ao MINISTÉRIO PÚBLICO e à DEFESA (art. 9º, § 2º do Decreto n.º 6.294/07) para ao final ser concedido o benefício, declarando-se extinta a (s) pena (s) privativa (s) de liberdade do agente nos termos do art. 107, inc. II, 3ª figura, do Código Penal, com as comunicações e anotações de estilo.

.....de de 20.....

.....

Promotor de Justiça

¹⁰⁷ Art. 7º As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação. Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 8º, o condenado não terá direito a indulto ou comutação enquanto não cumprir, integralmente, a pena correspondente ao crime impeditivo dos benefícios (art. 76 do Código Penal).

¹⁰⁸ Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados: I - por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos do art. 33 da Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, excetuadas as hipóteses previstas nos §§ 2º e 3º do artigo citado; II - por crime hediondo, praticado após a edição da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, observadas as alterações posteriores; III - por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II deste artigo. Parágrafo único. As restrições deste artigo e do inciso I do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas no inciso VI do citado art. 1º.

¹⁰⁹ não-reincidente ou reincidente

¹¹⁰ A concessão dos benefícios deste Decreto fica condicionada à inexistência de falta disciplinar de natureza agrava cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena, e, no caso de crime militar, da inexistência de falta disciplinar prevista nos respectivos regulamentos disciplinares, verificada nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados, em ambos os casos, retroativamente à publicação deste Decreto.

¹¹¹ DOCUMENTOS COMUMENTE JUNTADOS: a) Atestado de bom comportamento carcerário referente aos últimos doze meses - anteriores à edição do Decreto;b) Cópias da denúncia, carta de guia e sentenças condenatórias;c) Levantamento de Pena atualizado expedido pela Vara de Execuções Penais; d) Outros dados do sentenciado.

6.11 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE À EXECUÇÃO PENAL

- Constituição da República
- Código Penal
- Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/1984)
- Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1060/1950)
- Decretos Presidenciais relativos a indulto e comutação (Decretos nº 6.294/2007, 5.993/2006, 5.620/2005, 5.295/2004, 4.904/2003, etc.)
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992)
- Regulamento Disciplinar Prisional do Estado de Minas Gerais (REDIPRI de 10/03/2004)
- Resolução nº 297/1996 do TJMG

Julgados sobre prova:

Julgado do Supremo Tribunal Espanhol, de 11 de outubro de 1994, sobre a contaminação de provas em razão da prova ilícita:

la prueba ilegítimamente obtenida no vicia a las restantes practicadas en el proceso si es posible una desconexión causal entre unas y otras (así, STS de 9 de octubre de 1992). No se puede, en consecuencia, hablar de su contaminación en base a la doctrina de los frutos del árbol envenenado en cuanto, utilizando la misma metáfora, las pruebas que valoró la sala *a quo* fueren 'fruto de um árbol distinto y sano.

Correlação acusação-sentença: Tribunal Supremo da Espanha, em decisão de 06 de junho de 1990:

El sistema acusatorio que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, como una consecuencia más del orden constitucional vigente en nuestro país desde 1978, que estableció un sistema político y jurídico que defiende las libertades públicas y los derechos fundamentales de la persona, exige que exista a debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

Correlação acusação-sentença. Tribunal Constitucional Espanhol, no julgado 302/2000, publicado no Boletim Oficial do Estado de 16 de janeiro de 2001:

De todo ello resulta que, certamente, la efectividad del principio acusatorio exige para excluir la indefensión 'que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables' (...), y ello no solo por razón de la nece-

saria congruencia con el objeto del proceso, sino porque la modificación e introducción en la sentencia de hechos distintos constituye vulneración del principio acusatorio tanto si se considera que el condenado lo habría sido sin que se ejerciera acusación sobre esos hechos, como si se entiende que respecto de esos hechos la acusación habría sido ejercida por el Juez, pues ello vulneraría su imparcialidad al unir en su actuación las funciones de acusación y enjuiciamiento.

Orientações sobre o papel dos Promotores de Justiça no processo penal adotadas pelo oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes, 1990:

- O Ministério Público deve ser totalmente separado das funções judiciais;

- Os promotores deverão desempenhar um papel ativo nos processos penais, incluindo-se a acusação e, quando autorizados por lei ou consciente com a prática local, a investigação de um delito, supervisão da legalidade das investigações, da execução das decisões judiciais, bem como o exercício de outras funções como representantes do interesse público;

- Os promotores deverão, em conformidade com a lei, desempenhar seus deveres de maneira justa, consistente e diligente, respeitando e protegendo a dignidade inerente à pessoa e fazendo respeitar os direitos humanos, contribuindo para assegurar o princípio do devido processo e o bom funcionamento do sistema de justiça penal;

- No desempenho de suas funções, os Membros do Ministério Público devem:

A) Desempenhar suas funções de mão imparcial e evitar discriminação política, social, religiosa, racial, cultural, sexual ou de qualquer outra natureza;

B) Proteger o interesse público, agir com objetividade, levar em devida consideração a situação do suspeito e da vítima e prestar atenção a todas as circunstâncias relevantes, independentemente de serem elas favoráveis ou não ao suspeito;

C) Manter sigilo sobre o que sabe, a não ser que o cumprimento do dever ou as necessidades da justiça exijam o contrário;

D) Levar em consideração os pontos de vista e as preocupações das vítimas quando seus interesses pessoais são afetados e assegurar que elas sejam informadas dos seus direitos, em conformidade com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e Abuso de Poder;

- Os promotores não deverão instaurar ou dar continuidade à persecução penal, ou deverão envidar esforços para suspender o processo, quando uma investigação imparcial demonstrar que a acusação é improcedente;

- Os promotores devem dispensar a atenção devida à persecução por crimes cometidos por funcionários públicos, sobretudo nos casos de corrupção, abuso de poder, violações graves dos direitos humanos e outros crimes reconhecidos pelo direito internacional e, quando autorizado pela lei ou consistente com a prática local, proceder à investigação de tais delitos;

- Quando os promotores tiverem acesso a provas contra suspeitos que sabem ou acreditam, com fundamento razoável, terem sido obtidas mediante métodos ilícitos, constituindo grave violação dos direitos humanos do suspeito, sobretudo no caso de haver penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou ainda outros abusos de direitos humanos, eles devem recusar-se a usar tais provas contra qualquer pessoa que não aquela (s) que utilizou (aram) os métodos em questão e informar o Tribunal sobre a matéria, e deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar que os responsáveis por usar tais métodos sejam processados judicialmente.

6.12 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁREA DE JUÍZO CRIMINAL

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**: personagens do processo penal. 3. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Armenio Amado, 1981. v. 2.

AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 49, p. 48-88, jul./ago. 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. 574 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1298p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 359.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: _____ (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 282 p. 3-55.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004. 271 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Reimp. da 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 600 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 371 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 413 p.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 415 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.

FOLEY, Conor. **Combate à tortura**: manual para magistrados e membros do Ministério Público. Colchester: Human Rights Centre, Univesity of Essex, 2003. 163 p.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v.1.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v. 2.

GOMES FILHO, Antônio de Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. 191 p.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 165 p.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 341 p.

MORALES, Mónica Galdana Pérez. **Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario**: doctrina y jurisprudencia. Granada: Comares, 2002. 230 p.

OLIVEIRA, Anderson Lodetti de. Ministério Público e processo acusatório: por uma ética constitucionalista no processo penal. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 23, n. 45, p. 123-149, dez. 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 919 p.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado democrático de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 362 p.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 925 p.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 281 p.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução para o espanhol de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. 601 p.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 416 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 281 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 766 p.

ÁREA DE EXECUÇÃO PENAL

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

MARCÃO, Renato Flávio. **Lei de execução penal anotada e interpretada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ÁREA DE TÓXICOS

FILHO, Vicente Greco e RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Fernandes Abel, et al. **Nova lei antidrogas**: Teoria, crítica e comentários à lei nº 11.346/06. Niterói: Impetus, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de drogas**: Lei 11.343/06 - Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007.

PASSAGLI, Marcos. **Toxicologia Forense**: teoria e prática. Campinas: Millennium Editora, 2007.

POSTERLI, Renato. **Tóxicos e comportamento delituoso**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas** - Manual prático. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **A nova lei antidrogas** (Lei nº 343/2006). Niterói: Impetus, 2007.

THUMS, Gilberto. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1996.

ARANHA, Alberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

ÁREA DE ATUAÇÃO PENAL

ÁLVARO MAYRINR DA COSTA. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 195

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

7 – ATUAÇÃO NA AUDITORIA MILITAR

Promotor de Justiça Fernando Ferreira Abreu

7.1 - ESCORÇO HISTÓRICO

A Justiça Militar apenas foi criada no Brasil em 1936, através da Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1936, que autorizou a organização da Justiça Militar nos Estados, aproveitando-se de comando da Constituição de 1934, que conferiu à União competência privativa para legislar sobre a organização, instrução, justiça e garantia das forças policiais dos Estados, sendo que no Estado de Minas Gerais somente foi criada em 1937, através da Lei nº 226, de 09 de novembro de 1937.

A Constituição Federal de 1988 no que se refere à Justiça Militar dispõe sobre sua competência e criação dos Tribunais de Justiça Militar, já que esses só existem atualmente em três Estados: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul.

A Emenda Constitucional nº 45 de trouxe alterações à Justiça Militar estadual em seu art. 125, ampliando a competência desta Justiça Especializada, para o processamento e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

7.2 - NATUREZA DA INTERVENÇÃO MINISTERIAL

Sendo precipuamente uma Promotoria de Justiça com ênfase criminal, os promotores de justiça oficiais nesta especializada atuam nos procedimentos penais seguindo os ritos previstos no Código de Processo Penal Militar, dando vazão à aplicação do Código Penal Militar.

De tal arte, assim como nas promotorias criminais afetas à justiça comum, os promotores com atuação perante a Justiça Militar oficiam nos inquiridos po-

liciais militares, peças de informações recebidas e processos criminais deflagrados.

Noutro giro, a atuação do *Parquet* na seara cível é reduzida, restringindo-se às hipóteses de intervenção previstas no art. 82 do Código de Processo Civil, sendo, em expressiva maioria, mandados de segurança contra atos disciplinares.

7.3 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

A Justiça Militar estadual é competente para processar e julgar os crimes militares e ações judiciais contra atos disciplinares militares praticados pelos oficiais e praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, bem como os crimes cometidos por militares da reserva e reformados, nos casos especificados na legislação penal militar. Julga também o militar excluído (ex-militar) que tenha cometido crime militar, ainda naquela condição à época do fato.

A Justiça Militar estadual não julga civis, por expressa vedação constitucional, diferentemente da Justiça Militar da União que tem essa competência, nos casos especificados.

Em Segunda Instância compete ao Tribunal de Justiça Militar julgar os recursos oriundos da Primeira Instância e, originariamente, os pedidos de *habeas corpus* e os processos definidos em lei como de sua competência e, ainda, a revisão de seus julgados. Das suas decisões cabem recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, conforme o caso.

Em Primeira Instância os Conselhos Permanentes de Justiça processam e julgam os militares acusados que não sejam oficiais e, os Conselhos Especiais de Justiça processam e julgam os delitos previstos na legislação penal militar ou em leis especiais em que são acusados oficiais. Julgam também praças, nos crimes em co-autoria com oficiais. Estes dissolvem-se, após concluídos seus trabalhos em cada processo.

Assim, podemos afirmar que a competência da Justiça Militar Estadual é definida em razão da matéria (crime militar) e da pessoa (policial militar ou bombeiro militar). O policial militar da reserva ou reformado equipara-se ao policial em atividade para fins de aplicação da lei penal militar.

O Código Penal Militar prevê a existência de crimes propriamente militares, isto é, aqueles com previsão exclusiva no Código Penal Militar, e crimes militares impróprios, com previsão também estatuída na legislação penal comum, devendo, nestes casos, prevalecer a regra da Justiça especializada, *in casu*, a Castrense.

A Justiça Militar e a Justiça Comum poderão, excepcionalmente, julgar o mesmo fato, sem qualquer espécie de vinculação entre as decisões, como nos ca-

sos de concurso entre militares e civis, por força dos art. 102, alínea a do Código de Processo Penal Militar e art. 79, inciso I, do Código de Processo Penal.

Por via de exceção legal, compete à Justiça Comum processar e julgar os policiais militares pela prática de crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65), facilitação de fuga de preso de cadeia pública e crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil (Lei nº 9.299/96).

Noutro giro, nossos tribunais têm entendido que compete, ainda, à Justiça Militar processar e julgar os delitos cometidos em lugares sujeitos à Administração militar e os crimes de favorecimento pessoal, mas somente quando se imputa ao favorecido um crime militar. Igualmente, sedimentaram o entendimento de que compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade (Súmula nº 6 do Superior Tribunal de Justiça) e que compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa (Súmula nº 79 do Superior Tribunal de Justiça).

Referidas conclusões têm como esteio o art. 9º do Código Penal Militar, que define os crimes militares, de sorte que a atuação do Ministério Público pautar-se-á, estritamente às hipóteses ali previstas.

7.4 - INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

Assim como o inquérito policial afeto à Justiça Comum Estadual, os inquéritos policiais militares visam reunir prova da materialidade e indícios de autoria para supedanear a deflagração da ação penal.

Pode ser instaurado de ofício através de portaria, por requisição do Ministério Público, por auto de prisão em flagrante delito, por requerimento de parte interessada, por decisão do STM e, ainda, quando se verificar, no curso de sindicância, a prática de fato definido como crime, nos termos do art. 10 do Código de Processo Penal Militar. Naturalmente, as hipóteses mais comuns são as da instauração de ofício, por requisição do *Parquet* e auto de prisão em flagrante delito.

Os inquéritos policiais militares, por se constituírem peças que visam apurar a prática de infração penal, não possuem rito próprio, havendo tão somente o norte legal (art. 13) para realização de diligências para apuração do fato.

Recebido o inquérito militar pelo órgão ministerial, este poderá adotar as seguintes providências:

- 1 - Propor ação penal através de denúncia;
- 2 - Requerer o arquivamento;
- 3 - Requerer a devolução dos autos ao encarregado solicitando diligências;

- 4 - Requerer a declinação da competência;
- 5 - Ofertar proposta de transação penal.

Ressalte-se que os prazos para conclusão do inquérito policial militar (art. 20 do CPPM), 20 dias para investigado preso e 40 dias para investigado solto, sendo este prorrogável por mais 20 dias, geralmente são cumpridos pelos encarregados dos inquéritos, sendo não sendo praxe nesta especializada o pedido de prorrogação de prazos ou mesmo o atraso na conclusão do inquérito e encaminhamento à Justiça Militar.

Tal fato ocorre por não haver um único órgão responsável para realização dos inquéritos, sendo que qualquer oficial de maior graduação que o investigado pode ser encarregado do inquérito, pesando contra o investigador, no caso de descumprimento da determinação para investigação, os delitos de descumprimento de missão e descumprimento de lei, regulamento ou instrução, arts. 196 e 324 do CPM, respectivamente.

Em termos práticos, a única dificuldade do órgão de execução ministerial refere-se ao controle dos inquéritos policiais militares, pois diferentemente da Polícia Civil, as portarias de instauração de inquérito são lançadas em sistema único, concentrador de portarias afetas a IPMs, Sindicâncias e Procedimentos Administrativos disciplinares, além do fato que nos crimes funcionais próprios geralmente não são confeccionados Boletins de Ocorrência, pois os fatos são comunicados por intermédio de relatórios ou comunicações disciplinares, não havendo publicidade de tais atos.

7.5 - PROCESSO CRIMINAL

Primando pela oralidade, os processos criminais afetos à Justiça Militar possuem rito similar ao procedimento ordinário do Processo Penal Comum.

Oferecida a denúncia, o acusado é citado e interrogado, sendo depois ouvidas as testemunhas arroladas pelo *Parquet* (no máximo seis). Finda a oitiva das testemunhas da acusação, abre-se vista à defesa para arrolar testemunhas em igual número. Encerrada a instrução, as partes manifestam-se acerca de eventuais diligências, passando-se para a fase de alegações finais que, na Justiça Militar, são orais, apresentadas na sessão de julgamento, perante o juiz singular, conselho permanente ou especial de justiça, que, por seu turno, decidem o fato igualmente na sessão de julgamento.

O tempo para os debates é relativamente longo, três horas para acusação e três horas para a defesa, com réplica e tréplica de até uma hora, salvo nos

casos de deserção em que o limite para as explanações é de trinta minutos, com réplica e tréplica de no máximo quinze minutos.

Ocorre que, diferentemente dos processos de Júri, onde os debates estendem-se, não é praxe na Justiça Militar o esgotamento do tempo previsto para os debates, pois os juízes militares têm acesso aos processos antes do julgamento, evitando assim, salvo em casos excepcionais, a cansativa leitura de depoimentos.

Com relação a estes, cumpre destacar que as infrações penais praticadas por militares contra civis são julgadas pelo juiz de direito singularmente, salvo nos casos de crimes dolosos contra a vida, cuja competência é do tribunal do júri por força constitucional. Os demais delitos militares são julgados em forma de colegiado, sendo este composto pelo juiz de direito e por quatro oficiais sorteados para o trimestre, denominado Conselho Permanente de Justiça. Em sendo o acusado oficial, sorteia-se o Conselho Especial de Justiça, composto de oficiais de maior patente que o acusado, que fica vinculado ao processo até sua decisão final.

7.6 - INSTITUTO ESPECIAL - MENAGEM

O Código de Processo Penal Militar prevê, em seu art. 263, o instituto da menagem, prisão fora do cárcere mediante a palavra do agente, concedida como homenagem a este em razão de seus antecedentes e aspectos funcionais.

Nas hipóteses em que não caiba liberdade provisória (art. 270 do CPPM), poderá ser concedida a menagem ao agente, em respeito à sua situação pessoal e observância ao interesse da coletividade. Admite-se na doutrina a menagem intra-muros e a menagem extra-muros. A primeira revela-se verdadeira prisão, pois o militar está proibido de deixar a sede onde está preso, sendo-lhe permitido apenas o trânsito livre dentro do estabelecimento militar, sem a obrigação de permanecer na cela. Por outro turno, a menagem extra-muros assume contornos de liberdade por palavra, adequando-se à normatização dos art. 263 *usque* 269 do CPPM.

Feito o pedido de menagem, o Ministério Público terá vista dos autos por três dias para se manifestar, devendo posicionar quanto a concessão ou não do instituto.

7.7 - DOS RECURSOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

Segundo o art. 510 do Código de Processo Penal Militar, das decisões proferidas em primeira instância cabem recurso em sentido estrito e apelação.

O recurso em sentido estrito segue as diretrizes dos arts. 516 *usque* 525 do CPPM, devendo ser interposto no prazo de três dias, sendo que as razões deverão ser apresentadas no prazo de cinco dias após a abertura de nova vista para tal fim, não possuindo, em regra, efeito suspensivo.

Ressalte-se que assim como no processo penal comum, o cabimento do recurso em sentido estrito restringe-se aos casos previstos em lei, sendo o rol do art. 516 do CPPM taxativo.

O recurso de apelação, por sua, é residual, consoante se infere do art. 526 e seguintes do CPPM. O prazo para interposição é de cinco dias, sendo que as razões recursais devem ser apresentadas em dez dias, contados após a abertura de vista para aludida finalidade, tendo, em regra, efeito suspensivo.

Não nos olvidemos ainda da possibilidade da oposição de embargos de declaração (art. 538) no prazo de cinco dias, no caso de omissão, obscuridade, contradição ou ambigüidade na decisão (art. 542 do CPPM).

7.8 - EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR

A Lei de Execuções Penais, por expressa disposição legal, somente é aplicável à Justiça Militar quando o militar condenado cumpre pena em estabelecimento prisional comum (art. 2º da LEP).

Assim, pode-se afirmar que não existe lei própria a reger a execução de pena de militares condenados que cumprem pena em estabelecimentos prisionais militares, salvo o próprio CPPM.

Diante da lacuna legal, o Juiz Militar tem, por força dos arts. 588 e 590 do CPPM, competência para apreciação dos incidentes da execução penal, sendo certo, igualmente, que diante de tamanha discricionariedade, não se torna possível a definição de padrões.

De bom alvitre nos parece que nos casos não previstos no CPPM, subsidiariamente seja aplicada a Lei de Execuções Penais para nortear as decisões relativas à matéria, como forma de se preservar o princípio da isonomia, pois inexistente norma distintiva em nosso ordenamento jurídico.

Ainda que em diversas situações o militar tenha tratamento diverso do civil, assim o é por força de lei e em casos expressamente previstos. Diante da inexistência de regulamentação própria e ausência de correlação lógica entre a discriminação e o fator de *discrimen*, razoável seria a aplicação subsidiária da LEP até que outra norma disponha acerca da

matéria, como forma de se preservar o princípio da isonomia e afastar o risco de arbitrariedades no curso do cumprimento da pena.

7.9 - ASPECTOS PRÁTICOS DA ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A lida diária do Promotor de Justiça com atuação na Justiça Militar apresenta situações diferentes de sua atuação no juízo criminal comum. É importante para o Promotor de Justiça conhecer os termos e expressões utilizadas na caserna, bem como seus significados.

O convívio com o Conselho Permanente de Justiça perdurará por três meses, sendo importante o estabelecimento de relacionamento cordial com seus componentes (Juiz Auditor e quatro oficiais militares). Da mesma forma, revela-se imprescindível averiguar a formação profissional e pessoal de seus membros, pois não há a obrigatoriedade de que sejam formados em direito.

Diante de tal fato, a preparação para os julgamentos deve ser diferente para cada Conselho Permanente, haja vista a diversidade de sua composição. Certo é que a existência de oficiais formados em direito no Conselho facilita a preparação e encurta os debates, assim como mais árduo será o trabalho quando inexistam oficiais bacharéis em direito.

Ao longo do trimestre o Promotor de Justiça terá tempo suficiente para conhecer os componentes do Conselho e saber as suas predileções, tendências e opiniões. Assim, importantíssimo o uso desta atividade de inteligência durante o expediente.

7.10 - EMENTÁRIO DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Constituição Federal
Código Penal Militar
Código de Processo Penal Militar
Código Penal
Código de Processo Penal

7.11 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge César de. **Código de Processo Penal Anotado**. Curitiba: Juruá, 2005.

FREYSELEBEN, Márcio Luís. **A prisão Provisória no CPPM**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Brasília Jurídica, 2006.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Apontamentos e Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

IX

Promotorias de Justiça Atuação Cível



1 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DE FAMÍLIA^{1,2}

Promotor de Justiça Renato Augusto de Mendonça

*"A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado"*³

O Ministério Público vem procedendo a uma releitura da sua atuação no processo civil, em especial no âmbito do juízo de família, visando otimizar sua atuação, prestigiar a autonomia privada e voltar-se para os interesses que necessitam de maior proteção. A Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 12 de novembro de 2007, publicada no Minas Gerais de 28/11/2007, disciplinou a racionalização interventiva do Ministério Público no processo civil.

Este movimento veio ao encontro do legislativo brasileiro que, ao editar a Lei nº 11.441/2007, simplificou, sobremaneira, procedimentos relevantes envolvendo o direito de família, permitindo às partes interessadas, maiores, capazes e que não tenham filhos menores, o ajuste de dissolução do casamento pela via administrativa.

De acordo com a racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil, será despicenda sua intervenção nos seguintes feitos:

- separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes;
- ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens em que não houver interesse de incapazes;
- ação ordinária de partilha de bens entre partes capazes;
- ação executiva de alimentos entre partes capazes, excetuada a hipótese do art. 733 do CPC.

É nesse contexto que se irá abordar a atuação do Ministério Público no juízo de família.

1.1 - SEPARAÇÃO JUDICIAL POR MÚTUO CONSENTIMENTO

1.1.1 - REQUISITOS DA INICIAL

A inicial será assinada, em audiência, por ambos os cônjuges e deverá vir acompanhada dos seguintes documentos:

- a) procuração;
- b) certidão de casamento;
- c) certidões de nascimento dos filhos;
- d) pacto antenupcial, se houver.

Tratando-se de pessoas casadas no estrangeiro, o pedido deve ser instruído com certidão de casamento original, legalizada pelo cônsul brasileiro no país de origem e com versão em português feita por tradutor juramentado (art. 129, § 6º, da Lei nº 6.015/73). Atentar para o fato de que a separação consensual somente poderá ocorrer se os cônjuges forem casados por mais de um ano (art. 1.574, do CC).

1.1.2 - AUDIÊNCIA

Em Minas Gerais as audiências para tentativa de reconciliação e ratificação dos termos acordados têm sido realizadas na Central de Conciliação⁴ e o Ministério Público deve ter vista do ajuste, antes de sua homologação.

Atentar para a possibilidade de ratificação através de procuração, por instrumento público, lavrada no Consulado Brasileiro, quando um dos cônjuges residir no exterior:⁵

Caso qualquer dos cônjuges não compareça à audiência ou não ratifique o pedido, o processo deverá ser arquivado (art. 1.122, § 2º, do CPC).

1.1.3 - ACORDO

O acordo deverá conter disposições acerca de:

- a) a guarda dos filhos menores;
- b) o valor da pensão dos filhos, sua data de vencimento, forma de reajuste e forma de pagamento;
- c) a regulamentação das visitas (fins de semana, férias, feriados, festas de fim de ano, aniversário dos pais, etc.);
- d) o valor da pensão ao cônjuge que dela necessitar;
- e) o nome a ser adotado pelos cônjuges, após a separação;
- f) no caso de transferência de bens imóveis para os filhos, deverá haver a estipulação de prazo para outorga de escritura;
- g) a descrição circunstanciada dos bens e a respectiva partilha.

⁴ Ver remuneração (1.25).

⁵ "DIVÓRCIO CONSENSUAL DIRETO - CÔNJUGE, RESIDENTE NO EXTERIOR, REPRESENTADO POR PROCURADOR COM PODERES ESPECIAIS - IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO. No divórcio consensual direto, o fato de residir um dos cônjuges no exterior, a impossibilitar-lhe o comparecimento à audiência preliminar de conciliação, não induz à extinção do processo sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. O processo deve prosseguir, facultando-se a produção de provas, com designação de audiência de ratificação do pedido, na presença do procurador constituído, munido de procuração com poderes especiais". (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.294.733-1/00, RELATOR DES. WANDER MARROTA, PUB. 13/02/2003).

¹ Na 1ª edição desta obra esta área foi escrita pelos promotores de Justiça Cláudia Ferreira de Souza, Érika de Fátima Matozinhos Ribeiro Lisboa, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Ruy Alexandre Neves da Motta, Maria Juliana de Brito Santos Moysés, Karen Thomé Seni da Silva e Oliveira Goulart e Marisa Furtado Coelho, pela Analista do Ministério Público Camila Gontijo de Paiva e o Servidor Terceirizado Wanderley Carlos de Souza.

² O texto "Carta das Famílias" e a resolução PGJ nº 67 de 6/10/2010 encontram-se no apêndice, ao final deste capítulo.

³ Art. 16, inciso III, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

1.1.4 - CLÁUSULAS QUE DEVEM SER EVITADAS

Evitar cláusula de dispensa de alimentos para os filhos, mesmo que temporariamente e independentemente de qual genitor será o guardião.

1.1.5 - PARTILHA

Lembrar que a partilha não é obrigatória, podendo ser feita após homologada a separação (art. 1.121, § 1º, do CPC).

1.1.6 - ALTERAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Observar que não é possível a transformação do procedimento consensual em litigioso.

1.2 - SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

1.2.1 - REQUISITOS DA INICIAL

Verificar se a petição inicial está instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, especialmente as certidões de casamento e de nascimento dos filhos.

1.2.2 - RITO PROCESSUAL

Pugnar pela realização da audiência de conciliação antes do oferecimento da contestação. As audiências para tentativa de reconciliação estão sendo realizadas na Central de Conciliação, devendo o Ministério Público ter vista do processo, caso as partes cheguem a um acordo, antes de sua homologação. O rito assim se desenvolve:

- se houver reconciliação, decreta-se a extinção do processo;
- se possível a conversão de separação litigiosa em consensual, deve-se atentar para as recomendações da seção anterior;
- frustrado o acordo, o feito seguirá o rito ordinário e salienta-se a necessidade de realização de estudo social, quando o litígio versar sobre a guarda de menores;
- ocorrendo a morte de um dos cônjuges, no curso do processo, deve o representante do Ministério Público propugnar pela sua imediata extinção, tendo em vista a natureza personalíssima do direito.

Observação: os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil foram alterados pela Lei nº 11.698/08, que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada ao lado da guarda unilateral.

1.2.3 - DESNECESSIDADE DE APURAÇÃO DA CULPA

Não se apura a culpa nas hipóteses dos arts. 1.572, § 1º, e 1.573, parágrafo único, do Código Civil, desde que evidenciada a impossibilidade da vida em comum. A apuração somente se faz necessária para os fins do art. 1.702 do CC.

1.2.4 - SENTENÇA

Verificar se a sentença dispôs sobre guarda, direito de visita, pensão alimentícia e nome a ser adotado pelos cônjuges, não constituindo a partilha obstáculo à decretação da separação, o que poderá ser discutido em ação distinta de partilha de bens.

1.3 DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO

1.3.1 - REQUISITOS DA INICIAL

Completados dois anos da separação de fato, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado o decurso do tempo da separação, nos termos do art. 1.580, § 2º, do Código Civil, devendo a inicial ser instruída com procuração, outorgando poderes especiais para requerer divórcio, certidões de casamento e de nascimento dos filhos.

1.3.2 - AUDIÊNCIA

As audiências para tentativa de reconciliação e oitiva de testemunhas têm sido realizadas na Central de Conciliação e, caso as partes cheguem a um acordo, o Ministério Público deverá ter vista para emitir parecer, antes de sua homologação.

Não havendo acordo, o feito seguirá o rito ordinário, que prevê prazo de quinze dias para apresentação da contestação.

1.3.3 - FASE DE INSTRUÇÃO

A comprovação do tempo da separação de fato é necessária, mesmo que o pedido não tenha sido contestado.

1.3.4 - PARTILHA

A ausência de partilha não impede a concessão do divórcio, conforme art. 1.581 do CC.

1.4 - DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL

1.4.1 - REQUISITOS DA INICIAL

A inicial deverá ser assinada por ambos os cônjuges, em audiência, conter a indicação dos meios probatórios da separação de fato e os itens especificados no item 3, da Seção I e ainda ser, ainda, instruída com os seguintes documentos:

- a) procuração;
- b) certidão de casamento;
- c) certidão de nascimento dos filhos menores.

1.4.2 - AUDIÊNCIA

As audiências para tentativa de reconciliação, confirmação dos termos acordados e oitiva de testemunhas têm sido realizadas na Central de Conciliação e o Ministério Público deverá ter vista para parecer, antes de sua homologação.

1.4.3 - PARTILHA

A ausência de partilha não impede a concessão do divórcio, conforme art. 1.581 do CC.

1.5 - DIVÓRCIO POR CONVERSÃO

Tendo em vista que o único requisito a ser analisado é o decurso de um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos (art. 1.580, *caput*, do CC), prescindível a intervenção do Ministério Público, salvo se um dos cônjuges for incapaz.

A intervenção poderá se justificar, caso as partes, consensualmente, estejam alterando cláusulas relativas aos filhos menores, o que se admite apenas por economia processual.

Recomenda-se pedir o apensamento dos autos da separação aos autos da ação de divórcio, sempre que a ação de separação judicial tiver tramitado na mesma comarca.

1.6 - AÇÕES CAUTELARES

1.6.1 - CAUTELARES MAIS COMUNS⁶

Observar que, na área de família, as medidas cautelares mais comuns são: separação de corpos, guarda de filhos, visitação, alimentos provisionais, sequestro e arrolamento de bens, busca e apreensão de coisas e de filhos.

1.6.2 - REQUISITOS DA INICIAL

Deverão ser observados os requisitos legais (arts. 282 e 283 do CPC), devendo, ainda, estar presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Se a cautelar é preparatória, é indispensável a indicação da ação principal a ser proposta.

Se houver necessidade de oitiva de testemunhas, estas deverão vir arroladas na inicial.

1.6.3 - PEDIDO DE LIMINAR – IMPROPRIEDADE DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Não cabe intervenção do Ministério Público no exame do pedido de liminar, já que, além de inexistir fundamento legal para a manifestação, a natureza urgente do pedido restaria frustrada, em caso de abertura de vista.

O juiz deve examinar o pedido de plano, intimando, em seguida, as partes e o Ministério Público, o qual, caso discorde da decisão, poderá interpor o recurso cabível ou pleitear a revogação da medida.

⁶ Têm por fundamento os arts. 796 e seguintes do CPC e poderão ser interpostas como preparatórias ou incidentais à ação principal.

1.6.4 - BUSCA E APREENSÃO

Verificar que a busca e apreensão em alguns casos assume caráter satisfativo.

É possível o ajuizamento de ação de busca e apreensão de incapaz pelo genitor que detiver sua guarda de fato.

1.6.5 - ARROLAMENTO DE BENS

Não se pode cumular pedido de cautelar de arrolamento de bens com as demais porque, embora cautelar, o seu procedimento é diverso das demais medidas.

1.6.6 - SEPARAÇÃO DE CORPOS – ALIMENTOS PROVISIONAIS

Lembrar que os provisionais podem ser fixados se os cônjuges já se encontram separados, mas, residindo junto o casal, não há porque se deferir o pedido.

É possível a cumulação das ações, não obstante os ritos sejam diferentes, hipótese na qual deverá ser observado o rito das cautelares inominadas.

1.6.7 - CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS

Observar que, se um dos cônjuges já deixou o lar conjugal, a liminar poderá ser concedida para os fins de contagem de tempo para o divórcio por conversão, art. 1.580 do Código Civil, especialmente nos casos em que o pedido for consensual e o casamento não tenha ocorrido há mais de um ano. É necessária a realização da separação judicial, sem a qual resta impossível o divórcio pela via da conversão.

1.6.8 - SEPARAÇÃO DE CORPOS – MEDIDA EXCEPCIONAL

Verificar que medida liminar de caráter expulsório só deverá ser deferida diante de fatos comprovadamente graves, a fim de se evitar agravamento das relações conjugais.

1.7 - RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL

O pedido deverá ser formulado perante o juízo da separação, nos termos do art. 46 da Lei nº 6.015/77, e vir instruído com cópia da certidão de casamento, contendo a averbação da separação.

O restabelecimento deverá observar o disposto no art. 1.577 do CC.

Caso o pedido não tenha sido assinado pelos requerentes, necessária a juntada de procuração com poderes especiais para tanto.

Observar que a intervenção do Ministério Público será dispensável nos casos em que não houver interesse de incapazes.

1.8 - A UNIÃO ESTÁVEL

1.8.1 - CONSIDERAÇÃO INICIAL

A matéria está disciplinada nos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil.

Observar que a intervenção do Ministério Público será dispensável nos casos em que não houver interesse de incapazes.

1.8.2 - REQUISITOS

O estado civil das partes deverá estar comprovado nos autos, observando-se que, caso os conviventes sejam civilmente casados, será necessária a comprovação de eventual separação de fato, para os fins do art. 1.723, § 1º, Segunda Parte, do Código Civil. Nessa hipótese, o cônjuge deverá integrar o pólo passivo da ação. Também se faz necessário comprovar o período da união, apurando-se seu início e término.

1.8.3 - CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Importante observar o Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais nº 133/2005.

1.9 - AÇÃO DE ALIMENTOS

1.9.1 - REQUISITOS DA INICIAL

Observar se a inicial contém a descrição das necessidades do autor e se estão demonstradas as possibilidades do réu, examinando, para isso, a documentação, em especial a prova dos rendimentos.

A ausência de descrição das necessidades não inviabiliza, contudo, a apreciação do pedido, pois tratando-se de parte incapaz, suas necessidades são presumidas.

1.9.2 - AUDIÊNCIA

A audiência será de conciliação, instrução e julgamento e, em caso de ausência do réu, ficará prejudicada a conciliação, passando-se para a fase de instrução, em que o autor deverá provar sua necessidade bem como a capacidade financeira do réu. Em sendo a parte autora maior e capaz, será impe-

rativo se demonstrar a necessidade de recepção de alimentos, pois, considerando-se a capacidade e a maioria civil, supõe-se que a pessoa possuirá plena capacidade para promover o próprio sustento.

1.9.3 - FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS

Verificar que os alimentos são devidos a partir da citação (art. 13, § 2, da Lei nº 5.478/68) e que na fixação do *quantum*, deverão ser levados em conta os seguintes critérios:

- a) se autor e réu forem maiores e capazes, observar recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 12 de novembro de 2007;
- b) a capacidade financeira do alimentante;
- c) a quantidade de filhos menores que possui o alimentante;
- d) caso seja o réu profissional autônomo, fixam-se os alimentos, via de regra, em um percentual do salário mínimo, podendo, contudo, ser estipulado um determinado valor, sujeito a um dos índices oficiais de correção;
- e) obrigatoriamente, conforme determinação do art. 1.710 do CCB, deverá existir previsão de reajuste para os alimentos;
- f) sendo o alimentante assalariado, fixa-se a verba alimentar, em regra, sobre percentual da remuneração bruta ou líquida do alimentante, entendendo-se como remuneração líquida, salvo algumas poucas e individualizadas exceções, o valor bruto, descontando-se a contribuição previdenciária e eventual imposto de renda;
- g) não existe um percentual previamente estabelecido para a fixação de alimentos, devendo os aplicadores da lei, ao fixarem a verba alimentar, observar o trinômio possibilidade/necessidade/proporcionalidade;
- h) se a mulher ou o marido possuírem renda própria, não se justifica pleitear pensão alimentícia um do outro (art. 226, CF/88). Contudo, mesmo possuindo o ex-consorte o seu próprio labor, sendo a renda insuficiente para atender suas necessidades básicas, poderá um pleitear alimento do outro;
- i) não existe compensação em ações de alimentos, a teor do art. 1.707 do CCB.

1.10 - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS

1.10.1 - BREVE CONSIDERAÇÃO

Os alimentos, anteriormente fixados, poderão ser majorados ou minorados, dependendo da alteração das condições vividas pelo alimentante ou pelo alimentado.

A revisão de alimentos possui seu fundamento na chamada teoria da imprevisão. Pela própria natureza dos alimentos, a decisão proferida em tais ações contém insita a cláusula *rebus sic stantibus*, o que equivale a dizer que, enquanto permanecerem as circunstâncias de fato e de direito da forma como

afirmadas na sentença, esta permanece com sua eficácia. Uma vez sobrevivendo uma variante na vida do alimentante ou do alimentado, será possível se discutir um novo valor para os alimentos.

Não é, contudo, toda e qualquer variante financeira que poderá beneficiar o prestador de alimentos com a redução do encargo. Possuindo a revisão de alimentos raízes na teoria da imprevisão, somente aquelas situações futuras e inesperadas poderão beneficiar o prestador de alimentos, cabendo observar se o alimentante criou, com plena consciência, situações que venham lhe comprometer os ganhos e, em virtude de tais situações, pleiteou a redução dos alimentos.

1.10.2 - REQUISITOS DA INICIAL

Observar se a inicial contém a descrição da mudança da situação financeira dos interessados.

1.10.3 - FASE INSTRUTÓRIA

Verificar que o réu é citado para a apresentação de sua defesa e, na audiência, após a fase de conciliação, segue-se a instrução com a produção das provas requeridas, aplicando-se, no que couber, o exposto na subseção anterior.

1.11 - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

1.11.1 - ESPÉCIES DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Vale ressaltar que quatro são as possibilidades de procedimentos executivos da obrigação alimentar, a saber: a) execução com constrição patrimonial como simples fase do processo cognitivo (cumprimento de sentença); b) execução autônoma com constrição patrimonial; c) execução com coerção pessoal; d) execução com desconto em folha.

Referindo-se apenas a obrigações alimentares oriundas do direito de família, não estão incluídos, aqui, os alimentos provenientes de ato ilícito, apurados através de ações de indenização por responsabilidade civil, cujo tratamento é estranho ao direito de família (estritamente obrigacional); a execução dá-se na forma do art. 475-Q, do CPC.

Passemos a analisar as formas de execução de alimentos oriundas do direito de família em separado.

1.11.2 - EXECUÇÃO COM CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL COMO SIMPLES FASE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

1.11.2.1 - CABIMENTO

Trata-se da execução que aplica o rito do cumprimento de sentença, instituído pela Lei nº 11.232/2005, fundamentalmente nos arts. 475-I a 475-R, do CPC.

Tal procedimento aplica-se às execuções de alimentos fundados em título judicial, pois a despeito da literalidade da norma do art. 732 do CPC, que haveria excluído o referido regramento legal das execuções de alimentos, essa interpretação não resiste a uma hermenêutica teleológica, fundada no conteúdo finalístico da norma, pelo que se entende plenamente aplicável tal procedimento executivo em matéria de alimentos.

1.11.2.2 - ALIMENTOS DEFINITIVOS E PROVISÓRIOS

O mencionado procedimento executivo é aplicável para alimentos provisórios ou definitivos.

Contudo, em se tratando de alimentos provisórios ou provisionais (fixados em cautelar específica ou liminarmente no despacho da inicial da ação de alimentos), bem como de alimentos fixados em sentença ainda sujeita a recurso, a execução atenderá às peculiaridades próprias da execução provisória, previstas no art. 475-O, do CPC.

Saliente-se que as execuções provisórias de alimentos, seguindo o procedimento executivo ora em comento, não se sujeitam à prestação de caução idônea até o limite de sessenta salários mínimos, já que é presumida a situação de necessidade do alimentado-exequente (art. 475-O, § 2º, I, do CPC).

Também independe da prestação de caução idônea o levantamento de depósito em dinheiro referente às prestações alimentícias, em razão dos mesmos fundamentos acima alinhados.

1.11.2.3 - INICIATIVA

A iniciativa do presente procedimento executivo é do credor, sendo que o legislador, apesar de prever esse procedimento como mera fase do processo cognitivo por meio do chamado processo sincrético ou misto (com função de conhecimento e execução), não adotou a execução *ex officio*, nos moldes do que ocorre no processo trabalhista, em homenagem à tradição do princípio dispositivo.

No entanto, a sistemática da Lei nº 11.232/2005 quebrou, nessa modalidade executiva, a autonomia do processo executivo, não prevendo relação jurídico-processual autônoma, nova citação do obrigado ou mesmo petição inicial.

Desse modo, a iniciativa da fase de cumprimento da sentença é feita por simples petição nos próprios autos da ação de conhecimento, sendo desnecessário que tal petição preencha todos os requisitos de uma petição inicial.

Entretanto, deverá a petição estar devidamente acompanhada da memória discriminada do cálculo do valor exequendo, pois há muito foi extinto o cálculo por contador judicial, sendo tal memória in-

dispensável ao cumprimento de sentença quando a determinação do valor depender de mero cálculo aritmético (art. 475-B do CPC), sob pena de indeferimento. Saliente-se que poderá a parte valer-se de contador judicial quando estiver amparada por assistência judiciária gratuita.

Na fase de cumprimento da sentença, como esta se processa nos próprios autos, desnecessária a junta da do título executivo, que já se encontrará encartado aos autos.

1.11.2.4 - PAGAMENTO VOLUNTÁRIO E FASE EXECUTIVA

O cumprimento de sentença de alimentos só terá lugar após expirado o prazo legal de quinze dias para pagamento voluntário dos alimentos, a partir do qual poderá instaurar-se a fase executiva do processo sincrético (art. 475-J do CPC).

Caso o devedor de alimentos não cumpra voluntariamente sua obrigação, poderá o credor requerer a instauração da fase executiva na qual terá lugar o cumprimento da decisão, sendo que a partir desse prazo incidirá multa de dez por cento incidente sobre o *quantum debeatur*.

Existem três correntes sobre o termo inicial para contagem da fluência do prazo de quinze dias: a primeira considera a intimação pessoal do devedor como termo inicial de contagem; a segunda, a intimação do advogado e a terceira, defendendo a desnecessidade de intimação, conta o prazo a partir da publicação da decisão.

A impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei nº 8009/90, não se aplica às execuções de alimentos, por disposição expressa do art. 3º, III, da citada lei, devendo-se, contudo, observar o que consta no art. 649, II, do CPC.

Note-se que, no cumprimento de sentença, não se abre ao devedor a possibilidade de nomear bens à penhora, sendo de plano expedido mandado de penhora e avaliação, passando-se assim ao credor a possibilidade de nomeá-los, se entender pertinente. Pode, entretanto, o devedor requerer a substituição do bem penhorado por outro, atendendo sempre ao princípio da menor onerosidade da execução.

Feita a penhora e avaliação, será dela intimado o devedor, por intermédio de seu advogado ou, na falta deste, pessoalmente, fluindo-se a partir daí o prazo de quinze dias para impugnação.

1.11.2.5 - IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A defesa do executado, na fase de cumprimento de sentença, dá-se através de impugnação, regra que

quebra longa tradição liebmaniana no direito brasileiro, a qual admitia a defesa do devedor através da ação cognitiva autônoma de embargos. Ao contrário, a impugnação não é ação autônoma, mas sim incidente processual.

A nova sistemática legal continuou exigindo a segurança do juízo pela penhora a fim de que possa o executado oferecer impugnação, tal como ocorre nos embargos do devedor.

A matéria que pode ser argüida pela impugnação não é ampla, estando taxativamente elencada no art. 475-L, do CPC, segundo o qual tal peça defensiva não admite cognição ampla ao devedor, pois já teve essa oportunidade durante o processo de conhecimento.

De regra, a impugnação não tem efeito suspensivo, razão pela qual o cumprimento de sentença prossegue a despeito de seu oferecimento. Contudo, pode o juiz, a requerimento do impugnante, atribuir efeito suspensivo à impugnação, desde que o prosseguimento da execução seja suscetível de causar ao devedor grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 475-M do CPC).

Deferido efeito suspensivo à impugnação, essa correrá nos próprios autos do cumprimento de sentença e, no caso de indeferimento, em autos apartados, a despeito de sua natureza de incidente processual, conforme previsto no art. 475-M, § 2º, do CPC.

Em face dessa natureza jurídica da impugnação, a decisão proferida nesse meio de defesa comporta recurso de agravo de instrumento, salvo quando a decisão da impugnação importar em extinção da própria execução, caso em que caberá apelação.

1.11.3 - EXECUÇÃO AUTÔNOMA COM CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL

Aqui se trata da execução por quantia certa contra devedor solvente, procedimento que continua aplicável em matéria de execução de alimentos, quando a obrigação alimentar fundar-se em título executivo extrajudicial.

Saliente-se que alguns doutrinadores defendem a aplicação desse tipo de execução também para os alimentos fundados em título executivo judicial.

Com relação ao tema, ressalte-se que, a despeito de a obrigação alimentar surgir de regra de sentença ou decisão judicial, entende-se cabível a fixação de alimentos em título executivo extrajudicial previsto no art. 585, II, do CPC, seja em documento público assinado pelo devedor e credor, seja em documento particular assinado pelas partes e duas testemunhas, seja, ainda, em documento referendado pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (vide TJPR; RT 458/183).

Esse procedimento executivo, aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, funda-se igualmente na constrição patrimonial de bens, mas se desenvolve como processo autônomo, com a necessidade de petição inicial e citação do devedor.

A defesa do executado dá-se pela forma de embargos do executado, os quais, em se tratando de títulos executivos extrajudiciais, têm cognição ampla, podendo-se suscitar qualquer matéria que se poderia alegar em processo de conhecimento.

Em suma, nessa espécie executiva, aplica-se a tradicional modalidade de execução já consagrada no direito brasileiro, conhecida como execução por quantia certa contra devedor solvente.

1.11.4 - EXECUÇÃO COM COERÇÃO PESSOAL

1.11.4.1 - COERÇÃO PESSOAL: PRISÃO CIVIL

A prisão civil por dívida é admitida excepcionalmente no ordenamento jurídico brasileiro nas dívidas de alimentos, sendo tal previsão expressa no texto constitucional (art. 5º, LXVII) e no Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional de que o Brasil faz parte, em razão do qual o procedimento executivo especial foi recepcionado pela Carta Magna vigente.

A prisão civil do devedor inescusável de obrigação alimentícia é meio coercitivo do cumprimento de tal obrigação, não sendo assim substitutiva da própria obrigação alimentícia pecuniária que se pretende fazer adimplir, dado o caráter não penal dessa prisão.

Desse modo, em razão da natureza dessa prisão civil, o cumprimento da medida coercitiva não extingue a própria obrigação alimentar, que continua a subsistir mesmo que o devedor cumpra a totalidade da prisão.

No entanto, não pode o devedor ser compelido a cumprir a prisão civil por mais de uma vez, por causa da mesma parcela da verba alimentar, motivo pelo qual, vencido o prazo de prisão civil determinado pelo juiz, a parcela alimentícia pode ser novamente executada, através de constrição patrimonial, não sendo mais possível a execução com coerção pessoal pela mesma parcela, sob pena de constrangimento ilegal.

Contudo, a obrigação alimentar é daquelas de trato sucessivo ou prestações periódicas; em caso de descumprimento dessa obrigação, o devedor pode ser compelido a nova coerção pessoal, em virtude das prestações vencidas no curso da execução, nos termos do art. 290 do CPC, só não podendo sê-lo por parcelas pelas quais já tenha cumprido a prisão civil.

O prazo máximo de prisão civil em virtude de inadimplemento inescusável de obrigação alimen-

tar é de sessenta dias (de cada execução), nos termos do art. 19, da Lei nº 5.478/68 (com redação determinada pela Lei nº 6.014/73) que, sendo posterior ao CPC, revogou o art. 733, § 1º, desse diploma legal, o qual previa o prazo máximo de três meses para a prisão civil por dívida de alimentos.

1.11.4.2 - CABIMENTO

O procedimento executivo de alimentos com coerção pessoal é admissível sejam os alimentos provisórios, provisionais ou definitivos, fixados em título judicial ou extrajudicial, sendo a existência do caráter alimentar da verba o único requisito para tornar manejável a execução de alimentos por esse rito.

A jurisprudência firmou entendimento, atualmente pacificado na Súmula nº 309 do Superior Tribunal de Justiça, de que só têm caráter alimentar as três últimas parcelas vencidas anteriormente à propositura da execução e as que vierem a vencer no seu curso. Assim sendo, somente essas parcelas podem valer-se dessa via executiva como coerção pessoal.

Tal entendimento baseia-se no próprio Texto Constitucional, o qual preceitua como regra de exceção à possibilidade de prisão civil por dívida de alimentos que parcelas vencidas há muito tempo e não cobradas perdem o caráter emergencial próprio da verba alimentar. O citado dispositivo constitucional de norma de exceção deve ser interpretado restritivamente no sentido de inadmitir a prisão civil por parcelas pretéritas.

Com relação ao prazo de três meses fixado jurisprudencialmente, foi feita interpretação analógica com o prazo máximo de prisão civil por dívida de alimentos fixado originalmente no CPC, entendendo assim razoável firmar-se o entendimento de que seriam pretéritas e sem caráter alimentar as prestações vencidas há mais de três meses.

Entretanto, se fez necessária a inclusão das parcelas vencidas no curso da execução como possivelmente executáveis pelo rito do art. 733 do CPC, já que se trata de obrigação de trato sucessivo, em que há a inclusão das prestações vencidas no curso da execução por força de lei (CPC; art. 290).

Vale salientar que não podem integrar a execução de alimentos com coerção pessoal os honorários advocatícios e demais despesas processuais, em razão da ausência de caráter alimentar dessas verbas, sob pena de constrangimento ilegal.

1.11.4.3 - PROCEDIMENTO

A execução de alimentos com coerção pessoal é processo executivo autônomo, i.e., forma-se nova relação jurídica processual, com nova citação do devedor inadimplente para, em três dias, pagar, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de

fazê-lo, sob pena de prisão civil, sendo indispensável o ato citatório com essa advertência (art. 733 do CPC).

Essa execução principia com uma petição inicial, que deve atender os requisitos das iniciais em geral, bem como estar acompanhada de título executivo e memória discriminada de cálculo, sob pena de indeferimento, valendo, com relação a essa memória de cálculo, o que já foi falado na parte relativa ao cumprimento de sentença.

A citação deve ser pessoal e por mandado, pois descabe citação por via postal no processo de execução (art. 222, “d”, do CPC). Cabível, contudo, citação ficta, por edital ou com hora certa, nessa modalidade executiva, desde que atendidos os requisitos legais para a citação ficta, ao contrário do que ocorre na execução autônoma com constrição patrimonial, na qual se aplica o art. 653 do CPC.

Procedida a citação do devedor e não tendo esse pago, provado que o fez ou justificado a impossibilidade de fazê-lo, será decretada sua prisão civil pelo prazo máximo de sessenta dias, como meio coercitivo do cumprimento da obrigação, valendo quanto à prisão civil o que já ficou consignado no item (1.11.4.1) acima.

Tendo sido paga a dívida, bem como as parcelas vencidas no curso da execução, essa será extinta (art. 794, I, do CPC); a execução poderá prosseguir, caso não tenham sido pagas as ditas parcelas vencidas, nos termos do art. 290 do CPC e Súmula nº 309 do STJ.

Caso o executado apresente justificativa da impossibilidade inescusável de efetuar o pagamento, tem ele o direito subjetivo de ver suas alegações devidamente apreciadas pelo juiz, sob pena de cerceamento de defesa, visto que a justificativa é meio de defesa do devedor nessa modalidade executiva.

Embora a lei processual civil não preveja fase instrutória nesse procedimento executivo, entende-se que, se o devedor alegar em sua justificativa matérias fáticas que dependam de dilação probatória, bem como de produção de prova oral, poderá designar-se audiência para colheita de provas orais, assim como realizar prova pericial, se for o caso.

Saliente-se, entretanto, que esse rito de execução de alimentos não deve atender às fases do procedimento ordinário, sob pena de retirar-lhe a necessária celeridade, admitindo-se apenas uma instrução sumária a fim de oportunizar ao devedor a possibilidade de exercer o direito ao contraditório, só sendo cabível tal instrução quando estritamente necessária.

Ressalte-se ainda que somente justificativas inescusáveis são capazes de elidir a prisão civil como meio

coercitivo, não sendo aceitas simples alegações de desemprego ou dificuldades financeiras temporárias, já que se está diante de ação executiva, fundada assim em título executivo.

Após tal fase, o Ministério Público emitirá parecer sobre o caso, decidindo após o Juiz, se decreta ou não a prisão do devedor inadimplente.

Existe controvérsia doutrinária sobre a natureza do ato processual que decreta a prisão do devedor, alguns sustentando tratar-se de sentença (p.ex. Pontes de Miranda) e outros defendendo ser decisão interlocutória (p.ex. Araken de Assis).

Tendo em vista tratar-se de decisão interlocutória, desafia recurso de agravo por instrumento, uma vez que é suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação ao devedor.

1.11.5 - EXECUÇÃO POR DESCONTO EM FOLHA

O art. 734 do CPC prevê que a execução de alimentos será feita por simples desconto em folha do devedor quando esse for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, *i.e.*, quando tiver rendimentos certos, sendo esse meio executivo o mais simples possível, tendo, por isso, prioridade sobre as demais modalidades executivas, como prescrevem os arts. 17 e 18 da Lei nº 5.478/68.

Esse procedimento executivo dá-se por simples comunicação à repartição pública ou empresa para desconto dos alimentos devidos, sendo tal comunicação feita por simples ofício do Juiz, salientando-se, contudo, que os descontos não podem suprimir a capacidade de sobrevivência do executado, devendo-se assim utilizar com cautela esse meio executivo.

A Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), em seu art. 22, parágrafo único, tipifica como crime contra a administração da Justiça a conduta de quem se recusa ou procrastina a execução de ordem de desconto em folha de pagamento, expedida por Juiz competente.

1.11.6 - ESCOLHA DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO

Ressalvando-se a preferência da execução por desconto em folha, nos casos e sob as peculiaridades acima salientadas, bem como levando-se em consideração as particularidades dos diversos procedimentos executivos mencionados *supra*, o credor pode optar pela utilização da execução de alimentos por constrição patrimonial ou coerção pessoal.

Admite-se, ainda, a conversão de um procedimento em outro, caso o credor entenda mais vantajosa a utilização de um ou outro meio executivo, como,

por exemplo, a conversão da execução com coerção pessoal em execução com constrição patrimonial.

Vale salientar, entretanto, que a citada conversão não poderá deixar de observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual será imprescindível que o devedor disponha de novo prazo para apresentação dos meios de defesa que entender cabíveis, sob pena de ofensa ao *due process of law*.

1.11.7 - PRESCRIÇÃO

O direito a alimentos é imprescritível, mas os créditos alimentares prescrevem em dois anos a partir da data de seu vencimento, nos termos do art. 206, § 2º, do CC.

No entanto, não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes (CC; art. 198, I), entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, bem como entre tutores e curadores e seus tutelados e curatelados, enquanto durar a tutela ou curatela (art. 197, II e III, do CC).

Com relação ao prazo prescricional acima aludido, deve-se ainda observar as causas interruptivas da prescrição previstas na lei civil.

1.12 - ALIMENTOS GRAVÍDICOS

1.12.1 - NOTA INTRODUTÓRIA

Entrou em vigor no dia 06 de novembro de 2008 uma nova lei de alimentos, a Lei 11.804/08, que "disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido" (art. 1º). Como bem observa Yussef Said Cahali (Dos alimentos. 6ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 209, p. 353-354), a lei traz modalidade nova de alimentos em favor da mulher gestante, como um autêntico "auxílio maternidade", diverso, pela natureza e conteúdo, dos alimentos ao nascituro, de tal forma que, se para estes o titular é a aquele por vir (CC, art. 2º), nos alimentos gravídicos "a titular da pretensão é a mulher, com direito próprio para exigir a coparticipação do autor de sua gravidez nas despesas que se fizerem necessárias no transcorrer da gestação, exclusivamente em função do estado gravídico". E acrescenta o citado autor: "A típica 'pensão alimentícia' em favor do filho menor, em forma de conversão, somente será devida com seu nascimento com vida, ao adquirir o mesmo a condição de pessoa dotada de capacidade civil".

1.12.2 - CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Note-se que os critérios para a fixação do valor dos alimentos gravídicos são basicamente os mesmos previstos para a concessão dos alimentos estabelecidos no art. 1694 do Código Civil: a necessidade

da gestante, a possibilidade do réu - suposto pai -, e a proporcionalidade como eixo de equilíbrio entre tais critérios. A propósito, dispõe o parágrafo único do art. 2º da lei:

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

Há de se observar, entretanto, que, após sopesado o binômio necessidade/possibilidade, a verba deve ser estipulada na medida exata para suprir "as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto" (art. 2º, *caput*), não estando abrangidas pela lei as despesas estranhas a seu objetivo, como aquelas pessoais da gestante.

1.12.3 - QUESTÕES PROCESSUAIS

Embora omissa a lei, a fixação dos alimentos é liminar, início litis, pela natureza cautelar e urgente do provimento, desde que o juiz esteja "convencido da existência de indícios da paternidade" (art. 6º), o que revela que na ação de alimentos gravídicos a prova da paternidade não há de ser tão robusta quanto, ao menos teoricamente, o seria na investigação de paternidade.

Cabe ao julgador, se ainda fraca a prova, indeferir a fixação de alimentos liminarmente, postergando a apreciação do pedido para outro momento (após a contestação ou produção de determinada prova).

Também é omissa a lei quanto ao rito processual pós contestação, sendo que tanto o procedimento comum ordinário, quanto o da Lei nº 5.478/68 (ambos de aplicação supletiva, nos termos do art. 11) são incompatíveis com a defesa em cinco dias (art. 8º). Nesse caso, o mais razoável é aproveitar, no que for compatível, o procedimento mais célere da Lei de Alimentos, com a designação de audiência de instrução, debates e julgamento após a contestação.

Como já restou dito, os alimentos gravídicos perduram apenas até o nascimento com vida, quando se convertem em pensão alimentícia para o filho, o que se dá automaticamente, sem necessidade de requerimento, cabendo ao juiz determinar de ofício a retificação das anotações pertinentes em razão da modificação da parte autora. Promovida a conversão, qualquer das partes poderá solicitar a sua revisão, de acordo com o parágrafo único do art. 6º, da Lei nº 11.804/08.

Deve-se pugnar para que na sentença seja dado um tratamento próprio e em separado a cada uma das pensões (à gestante e ao filho), inclusive quanto ao termo inicial da obrigação.

Quanto ao foro competente, a ação deve ser proposta no domicílio da gestante. O projeto de lei

que originou a Lei de Alimentos Gravídicos previa a competência do domicílio do réu, o que estava em desacordo com a sistemática já consagrada, pelo que de boa ordem foi vetado.

1.13 - TUTELA

1.13.1 - COMPETÊNCIA DO JUÍZO

Verificar a competência do juízo, de acordo com o disposto no art. 98 c/c art. 148, ambos do ECA, e na Resolução nº 227/91 – TJ/MG.

1.13.2 - HIPÓTESES LEGAIS

Observar as hipóteses legais consoante o art. 1.728 do CC.

1.13.3 - LEGITIMIDADE

Em caso de ausência de indicação do tutor (testamentário), os legitimados estão descritos no art. 1.731 do CC (legítimos), observada remanescentemente a nomeação judicial preconizada no art. 1.732 do CC.

1.13.4 - DOCUMENTOS

Importante observar, no art. 1.735 do CC, os incapazes de exercer a tutela; daí a necessidade de se exigir certidões cíveis e criminais e folha de antecedentes criminais (IV), bem como atestado médico para análise da capacidade física e mental do requerente.

Necessária se faz a exigência de um estudo social para análise da situação fática, mormente quando há pedido de guarda provisória.

1.13.5 - ALVARÁ

Qualquer implicação patrimonial sobre os bens do tutelado deve vir fundamentada e demonstrado o interesse para o incapaz, submetendo o imóvel objeto de alvará à avaliação judicial e à autorização judicial ao final.

1.13.6 - PRESTAÇÃO DE CONTAS

As contas serão prestadas a cada biênio, conforme legislação. Recusando o tutor a prestá-las, ele pode ser substituído (art. 1.764, III, do CC) e está sujeito à ação de prestação de contas a ser proposta pelo MP (art. 914, I e seguintes, do CPC).

Observação: a prestação de contas do tutor (arts. 1.755 a 1.762 do CC) trata-se de incidente processual que não se confunde com o procedimento de natureza contenciosa regulado nos arts. 914 e segs. do Código de Processo Penal, o que não impede

que se lhe exija a forma mercantil, com especificação das receitas auferidas, das despesas realizadas e do saldo apurado.

1.13.7 - ESPECIALIZAÇÃO DE HIPOTECA LEGAL

Promover a especialização da hipoteca, se omissivo o tutor, lembrando que ela é dispensável caso o menor não tenha patrimônio ou se o tutor for de reconhecida idoneidade (art. 1.188, parágrafo único, c/c art. 1.190 do CPC).

1.13.8 - DEPÓSITO EM CONTA JUDICIAL

Se o produto da venda for depositado em conta judicial, pugnar para que seja em estabelecimento oficial de crédito, com juros e correção monetária, exigindo, ainda, a comprovação nos autos do aludido depósito.

1.13.9 - PRESTAÇÃO DE CONTAS

Fiscalizar a apresentação do balanço e a prestação de contas dos tutores, nos termos dos arts. 1.755 e seguintes do CC.

1.13.10 - REMOÇÃO DO TUTOR

Nas hipóteses previstas nos arts. 1.735 e 1.766, CC, requerer a remoção do tutor, adotando o procedimento previsto no art. 1.194 e seguintes do CPC.

1.14 - CURATELA

1.14.1 - HIPÓTESES LEGAIS

Estão descritas no art. 1.767 do CC.

1.14.2 - LEGITIMIDADE

A interdição deve ser promovida por: pais, tutores (I); cônjuge ou qualquer parente (II); Ministério Público (III) (art. 1.768 do Código Civil).

1.14.3 - DOCUMENTOS NECESSÁRIOS

O pedido deve ser instruído por:

- prova da legitimação do autor, observada a ordem estabelecida pelo art. 1.775 do Código Civil;
- atestados médicos do autor e do requerido;
- declaração de bens e rendimentos do interditando;
- documento de identidade de ambos;
- certidões cíveis e criminais, inclusive perante o Juizado Especial Criminal, do autor;
- declaração do autor acerca de sua eventual incidência nas vedações do art. 1.735 do Código Civil.

1.14.4 - FASE DE INSTRUÇÃO

Observar que o interditando deverá, quando possível, ser interrogado em audiência.

Recomenda-se requerer a realização de estudo social do caso quando:

- impossível o comparecimento do interditando para o ato de interrogatório;
- as partes residirem em endereços distintos;
- o pedido tiver sido formulado por parente que não seja próximo ou terceira pessoa tiver sido nomeada curadora provisória;
- houver indício de que o interditando não esteja sendo atendido satisfatoriamente em suas necessidades.

O laudo psiquiátrico deverá conter identificação dos antecedentes pessoais, diagnóstico e conclusão com resposta aos quesitos formulados, recomendando-se a elaboração dos seguintes questionamentos, entre outros, que o caso concreto poderá exigir:

- O interditando é portador de alguma enfermidade? Qual? (Caso afirmativo indicar o CID)
- Essa enfermidade compromete as faculdades de discernimento, afetividade e orientação psíquica?
- Tal enfermidade impede o interditando de reger sua pessoa e seus bens, tornando-o incapaz para os atos da vida civil?
- Em caso afirmativo, tal incapacidade é absoluta ou relativa? Sendo relativa, esclarecer para quais atos há incapacidade.
- A enfermidade é reversível, periódica, curável ou permanente?

Queiram os ilustres peritos acrescentar os esclarecimentos que, a seu profissional e científico juízo, possam ser úteis ao presente processo.

1.14.5 - PROVA

Verifica-se que a impressão pessoal do Juiz por ocasião do interrogatório não supre a perícia médica, que é obrigatória, a teor do art. 1.183 do CPC. Com base no art. 54 da Lei nº 3.807/60, foi consolidado entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de se aceitar atestado médico do interditando pormenorizado exarado por profissional cadastrado no INSS, contendo todas as informações necessárias.

1.14.6 - REGISTRO DA SENTENÇA

Zelar para que a sentença de interdição seja levada a registro, requerendo a suspensão dos direitos políticos do incapaz, conforme art. 15, inc. III, da CF/88, bem como para que seja averbada a que pu-

ser termo à interdição ou determinar alteração de curador ou dos limites da curatela (absoluta ou relativa).

Velar pela publicação da decisão no diário oficial (art. 1.184, CPC)

1.14.7 - APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DA TUTELA

O art. 1.774 do CC dispõe aplicarem à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos que o seguem.

1.14.8 - PRESTAÇÃO DE CONTAS

Fiscalizar a apresentação do balanço e a prestação de contas dos curadores, nos termos dos arts. 1.755 e seguintes do CC. (Ver item 1.13.6).

1.15 - GUARDA

1.15.1 - COMPETÊNCIA

No juízo da família serão processados os pedidos de guarda de menores que não se encontram em situação de risco, privados das mínimas condições de criação, educação e subsistência, em razão da falta ou omissão, ou abuso dos pais ou responsável (art. 98, ECA), pois em caso positivo, o juízo competente é o da infância e juventude.

1.15.2 - MODALIDADE DA GUARDA

Há três espécies de guarda que são previstas pelo Estatuto: a provisória, a permanente e a peculiar:

- a guarda provisória (art. 33, § 1º, do ECA) subdivide-se em duas subespécies: liminar e incidental, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiros, onde é juridicamente impossível.

- a permanente (art. 33, 2º, 1ª hipótese) destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas ao menor. É a medida de cunho perene, estimulada pelo art. 34 do ECA.

- a nominada guarda peculiar (art. 33, § 2º, 2ª hipótese) traduz uma novidade introduzida pelo Estatuto. Visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação⁷.

1.15.3 - LEGITIMIDADE

Conforme exposto, os pais biológicos, parentes ou outras pessoas têm legitimidade para atender a situações peculiares.

⁷ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Doutrina e Jurisprudência. Atlas, 1998. p.67-68.

1.15.4 - FASE DE INSTRUÇÃO

Além das provas requeridas pelo autor, recomenda-se pugnar pela realização de estudos social e psicológico.

Velar para a não concessão de guarda para fins exclusivamente previdenciários.

1.15.5 - DOCUMENTOS

Quando a guarda se destina a atender uma situação peculiar, ou seja, não é requerida por um dos detentores do poder familiar, recomenda-se pugnar pela juntada de certidões cíveis e criminais e pelo atestado de saúde do autor.

1.16 - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

1.16.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que, em se tratando de ações de estado, não há coisa julgada material, de forma que a verdade real seja estabelecida e a justiça realizada, permitindo-se, pois, a chamada relativização da coisa julgada. A existência de decisão transitada em julgado desfavorável para o investigante, em ação na qual não foi realizado exame de DNA, não impede a propositura de nova ação, buscando a utilização dos avanços científicos e a defesa do direito personalíssimo de conhecimento da origem biológica.

Também plenamente possível a investigação de paternidade quando a pessoa já possua pai registral, caso em que deverão ser observados os arts. 1.602 e 1.604 do CC, dentre outros, com especial atenção para que se promova a citação do pai registral.

1.16.2 - COMPETÊNCIA

Se o pedido de investigação de paternidade é cumulado com alimentos, o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente.⁸

1.16.3 - ALIMENTOS PROVISIONAIS

Observar que, inexistindo prova pré-constituída da paternidade, não cabe fixação de alimentos provisionais que, caso requerido, deverá se dar por meio de ação cautelar.

1.16.4 - PROVA

No exame da prova, verificar:

a) a existência de pessoa que conheça a mãe do autor, ao tempo do relacionamento desta com o réu;

b) a data do namoro com o réu e a data do decorrente nascimento, a resguardar, com folga, o prazo de concepção (dentro dos 120 dias, a começar do 300º dia anterior ao nascimento do filho);

c) o conteúdo dos depoimentos prestados pela mãe do autor e pelo réu, cotejando-o com o das testemunhas arroladas pelas partes e com outros elementos probatórios;

d) o comportamento da mãe do autor;

e) as conclusões do laudo pericial genético ou hematológico;

f) observar o disposto na Lei nº 12.004/09, que erigiu em preceito legal o entendimento da Súmula 301 do STJ e no artigo 2º da Lei nº 8.560/92, cuja redação é a seguinte:

"Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório."

Provas requeridas pelo Ministério Público

Sem prejuízo das provas requeridas pelas partes ou determinadas de ofício pelo Juiz, pugnar pela produção de outras que entenda necessárias, tendo em vista a indisponibilidade do direito material invocado pelo autor.

1.16.5 - SENTENÇA

Averiguar se a sentença contempla termo inicial da prestação de alimentos, se houver cumulação com o pedido de investigação de paternidade.

1.16.6 - INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE

Os dispositivos acima são, igualmente, aplicáveis aos casos de investigação de maternidade.

1.17 - A EXCLUSÃO DA PATERNIDADE

1.17.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Cabível observar o disposto nos arts. 1.601, 1.602 e 1.604 do CC. A exclusão da paternidade poderá ser promovida pelo pai registral ou por outros interessados, tais como mãe, filhos, pretensos irmãos, aquele que se diz verdadeiro pai e mesmo outros herdeiros. O art. 1.601 do Código Civil dispõe especificamente sobre a ação negatória de paternidade, a qual pode ser promovida pelo marido. As ações fundadas em falsidade ideológica tratam-se de impugnação de paternidade ou de ação declaratória de inexistência de filiação legítima.

⁸ Súmula nº 1 do STJ

1.17.2 - COMPETÊNCIA

Prevalece a regra geral do art. 94 do CPC.

1.17.3 - FASE DE INSTRUÇÃO

Além das provas requeridas pelas partes, nos casos em que o autor foi o declarante do registro civil o qual pretende impugnar, recomenda-se observar a necessidade de estar provada a ocorrência de vício de consentimento, além da exclusão da paternidade biológica e pugnar pela realização de estudo social e psicológico do caso, visando constatar a possível existência de vínculo socioafetivo entre o pai registral e o filho, hipótese esta em que é plenamente possível sustentar a paternidade socioafetiva, o que inviabiliza a exclusão da paternidade.

1.17.4 - EXCLUSÃO DA MATERNIDADE

As recomendações acima são aplicáveis aos casos de exclusão de maternidade, cabendo observar o disposto no art. 1.608 do CC.

1.18 - SUPRIMENTO DE IDADE PARA CASAMENTO/FUNDAMENTO

Observar que o pedido tem por finalidade evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal. Contudo, na hipótese em que não está caracterizada prática de crime, poderá ser admitido o suprimento de idade para o casamento, quando presente causa justificada e em interesse dos futuros cônjuges ou em caso de gravidez (art. 2º do Decreto nº 66.605/70, que promulgou a convenção sobre consentimento para casamento adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas)⁹.

Recomenda-se a realização de audiência para oitiva dos nubentes e dos seus genitores.

1.19 - SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PARA O CASAMENTO/PROCEDIMENTO

Observar que os pais são citados não para contestar o pedido, mas para dar o consentimento, no prazo de quinze dias, ou apresentar as razões da recusa. No silêncio, ou não aceitas as razões, o consentimento será dado como suprido. Havendo apresentação das razões, o feito seguirá o procedimento ordinário. Observar o que consta no art. 148, parágrafo único, “c”, do ECA.

⁹ “Os Estados contratantes adotarão as medidas legislativas necessárias para determinar a idade mínima para contrair casamento. Não poderão contrair casamento legalmente as pessoas que não tiverem atingido essa idade, salvo dispensa da autoridade competente ao requisito da idade, por causas justificadas e em interesse dos futuros cônjuges” (art. 2º, do Decreto nº 66.605, de 20/05/70).

1.20 - AÇÃO DE NULIDADE DE CASAMENTO – REQUISITOS DA INICIAL

Expor de forma circunstanciada a causa de pedir relativa aos impedimentos mencionados no arts. 1.521, 1.548 e 1.549 do CC.

1.21 - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO

1.21.1 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Lembrar que o Ministério Público não é parte legitimada para ajuizamento da ação anulatória, tendo em vista o disposto nos arts. 1.552, 1.555 e 1.559 do CC.

1.21.2 - REQUISITOS DA INICIAL

Averiguar se a causa de pedir mantém pertinência com as hipóteses previstas nos arts. 1.550 e 1.556 do CC, observando, ainda:

- a) se não houve ratificação por um dos cônjuges (art. 1.553 do CC);
- b) que por defeito de idade não se anula casamento de que resultou gravidez (art. 1.551 do CC);
- c) disposição contida no art. 1.554 do CC.

1.22 - PEDIDOS DE MUDANÇA DE NOME E SEXO FORMULADOS POR TRANSEXUAL

1.22.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Denomina-se transexual

[...] o indivíduo que, portador de órgãos definidos, tem toda disposição psíquica e afetiva do sexo oposto¹⁰ Trata-se de manifestação extrema de inversão psicosexual, em que o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero, que não condiz com seu sexo anatômico.¹¹

Com base na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, alguns julgados têm admitido a alteração do registro civil da pessoa redesignada, permitindo a mudança de nome e sexo.

1.22.2 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A atuação do Ministério Público nestas ações se justifica por se tratarem de ações de estado e implicarem alterações no registro civil do redesignado.

Verificar se a documentação juntada atesta que a cirurgia foi realizada, sendo conveniente a análise

¹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: RT, 1998.

¹¹ FARINA, Roberto, citado por Szaniawski, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: RT, 1998.

de relatório de equipe multidisciplinar que deve acompanhar o redesignado, bem como sua oitiva em audiência.

Recomenda-se requerer a juntada dos seguintes documentos:

- comprovante de residência dos últimos dez anos;
- certidões negativas estaduais e federais de âmbito cível e criminal dos locais onde tenha residido nos últimos dez anos;
- atestado de bons antecedentes dos locais onde tenha residido nos últimos dez anos;
- certidões negativas de débitos municipais, estaduais e federais dos locais onde tenha residido nos últimos dez anos;
- certidões negativas de protestos dos cartórios dos locais onde tenha residido nos últimos dez anos;
- certidão de que se encontra em dia com suas obrigações junto à Justiça Eleitoral e Militar.

Em face dos dispositivos da Lei nº 6.015/73, na hipótese de o Ministério Público entender pela mudança de nome e sexo no registro civil, recomenda-se que conste da decisão a ocorrência de alteração no registro em função de sentença judicial, o que serve de alerta a terceiros interessados e não gera qualquer discriminação contra o redesignado.

1.22.3 - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Recomenda-se ver as Resoluções nº 1.652, de 6/11/2002, e nº 1.664, de 12/05/2003.

1.23 - UNIÃO HOMOAFETIVA

O entendimento de que a interpretação de norma constitucional deve ser baseada no princípio da máxima efetividade, combinado com os princípios da dignidade humana, da igualdade e na proibição de discriminação por orientação sexual, consagrados pela Carta Magna, pode permitir a conclusão de que o rol do art. 226 não é taxativo e a conjugação com o disposto no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil e no art. 126 do Código de Processo Civil viabiliza o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares.

Contudo, a atuação do Ministério Público apenas será necessária nas hipóteses em que estiver presente interesse de incapaz, nos termos da Recomendação Conjunta PGJ CG MP nº 3/2007 e da Lei nº 11.441/2007.

1.24 - MUDANÇA DO REGIME DE BENS¹²

Com base na Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 3/2007, questiona-se a intervenção do Ministé-

rio Público nestes feitos, por se tratar de ação de cunho meramente patrimonial. Havendo intervenção, recomenda-se solicitar certidões negativas dos requerentes junto à Justiça Federal, à Justiça Estadual, à Justiça Trabalhista e ao Cartório de Distribuição de Protestos, para se verificar possível ocorrência de lesão a direito de terceiros.

Deve-se examinar as razões invocadas e pugnar pela realização de audiência para oitiva das partes.

1.25 - CENTRAL DE CONCILIAÇÃO

1.25.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Central de Conciliação foi criada pela Portaria Conjunta nº 4/2000 da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e regulamentada pela Resolução nº 407/2003.

Iniciou suas atividades em 2 de setembro de 2002, com a implantação de doze boxes para conciliação em processos das Varas de Família no Fórum Lafayette, da Comarca de Belo Horizonte.

Atualmente as centrais já foram implantadas em boa parte das comarcas do Estado de Minas Gerais.

A conciliação prévia ocorre, preferencialmente, nos processos de família referentes a:

- pedido, oferta, revisional, exoneração e execução de alimentos;
- separação consensual ou litigiosa;
- divórcio consensual ou litigioso;
- reconhecimento de união estável;
- investigação de paternidade;
- guarda e regulamentação de visitas.

Nas ações de guarda, de regulamentação de visitas ou conflitos mais acirrados, conta-se sempre, no momento da audiência, com a ajuda dos psicólogos judiciais, que auxiliam na composição amigável. Quando não é possível solucionar o conflito naquele momento, os profissionais aconselham a realização de estudo psicossocial no setor próprio.

1.25.2 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Inexiste obrigatoriedade de participação do órgão de execução nas sessões de conciliação. Sua manifestação, na qualidade de fiscal da lei, ocorrerá após a realização do acordo e antes da prolação da respectiva sentença.

¹² Art.1.639, § 2º, do CC

1.26 - MODELOS DE PEÇAS JURÍDICAS**PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ADOÇÃO**

Autos n.º

Requerentes:

Espécie: Adoção

Parecer Final do Ministério Público

Meritíssimo Juiz:

Trata-se de pedido de adoção formulado por e, ambos qualificados na inicial de fls. 02/05.

Consoante requerido pelo Ministério Público (fls. 20/verso), determinou-se a realização de estudo psicosocial do caso (fls. 21).

Acostados aos autos o relatório do estudo psicológico (fls. 23) e o laudo do estudo social (fls. 24).

Realizada audiência de instrução e julgamento, procedeu-se à oitiva das partes, como se vê do termo de fls. 33.

Este é o relatório. Passo a opinar.

As partes são legítimas e estão bem representadas. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

No mérito, vislumbra-se que o adotante viveu maritalmente com a genitora da adotada, falecida em 9 de novembro de 2004 (fls. 11), razão pela qual a adotanda com ele convive desde a idade de um ano e dez meses. O afeto nutrido por ambas as partes norteou a propositura da presente ação.

Impende anotar que a adotanda atualmente conta com vinte e seis anos, já tem companheiro e nunca teve a paternidade reconhecida, como se vê na certidão de nascimento de fls. 08.

O art. 1.621 do Código Civil traz redação equivalente à do art. 45 da Lei nº 8069/90, cujo escopo é o de proteger aquele cuja adoção é almejada.

Os estudos técnicos realizados consignaram que o Sr. sempre intencionou reconhecer a adotanda como filha perante a sociedade. Restou patente que, mesmo após o falecimento de sua genitora, preserva os vínculos afetivos com os seis filhos do Sr. e periodicamente visita o padrasto, dispensando-lhe carinho e atenção.

A adotanda, ouvida em juízo (fls. 33), expressa com segurança o seu desejo de ser adotada pelo requerente, revelando, ademais, os efetivos benefícios da adoção, em especial, no plano psicológico-afetivo.

Outrossim, espousa o desejo de não proceder a qualquer alteração em seu registro, com relação aos dados de sua genitora e de seus avós paternos. Pretende apenas a inclusão do nome do adotante e dos genitores daquele em seu registro de nascimento.

Com efeito, na hipótese sob exame, a adoção se presta a solidificar o afeto recíproco dispensado entre o adotante e a adotanda durante praticamente toda a existência desta. Pensar o contrário seria seguramente, concretizar prejuízos de toda ordem à adotanda. Aí sim, haveria franca violação ao art. 1.625 do Código Civil em vigor.

Por sua vez, como se infere da petição inicial, pretende a adotanda a manutenção de seu nome, sem acréscimo do patronímico do adotante. Em caso similar, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que:

EMBARGOS INFRINGENTES. ADOÇÃO DE MAIOR. USO DOS APELIDOS DE FAMÍLIA DO ADOTANTE. QUESTÃO DECIDIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO E QUE FOI ATACADA POR RECURSO ESPECIAL EM CURSO. MATÉRIA QUE NÃO PODERIA SER ALVO DE REEXAME E RECONSIDERAÇÃO NO RECURSO DE APELAÇÃO. 1. SE O ADOTANDO PEDIU PARA MANTER OS APELIDOS DE FAMÍLIA DO REGISTRO ORIGINAL E O JULGADOR INDEFERIU, DETERMINANDO QUE ELE MANIFESTASSE O SEU INTERESSE NO PROCESSO DE ADOÇÃO E SE A PARTE, EM VISTA DISSO, INTERPÔS AGRAVO DE INSTRUMENTO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDIU QUE ELE PODERIA MANTER O NOME REGISTRAL, COMO PRETENDIDO, E, FINALMENTE, SE A SENTENÇA ACOLHEU A DECISÃO DA INSTÂNCIA SUPERIOR, ENTÃO ERA DESCABIDA A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO, POIS A FINALIDADE ERA OBTER NOVA DECISÃO SOBRE QUESTÃO JÁ DECIDIDA, RELATI-

VAMENTE AO USO, PELO ADOTADO, DOS APELIDOS DE FAMÍLIA DO ADOTANTE, HAVENDO A VEDAÇÃO DO ART. 473 DO CPC. 2. COMO JÁ HOVE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL, CABÍVEL APENAS O REEXAME DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL SUPERIOR, ATÉ POR QUE A APELAÇÃO AFRONTOU O PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. (TJRS – Embargos nº 70013471768, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, p. 09/12/2005)

Por força do parágrafo único, do art. 1.626, do Código Civil, os vínculos de filiação entre o adotado e o companheiro do adotante e seus parentes mantêm-se, razão pela qual a pretensão da adotanda encontra amparo legal. Note-se que se trata de regra cogente, de ordem pública e não mera faculdade.

Por último, se a adoção pode ser deferida, independentemente do consentimento dos pais biológicos, por certo, é cabível o deferimento do pedido de manutenção do patronímico materno, inclusive em observância aos princípios da continuidade e especialidade do nome (arts. 56 e 57 da Lei de Registros Públicos).

Isto posto, o Ministério Público opina pela procedência total da presente ação.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALIMENTOS DOS AVÓS AOS NETOS

Processo n.º – a Vara de Família

Ação de Alimentos

Requerentes:

Requerido:

MM. Juiz,

Trata-se de Ação de Alimentos proposta por e, menores impúberes devidamente representados por sua genitora, em face do avô paterno, todos devidamente qualificados nos autos, conforme exordial de fls.02/07.

Aduzem os autores, na inicial, que o seu genitor está obrigado ao pagamento de alimentos aos dois filhos menores. Entretanto, referido valor mostra-se insuficiente para custear suas despesas básicas, sobretudo da alimentada que é portadora de necessidades especiais, já que sofreu paralisia cerebral. Demais disso, o alimentante é devedor contumaz e a dívida de alimentos já atinge a cifra de R\$ 25.000,00.

Requereram, ao final, a condenação do avô paterno ao pagamento de alimentos complementares no montante de 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos por ele percebidos.

Juntaram documentos de fls.08/24 e fls. 27/35.

Audiência de Conciliação às fls.42, resultando inexitosa a tentativa de acordo, diante da intransigência das partes.

Contestação às fls.44/55. Acostou os documentos de fls.56/141.

Impugnação à contestação às fls.143/144, acompanhada pela documentação de fls.145 *usque* 161.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 13/07/2007, à fl.186, oportunidade em que as partes rechaçaram a proposta de acordo, dispensaram a produção prova oral. Determinou-se a expedição de ofício à Receita Federal para o fornecimento das declarações de imposto de renda do requerido e do genitor dos autores.

Os autores aduziram suas alegações finais escritas às fls.227/229.

É o relatório.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há nulidades a serem sanadas no presente feito.

Pretendem os autores seja o avô paterno condenado ao pagamento de pensão alimentícia, no importe equivalente a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos por ele percebidos, uma vez que o genitor dos mesmos, embora condenado ao pagamento de alimentos em modesto valor, é devedor contumaz .

Contra a pretensão dos requerentes, insurge-se o réu, ao alegar, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto a obrigação alimentar dos avós é subsidiária. Acerca do mérito da demanda, afirma que o genitor dos autores vem cumprindo, regularmente, com o ajuste e arca com alimentos em importe equivalente a R\$ 2.074,00, valor *mais que razoável* (fl. 48).

Alega, ainda, o requerido que a “genitora dos requerentes tem condições físicas e mentais de, através de sua força laboral, obter os meios necessários e suficientes para custear, juntamente com o pai, a subsistência dos filhos” (fl. 51), estando, inclusive, empregada na [...]. Por fim, aduz que é casado e mantém, sob sua dependência econômica, a esposa e três irmãs idosas e enfermas, e, “a despeito de perceber um bom salário, de justificar, em contrapartida, que sua despesa mensal é exorbitante” (fl. 54).

De início, cumpre esclarecer que não é possível impetrar ação judicial diretamente contra os avós paternos ou maternos, sem a comprovação de que o devedor originário se encontra impossibilitado de cumprir com seu dever.

Na esteira de tal ensinamento, este egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbis*:

Não tem fundamento a ação de alimentos impetrada diretamente contra o avô paterno, sem antes acionar o próprio pai. Somente depois de evidenciado nos autos, através do conjunto probatório, que o pai não tem condições de prestar alimentos, é que a parte passará a ter ação contra o avô, porque a obrigação deste é subsidiária e não direta. (Jurisprudência Mineira, v. 143/120).

No mesmo sentido, o STJ já decidiu que a responsabilidade alimentar dos avós, complementar, tem como pressuposto a falta dos devedores originários, a ela equiparada a incapacidade de qualquer deles de cumprir com a obrigação de forma satisfatória ao sustento dos alimentados.

CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR DOS AVÓS. Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. (REsp. nº 366837/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19/12/02)

Portanto, consoante a melhor doutrina e atual jurisprudência, para que os menores possam reclamar alimentos dos avós, necessário é que falem os pais; ou pela falta absoluta, que resulta da morte ou da ausência; ou pela impossibilidade de cumprir a obrigação, que se equipara à falta.

In casu, ação foi aforada em face do avô paterno, sob o argumento de que o seu genitor, embora condenado ao pagamento de pensão alimentícia, não a presta de forma regular, o que ensejou as diversas ações de execução apensas. Além disso, afirmou que o valor fixado é insuficiente para suprir as suas despesas mensais que são bastante elevadas, sobretudo porque a requerente é portadora de paralisia cerebral com quadro de quadriplegia espástica e déficit no desenvolvimento neuropsicomotor.

As diversas ações de execução, apensadas ao presente feito, são suficientes para demonstrarem a incapacidade do genitor dos autores em adimplir, com pontualidade e suficiência, a obrigação alimentar. Logo, diante da responsabilidade alimentar complementar dos avós, não há se falar em ilegitimidade passiva.

No que concerne ao mérito, observa-se que, de fato, o genitor dos autores está obrigado ao adimplemento da mensalidade e transporte escolar do filho, além de fornecer aos alimentados moradia e soma mensal equivalente a R\$ 600,00. Todavia, ela não cumpre, regularmente, com o ajuste.

Demais disso, os pagamentos efetuados *in natura* estão longe de implicarem em valor *mais que razoável*. Isso porque deixam sem cobertura os gastos relativos à saúde, lazer, alimentação, medicamentos, transporte, dentre outros tantos necessários à manutenção de duas crianças.

Alega, ainda, o requerido que a “genitora dos requerentes tem condições físicas e mentais de, através de sua força laboral, obter os meios necessários e suficientes para custear, juntamente com o pai, a subsistência dos filhos” (fl. 51), estando, inclusive, empregada na . Por fim, aduz que é casado e mantém, sob sua dependência econômica, a esposa e três irmãs idosas e enfermas, e, “a despeito de perceber um bom salário, de justificar, em contrapartida, que sua despesa mensal é exorbitante” (fl. 54).

Lado outro, provou-se à exaustão que a requerida é portadora de necessidades especiais, já que sofreu paralisia cerebral, e, portanto, tem elevadas despesas. As mesmas restaram, cristalina e demonstradamente através dos documentos 190/199. Óbvio, também que na medida em que uma criança cresce, aumentam suas despesas.

Em que pese a afirmação de que a genitora dos menores “tem condições físicas e mentais de, através de sua força laboral, obter os meios necessários e suficientes para custear, juntamente com o pai, a subsistência dos filhos” (fl. 51), restou provado que ela auferia parcos R\$ 620,00 (seiscentos e vinte reais) mensais (fl. 202). Tal montante revela-se insuficiente, ainda que somado aos R\$ 600,00 a que está obrigado o pai dos autores, para a manutenção destes.

Demais disso, extremamente pertinente a afirmação dos suplicantes no sentido de que “os pequenos recursos recebidos pela genitora da autora são inteiramente voltados para o sustento, tratamento e educação dos filhos” (fl. 228). E mais, “se o genitor da autora não dispõe de renda suficiente para ombrear com ela as despesas e necessidades da filha menor, é perfeitamente válida e justa a reivindicação postulada contra o avô paterno” (fls. 228).

De acordo com o entendimento do tribunal mineiro, a busca da verdade real, quanto aos fatos, até o limite das possibilidades apresentadas nos autos, interessa a todos, para a finalidade de uma decisão mais justa e mais coerente com o caso concreto, para a segura aplicação do direito. Dessa feita, imperiosa a prova da capacidade do avô paterno em suprir os alimentos pleiteados pelos netos.

Consoante prova o documento de fl. 119, o requerido percebe, a título de aposentadoria, o montante bruto equivalente a cerca de R\$ 15.675,00. Ainda que tenha sido demonstrado que mantém, sob sua dependência econômica, a atual esposa e três irmãs idosas, tal fato não o exime da obrigação diante dos netos. A uma, porque se ele pode arcar com todas as despesas de parentes em grau colateral, por certo, pode e deve auxiliar seus descendentes menores. A duas, porque não restou patente que ele despenda, mensalmente, para suprir as despesas já assumidas, os R\$ 9.734,30 líquidos que percebe.

Ora, a neta do suplicado tem gastos elevados e comprovados, com a compra de medicamentos e com o custeio de tratamentos especializados. Diante de tal panorama, mostra-se ínfima a contribuição mensal restrita ao pagamento de mensalidade de plano de saúde, no valor de R\$135,00, sobretudo, porque nítida a capacidade do réu em auxiliá-la com maiores recursos.

Diante do exposto, opina o Ministério Público pela procedência parcial da ação, para que seja condenado o réu ao pagamento de pensão alimentícia aos netos no importe equivalente a 10% (dez por cento) de seus proventos líquidos de aposentadoria, devendo ser oficiada a fonte pagadora para que efetue os descontos diretamente em folha de pagamento.

É o parecer.

Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALIMENTOS EM UNIÃO ESTÁVEL

Autos nº:

Autora:

Réu:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação de alimentos proposta por ... em face de ..., ambos devidamente qualificados nos autos.

A autora alega que, desde meados do ano de 1975, ela e o réu passaram a viver em união estável, advindo dessa relação dois filhos, atualmente, maiores. Todavia, por culpa exclusiva do suplicado, tal convivência não mais perdura. Afirma, também, que “contribuiu exaustivamente para o crescimento da família, dedicando-se exclusivamente ao marido e aos filhos”, razão pela qual não tem nenhuma fonte de renda e, até que se efetive a partilha dos bens adquiridos pelos conviventes, ela não tem como prover o próprio sustento. Requer, ao final, seja fixada a pensão alimentícia em importe equivalente a 41,8 salários mínimos, porquanto o réu, próspero empresário, sempre permitiu que a família gozasse de elevadíssimo padrão social.

Com a inicial juntou aos autos os documentos de fls. 31/93.

A decisão exarada à fl. 104, que indeferiu a fixação de alimentos provisórios, desafiou a interposição do agravo de instrumento de fls. 107/125.

A audiência de conciliação restou infrutífera, diante da intransigência das partes, consoante termo de fls. 214.

Realizada audiência de instrução e julgamento, consoante termo de fl. 266, oportunidade em que foi colhido o depoimento pessoal da autora (fl. 267) e do réu (fls. 268/269). Procedeu-se à oitiva de três testemunhas (fls. 270/272).

O réu apresentou a contestação de fls. 273/300, pugnando pela improcedência do pedido de alimentos. Acostou os documentos de fls. 301/392.

A autora apresentou alegações finais às fls. 395/410 e o réu, às fls. 411/436.

É o sucinto relato.

O feito encontra-se em ordem, inexistindo nulidades ou irregularidades a serem sanadas. Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

A autora pretende receber alimentos do réu, ex-convivente, sob o argumento de que, durante a união estável, ou seja, por vinte e três anos, dedicou-se exclusivamente ao marido e aos filhos. Ela não tem formação profissional e, não obstante seja sócia da empresa, que sempre administrou todos os bens, de forma exclusiva, fora o suplicado.

Aduz a suplicante que o réu “é um conceituado empresário do ramo imobiliário e consorcial” e “gerenciava de forma exclusiva todo esse patrimônio, enquanto a virago era quem dava todo o suporte psíquico e doméstico” para a família. Ainda, diz que “abdicou de todos os seus sonhos” e “não conseguiu espaço para inserir-se de forma efetiva no mercado de trabalho, pois sempre colocou a família em primeiro lugar na ordem de prioridade de sua vida” (fl. 06).

Demais disso, era altíssimo o padrão de vida mantido pela família, com moradia de alto luxo, viagens internacionais frequentes, festas, aquisição de veículos importados, manutenção dos filhos em colégios particulares. Prossegue, afirmando que “os alimentos devem ser fixados no mesmo patamar que sempre usufruiu, enquanto durou a união estável do casal e que o requerido sempre pagava, ou seja 41,8 salários mínimos mensais” (fl. 10). Através da planilha elaborada às fls. 20/21, consigna despesas mensais da ordem de R\$ 14.660,00.

Às fls. 21 e 24, reitera que o suplicado enriqueceu-se, nos últimos anos, e seus ganhos mensais não são inferiores a R\$ 120.000,00, excluída a renda proveniente do patrimônio acumulado. Assim, propugna pela fixação dos alimentos, mediante aplicação da “teoria da aparência”.

Lado outro, alega o suplicado que “o rompimento definitivo da união estável ocorreu no ano de 1993” e, desde então, ele não paga qualquer pensionamento à autora, “arcando apenas com as despesas dos filhos advindos da relação”. Sustenta, ainda, que não há provas “da dependência econômica da demandante junto ao demandado, após o rompimento da relação” (fl. 415). Reitera as informações prestadas, em sede de depoimento pessoal, segundo as quais arcava apenas com o sustento dos filhos, os quais se formaram no final do ano de 2006 (fl. 415).

Prossegue, o réu, asseverando que não tem condições financeiras de arcar com a pensão alimentícia pleiteada pela autora, pois sua situação econômica piorou, nos últimos anos, porquanto foi decretada a falência de sua empresa e a indisponibilidade de seus bens.

Ultima, pugnando pela improcedência do pedido, uma vez que a autora é uma “mulher com plena capacidade para trabalhar e se sustentar” (fl. 417) e que ele não é proprietário da empresa “Ltda.”, mas tão só administrador, auferido *pro labore* no importe de dez salários mínimos.

O direito a alimentos pressupõe a existência de um vínculo objetivo que obrigue o suposto devedor a pensionar quem se diz credor. Além desse requisito objetivo, há que se comprovar os requisitos subjetivos. Neste tocante, ensina Orlando Gomes, na obra atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Direito de família, 12. ed., Rio de Janeiro; Forense, 2000, p. 429:

São pressupostos da obrigação de prestar alimentos:

- a) a existência de determinado vínculo de família entre o alimentando e a pessoa obrigada a suprir alimentos;
- b) as possibilidades econômico-financeiras da pessoa obrigada a prestar alimentos.

Restou inconteste nos autos que as partes conviveram durante um longo período. O art. 7 da Lei 9.278/96 garante a assistência material a ser prestada por um dos conviventes ao que dela precisar, quanto estabelecida, que “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes *ao que dela necessitar*, a título de alimentos”.

Por certo, os alimentos serão prestados sempre *ad necessitatem* e, conforme restou demonstrado, a Sra. ..., durante a vigência da convivência em união estável, dedicou-se somente aos afazeres domésticos e aos filhos, afastando-se do mercado de trabalho.

Em que pese a separação de fato das partes, ocorrida há mais de dez anos, a prova testemunhal produzida revelou que o réu permaneceu custeando as despesas da casa e dos filhos. Portanto, ainda que o dinheiro fornecido não se dirigisse, exclusivamente à virago, o simples fato de o suplicado arcar com o pagamento das despesas *da casa* implica na manutenção da mesma.

É cediço que a quantificação da verba alimentar a ser fixada amolda-se aos ditames do princípio da proporcionalidade, insculpido no § 1º, do art. 1.694, do Código Civil.

A propósito, sobre a questão dos alimentos, Sílvio de Salvo Venosa ensina que:

Não tem o alimentante, por seu lado, obrigação de dividir sua fortuna com o necessitado. O espírito dos alimentos não é esse. O pagamento é periódico, tendo em vista a natureza dessa obrigação. Nessa fixação reside a maior responsabilidade do juiz nessas ações... Desse modo, a prova dos ganhos do alimentante é fundamental. Não há norma jurídica que imponha um valor ou padrão ao magistrado... Por outro lado, os alimentos devem ser fixados com base nos rendimentos do alimentante, e não com fundamento em seu patrimônio. O sujeito pode ter bens que não produzem renda. Não há mínima condição de forçá-lo, direta ou indiretamente, a vender seus bens para suportar o pagamento. (Direito Civil - Direito de Família. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 408).

O pressuposto dos alimentos não é a manutenção de luxos e veleidades mas, sim, a subsistência digna de quem não tem como se sustentar sozinho. Examinada a matéria que se revela verdadeiramente tormentosa, pois envolve análises subjetivas, visando ao equilíbrio entre possibilidade de quem presta os alimentos e a necessidade de quem deles precisa, cabe ao magistrado, dentro de uma análise subjetiva, determiná-los em conformidade com o caso concreto.

Destarte, leciona Maria Helena Diniz (**Código Civil Anotado**. 4 ed., São Paulo: Saraiva. p. 361), que:

*Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre *ad necessitatem*. Consabidamente, ao fixar o valor dos alimentos o juiz deve levar em conta o dever do alimentante em contribuir para o sustento do alimentando, fixando o percentual em patamar razoável com a sua realidade socioeconômica.*

Na hipótese dos autos, ante tudo o que foi expendido, restou demonstrado que o réu é um conceituado empresário, cuja renda mensal declarada em seu imposto de renda já alcançou, outrora, cerca de R\$ 96.000,00.

Contudo, restou provado que a saúde financeira do mesmo sofreu sérios abalos, uma vez que uma das empresas das quais é sócio teve a falência decretada, consoante se depreende dos documentos de fls. 308/346. Ainda, as certidões de registro de imóveis, carreadas às fls. 348/351, consignam o arresto de alguns bens de propriedade do suplicado. Demais disso, a declaração de imposto de renda, referente ao ano-calendário 2006, revela a redução de seus rendimentos tributáveis, para o patamar de R\$ 36.000,00 (fls. 374/388).

Em seu depoimento pessoal, colacionado às fls. 268/269, o requerido afirmou que “está morando no Rio de Janeiro, na Barra da Tijuca, em um apartamento de propriedade do filho”, mas que, atualmente, “não tem automóvel, não tem cartão de crédito e nem conta bancária”. Reconheceu, ainda, que é administrador da empresa “Ltda.”, fazendo uma retirada por labore de dez salários mínimos”.

Noutro giro, as testemunhas ouvidas corroboraram as alegações da autora, em relação ao elevadíssimo padrão de vida desfrutado pelas partes durante a união estável. Entretanto, nenhuma delas soube precisar, com exatidão, o valor dos rendimentos percebidos pelo varão atualmente, restringindo-se a reiterar a magnitude patrimonial de propriedade dele.

A análise detida da declaração de imposto de renda, referente ao ano-calendário 2006, revela que o suplicado tem débitos para empréstimo, contraídos junto às empresas “Ltda.” e “Ltda.”, no valor de, respectivamente, R\$ 4.867.530,00 e R\$ 2.333.870,00 (fl. 377). Por óbvio, a relação do mesmo com mencionadas empresas não se restringe à mera administração. Porém, a prova dos autos aponta para um endividamento sistemático do réu.

Em casos tais, ministra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ementa - Alimentos - Pressupostos - Manutenção do mesmo nível de vida - Possibilidade demonstrada. Embora seja correta a ilação de que o pressuposto dos alimentos não é a manutenção do luxo, não menos certo que deve visar a manutenção do *status* antes existente e do mesmo nível de vida, quando possível, para que a modificação não humilhe nem obrigue o cônjuge dependente a mudar de amizades, de hábitos, e de locais que sempre freqüentou, o que terá que inevitavelmente fazer, se perder as condições de manter o mesmo padrão de vida que sempre manteve, mormente se, já beirando os setenta anos, não mais tem condições concretas de enfrentar o mercado de trabalho. Seria cruel tirar-lhe as condições de vida que o ex-marido, próspero empresário, conforme noticiam os autos, mantém. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.05.628660-2/001, rel. Des. Gouvêa Rios, p. 05/08/2005)

Restringindo-se à análise do cotejo probatório dos autos, verifica-se o depauperamento do requerido. Todavia, não é crível que ele receba apenas R\$ 3.500,00.

In casu, com certa parcimônia, deverá ser aplicada a teoria da aparência, consoante fixa o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Nesse sentido, é o posicionamento deste egrégio Tribunal de Justiça:

Na fixação do pensionamento devido pelo alimentante deve-se atender às possibilidades deste e às necessidades do credor, conforme comando do art. 400 do Código Civil, aplicando-se para tanto, inclusive, a teoria da aparência, à mingua de prova documental robusta sobre os rendimentos do alimentante (Apelação Cível nº 239.266-0.00, rel. Des. Bady Curi).

ALIMENTOS - CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA CONCLUSIVA DOS RENDIMENTOS - PROVAS INDICIÁRIAS - ELEMENTOS QUE PERMITEM CONCLUIR A RENTABILIDADE DO ALIMENTANTE - TEORIA DA APARÊNCIA. As provas indiciárias, ou seja, os elementos que permitem concluir a rentabilidade do alimentante podem ser usados, equivalendo-se à teoria da aparência, para fixação do *quantum* alimentar (AP 148.743-8, Rel. Des. Orlando Carvalho).

A única verdade patente é a de que o réu disponibilizava ao núcleo cerca de R\$ 8.000,00 mensais. Portanto, a pensão alimentícia deverá ser fixada no importe equivalente a vinte e três salários mínimos.

Diante do exposto, o Ministério Público opina no sentido de que seja julgado parcialmente PROCEDENTE o pedido inicial, fixando-se a verba alimentar devida pelo réu à autora no importe equivalente a vinte e três salários mínimos.

É o parecer.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALIMENTOS A FILHO MAIOR

Autos: Vara de Família

MM. Juiz,

... ajuizou ação de alimentos em face de, aduzindo, em síntese, ser filho do requerido, e que, embora maior, necessita da contribuição paterna, para que possa pagar as despesas com plano de saúde, medicamentos, consultas, bem como concluir o curso de Direito, em instituição particular de ensino superior. Afirma, ainda, que sua genitora auferia parcos rendimentos de sua aposentadoria. Assevera ainda, que seu genitor possui condições de arcar com pensão alimentícia a ser fixada em importe equivalente a três salários mínimos.

A peça inicial de fls. 02/08 foi instruída pelos documentos de fls. 08/29.

O MM. Juiz deixou de acolher o pedido de arbitramentos dos alimentos provisórios, sob o fundamento de não existir prova pré-constituída do requisito necessidade do alimentando, que no caso não se presume, por tratar-se de pessoa maior e capaz, consoante decisão de fl.31.

A audiência de conciliação restou frustrada, ante a ausência de citação do requerido (termo de fl. 37). Regularmente citado/intimado, o requerido compareceu à audiência de conciliação designada, restando, contudo, infrutífera a tentativa de conciliação pelas partes (fl. 45).

O réu apresentou contestação às fls. 47/49. Nesta ocasião, foram acostados aos autos os documentos de fl.50/55.

Impugnação à contestação às fls. 57/60.

Realizada audiência de instrução e julgamento, conforme termo de fls. 68, oportunidade em que as partes dispensaram a produção de provas.

É o relatório.

Em análise dos autos, verifica-se que as preliminares argüidas em sede de contestação já foram rechaçadas, consoante decisão exarada à fl.64.

De início, cabe observar que em se tratando de filhos menores, o dever de prestar alimentos decorre do poder familiar, sendo, portanto, irrestrito. Contudo, uma vez atingida a maioridade, o filho que não estiver em condições de prover sua subsistência tem direito aos alimentos, mas se sujeita à comprovação dos requisitos da necessidade e da possibilidade.

Conforme salientado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais “*tratando-se de filho maior que estuda, a doutrina e a jurisprudência recomendam que o direito a alimentos permaneça até que aquele atinja 24 anos, e enquanto não concluir os estudos, salvo se dispuser de meios próprios para sua manutenção*” (TJMG – Proc. n.º 1.0024.04.298677-8/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 04/08/2005, p. 19/08/2005)

No caso, verifica-se que o suplicante, tem 31 anos de idade, como prova o documento acostado às fls. 09. Outrossim, depreende-se do relatório médico de fls.26/28, que o autor apresenta transtornos mentais como sintomas psicóticos, o que lhe impossibilitou, inclusive, continuar o curso de Direito (fl.23).

Também, restou patente que a genitora do autor sobrevive da aposentadoria paga pelo INSS no importe de R\$260 (duzentos e sessenta reais), conforme comprovante de fls. 22.

Sobre esse respeito é uníssona a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

O dever de sustento extingue-se com a maioridade do filho e, se persiste a obrigação alimentar por incapacidade ou enfermidade do filho, ou ainda, por estar o mesmo em formação universitária, tais condições não de ser provadas (TJDF 2ª T. Cív. Apelação. 25.283 -Rel. Des. NATANAEL CAETANO v.u. - J. 25/03/92).

É cediço que os alimentos devem ser fixados levando-se em consideração o dueto capacidade do alimentante - necessidade do alimentado, inclusive para que a obrigação venha a se tornar exequível, pela existência de capacidade econômica do sujeito passivo de poder prestar os alimentos sem lhe faltar mínimo necessário à sua própria sobrevivência.

Asseverou o réu, em sede de contestação, que está, doente, é pessoa idosa, bem como está desempregado desde 1991, consoante se verifica na carteira de trabalho à fl. 54. Logo, não tem renda para arcar com o pagamento dos alimentos no importe pretendido pelo autor.

Insta consignar, que em 22/11/99, nos autos em apenso sob o nº 024 91 789245 7 (fl. 111), o suplicado consignou ser “sócio ultraminoritário de uma firma e representação comercial, na qual auferia pró-labore, de cerca de R\$ 500,00 por mês”, o que se pode inferir que o suplicado é microempresário. Portanto, o fato de a carteira de trabalho do suplicado não estar assinada não se pode concluir que o mesmo esteja desempregado.

Ademais disso, é certo que ao réu incumbia provar a insuficiência de seus rendimentos, a teor do art. 333, II, do CPC, mas não o fez. Não há, pois, nos autos elementos robustos capazes de ensejar a impossibilidade do réu em arcar com a obrigação alimentar.

Neste sentido citamos a elucidativa lição de Humberto Theodoro Júnior:

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra se inverte.

É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento a que alude a contestação. (Curso de Direito Processual Civil, 3 ed., v. I, p. 455).

Com efeito, considerando-se, pois, que o alimentante vem arcando com as despesas ora alegadas, e, considerando, ainda, o binômio possibilidade-necessidade, insculpido no § 1 do art. 1.694 do Código Civil, deverá a pensão alimentícia ser fixada no importe de um salário mínimo, conquanto seja referido importe “o mínimo capaz de atender as necessidades vitais básicas”, *ex vi* do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

Ex positis, opina o Ministério Público no sentido da procedência parcial do pedido de ingresso, a fim de que sejam fixados os alimentos em um salário mínimo.

É o parecer.

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALIMENTOS DOS FILHOS AOS PAIS

Processo nº:

Parecer Final do Ministério Público

MM. Juiz,

Trata-se de ação de alimentos proposta por ... em face de seu filho ..., ambos já qualificados.

O requerente alegou que é aposentado, mas os proventos que recebe não são suficientes para se sustentar, o que lhe ocasiona toda a sorte de privações. Afirmou, ainda, que sua idade avançada e as precárias condições de saúde impedem que trabalhe, a fim de complementar a renda mensal. Requereu, ao final, seja fixada pensão em seu favor no valor de um salário mínimo.

Com a inicial juntou aos autos os documentos de fls. 05/66.

Foram fixados alimentos provisórios no importe de 60% (sessenta por cento) do salário mínimo, segundo decisão exarada às fls. 68.

A audiência de conciliação restou infrutífera, diante da ausência do réu, segundo termo de fls. 71.

A decisão de fls. 68 desafiou a interposição do agravo retido de fls. 78/80.

Regularmente citado, o réu apresentou a contestação de fls. 88/96, devidamente instruída pelos documentos de fls. 98/109.

Nova audiência de conciliação designada, oportunidade em que não foi possível a celebração de acordo, diante da intransigência das partes, consoante termo de fls. 110.

Realizada audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas duas testemunhas, conforme termo de fls. 128/130. Na oportunidade, as partes aduziram suas alegações finais orais.

É o sucinto relato.

Parecer do M. Público.

É cediço que o Código Civil, especialmente os arts. 1.694, 1.696 e 1.697, estabelecem a reciprocidade do dever de prestar alimentos entre pais e filhos.

Conforme já determinou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

cabe aos filhos a obrigação de cuidar e amparar os pais quando comprovado que eles não possuem mais condições de prover seu próprio sustento em função da velhice, doenças ou carência de recursos necessários para fazer frente às suas necessidades. Não comprovados tais requisitos, o pedido mostra-se inviável, pois não se pode dar abrigo a pleitos que instaurem a ociosidade. (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0000.00.288067-2/000, RELATOR DESEMBARGADOR SÉRGIO BRAGA, “DJ” 18/02/2003)

Yússef Sahid Cahali, versando sobre o tema sustenta que:

[...] a doutrina, de maneira uniforme, inclusive com respaldo na lei, identifica duas ordens de obrigações alimentares, distintas, dos pais para com os filhos: uma resultante do pátrio poder, consubstanciada na obrigação de sustento da prole durante a menoridade e outra, mais ampla, de caráter geral, fora do pátrio poder e vinculada à relação de parentesco em linha reta. (**Dos Alimentos**. São Paulo: RT, 1994. p. 401).

Desta feita, o pedido de alimentos, formulado pelo pai aos filhos, funda-se em obrigação decorrente do parentesco. Segundo o art. 1.695 do Código Civil, serão devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclama, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. Neste diapasão, para que o autor faça jus aos alimentos, a jurisprudência fixou alguns requisitos legais, ou seja:

a - velhice, carência ou enfermidade;

b - não ter bens ou ter-se despojado dos mesmos em prol da prole;

c - não poder prover, por seu trabalho, o próprio sustento. (*in* TJMG – APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0000.00.288067-2/000, RELATOR DESEMBARGADOR SÉRGIO BRAGA, “DJ” 18/02/2003)

No caso dos autos, o requerente conta 65 anos de idade, mas embora seja idoso, ficou claro que ele goza de plena saúde. Em que pese tenha alegado que possui problemas de saúde, não carrou aos autos qualquer laudo médico que comprovasse tal assertiva. Não juntou qualquer receita médica que prove faça uso controlado de medicamentos e nem que deva ser considerado pessoa com grave enfermidade decorrente da velhice.

Outrossim, não restou claro que possa ser considerado carente, visto que reside em imóvel próprio, possui telefone celular, cartões de crédito (fls. 22/67). Demais disso, a prova oral revelou que ele é visto, na vizinhança, freqüentando *fliperamas* e *casas de apostas de jogo do bicho*, o que permite inferir que não se encontra em estado de penúria ou miserabilidade.

Quanto ao bem imóvel de sua propriedade, provou-se que o cedeu em parte, a fim de que o filho pudesse construir a própria residência. Todavia, não é possível, pois, considerar que o autor se despojou de bens em favorecimento do filho, o qual não usufruiu sozinho desse bem doado.

Com relação à capacidade de prover o próprio sustento com seu trabalho, o requerente também não se desincumbiu de provar que não pode se sustentar. Ao contrário, restou provado que recebe proventos de aposentadoria (fls. 98) e não logrou êxito em provar que as dívidas tenham sido contraídas, exclusivamente, com o intuito de garantir-lhe a subsistência.

O fato de a idade o impedir de conseguir trabalhar não pode prevalecer, pois a crise econômica é comum a todos os brasileiros, e não há provas de que esteja incapacitado ou mesmo de que o valor dos proventos sejam insuficientes para lhe suprir as necessidades básicas.

Lado outro, imperioso destacar o que ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Um dos princípios mais antigos no âmbito das relações pessoais, independentemente da espécie de vínculo, é o da solidariedade entre as pessoas, e que é sumamente reforçado no âmbito das relações familiares. Os alimentos no Direito de Família, tais como previstos nas legislações em vigor na maior parte dos países, representam a concretização do princípio da solidariedade familiar. Como se sabe, uma das técnicas originárias da proteção social que até hoje se mantém é a família. Na ordem jurídica, as pessoas que mantêm vínculos de natureza familiar – e, portanto, integrantes da família – são, em regra, reciprocamente credoras e devedoras de alimentos sob o prisma do Direito objetivo (**Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2003. p. 104).

Noutro giro, restou patente que o réu é viúvo e responsável pelo sustento de uma filha e um neto ainda menores (fls. 100 e 102), além de auxiliar uma filha maior, mas portadora de deficiência física.

A prova testemunhal, colacionada no termo de depoimento de fls. 130, revelou que o réu “trabalha em uma empresa pequena” e que a sua renda mensal não é suficiente para arcar com as despesas dos dependentes, que ainda são estudantes. Ainda, a filha portadora de deficiência física recebe pensão por morte deixada pela mãe, de valor ínfimo.

O autor não cuidou, contudo, de demonstrar, cabalmente, que o réu detém capacidade financeira para lhe auxiliar no sustento, sem desfalque à própria subsistência e a de seus dependentes, consoante lhe incumbia, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Considerando o binômio possibilidade-necessidade, insculpido no § 1º do art. 1.694 do Código Civil, não pode o filho, ora réu, arcar com o pagamento de pensão alimentícia, sem que isso implique em prejuízo próprio e enriquecimento sem causa do autor.

Isto posto, o Ministério Público opina pela total improcedência da presente ação.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS

Autos nº: –ª Vara de Família

Requerentes:

Espécie:

Meritíssima Juíza:

... e ... ambos qualificados nos autos, propuseram a presente ação de alteração de regime de bens. Alegam os requerentes que se casaram em 11 de julho de 2003, sob o regime de comunhão parcial de bens, conforme certidão de casamento de fls. 06. Pretendem a alteração do regime de bens da comunhão parcial para o regime de bens da separação convencional.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 06/11.

Os requerentes acostaram, às fls. 21/110, a documentação, solicitada através do parecer exarado às fls. 14/18.

Realizada audiência, oportunidade em que os requerentes ratificaram os termos de petição de fls. 02/05, no sentido de ser alterado o regime de bens do casal, como se infere do termo de fl. 112.

Após, vieram os autos ao Ministério Público para manifestação.

Em síntese, o relatório.

Os autores pretendem a alteração do regime de bens da comunhão parcial para o regime de separação de bens, alegando que tal medida visa à preservação do patrimônio da requerente, diante da decisão do varão de constituir sociedade empresarial. Asseveraram, ainda, os desgastes e preocupações que a exigência de outorga do cônjuge virago acarretam ao relacionamento conjugal, mas salientaram que a pretendida modificação de regime não prejudicará direito de terceiros.

De início, imperioso ressaltar que o casamento dos requerentes fora celebrado em 11 de julho de 2003, conforme certidão de casamento de fls. 06, portanto, sob a égide do novo Código Civil.

Com efeito, o novo Estatuto Civil, em seu art. 1.639, § 2º, permite a alteração, condicionada à autorização judicial e à procedência das razões invocadas pelos cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros.

A partir da vigência do novo Código, a doutrina e a jurisprudência discreparam, havendo corrente que admitia a referida alteração também do casamento contraído sob a égide do antigo Código, e outra que só a aceitava para os casamentos realizados sob a nova lei, sustentados pelo art. 2.039. Os adeptos da Segunda corrente alegavam, ainda, que o casamento é um ato jurídico perfeito, de forma que a lei nova não pode alterar suas regras.

Nada obstante, sabe-se que a razão pela qual a antiga legislação proibia a alteração de regime de bens do casamento era a preservação dos direitos do cônjuge, supostamente mais frágil, e o resguardo de interesses de terceiros.

Além disso, a modificação somente se processa mediante pedido de ambos os cônjuges, logo, não há como dizer que um deles será surpreendido ou prejudicado pela nova ordem.

Não há, pois, motivos para se vedar a alteração de regime de bens, sob o fundamento de causar prejuízos a terceiros. Sobre o tema, lapidar é o acórdão da lavra do Desembargador Carreira Machado, *in verbis*:

No caso, nada estará sendo modificado, e aquilo que até então foi realizado não sofrerá qualquer alteração, na medida em que o novo regime de bens só produzirá efeitos a partir da alteração, sem retroatividade, portanto.

Permitir a alteração do regime de bens do antigo casamento não alterará os efeitos jurídicos do matrimônio, na medida em que o novo regime não modificará aquilo que, em relação aos bens até então existentes, e para os novos cônjuges, já terá se operado¹³

Desse modo, a jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem admitido a alteração do regime de bens. Senão, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL - MATRIMÔNIO CONSTITUÍDO NA VIGÊNCIA DO CC/1916 - PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DA COMUNHÃO PARCIAL PARA A SEPARAÇÃO TOTAL - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.639, § 2º, DO NOVO CÓDIGO CIVIL - RECURSO PROVIDO. Segundo jurisprudência predominante neste Sodalício e no colendo STJ, é possível a alteração de regime de bens, mesmo em relação a matrimônios constituídos na vigência do CC/1916, à luz da inteligência do art. 1.639, § 2º, do Novo Código Civil.

CASAMENTO - ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS - POSSIBILIDADE JURÍDICA - INTELIGÊNCIA DO § 2º, DO ART. 1639, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. É admissível alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros. (TJMG – Ap.Civ. nº 1.0704.01.007839-9, Rel. Des. Belizário Lacerda, j. 16/08/2005, p. 27/09/2005)

DIREITO DE FAMÍLIA - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO - CASAMENTO REALIZADO NA VIGÊNCIA DO ANTIGO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE. No Direito de Família, a alteração se admite para todos os casos de regime de bens, não importando a data de celebração do casamento, ante a abrangência do dispositivo legal e ante a exigência de que o pedido seja feito por ambos os cônjuges. (TJMG – Ap.Civ. 1.0514.04.012930-6, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 22/02/2005, p. 11/03/2005)

Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da possibilidade. Assim:

CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002.

Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio (REsp 730 546, Min. Jorge Scartezini, DJ 3/10/2005)

Os requisitos esposados no art. 1.639, § 2, do Código Civil restaram observados. Enfatize-se, ainda, que o pedido foi formulado, consensualmente, por ambos os cônjuges e restou motivado, tendo em vista a necessidade de se resguardar parcela do patrimônio do casal, sobremaneira aquela advinda dos esforços exclusivos do cônjuge virago.

Além disso, no que diz respeito às ressalvas exigidas, que é o caso da preservação do direito de terceiro, inclusive dos órgãos públicos, a documentação carreada às fls. 21/110 é suficiente para comprovar que tais interesses não se encontram ameaçados .

Diante do exposto, opina o Ministério Público pela procedência da ação, para que seja autorizada a alteração do regime de bens da comunhão parcial para o regime da separação de bens, bem como seja determinada a expedição dos competentes mandados, conforme preceitua o art. 1.150 do Código Civil.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2007.

¹³ TJMG – Ap.Civ. nº 1.0518.03.038304-7/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 20/05/2004, p. 29/06/2004.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALVARÁ JUDICIAL

Requerente:

Parecer do M. P.

MM. Juíza:

....., já qualificada nos autos, ajuizou o presente procedimento de jurisdição voluntária, visando à expedição de alvará judicial, para a venda de bem imóvel de propriedade da interditada, da qual é curadora. Para tanto, alega que a referida venda seria vantajosa, vez que o imóvel, correspondente ao lote, quadra, Bairro, por não ser edificado, é tributado com elevado valor, a título de IPTU, o que acarreta ônus para a curatelada. Ademais, os recursos advindos do negócio serão empregados na melhoria da residência da interditada, com a instalação de porta para a passagem de cadeira de rodas, troca de pisos e adaptação do banheiro.

Outrossim, não se trata de único bem imóvel de propriedade da interditada, cuja venda seria imprescindível, em razão dos elevados custos para a manutenção da mesma, que necessita do auxílio de três *cuidadoras/enfermeiras*.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 04/14.

A peça inicial foi emendada à fl. 18, para a retificação do valor da causa.

Em cumprimento ao requerido no parecer ministerial de fl. 20/verso, a requerente acostou a documentação de fls. 24/90.

O auto de avaliação de bem imóvel foi juntado à fl. 99, sobre o qual se manifestou a requerente à fl. 100, oportunidade em que reiterou o pedido inicial.

É o relato e assim recebemos os autos.

Com efeito, nos termos da lei civil, para que seja procedente a autorização postulada, exige-se a demonstração da real necessidade, utilidade e proveito do incapaz quanto ao negócio que se pretenda levar a efeito em seu nome, porquanto tais interesses são o verdadeiro objeto da proteção estatal.

In casu, aduziu a curadora que o imóvel, correspondente ao lote, quadra, Bairro, por não ser edificado, é tributado com elevado valor, a título de IPTU, o que acarreta ônus para a curatelada. Contudo, do auto de avaliação de fls. 99, exsurge que se trata de imóvel em que foi edificada uma casa, com três quartos, copa, cozinha, banheiro, área de serviço, garagem e um “barracão” de fundos.

Portanto, depreende-se que tanto a casa, quanto o *barracão* poderiam ser alugados, o que implicaria na transferência do pagamento do IPTU ao locador e, ainda, geraria renda extra para a interditada.

No que tange à afirmação de que os recursos advindos do negócio seriam empregados na melhoria da residência da interditada, com a instalação de porta para a passagem de cadeira de rodas, troca de pisos e adaptação do banheiro, nenhuma avaliação acerca do montante de tais despesas foi juntada aos autos.

Outrossim, a avaliação judicial do bem consignou o valor de R\$ 95.000,00, enquanto o pretense comprador ofertou apenas R\$ 80.000,00. Não bastasse elevada diferença, parece-nos que os R\$ 15.000,00 poderiam ser empregados, com folga, na realização das benfeitorias necessárias ao imóvel que serve de residência para a curatelada.

Por último, em que pese a alegação de que as despesas da interditada são altíssimas, e, suplantam o valor do benefício previdenciário por ela auferido, outra é a realidade que deflui dos autos, Da análise dos documentos de fls. 24/83, exsurge que os gastos pessoais da curatelada (UNIMED, medicamentos, e *cuidadoras*), somados às despesas da casa – que diga-se, não é habitada apenas pela interditada –, alcançam a soma de cerca de R\$ 2.166,00. São, pois, inferiores aos R\$ 2.262,85 recebidos à título de pensão.

Assim, a transação, na forma como apresentada, não evidencia benefício para a curatelada, mormente porque não restará preservado o valor original do seu patrimônio. Demais disso, não restou patente premente necessidade de alienação do bem, sobretudo, porque ele goza de potencial possibilidade de exploração econômica.

Isto posto, somos pelo indeferimento do pedido.
É o parecer.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2008

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ANULAÇÃO DE CASAMENTO

Autos nº: -^a Vara de Família

Autora:

Réu:

Meritíssimo Juiz,

Cuida-se de ação ordinária de anulação de casamento proposta por ... em face de ..., ambos já qualificados nos autos.

Alega, em síntese, que se casou com o requerido no dia 05/02/2004, adotando o regime da comunhão parcial de bens. Entretanto, após a realização do matrimônio, o réu “passou a dotar uma postura diversa da até então adotada, tratando-a mal, contraindo dívidas em nome da autora e a desmoralizando perante terceiros” (fl.03). Após uma análise da vida pregressa do requerido, a autora descobriu que ele havia sido denunciado por crime contra o patrimônio. Além disso, após ameaçá-la de morte, o suplicado teria abandonado o lar conjugal, em março de 2004, ou seja, apenas um mês após o matrimônio.

Por tais motivos, pugnou pela decretação da anulação do casamento, vez que caracterizado o erro essencial sobre a pessoa do requerido. Outrossim, sob o fundamento do cúmulo objetivo de ações, aforou pedido alternativo de decretação da separação judicial por culpa do réu.

A inicial foi instruída pelos documentos de fls. 09/15.

Procedeu-se à citação editalícia do réu, segundo fls. 20 e 23.

Nomeada curadora ao réu citado por edital, foi ofertada a contestação de fls. 30/32. Alegou, preliminarmente, a nulidade de citação e no mérito, contestou por negativa geral.

A peça de defesa foi instruída com a procuração de fl.28. e declaração de pobreza de fl.31.

A impugnação a contestação feita pela autora, às fls. 34/36.

Proferido despacho saneador (fl.37), designando audiência de instrução e julgamento e fixando prazo para a apresentação do rol de testemunhas pelas partes.

No dia 14/06/2005, a audiência de instrução e julgamento foi realizada, oportunidade em que foram ouvidas duas testemunhas, consoante termos de depoimento de fls. 40/41. As partes aduziram suas alegações finais orais.

O Ministério Público requereu a juntada da certidão de antecedentes criminais do réu e a requisição de informações acerca das partes junto ao SPC e SERASA (fl. 43).

Às fls. 50/53, 57/59 e 63 foi acostada a certidão de antecedentes criminais do requerido e certidões de andamento processual.

Os registros referentes ao SPC e SERASA foram juntados às fls. 71 e 81.

A autora manifestou-se acerca dos documentos novos à fl. 84 e a curadora do réu revel à fl. 85.

Vieram os autos ao Ministério Público.

Preliminarmente, as partes são legítimas, estão regularmente representadas e presentes se encontram os pressupostos processuais e as condições da ação.

Das Circunstâncias de Fato:

A autora alega que se casou com o requerido no dia 5 de fevereiro de 2004, como prova a certidão de casamento de fl. 11, após apenas dois meses de namoro. Afirma, outrossim, que após a realização do matri-

mônio, o réu “passou a dotar uma postura diversa da até então adotada, tratando-a mal, contraindo dívidas em nome da autora e a desmoralizando perante terceiros” (fl.03).

Após uma análise da vida pregressa do requerido, a autora descobriu que ele havia sido denunciado por crime contra o patrimônio, além de ser devedor contumaz, com inscrição de seu nome nas instituições de proteção ao crédito. Além disso, após ameaçá-la de morte, o suplicado teria abandonado o lar conjugal, em março de 2004, ou seja, apenas um mês após a celebração do matrimônio.

Aduz, ainda, a requerente que foi vítima de *um golpe financeiro* arquitetado pelo réu que a levou a contrair dívidas e, conseqüentemente, a ver seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito.

Consoante asseverado pela demandante, o desconhecimento acerca do comportamento indigno e desonesto do réu, bem como sobre a prática do crime de estelionato, foi determinante para a contração do matrimônio, porquanto ela tenha agido em erro. Dessa feita, a descoberta de tais condutas, posteriormente ao casamento, tornaram insuportável a vida em comum.

Ressalte-se que as alegações da autora, sobre as condutas desonrosas do réu, restaram provadas, mediante documentação carreada aos autos, sobretudo às fls. 50/53, 57/59 61, 63 e 71.

Outrossim, a inquirição das testemunhas, por ocasião da realização da audiência de instrução e julgamento, corroborou a tese da requerente, segundo a qual o conhecimento, ulterior ao casamento, de prática de crime pelo réu tornou insuportável a vida conjugal.

Neste diapasão, destaca-se o testemunho de, colacionado à fl. 40:

[...] que sabe que o requerido agrediu a autora e a ameaçou de morte por causa do processo criminal e porque sujou o nome dela; que a autora não sabia do processo antes de casar; que depois da briga o requerido saiu de casa.

Enfatize-se, ainda, o depoimento da testemunha, às fls. 40/41:

[...] que depois que os dois casaram é que ‘a gente foi descobrindo a fama dele’; que descobriu que W era enrolado; que W falsificava documento [...] que o fato de W ter pretendido comprar o carro aconteceu antes do casamento e ele ia comprar o veículo em nome da futura esposa G; que a depoente contou para G esse fato somente depois que ela se casou; que W contou para a depoente que comprou todos os móveis em nome de G; que depois que ela ficou sabendo que ele tinha nome sujo eles tiveram uma briga, que ele ameaçava a autora [...].

Dos Requisitos Legais para a Anulação de Casamento:

A autora fundamentou o seu pedido nos arts. 1.556 e 1.557, II do Código Civil.

O primeiro dispositivo estatui que enseja a anulação do casamento o vício da vontade de um dos nubentes, ao consentir, pautado no erro essencial quanto à pessoa do outro.

O art. 1.557 fixa taxativamente as hipóteses de anulação do casamento, mas, embora a enumeração seja *numerus clausus*, impõe-se sua interpretação teleológica, pois estabelece elementos de ordem subjetiva.

Assim, a interpretação das hipóteses de cabimento da anulação do casamento exige um esforço hermenêutico. Nesse tocante, os julgadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais asseveram:

Interpretar a lei é buscar o seu real sentido e alcance, competindo ao julgador atender aos fins sociais a que a norma se destina e às exigências do bem comum, adotando, dentre outras regras de hermenêutica, a interpretação sociológica da LICC (art. 5º), que revela natureza de ordem pública [...]

Acerca do tema, ensina Maria Helena Diniz que:

O estado civil recebe proteção jurídica de ações de estado, que têm por escopo criar, modificar ou extinguir um estado, constituindo um novo, sendo, por isso, personalíssimas, intransmissíveis e imprescritíveis, reque-
rendo, sempre, a intervenção estatal. É o que se dá com a interdição, separação judicial, divórcio, anulação de casamento etc., que resultam de sentença judicial. (in Direito Civil Brasileiro. 18. ed., v. I. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 194, grifo nosso).

Conclui-se, a partir do exposto acima, que as hipóteses de anulação do casamento devem ser interpretadas com fulcro na finalidade social de sua instituição, qual seja a proteção jurídica do estado civil das pessoas.

O estado da pessoa é um dos predicados da sua personalidade e integra a dignidade da pessoa humana, devendo refletir-lhe a qualidade perante a sociedade, produzindo efeitos jurídicos compatíveis com sua realidade identificadora.

O casamento das partes restou inviabilizado não só pelas ameaças e abandono, perpetrados pelo réu à autora, em menos de um mês de matrimônio, mas, sobremaneira, pela descoberta de que se tratava de pessoa inidônea. Restou provado que a ignorância da autora, quanto ao crime de estelionato praticado pelo réu, anteriormente ao casamento, tornou insuportável a vida conjugal que perdurou por exíguos trinta dias.

A jurisprudência é farta no sentido da viabilidade da anulação nos casos semelhantes ao presente. Assim:

EMENTA: ANULAÇÃO DE CASAMENTO - ERRO ESSENCIAL – INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - ESTADO CIVIL - ATRIBUTO DA PERSONALIDADE - PREDICADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - CASAMENTO NÃO CONSUMADO - CÔNJUGE ABANDONADO LOGO APÓS O CASAMENTO - RECURSO PROVIDO. O estado civil revela atributo da personalidade e predicado da dignidade da pessoa humana, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). A não-consumação do matrimônio, ante a recusa do cônjuge à convivência, à coabitação e ao consórcio carnal, abandonando a esposa logo após a cerimônia, enseja a anulação do casamento, porquanto configurado o erro essencial sobre a pessoa do outro, apresentando-se a inação conjugal hábil ao acolhimento da pretensão deduzida em juízo. (Processo n.º 1.0694.01.002065-9/001(1), Rel. Nepomuceno Silva, j. 29/06/2004)

Casamento. Anulação. Erro de fato e essencial. Ocorrência. Hipótese em que o varão, após o matrimônio, ausente o conúbio sexual, afastou-se do Domicílio conjugal. Exegese do inciso I, do artigo 219 do Código Civil. Ação procedente. Recurso provido. (TJSE, Rel. Donald Armelin, Ap. Cível n. 157.181-1, j. 14/12/1993).

Casamento. Nulidade. Comprovado erro essencial sobre a pessoa da mulher, que mantinha cobduta viciosa, antes do casamento, tornando insuportável a vida em comum, procede o pedido de anulação. Recurso provido. (TJRS – APELAÇÃO CÍVEL nº 583011788 – RELATOR DESEMBARGADOR ELIAS ELMYR MANSSOUR, “DJ” 28/06/1983)

Conclusão:

Diante do exposto, o Ministério Público opina pela anulação do casamento de ... e, requerendo que, após o trânsito em julgado, seja expedido mandado de anulação do casamento, para averbação no cartório competente, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, inclusive perante terceiros, cumprindo-se todos os termos do art. 100 e demais da Lei nº 6.015/1973.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – BUSCA E APREENSÃO DE MENOR EM FACE DA MÃE

Processo n.º:

MM. Juiz,

Trata-se de medida cautelar de busca e apreensão de menor proposta por ... em face de ..., todos qualificados na inicial de fls. 02/08.

O pedido de busca e apreensão refere-se à menor, cuja guarda judicial foi concedida à requerida, por ocasião da decretação da separação judicial das partes. Todavia, a suplicada mudou-se para o estado do Paraná, levando consigo a filha, sem o consentimento paterno, o que tem gerado prejuízos à menor, razão pela qual pretende lhe seja concedida a guarda desta.

Requeru, por fim, a concessão de liminar, expedindo-se o competente mandado de busca e apreensão da menor, bem como pugnou pela procedência da presente ação cautelar.

A petição inicial foi instruída pelos documentos de fls. 09/20.

Foi realizada audiência, oportunidade em que foi determinada a expedição de ofício a “Ltda”, para a averiguação de quem teria autorizado a viagem da menor, segundo termo de fls. 23.

O Ministério Público requereu a realização de estudo psicossocial do caso (fls. 29).

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 75/76.

A requerida manifestou-se às fls. 80/82, acompanhada pelos documentos de fls. 83/89. Apresentou contestação que foi acostada às fls. 102/105 Aduziu que se mudou para a cidade de ..., em virtude de aprovação em concurso público e que jamais impediu o convívio paterno-filial. Na oportunidade, pugnou pela improcedência da medida cautelar.

Impugnação à contestação às fls.97/100.

Realizada audiência, ausente a parte ré, requereu o autor a expedição de carta precatória para a colheita do depoimento pessoal da requerida, para a oitiva da menor, bem como para a expedição de ofícios para a instituição de ensino da menor e para a Prefeitura de ..., segundo termo de fls. 143.

Audiência realizada em 09/11/2007, na Comarca de ..., oportunidade em que foi colhido o depoimento pessoal da requerida e ouvida a menor, conforme termos de fls. 173/175.

Instado a se manifestar, o requerente dispensou a produção de outras provas (fls. 182/verso).

É o sucinto relato.

Parecer do M. Público.

O feito encontra-se em ordem, inexistindo nulidades ou irregularidades a serem sanadas.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos processuais.

O presente feito é medida cautelar que se processa consoante disposto nos arts. 839 a 843 do Código de Processo Civil.

No que toca às medidas cautelares de busca e apreensão, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

Medida cautelar de busca e apreensão de menor – Interesse prioritário da menor - Prova apontando para a conveniência da guarda pela mãe. A guarda de menor deve, preferencialmente, ficar com a mãe, máxime se a prova colacionada nos autos é conclusiva para esta finalidade. (Apelação nº 1.0686.05.151885-6/001, rel. Des. Jarbas Ladeira. Data da publicação: 21/10/2005)

Processo Civil e Direito de Família. Busca e apreensão de menor. Possibilidade. Se a mãe preenche as condições necessárias para ter seu filho menor em sua companhia, tais como, mas não só, carinho, lar, condições econômicas e sociais, há que lhe ser deferida a busca e apreensão, como medida de zelo aos interesses da criança, ainda mais quando os laudos técnicos acostados aos autos não desmerecem a autora, não havendo, também, indícios de suposta vida desregrada da apelada. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG – Proc. nº 1.0000.00.220249-7/000, rel. Des. Almeida Melo. Data da publicação: 30/10/2001)

É cediço que a ação de busca e apreensão, ainda que submetida ao rito das medidas cautelares, é instrumento hábil para reaver a companhia da filha menor que se encontra na posse da mãe, sem qualquer decisão judicial que autorizasse essa situação de fato.

Na esteira do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é aconselhável que a guarda de filhos menores seja atribuída à mãe, exceto naquelas situações em que reste demonstrado a inidoneidade da genitora para o desempenho de seu papel, o que, nestes autos, não se comprovou.

A prova dos autos circunscreve-se, basicamente, à perícia técnica, consubstanciada nos parecer social, além do depoimento pessoal da genitora e da oitiva da menor.

Segundo se depreende do Estudo Social, *“a infante está recebendo orientação e educação necessária por parte da genitora e do padrasto, freqüente escola, faz aulas de teclado, tratamento de saúde e possui um bom vínculo afetivo com a sua genitora e com o padrasto, mantém contato com o genitor”* – fls. 76.

Também, por ocasião da colheita do depoimento pessoal da requerida, ela afirmou que *“está exercendo a guarda de sua filha I desde a separação entre a depoente e o autor; que desde então sua filha mantém*

contato com o autor e vai visitá-lo durante as férias”. Salientou, ainda, que a menor “*tem problema da glaucoma congênito*”, mas se submete a tratamento com profissional indicado pelo médico que a acompanhava em ..., como se depreende do termo de fls. 174.

Acerca do rendimento escolar da menor, aduziu a genitora que “*I estuda em colégio particular e ela apresenta bom desempenho*”. Por fim, alegou que a filha não demonstra interesse em ir residir na casa paterna e que ela e o ex-esposo não mantêm um bom relacionamento.

Ainda, a própria menor, durante a realização de audiência, verbalizou o desejo de permanecer com sua genitora, “*pois possui um bom relacionamento com sua mãe*” (fls.175). Salientou, também, que “*tem boas notas e não tem muitas faltas*” e que “*tem um quarto só seu e sua casa tem computador e que se dá muito bem com o padrasto*” (fls. 175).

Logo, se a mãe preenche as condições necessárias para ter sua filha menor em sua companhia, não há que ser deferida a busca e apreensão ao requerente, que tem resguardado o direito de visitas.

Isto posto, o Ministério Público opina pelo indeferimento da medida liminar pleiteada pelo requerente.

Belo Horizonte, 28 de março de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – BUSCA E APREENSÃO DE MENOR EM FACE DO PAI

Processo nº:

MM. Juiz,

Trata-se de medida cautelar de busca e apreensão de menor proposta por ... em face de ..., ambos já qualificados na exordial de fls. 02/04.

O pedido de busca e apreensão refere-se à menor ..., cuja guarda de fato passou a ser exercida pelo requerido, “*em virtude de um episódio no qual a requerente solicitara a ajuda da ex-sogra, a fim de que a mesma a orientasse, no que tange aos cuidados médicos com a criança*” (fls. 03). Aduz que, desde então, o requerido proibiu o contato entre mãe e filha, inclusive impedindo a amamentação.

Requeriu, por fim, a concessão de liminar, expedindo-se o competente mandado de busca e apreensão da menor, bem como pugnou pela procedência da presente ação cautelar.

A petição inicial foi instruída pelos documentos de fls. 05/13.

O requerido ofertou a contestação de fls. 15/18, aduzindo que a requerida, há seis meses, espontaneamente, entregou a criança aos cuidados paternos, uma vez que ela estava “desnutrida” e “doente”, fato que revelaria que “a mãe não possui a menor condição de criar e cuidar da menor” (fls. 16). afirmou, ainda, que jamais impediu o convívio materno-filial. Na oportunidade, pugnou pela improcedência da medida cautelar e acostou os documentos de fls. 19/24.

Impugnação à contestação às fls. 25/27.

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 32/34 e do estudo psicológico, às fls. 35/36.

Foi realizada audiência conciliatória que restou frustrada, ante à intransigência das partes, consoante termo colacionado às fls. 42/43. Na oportunidade, foram colhidos os depoimentos pessoais da requerente e do requerido.

É o sucinto relato.

Parecer do M. Público.

O feito encontra-se em ordem, inexistindo nulidades ou irregularidades a serem sanadas.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos processuais.

O presente feito é medida cautelar que se processa consoante disposto nos arts. 839 a 843 do Código de Processo Civil.

É cediço que a ação de busca e apreensão, ainda que submetida ao rito das medidas cautelares, é instrumento hábil para reaver a companhia da filha menor que se encontra na posse do pai, sem qualquer decisão judicial que autorizasse essa situação de fato.

Na esteira do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é aconselhável que a guarda de filhos menores seja atribuída à mãe, exceto naquelas situações em que reste demonstrado a inidoneidade da genitora para o desempenho de seu papel, o que, nestes autos, não se comprovou.

A prova dos autos circunscreve-se, basicamente, à perícia técnica, consubstanciada nos pareceres social e psicológico.

Segundo se depreende do Estudo Social, a menor foi deixada aos cuidados da família paterna, por sugestão do próprio requerido, já que ela apresentou problemas gastrointestinais e a requerente passava por dificuldades financeiras e para conciliar o horário de trabalho e os cuidados demandados pela menor.

Enfatize-se que não restaram evidenciados quaisquer sinais de maus tratos ou de abandono da menor por parte da mãe. Ao contrário do afirmado pelo suplicado, a requerente está inserida no mercado de trabalho e, durante o período de afastamento, buscou preservar os laços de afetividade com a filha, através das visitas.

O relatório do estudo técnico concluiu que “*no momento, a requerente encontra-se socialmente estabilizada, o que lhe possibilita exercer a guarda de M*” (fls. 34).

Também o laudo do Estudo Psicológico consignou, a respeito da menor, que “*no estágio de desenvolvimento em que esta se encontra, é necessário um contato materno mais estreito do que lhe tem sido proporcionado, e não foi observado nenhum aspecto que impeça a genitora de estar com a filha em sua companhia*”. E finaliza: “*portanto, sugerimos que a criança fique sob a responsabilidade da genitora*” (fls. 36).

Logo, se a mãe preenche as condições necessárias para ter sua filha menor em sua companhia, há que lhe ser deferida a busca e apreensão, como medida de zelo aos interesses da criança, que conta apenas dois anos de idade (fls. 08). Sobretudo, porquanto os laudos técnicos acostados aos autos respaldam tal medida.

Isto posto, o Ministério Público opina pelo deferimento da medida liminar pleiteada pela requerente, tendo-se em vista o melhor interesse da menor e por estarem presentes o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Belo Horizonte, 25 de julho de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CAUTELAR INOMINADA – GUARDA

Requerente:

Requerida:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de AÇÃO CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO LIMINAR proposta por ... em face de ..., ambos já qualificados nos autos.

Cuida-se de pedido de concessão de guarda provisória referente aos menores, filhos das partes, cuja guarda vem sendo exercida pela requerida. Entretanto, em razão de diversas atitudes temerárias desta, as crianças estão sendo expostas a riscos de toda ordem, motivo pelo qual pretende a alteração imediata da guarda.

Aduz que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* restaram configurados, uma vez que a requerida não exerce com adequação o múnus de guardiã dos menores, o que, inevitavelmente, os expõe à situação de risco à integridade física e moral. Requereu, por fim, a concessão de liminar, deferindo-lhe a guarda provisória dos menores.

A peça exordial de fls. 02/03 foi devidamente instruída pelos documentos de fls. 04/10.

A audiência conciliatória realizada restou prejudicada, diante da ausência da parte requerida, consoante se infere do termo de fls. 16.

Realizada audiência de justificação, oportunidade em que foi ouvida uma testemunha, consoante termos de fls. 17/18.

A requerida ofereceu a contestação de fls. 19/25, asseverando que os menores devem permanecer sob sua guarda, já que não há nenhum fato comprovado que desabone a sua conduta como mãe e guardiã. Acostou os documentos de fls. 26/31.

Às fls. 33/35, o Ministério Público exarou parecer em que opinou contrariamente ao deferimento da medida liminar pleiteada.

Exarou-se decisão através da qual foi indeferida a liminar postulada, como se vê às fls. 36.

O requerente impugnou a contestação às fls. 37/ e acostou outros documentos às fls. 38/41.

Foi realizado o estudo social do caso, cujo laudo se encontra às fls. 47/49, sobre o que as partes se manifestaram às fls. 59/63 e fls. 63.

O relatório do estudo psicológico foi acostado às fls. 64/68, seguindo-se nova manifestação às fls. 70/71. Nova audiência conciliatória designada, oportunidade em que restou inviável a celebração de acordo pelas partes, consoante termo de fls. 76.

A requerida manifestou-se, nos presentes autos, às fls. 86/88 e às fls. 95/98, asseverando o fato de que a menor A, residente em companhia paterna, não estaria freqüentando instituição regular de ensino.

O requerente acostou o comprovante de matrícula da menor às fls. 103.

Foi realizado novo estudo social na comarca de Nova Lima, cujo relatório se encontra às fls. 122/124.

O autor manifestou-se às fls. 129/130, acostando os documentos de fls. 131/132.

É o relatório.

O presente feito é medida cautelar inominada que se processa consoante disposto nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil.

A rigor, o processo cautelar não é a via adequada para a discussão acerca da modificação da guarda, sendo imperiosa a propositura de ação principal.

Todavia, a jurisprudência é pacífica no sentido de que *“as medidas cautelares também podem ser satisfativas, e muitas vezes são necessariamente satisfativas, como ocorre em matéria de família. Além disso, há muitas situações em que a simples liminar na cautela, já produz o efeito exaustivo.”* (RJTJ – ERS, 133/239)

In casu, verifica-se que as partes contendem pela guarda dos filhos menores desde novembro de 2004. O prolongamento da discussão acerca da situação litigiosa acarretou a separação dos menores, sendo que, de fato, A se encontra sob a guarda paterna, enquanto M está sob os cuidados maternos.

A análise dos documentos carreados às fls. 130/131 revela que a falta de decisão acerca da guarda tem trazido enormes prejuízos aos interesses dos menores, sobretudo de A. Como se infere, ainda, do laudo do estudo social de fls. 122/124, as “idas e vindas” das crianças entre o lar paterno e materno acarretou a *perda do ano escolar* para A.

Assim, com escopo na necessidade de prevalência dos interesses da menor, e, diante dos estudos social e psicológico realizados, que sinalizaram para este caminho deverá a guarda provisória da menor ser deferida ao requerente.

Enfatize-se que a conclusão daqueles estudos, sobretudo daquele colacionado às fls. 122/124, foi no sentido de que a pré-adolescente ficaria em situação mais aconselhável e confortável na companhia paterna.

Lado outro, o interesse maior dos menores não reside em uma precipitada mudança de guarda, mas na apuração cautelosa das denúncias de ambas as partes, e numa decisão que evite alterações desnecessárias em suas rotinas de vida.

Diante de tal fato, deverá a presente medida cautelar inominada ser convertida em ação ordinária de modificação de guarda, para a melhor apuração dos fatos, mediante ampla instrução probatória. Nesse sentido é o precedente jurisprudencial:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR - REQUERIMENTO PATERNO - AÇÃO CAUTELAR CONVERTIDA EM ORDINÁRIA - EFEITOS DA GUARDA - PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA - DEFERIMENTO MANTIDO. (TJMG – AI nº 1.0024.03.056816-6/001, rel. Des. Audebert Delage, j. 5/11/2004)

Isto posto, pugna o *Parquet* pelo deferimento da guarda provisória da menor A ao requerente, mantendo-se a guarda provisória da requerida em relação a M. Propugna, ainda, pela intimação da requerida para que regularize sua representação processual nos autos, bem como pela designação de audiência de instrução e julgamento.

Belo Horizonte, 21 de março de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CAUTELA INOMINADA

Autora:

Réu:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de medida cautelar inominada proposta por ... em desfavor de ..., ambos já qualificados nos autos.

A requerente aforou a presente ação cautelar de separação de corpos, arrolamento de bens, fixação de guarda provisória e de alimentos, aduzindo que manteve com o requerido uma união estável entre os anos de 1991 e 2003. Pretende o acolhimento liminar dos pedidos como medida preparatória da propositura de ação de reconhecimentos e dissolução de união estável.

Acostou os documentos de fls. 14/49.

Os pedidos liminares foram parcialmente concedidos às fls. 56/57.

O requerido ofertou a contestação de fls. 74/91, acompanhada pelos documentos de fls. 92/93. Opôs, outrossim, os embargos de declaração de fls.94/96 que não foram conhecidos (fl. 98).

A decisão de fls. 56/57 desafiou a propositura do agravo de instrumento de fls. 101/120.

Impugnação à contestação às fls. 151/158.

Às fls. 159/170 foi acostada a cópia do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que negou provimento ao agravo, mantendo os alimentos provisórios fixados em 15% dos rendimentos líquidos do requerido, bem como o arrolamento cautelar dos bens.

A audiência de justificação foi realizada em 7 de julho de 2006, oportunidade em que as partes rechaçaram a possibilidade de celebração de um acordo, segundo termo de fl. 228. Procedeu-se à oitiva de quatro testemunhas (fls. 229/231).

A requerente apresentou alegações finais escritas às fls. 233/241 e o requerido, às fls. 243/254. Nesta oportunidade, foram acostados os documentos de fls. 255/294.

Sobreveio manifestação da parte requerente às fls. 322/328, oportunidade em que foram coligidos os documentos de fls. 329/365.

Nova manifestação do requerido às fls. 365/370, comprovando a situação de desemprego (fls. 371/372) que motivou o pedido de bloqueio do FGTS do mesmo, formulado pela demandante às fls. 374.

O Ministério Público opinou pelo indeferimento do pedido à fl. 381/verso.

Às fls. 389/390, a requerente noticia o inadimplemento da obrigação alimentar e requer a intimação do requerido para “saldar as prestações alimentares que estão em atraso desde o mês de dezembro de 2006, nos termos do art. 733, § 1º e § 2º do CPC”. Acostaram-se os documentos de fls. 391/399.

Vieram os autos ao Ministério Público.

De início, cumpre destacar que a fase instrutória foi encerrada no momento da realização da audiência, cujo termo se encontra à fl. 228. Dessa feita, todos os documentos acostados após a apresentação de alegações finais das partes devem ser desentranhados, uma vez operados os efeitos da preclusão.

Enfatize-se, sobretudo, que o pedido consignado às fls. 389/390 deverá ser deduzido em processo autônomo de execução.

Em relação ao direito, sabe-se que a tutela jurisdicional cautelar tem objetivo específico, ensejar à parte ativa uma garantia provisória, de natureza processual, para assegurar a prova ou eventual futura execução. Eis, a propósito, a lição de THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 4. ed. São Paulo: LEUD, 1980. p. 40:

Não basta ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja definitivamente justa, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Em outras palavras, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistir ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta, quando chegar a fase instrutória do processo; ou ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer por carência dos próprios alimentos.

Assim, não podem ser confundidas a tutela jurisdicional cautelar da tutela jurisdicional principal. Esta visa à solução do conflito de interesses (processo cognitivo) ou satisfação do direito material acertado (processo de execução), enquanto aquela tem por escopo, exclusivamente, a garantia de efetividade dos dois tipos de processos mencionados.

A manutenção da medida preparatória, porém, sofre limitação temporal, determinando a lei o prazo de 30 dias para interposição da ação principal, de acordo com o art. 806, do CPC.

Neste sentido, firmou-se a orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Cautelar. Ajuizamento da ação principal. Trintídio legal. Termo inicial. Efetivação da liminar. Art. 806, CPC. Efeito. Perda de eficácia. Precedentes. Recurso desacolhido.

I. Na linha da jurisprudência desta Corte, o trintídio legal previsto no art. 806, CPC, conta da data da efetivação da liminar.

II. Entende também este Tribunal que o não-ajuizamento da ação principal acarreta a perda da eficácia da liminar e não a extinção da cautelar.

III. Sem prequestionamento, não se inaugura a via do recurso especial. (Ac. no REsp. nº 431.418/MG, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 23/09/2003, DJU 19/12/2003, p. 472).

No presente caso, a certidão de fl. 182 noticia a propositura da ação de dissolução de união estável (autos nº ..., em apenso), embora a liminar de arrolamento de bens não estivesse cumprida integralmente.

Com efeito, as partes não divergem em relação à existência da união estável entre março de 1991 e julho de 2003, o que restou corroborado pela prova testemunhal.

No que toca ao filho comum, a guarda provisória deverá ser mantida em favor da requerente, posto não haja nos autos qualquer prova acerca de condutas que inviabilizassem o exercício do *munus* de guardião, com o que concorda o requerido.

Certa a obrigação alimentar, uma vez provada a relação de parentesco, o *quantum*, provisoriamente fixado no patamar de 15% dos rendimentos líquidos do requerido, deve ser mantido, até porque há notícia de situação de desemprego do mesmo (fls. 371/372). Em casos tais, ministra a jurisprudência que “a circunstância de estar o alimentante desempregado não impede execução de alimentos, que deve ser feita com base na última remuneração recebida e no percentual antes arbitrado” (TJMG – Ap.Civ. nº 1.0702.02.024958-8/001, Rel. Des. Célio César Paduani, p. 2/09/2005).

Por fim, uma vez demonstrado o receio de dissipação dos bens, deverá ser determinada a expedição dos ofícios requeridos ao DETRAN e aos Cartórios de Registro de Imóveis de ... e ..., para que se proceda ao bloqueio dos bens descritos às fls. 09/10.

Diante do exposto, o Ministério Público opina no sentido de que sejam julgados parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos termos expostos.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERDIÇÃO E CURATELA DE ASCENDENTES

Requerente:

Interditanda:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de interdição de ..., portadora de quadro de agitação psicomotora e delirante, intentada por sua filha ..., a qual pretende ser nomeada curadora.

O feito transcorreu validamente, na forma dos arts. 1.177 e segs. do Código de Processo Civil, tendo sido instruído, dentre outros, com os seguintes documentos: procuração (fl. 05), relatório médico da interditanda (fl. 06), carteira de identidade e CPF da requerente e da interditanda (fls. 07/08), atestado de antecedentes da requerente (fl. 18), comprovante de benefício percebido pela interditanda (fl. 19), formal de partilha (fls. 99/112), declarações de anuência (fls. 120/121), certidão cível (fl. 125), laudo psiquiátrico (fls. 150/156).

À fl. 16, foi deferido o pedido de curatela provisória, nomeando-se curadora a requerente.

À fl. 37, procedeu-se à atermção de audiência de interrogatório da interditanda.

É o breve relato, no que interessa. Passa-se ao exame do caso.

A petição inicial preenche os requisitos legais, tendo sido instruída com a prova de que a requerente se acha legitimada para promover a interdição, já que provado o parentesco com a interditanda (fls. 07/08)

Por ocasião do interrogatório (fl. 37), a interditanda deu mostras de sua deficiência, sendo certo que, decorrido o quinquídio legal, não houve qualquer impugnação ao pedido.

A perícia psiquiátrica comprovou que a interditanda é portadora de transtorno esquizotípico e demência senil vascular que a incapacitam de forma absoluta e permanente para a prática dos atos da vida civil. A referida prova pericial revela-se eminentemente técnica e harmônica às demais produzidas, dispensando, *in casu*, a realização de audiência de instrução e julgamento.

Diante do exposto, o Ministério Público opina pelo acolhimento do pedido, decretando-se a interdição de e nomeando-se a requerente sua curadora.

Outrossim, conforme prescrição do art. 1.184 do Código de Processo Civil c-c art. 92 da Lei nº 6.015/75, a decisão a ser proferida deverá ser publicada no diário oficial por três vezes e inscrita no registro de pessoas naturais.

Deverá, ainda, ser declarada a suspensão dos direitos políticos da interditada, *ex vi* do disposto no art. 15, inc. II, da Constituição da República, oficiando-se ao Cartório Eleitoral, para fins de exclusão do nome da incapaz da lista de votação, se, porventura, inscrita.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2006.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERDIÇÃO E CURATELA DE DESCEDENTES

Processo nº

MM. Juiz,

..., qualificado nos autos, ingressou com ação de interdição de seu filho, aduzindo, em síntese, na inicial de fls. 03/09, instruída por docs. fls. 10/100, que em virtude de acometimento de enfermidade mental, advinda de “uso e abuso de substâncias químicas lícitas e ilícitas” o réu está incapacitado de gerir sua própria pessoa e seus bens. Assevera, ainda, que diante “da volúpia por angariar novas dívidas, faz-se necessária a imediata interferência dos seus genitores, para cuidar de seus bens e de sua saúde, uma vez que o requerido atualmente está inabilitado para o trabalho”.

Audiência de interrogatório cujo termo de encontra às fls. 138/139.

Impugnação ao pedido de interdição acostada às fls. 154/174. Foram juntados os documentos de fls.175/205.

Em face da decisão que indeferiu o pedido de curatela provisória (fl. 142), foi interposto o agravo de instrumento de fls. 206/209.

Acostou-se vasta documentação acerca da vida financeira do interditando (fls. 214/325) sobre a qual se manifestaram as partes (fls. 327/331 e fls. 332/340).

Parecer do Ministério Público às fls. 353/355, pugnando pela remessa dos autos ao juízo de Família da Comarca de ..., domicílio do interditando.

A competência foi declinada para a 4ª Vara de Família da Comarca de ..., mediante decisão exarada à fl. 368.

O feito foi recebido no estado em que se encontrava (fl. 179) e as partes manifestaram-se, novamente, acerca das declarações de imposto de renda do réu, relativas aos exercícios de 200/2003 (fls.386/390 e fls. 391/397).

Nomeado perito judicial, as partes apresentaram quesitos. O relatório da perícia médico-legal foi colacionado às fls. 423/433 dos autos.

Realizada audiência especial, oportunidade em que foi determinada a realização de estudo psicossocial (fl. 490).

Laudos do estudo psicossocial às fls. 501/502 que foi complementado às fls. 550/551.

O Ministério Público requereu a realização de uma segunda perícia psiquiátrica, o que foi deferido à fl. 558/v.

Laudos psiquiátricos forenses às fls. 573/579, acerca dos quais tiveram vista as partes (fls. 585/589 e fls.590/593).

O pedido de concessão da curatela provisória foi deferido, através da decisão de fls. 596/597.

Certidão de curatela provisória à fl. 598.

O réu interpôs o agravo de instrumento de fls. 601/611. Opôs, ainda, os embargos de declaração de fls. 612/620.

O despacho saneador de fl. 631 manteve a decisão agravada e não acolheu as razões opostas nos embargos declaratórios.

Realizada audiência de instrução e julgamento, procedeu-se à colheita de esclarecimentos do perito (fl. 661) e à inquirição de duas testemunhas (fls. 662/663). Ausente o requerido, a parte autora dispensou o depoimento testemunhal do mesmo, como se vê no termo de fls. 659/660.

Prorrogação da curatela provisória à fl. 684.

O alvará, requerido às fls. 676/677, para a venda de bem imóvel de propriedade do curatelado foi deferido à fl. 694.

Às fls. 697/698, o curador provisório requereu a expedição de outro alvará, objetivando a alienação de um cavalo de propriedade do interditando (fl. 699).

O requerido apresentou suas alegações finais escritas às fls. 700/702.

É o relatório, em síntese.

Os pressupostos processuais e as condições da ação estão presentes.

Não há irregularidades a serem sanadas no presente feito.

Restou provado, a partir das duas provas periciais, que o interditando é portador de transtorno afetivo bipolar (CID10, F31.7) e de transtorno mental decorrente da dependência de álcool e cocaína (CID10, F10.2 e F14.2). As enfermidades apontadas nos laudos periciais de fls. 423/433 e de fls. 573/579 acarretaram um “quadro de prodigalidade, secundário ao alcoolismo e à dependência química” o que o trona relativamente incapaz para os atos da vida civil.

Vê-se que o acervo probatório do processo é formado pela oitiva do requerido em juízo (audiência de impressões pessoais às fls. 138/139), pelos laudos periciais de 423/433 e de fls. 573/579, firmados por Dr. e médicos psiquiatras que responderam aos quesitos formulados pelas partes. Somem-se, ainda, o relatório do estudo psicossocial de fls. 501/502 e fls. 550/551, os depoimentos testemunhais colacionados em AIJ e inúmeros documentos relativos à administração do patrimônio e renda do interditando.

Do cotejo dos documentos carreados ao feito, exsurge que o requerido apresenta dependência ao álcool desde o ano de 1994, o que lhe causou diversos transtornos pessoais, dentre os quais o divórcio, a internação em sete clínicas especializadas em desintoxicação e a sua retirada do cargo de diretor comercial da empresa ..

Demais disso, restou caracterizada a realização pelo curatelado de inúmeros negócios fracassados, fatos que provocaram a preocupação dos requerentes com o filho. Depreende-se, pois, a reunião de esforços para a proteção da saúde física, psíquica e, também, do patrimônio pessoal do interditando, com vistas à solução das dívidas, das demandas judiciais e da utilização de bens por terceiros.

Embora, em um primeiro momento, não tenha restado claramente evidenciado o comprometimento da capacidade mental do interditando, principalmente tendo-se em conta a precisão e a coerência com que ele respondeu às perguntas do juízo (fls. 138/139), outra foi a conclusão a que chegaram os médicos peritos.

Pelos laudos técnicos, os peritos nomeados pelo juízo confirmaram a existência do quadro patológico indicado na inicial, ao concluírem que “*o periciando apresenta um quadro de prodigalidade secundário a alcoolismo, dependência química e transtorno afetivo bipolar (este atualmente em remissão)*”. Os médicos psiquiatras destacaram que

afirmamos a necessidade de tratamento compulsório por médico a escolha da família (se possível com a participação do paciente) para se evitar complicações degenerativas ou letais a sua saúde a ainda tutela do acesso do periciando a seus bens e rendimentos como forma de garantir a permanência do patrimônio, bem como impedir o financiamento da dependência química (fl. 579).

Consoante já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DE INTERDIÇÃO – INDÍCIOS DE INCAPACIDADE POR DOENÇA MENTAL E/OU POR PRODICALIDADE – NECESSIDADE DE LAUDO PSQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO. *Por traduzir a curatela dos interditos em uma restrição ao princípio da dignidade da pessoa humana, exige-se ampla dilação probatória para a verificação de alguma de suas hipóteses permissivas, dispostas no art. 1.767, do CC. Se a causa de pedir da interdição possui lastro tanto na incapacidade da parte por anomalia psíquica e/ou comportamental e sua possível correlação, torna-se imprescindível, para a segurança da decisão judicial, a realização de prova técnica tanto por um psiquiatra quanto por um psicólogo.* (TJMG – AGRADO Nº 1.0024.04.385138-5/002 EDILSON FERNANDES, “DJ” 9/09/2005.

In casu, determinou-se a realização de estudo psicossocial, a partir do qual se depreendeu que o próprio requerido

declara entender que seu pai tinha razão ao propor a presente ação, admitindo que, outrora, estava muito envolvido com o uso abusivo de substâncias alcoólicas e que as pessoas não o levavam a sério, além daquelas que se diziam amigas, mas o incentivavam ao consumo de bebidas e se aproveitavam da situação, procurando tirar vantagem, em virtude de sua condição financeira (fl. 550).

Cumpre, ainda, esclarecer que o laudo do estudo psicossocial de fls. 550/551 concluiu que

do ponto de vista técnico, percebe-se que o Sr. J encontra-se, no momento, com algumas dificuldades de ordem social e psicológica, uma vez que, em função da própria doença, podem ocorrer recaídas e a adesão ao tratamento, em geral, torna-se difícil para o paciente. Além disso, nota-se que os medicamentos utilizados pelo requerido limitam-no em algumas ações cotidianas, como o próprio exercício laborativo (fl. 551).

O requerente é pai do interditando, conforme prova a certidão de nascimento de fl. 16. Uma vez que o múnus de curador provisório tem sido exercido por ele, desde dezembro de 2006, o Sr... é a pessoa que, no momento, reúne as melhores condições para o exercício do encargo.

Emanam dos já mencionados laudos periciais e estudo psicossocial elementos circunstanciais convincentes da conveniência da decretação da interdição do requerido, em virtude de “quadro de prodigalidade, secundário ao alcoolismo e à dependência química”, constatações que restaram amparadas pela prova testemunhal.

Ora, consoante expressa previsão do art. 1.772, do Código Civil, a decretação de interdição, em virtude de prodigalidade, ou, nos termos do inciso III do art. 1.767, exigem a circunscrição de limites impostos pelo art. 1.782 do mesmo diploma legal. Colho, no pertinente, decisão nesse sentido do STJ:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. INTERDIÇÃO. PRODIGALIDADE. MOTIVAÇÃO. O JUIZ NÃO ESTÁ ADSTRITO AO LAUDO PERICIAL, PODENDO FORMAR A SUA CONVICÇÃO COM ELEMENTOS OU FATOS PROVADOS NOS AUTOS. (ART. 438, CPC). ASSIM É QUE, INDICADOS OS MOTIVOS QUE FORMARAM O CONVENCIMENTO A RESPEITO DA PRODIGALIDADE DETERMINANTE DA INTERDIÇÃO, NÃO HÁ COGITAR DE NEGATIVA DA VIGÊNCIA AO ART. 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PERFEITAMENTE DISPENSÁVEL, NO CASO, REFERIR A ANOMALIA PSÍQUICA, MOSTRANDO-SE SUFICIENTE A INDICAÇÃO DOS FATOS QUE REVELAM O COMPROMETIMENTO DA CAPACIDADE DE ADMINISTRAR O PATRIMÔNIO. A PRODIGALIDADE E UMA SITUAÇÃO QUE TEM MAIS A VER COM A OBJETIVIDADE DE UM COMPORTAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO QUE COM O SUBJETIVISMO DA INSANIDADE DA CAPACIDADE PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 1180 DO CPC NÃO CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (RESP 36208 / RS, Terceira Turma, Relator Min. Costa Leite, publicada no DJ de 19/12/1994, p. 35.308).

Com efeito, a interdição do requerido só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Na oportunidade, o *Parquet* não se opõe ao deferimento do pedido formulado às fls. 697/698.

Ex positis, em face das considerações dante tecidas e, por tudo mais que dos autos consta, o *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS*, por sua Promotora de Justiça no uso de suas atribuições legais, opina seja a presente ação julgada PROCEDENTE, com a decretação da interdição de , nos termos do art. 1.767, V e do art. 1.782 do Código Civil, sendo nomeado curador o Sr...

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CURATELA / LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO

Processo nº

MM. Juiz,

..., qualificado nos autos, ingressou com ação de levantamento de interdição em face de, aduzindo, em síntese, na inicial de fls. 02/05, instruída por docs. de fls. 06/12, que em virtude de enfermidade mental de que fora acometido, decretou-se a sua interdição. Entretanto, tratava-se de depressão acarretada pela perda do emprego, mas com possibilidade de remissão. Afirma ainda que há mais de quatro anos readquiriu o equilíbrio psicológico, responsabilizando-se por seus atos, razão pela qual pretende gerir seus bens

e reingressar no mercado de trabalho. Na oportunidade formulou pedido de antecipação de tutela e a revogação da curatela.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido através da decisão exarada às fls.21/22.

Regularmente citada, conforme certidão de fl. 29, a curadora apresentou a contestação de fls. 31/34. Argüiu a ilegitimidade ativa do autor, porquanto não esteja representado e, no mérito, pugnou pela improcedência da ação, uma vez que o requerente seria portador de quadro de esquizofrenia irreversível. Acostou aos autos os documentos de fls. 37/43.

Impugnação à contestação às fls. 45/50.

Diante da alegação de que a curadora e o interdito estariam separados de fato, foi deferida a antecipação da tutela concernente ao afastamento daquela do exercício do múnus, segundo fl. 63/verso.

Foi acostada a cópia do relatório do estudo psicossocial realizado nos autos da interdição (fls. 76/80).

Às fls. 151/152, a irmão do interdito requereu sua nomeação como curadora provisória do autor. Juntou os documentos de fl. 158, pelo que foi deferido o pedido à fl. 159/verso.

Certidão de curatela provisória em substituição acostada à fl. 161.

A perícia médica realizou-se em 21/03/2006 e o laudo psiquiátrico forense foi acostado às fls. 174/177.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, conforme termo de fl. 213, oportunidade em que foi dispensada a produção de outras provas

Sucintamente relatados, opina-se.

Há legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Do cotejo dos laudos técnicos, acostados às fls. 76/77 e fls.78/80, exsurge que os peritos nomeados pelo juízo concluíram, em setembro de 2003, que

M apresentou-se às entrevistas com cuidados satisfatórios em relação a sua aparência, lúcido e bem orientado quanto ao tempo e ao espaço. Seu discurso é lógico e atualmente demonstra possuir uma boa consciência de si e da realidade a sua volta. Do ponto de vista psicológico, como foi observado e descrito no presente estudo, os motivos que justificaram o pedido de interdição parecem cessados no momento (fl. 80).

O laudo psiquiátrico forense de fls. 174/177 consignou que

o periciando apresentou-se assintomático e apto a se autogerir e a gerir seus bens, em aparente contradição ao diagnóstico anteriormente firmado. Porém, a história de vida atual (misticismo e apragmatismo) corrobora o diagnóstico anteriormente firmado, já que é possível a uma psicose esquizofrênica se estabilizar, mesmo sem tratamento medicamentoso, quando o seu portador está isento dos fatores estressantes e com hábitos de vida pouco exigentes, sendo comum vincularem-se a práticas místicas e esotéricas, destituindo-se de maiores ambições.

Concluiu, por fim, que “o periciando apresenta-se apto e capaz” (fl. 176).

Por último, consigna-se que os pedidos formulados pelo interdito às fls. 194/195 e 204/205 devem ser deferidos, uma vez que os valores depositados em conta corrente de titularidade da antiga curadora foram auferidos pelo ora autor em novembro de 2004, data em que as partes já se encontravam separadas de fato.

Ex positis, face as considerações d'ante tecidas e, por tudo mais que dos autos consta, o *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS*, por sua Promotora de Justiça no uso de suas atribuições legais, opina seja a presente ação julgada *procedente*, determinando-se o levantamento da interdição de, com escopo no § 2º do art. 1.186 do Código de Processo Civil.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRESTAÇÃO DE CONTAS

Processos n.º:

MM. Juiz,

Trata-se de Ação de Prestação de Contas proposta por ... em face de ..., todos devidamente qualificados nos autos.

Alegam os autores que, através de sentença prolatada nos autos da ação de interdição, em apenso, nomeou-se o réu como curador definitivo de Entretanto, asseveram que, com base em perícia contábil realizada pela empresa, verificou-se o desvio de recursos de propriedade do interditado, utilizados em proveito próprio do curador. Requereram a citação do réu para que preste as devidas contas em relação à administração das despesas e receitas do curatelado, bem como a destituição do curador.

A petição inicial foi instruída pelos documentos de fls. 13/22.

Regularmente citado, o réu apresentou a contestação de fls. 30/35, acompanhada pela documentação de fls. 36/283.

Impugnação à contestação às fls. 274/283.

Foi realizada nova perícia contábil, cujo laudo foi juntado às fls. 357/391 (anexos às fls. 392/1.067).

O réu manifestou-se acerca do laudo pericial às fls. 1.076/1.79, formulando quesitos suplementares às fls. 1.080/1.086 e acostando documentos às fls. 1.087/1.098.

O perito acostou os esclarecimentos ao laudo pericial às fls. 1.101/1.110, acompanhados pelos documentos de fls. 1.111/1.114.

Em face de requerimento do réu (fls. 1.134/1.135), o perito apresentou nova descrição do débito (fls. 1.146).

Realizada audiência, conforme termo de fls. 1.189, oportunidade em que foi indeferida a oitiva da testemunha (fls. 1.190) e dispensada a produção de outras provas pelas partes.

A parte autora apresentou suas alegações finais escritas às fls. 1.191/1.198.

Não obstante o encerramento da fase instrutória, foi realizada perícia grafotécnica, cujo laudo foi acostado às fls. 1.216/1.225, acompanhado pelos documentos de fls. 1.226/1.246.

Nova manifestação do réu às fls. 1.255/1.256.

O Ministério Público ofertou parecer final às fls. 1.257/1.259 e foi prolatada sentença às fls. 1.260/1.264, condenado-se o réu à devolução de R\$ 153.544,06.

O réu interpôs recurso de apelação, cujas razões se encontram consignadas às fls. 1.269/1.277.

Apresentadas contra-razões à apelação às fls. 1.279/1.285.

Às fls. 1.293/1.299, foi apresentado parecer ministerial, opinando pelo desprovimento do recurso.

Em 30 de junho de 2005, foi proferido acórdão pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, anulando-se, parcialmente, o processo, em virtude de cerceamento de defesa (fls. 1.304/1.308).

O réu pugnou pela intimação do autor, para que apresentasse todos os documentos referentes à curatela, desde 1996 até a presente data (fls. 1.312/1.313).

Os autores manifestaram-se às fls. 1.318/1.323, asseverando a inexistência de quaisquer documentos em poder dos autores. Acostaram os documentos de fls. 1.325/1.332.

Intimado o autor, a apresentar os documentos que comprovam as despesas do curatelado, referidas nas fls. 1.151/1.152, asseverou que tais documentos estariam em poder do curador (fls. 1.338/1.339).

Às fls. 1.345/1.346, o curador, ora réu, reiterou que “delegou a administração financeira para seu irmão, M”. Requereu prazo de noventa dias para a realização de nova perícia contábil.

O réu manifestou-se, novamente, às fls. 1.396, reiterando a impossibilidade de comprovar as despesas referidas nas fls. 1.151/1.152.

É o relatório.

Parecer do M. Público.

O feito encontra-se em ordem e presentes estão os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há nulidades a serem sanadas, tendo em vista a abertura de prazo para que o réu produzisse todas as provas por ele requeridas.

A análise dos autos da ação de interdição, em apenso, revela que o ora réu exerce o *munus* da curador do interdito,

Com efeito, constitui princípio de direito universal que todos aqueles que administram ou têm sob sua guarda bens alheios, devem prestar contas. Conseqüentemente, aquele que está obrigado à referida prestação, se presume devedor enquanto não forem havidas por boas.

As provas carreadas aos autos demonstraram diversas irregularidades na administração das receitas do interdito. O laudo pericial de fls. 1.146 consignou um débito, corrigido até o mês de julho de 2002, no valor de R\$ 153.544,06, referente a empréstimos contraídos pelo curador junto ao interdito e a despesas glosadas por falta de documentação suporte.

Dessa feita, em que pesem as inúmeras oportunidades concedidas ao réu, para que apresentasse a documentação hábil a comprovar as despesas supostamente efetuadas para a manutenção do curatelado, o mesmo não logrou êxito.

O relatório da perícia contábil demonstrou uma diferença entre as contas prestadas e o valor proveniente dos rendimentos do interdito, o que leva à presunção de que o réu tenha utilizado tais valores recebidos seu próprio proveito, descuidando das suas obrigações como curador.

Inequívoco, o dever do demandado de demonstrar, pormenorizadamente, em forma contábil, a especificação das receitas e aplicação dos dispêndios, resultantes do exercício da curatela, nos termos do art. 917 do CPC. Destarte, ainda que o Sr. tenha autorizado empréstimos e assinado cheques em nome do interdito, tais atitudes se deram em razão da negligência do curador na gestão dos interesses do curatelado.

Não há, nos autos, provas capazes de desconstituir o relatório da perícia contábil, o qual motivou a decisão recorrida.

Considerando que as contas prestadas não fora havidas como boas, e, considerando as circunstâncias do caso concreto, parece ser bastante oportuno e conveniente exigir-se o depósito, em favor do interdito, da diferença do valor recebido e dos gastos comprovados.

Neste sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Curatela - Exercício - Prestação de contas - Despesas estranhas ao interesse da curatelada - Rejeição - Resultando devidamente comprovada a realização de diversas despesas estranhas ao interesse da curatelada, de rigor se faz a rejeição das contas apresentadas pelo curador, que fica obrigado à recomposição dos valores despendidos. Recurso desprovido. (Apelação nº 1.0701.03.052286-9/001(1), Rel. Des. Lucas Sávio Gomes, Data do acórdão: 23/09/2004. Data da publicação: 8/10/2004).

Diante do exposto, novamente apurado saldo em favor do curatelado, opina o Ministério Público pela procedência em parte da ação, condenando-se o réu a devolver o valor apurado pela perícia referente aos empréstimos contraídos pelo curador junto ao interdito e a despesas glosadas por falta de documentação suporte.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2006.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – REMOÇÃO DE CURADOR

Autos n.º
Interditado:
Requerente:
Requerido:

MERITÍSSIMO JUIZ:

Trata-se de ação de remoção de curador proposta por ..., ambos já qualificados. Argumenta a requerente que o suplicado não exerce satisfatoriamente o munus de curador provisório da Sra. ... uma vez que a institucionalizou em *um asilo clandestino* e impede que os outros familiares a visitem, além de ser uma pessoa com vasto histórico de antecedentes criminais, que responde a processo criminal em curso na Juizado Especial Criminal da capital

A inicial de fls. 02/05 foi instruída pelos documentos de fls. 06/162.

Regularmente citado (fls. 171/v.), o requerido apresentou a contestação de fls. 172/174, acompanhada pelos documentos de fls. 175/179.

Impugnação à contestação às fls. 180/verso.

As partes dispensaram a produção de outras provas.

A requerente apresentou suas alegações finais na forma de memorial às fls. 188/191 e o requerido, às fls. 192/194.

É o relatório.

Trata-se a curatela de instituto que tem por escopo a proteção ao incapaz maior, ou conforme assevera Clóvis Beviláqua, “*curatela é o encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si não possam fazê-lo*”. (Código Civil, cit, obs. 1 ao art. 447).

Conforme assevera o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

A curatela constitui um instituto de interesse público, destinada, em sentido geral, a reger a pessoa ou administrar bens de maiores, porém incapazes de regerem sua vida por si, em razão de moléstia, prodigalidade ou ausência. Como o próprio nome diz, o instituto tem por finalidade preservar a defesa dos interesses do deficiente, cuidando de tudo que diz respeito à sua pessoa e aos seus bens, no limite da necessidade.

Na nomeação de curador o julgador deve ter em vista a situação que melhor se amolda aos interesses do interditado, não podendo permitir que questões econômicas e interesses particulares prevaleçam sobre o seu bem-estar.

A jurisprudência pátria vem entendendo que a análise da curatela deve se ater muitas vezes às peculiaridades do caso concreto, devendo ser deferida a quem tem melhores condições de zelar pelos interesses do interditado. Referida interpretação também encontra respaldo no art. 1.109 do Código de Processo Civil, que estabelece a desobrigação do juiz, quanto ao critério da legalidade restrita, sendo-lhe facultado adotar em cada caso a solução que julgar mais conveniente e oportuna. (TJMG – Proc. nº 1.0024.02.828527-8/001, Rel Desa. Maria Elza, j. 06/04/2006, p. 19/05/2006).

Portanto, sendo instituto de proteção do maior incapaz, é imprescindível que o curador nomeado seja aquele que melhor possa zelar pelos interesse da interditada.

Os documentos acostados às 09/18 e fls. 316 dos autos nº 0024 05 647193 1, em apenso, comprovaram a legitimidade e a idoneidade do requerido para pleitear a assunção do munus da curatela da mãe. Lado outro, o laudo pericial de fls. 404/407 daqueles autos consignou que a interditanda é portadora de demência não especificada (CID 10: F03), portanto, absolutamente incapaz para a prática dos atos da vida civil.

Note-se, também, que o suplicado vem exercendo a curatela provisória, desde 27 de outubro de 2005 (fls. 270), tendo sido regularmente prestadas as contas relativas à administração dos rendimentos da interditanda, como se vê às fls. 271/309).

As alegações da requerente, segundo as quais o curador provisório é uma pessoa com vasto histórico de antecedentes criminais e que responde a processo criminal em curso na Juizado Especial Criminal da capital não merecem acolhida. Os documentos carreados aos autos revelam que todas as representações, formalizadas junto ao Juizado Especial Criminal, consignam como autora a própria requerente (fls. 60/61). Demais disso, não houve qualquer condenação e a boa-fé do suplicado, em relação à administração dos bens e rendimentos da interditanda, restou demonstrada nos autos da ação de interdição.

O estudo técnico, cujo relatório foi carreado às fls. 329/331 dos autos nº..., apurou que a interditanda sempre viveu na companhia do requerido. Todavia, a partir de um acidente que lhe afetou o fêmur e acarretou a paralisia dos membros inferiores, a curatelada passou a depender de cuidados médicos freqüentes, motivo pelo qual optaram por institucionalizá-la.

Com efeito, o Estudo Social destacou que ... a instituição ..., além de oferecer um preço acessível, localiza-se perto da casa do curador, facilitando o contato com a mãe Em visita ao local, pudemos perceber que a interditanda recebe os atendimentos adequados à sua atual situação, os quais implicam em dar-lhe banhos diários, medicá-la, alimentá-la e, se possível, fazer com que possa usufruir de alguma atividade que a instituição ofereça aos seus internos como forma de passar o tempo de modo mais produtivo ... O local é bastante simples, e parece atender às demandas de seus internos. Ao conversarmos com D., esta verbaliza que se encontra muito feliz naquele local, pois é bem tratada por todos ali

Destarte, a perícia técnica foi conclusiva no sentido de que ... o requerente (requerido nos presentes autos) apresenta, no momento, as condições necessárias para ser o curador da interditanda, apesar dos contratempos havidos até então por parte de sua irmã, Sra.... (ora requerente) (fls. 331).

Assim, restou provado que a curador provisório vem zelando adequadamente dos interesses da mãe incapaz.

No que tange à requerente, a perícia técnica realizada nos autos em apenso consignou que, após providenciar a internação da interditanda no Hospital ..., "as visitas da Sra. M conteciam de forma esporádica e rápida e depois de um certo tempo deixaram de existir, caracterizando assim o abandono da mãe naquela instituição por quase um ano, após ter recebido alta".

O mesmo Estudo Social já mencionado apurou que a Sra. não possui profissão definida e nem auferia renda fixa e dificultou os procedimentos médicos realizados na interditanda, tornando-se necessária até a intervenção da polícia, a fim de assegurar que o tratamento prescrito não fosse prejudicado.

Do conjunto probatório do processado e dos autos de interdição em apenso exsurge o comprometimento do curador provisório com o bem-estar da interditada, razão pela qual entendo ser o Sr. a pessoa mais indicada para exercer o múnus.

Diante do exposto, satisfeitos os requisitos legais, opina o Ministério Público pela procedência total do pedido inicial, nomeando-se a como curador de sua mãe e fixando-se a obrigação de prestar contas, anualmente, das despesas efetuadas com a interditada.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO

Proc.
Requerente -
Requerida -

MM Juiz.

Cuida-se de Ação de Divórcio Direto Litigioso proposta por ... em face de ..., sob o fundamento de estarem separados há mais de dois anos, situação fática suficiente a autorizar a dissolução do vínculo conjugal. Consigna, ainda a peça vestibular, proposta versando sobre a partilha de bens e pensão alimentícia ao filho menor do casal, no importe correspondente a 15% dos rendimentos líquidos do varão.

Com a inicial vieram os documentos de fls.09/22.

Designada audiência de conciliação, compareceram as partes declarando a impossibilidade de composição quanto ao objeto da presente demanda (fls.27). A requerida, então, ofertou contestação (fls.32/37), não se

insurgindo contra a decretação do divórcio. Todavia, discordou da proposta no respeitante aos alimentos, às visitas e à partilha. Juntou os documentos de fls. 38/62.

A contestação foi impugnada (fls. 64/67), cuidando o autor de corroborar as assertivas contidas na peça de ingresso.

Audiência conforme termo de fls.95, oportunidade na qual foi colhida a prova testemunhal.

Vieram-me os autos na seqüência. Passo a opinar.

1 - Do lapso temporal

Versando o pedido sobre divórcio direto, incabível qualquer indagação quanto à responsabilidade dos cônjuges pela ruptura da vida comum. Em verdade, o que se há de considerar é tão-somente o tempo em que o casal já não mais coabita, prelecionando sobre o tema, Youssef Said Cahali¹⁴:

Fundamentando-se o divórcio direto, agora exclusivamente, na separação de fato do casal prolongada por mais de dois anos, rompendo de maneira definitiva e irreversível a vida em comum dos cônjuges, nenhuma alegação ou verificação precisa ser feita a respeito da conduta culposa de qualquer deles como causa determinante do esfacelamento da sociedade familiar.

Assim, decorrido o biênio legal, autorizado está o cônjuge a ingressar com ação de divórcio direto.

No caso em foco, não controvertem as partes quanto ao pleito divorcista, sendo certo que há nos autos prova suficiente da separação de fato por mais de dois anos, quer pela prova testemunhal coletada, quer pelo que consta da ação cautelar de separação de corpos em apenso que atesta estar o varão afastado do lar conjugal desde 1/08/00.

Destarte, merece ser decretado o divórcio direto do casal em questão, porquanto sobejamente provado o requisito temporal legal da separação de fato por mais de dois anos.

2 - Da partilha de bens

O embate que trava o casal finca-se em divergências que gravitam em torno da partilha dos bens comuns; do exercício do direito de visita ao filho menor do casal, que ficará sob a guarda da mãe e da fixação dos alimentos a serem prestados pelo varão ao mesmo filho.

O acervo patrimonial do casal — segundo consta da inicial e não fora contestado pela requerida — compõe-se de um veículo ..., um veículo ..., direitos sobre uma cota do ... e um imóvel residencial.

O imóvel, segundo desejo do varão, deve ser vendido e dividido o produto da alienação entre os divorciandos. Por outro giro, a requerida, quanto ao mesmo imóvel, pretende seja o bem doado ao filho do casal, com reserva de usufruto aos doadores.

Não tendo os cônjuges conseguido alcançar o consenso quanto aos destinos do imóvel, urge seja efetivada a partilha da forma mais equânime possível, em partes iguais, cabendo a cada um a fração ideal correspondente a 50% do dito imóvel, permanecendo os cônjuges em condomínio.

No que concerne aos demais bens, o casal já os partilhou extrajudicialmente e de comum acordo, cabendo à varoa o veículo ... e ao marido o veículo ... e ainda os valores recebidos em virtude de distrato envolvendo uma cota de clube. Posterior discussão em torno dos bens já partilhados e até vendidos, como por exemplo eventual direito à torna, escapa da competência deste juízo, devendo ser dirimida nos lindes civis, por cuidar de direito meramente patrimonial, onde haverá possibilidade de se produzir, de forma mais adequada, a prova dos valores dos bens, fins dados às quantias auferidas com as vendas — que até podem ter sido revertidas para o interesse da sociedade conjugal, ainda não dissolvida, etc.

Assim, ao sentir do Ministério Público, urge seja o imóvel do casal partilhado, excluindo-se da mesma partilha os demais bens móveis e valores, já divididos amigavelmente entre as partes.

3 - Do exercício do direito de visitas

No que diz respeito ao direito de visitação, parece ao Ministério Público razoável a proposta da varoa (fls. 33), consubstanciada em visitas com dias e horários previamente fixados, a serem exercidas em finais de semana alternados (das 9 h. de sábado até 20 h. de domingo) e durante as férias escolares, dividido referido período entre os pais divorciandos. Ressalte-se que o requerente não se insurge contra a regulamentação das visitas nos termos propostos (fls. 65).

¹⁴ **Divórcio e Separação.** 10.ed.rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: RT. p.1178/1179

4 - Dos alimentos

Aqui, ao sentir do Ministério Público, reside o ponto nevrálgico da desinteligência entre as partes.

Na inicial alegou o autor que desde a separação de fato, contribui espontaneamente para o sustento do filho comum, 10 anos de idade, com a quantia mensal de R\$ 276,00 (duzentos e setenta e seis reais), correspondente a 22% de seu rendimento líquido. Assevera, ainda, que oferece ao menor dois planos de saúde, além de aulas de basquete, mesada, e outros itens com os quais presenteia a criança, quando sob sua responsabilidade direta. Postula fixação de pensão alimentícia no patamar de 15% de seus vencimentos.

Contestando, a requerida afirmou que os 15% oferecidos pelo varão são evidentemente insuficientes para a manutenção do filho menor, alegando que até então vinha o autor contribuindo com valores que excedem aquele patamar sugerido. Declarou, mais, que o varão é servidor da "Ltda", mas auferir outros rendimentos, já que recebe, assim como a requerida, R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) mensais, provenientes de alugueres da casa que o casal tem em comum (fls.34). Última pugnando pela fixação da pensão alimentícia em 40% dos rendimentos líquidos do varão, junto à "Ltda".

Quando da audiência de instrução e julgamento, o requerente manifestou sua concordância em contribuir para o sustento de seu filho menor, com 23% de seus rendimentos líquidos (fls. 95), no que foi rebatido pela suplicada que afirmou que hoje a pensão ofertada corresponde a 20% de seus ganhos e não 17%, consoante dito na inicial. Propugnou, ainda a suplicada, pela fixação da verba alimentar em 30% dos rendimentos líquidos do varão, a incidir inclusive sobre o 13º salário.

Em suma, vê-se que a discussão em torno da pensão alimentícia restou delimitada entre os marcos de 23% e 30% dos rendimentos líquidos do varão, que é servidor da "Ltda" e percebe, sem considerar descontos, conforme provado nos autos, R\$ 1.474,20 (hum mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e vinte centavos - fls.17).

A varoa, por seu turno, também é servidora da "Ltda", mas recebe mais que o requerente, já que seus rendimentos brutos alcançam a cifra de R\$ 2.026,85 (dois mil, vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos). Todavia, certamente a genitora do menor gasta mais que o requerido, porquanto paga aluguel, condomínio, IPTU, empregada doméstica, escola, lazer, material escolar, roupas, calçados, farmácia, enfim, todos os gastos diários inevitáveis e que são inerentes à manutenção de uma criança com a idade de xx. O varão, por outro lado, mora com sua mãe e não tem outra família, fatos que sinalizam para uma vida menos onerosa, o que demonstra que, com um pouco de esforço e, quiçá, renúncia, pode mesmo o requerente pensionar de forma mais generosa seu próprio filho, como meio de se tentar preservar ao máximo o padrão socioeconômico que tinha a criança antes da separação dos pais.

Assim sendo, por tudo que consta dos autos, opina o Ministério Público no sentido de ser acolhido o pleito da requerida, para fixar em 30% dos rendimentos líquidos que o autor auferir na "Ltda" (bruto menos descontos obrigatórios – INSS e imposto de renda), a pensão alimentícia a ser prestada ao filho menor do casal; *quantum* que seria hoje praticamente suficiente apenas para fazer frente à mensalidade escolar da criança.

Ressalte-se que efetivamente o suplicante tem outra fonte de renda (R\$ 750,00 mensais), a qual não está sendo considerada para fins do cálculo da pensão, fato que justifica o pensionamento nos moldes pugnados pela requerida.

Nestes termos, parece ao Ministério Público estarem preservados os critérios básicos da fixação da obrigação alimentar - binômio possibilidade/necessidade - considerando-se as peculiaridades do caso.

5 - Conclusão

Ex positis, opina o Ministério Público no sentido de ser decretado o divórcio direto do casal em questão, partilhando-se o bem imóvel, regulamentando-se as visitas do varão e fixando-se a pensão alimentícia do filho menor, nos termos retro sugeridos.

É o parecer, *sub censura*.

Belo Horizonte, 22 de dezembro de 2007

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DIVÓRCIO POR CONVERSÃO

Processo n.º

Autor –

Ré –

MM Juiz

Cuida-se de pedido de divórcio indireto aviado por ... em face de ..., ambos qualificados nos autos. Aduz o suplicante que as partes separaram-se judicialmente perante esse juízo há mais de um ano, cumprindo, pois, o lapso temporal legal exigido para a dissolução do vínculo conjugal.

Todavia, afirma o suplicante que, por ocasião da decretação da separação judicial, não foi efetivada a partilha de fração ideal de um bem imóvel, adquirido por ele, na constância do casamento.

Pretende, pois, seja decretado o divórcio indireto das partes, além de partilhado o bem imóvel descrito às fls. 37/39.

A requerida foi citada por edital (fls. 40/41), tendo sido nomeada curadora especial que ofertou a peça de defesa de fls. 42 e 42/verso.

Impugnação à contestação às fls. 44/45.

Com efeito, o casal requerente separou-se em 23/04/2004, consoante consta da sentença prolatada nos autos em apenso, bem como da certidão de fls. 8, fazendo jus à conversão pretendida.

Do cotejo dos autos, exsurge que o bem imóvel, composto pela fração ideal do apartamento n.º do Edifício, situado na Rua, Bairro, foi adquirido pelo varão, por herança, em 10/09/1979 (fls. 12/15).

Logo, tendo as partes se casado em 12 de maio de 1979, por força do disposto no art. 2.039 do Código Civil, o regime de bens obedece ao estatuído nos arts. 262 e seguintes do código precedente. Dessa feita, a quota-parte (13,92742% do bem imóvel descrito às fls. 12/15) deverá ser partilhada entre as partes, na proporção de 50% para cada uma.

Assim, preenchidas que foram as formalidades legais próprias à espécie, com fincas no art. 1.580 do Código Civil, opina o Ministério Público no sentido do acolhimento do pedido de ingresso, decretando-se o divórcio indireto do casal postulante, bem como expedindo-se o formal de partilha.

Belo Horizonte, 06 de junho de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MODIFICAÇÃO DE GUARDA – AVÓS

Autos n.º

Requerente:

Requeridos:

Meritíssimo Juiz:

Trata-se de ação de modificação de guarda do menor requerida por..., todos qualificados na inicial de fls. 02/04.

Aduz o autor que é progenitor do menor, mas que os genitores do menino não possuem condições financeiras para criá-lo e nem para lhe oferecer educação e saúde. Requer lhe seja concedida a guarda do neto, uma vez que também os genitores deste vivem sob sua dependência econômica.

A peça exordial foi instruída pelos documentos de fls. 05/13.

Procedeu-se à emenda da inicial às fls. 20/22, para a retificação do pólo ativo da demanda. Na oportunidade, foram acostados os documentos de fls. 22/29.

Acostados aos autos o relatório do estudo psicológico (fls. 41/43) e o laudo do estudo social (fls. 49/51).

Realizada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que em foi deferida a guarda provisória do menor ao avô materno, como se vê do termo de fls. 69. Ato contínuo, procedeu-se à oitiva informal da genitora do menor (fls. 73) e à juntada dos documentos de fls. 74/78 e fls. 81/89.

Este é o relatório. Passo a opinar.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

No que pertine ao mérito, o art. 1.584 do Código Civil estabelece que a guarda será atribuída à pessoa que revelar melhores condições para exercê-la.

Já o art. 33 da Lei nº 8.069/90 fixa que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança. Ainda, a regra constante de seu § 2º fixa que, *“excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.”*

Nesse sentido, tenha-se o magistério de Arnaldo Rizzardo:

Para atender situações peculiares, o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu § 2º, admite a autônoma concessão da guarda de menor e não somente - como medida incidental em procedimentos de adoção ou tutela -, pois visa, assim, a facilitar e incentivar o acolhimento de menores, - que necessitam de família substituta (Direito de Família. v. III, 1994. p. 863).

Certo é que a guarda caberá à pessoa que demonstrar melhores condições de exercê-la, ou seja, que puder velar para que o menor receba os cuidados necessários para seu adequado desenvolvimento físico, moral, intelectual e social.

No caso *sub judice*, alega o avô materno, ora requerente, que o menor, nascido em 9 de agosto de 2006 (certidão de nascimento de fls. 05), desde o nascimento, vive sob seus cuidados e às suas expensas, posto que seus genitores não possuem condições financeiras nem psicológicas para criá-lo e educá-lo satisfatoriamente.

Com efeito, o avô materno possui situação econômica estável, visto que é assessor parlamentar e aposentado, razão pela qual requereu a legalização da guarda do menor, de vez que já a possui de fato, a fim de que possa beneficiá-lo com a inclusão como dependente para fins previdenciários, prestando-lhe a assistência de que necessitam. Aduz que o menor é portador de doença crônica, o que acarreta a necessidade de tratamento médico periódico e a imprescindibilidade da inclusão daquele como dependente do plano de saúde fornecido pela Assembléia Legislativa de Minas Gerais.

Os pais da criança não se opuseram ao pedido, conforme se depreende das declarações de fls. 10/12 e fls. 69. Segundo ministra a jurisprudência mineira:

Sabe-se que a guarda é um meio-termo entre a adoção e a tutela, destinado a regularizar a posse de fato do menor, já que importa em uma situação provisória, devendo ser deferida sempre em melhor benefício do infante. (TJMG – Proc. nº 1.0319.03.014373-3/001(1), rel. Des. Batista Franco, p. 17/12/2004)

De fato, a jurisprudência majoritária tem rechaçado a possibilidade de deferimento do pedido de guarda, quando a finalidade é exclusivamente para fins previdenciários. Todavia, pelo que se extrai dos autos, na realidade, o pedido de guarda, por parte do avô materno, não tem cunho meramente previdenciário.

Ao contrário, além deste fim, a guarda pleiteada objetiva regularizar a posse de fato que os avós maternos exercem em relação ao menor, porquanto a mãe da criança, cuja guarda se postula, embora seja manicure e resida em habitação diversa da dos pais, também depende do auxílio econômico do requerente.

Demais disso, a genitora do menor em tela é portadora de depressão, apresenta dependência química e passou por tentativas de auto-extermínio, consoante se depreende dos prontuários médicos de fls. 81/89.

No que tange ao pai do menor, que reside em casa própria em companhia de outro núcleo familiar, nunca ofereceu ao filho ajuda necessária para sua sobrevivência. Tampouco o visita, desde que rompera o relacionamento com a genitora, quando o menor era ainda recém-nascido.

O procedimento de guarda, por vezes, visa a regularizar uma situação de fato existente e o bem-estar do menor e a sua segurança econômica e emocional devem ser o norte para a solução do litígio, o que poderá determinar que este fique com outrem, que não os pais, se assim for melhor.

Quanto ao menor D, a prova técnica apurou que

encontra-se assistido em suas necessidades básicas. Observamos que tanto a genitora como os avós maternos demonstraram-se investidos no acompanhamento e desenvolvimento da criança, dispensando a esta carinho e atenção. Nada foi verificado no sentido de contra-indicar o exercício da guarda da criança pelos avós (laudo do estudo social – fl. 51).

Extreme de dúvidas que, conforme consta no laudo do estudo psicológico,

D apresentou-se bem cuidado, mostrando desenvolvimento cognitivo e motor compatível com a faixa etária em que se encontra. Durante o atendimento, esteve acompanhado da avó materna, Sra. , com quem demonstrou estabelecer positivo vínculo. Sobre a questão processual, evidencia-se que os requerentes têm em comum a preocupação com o futuro e com o bem-estar da criança em tela. (fl. 43).

É cediço que o estado de pobreza dos genitores não é causa suficiente que habilite a alteração da guarda de menor. Assim “*não basta a simples conveniência econômica para se alterar a ordem natural de posse e proteção aos filhos, mas sim que a companhia do genitor que os tem se mostre deletéria à formação física, psíquica ou moral das crianças*” (RT 525/68). Somente circunstâncias que possam comprometer a saúde, a segurança e a formação do filho ensejam a mudança da guarda.

Nesse diapasão, entende-se que há, nos autos, causa bastante a justificar a alteração no estado de guarda do menor em questão, mormente se considerado que a exclusão deste como beneficiário do plano de saúde poderá acarretar-lhe graves problemas (relatório médico de fls. 44). Ainda, há provas de que a mãe do menor não goza de boas condições emocionais para acerrar-se dos cuidados que ele demanda e o genitor se nega a lhe prestar a devida assistência moral e material.

Em casos similares ao presente, manifestou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbis*:

EMENTA: DIREITO CIVIL. GUARDA DE MENOR. AVÓS MATERNOS. REGULAMENTAÇÃO. SITUAÇÃO PECULIAR. PROCEDÊNCIA. É de ser deferido o pedido de guarda formulado pelos avós maternos, com a concordância expressa dos pais do menor, quando o conjunto probatório dos autos demonstra que a criança se encontra na posse de fato dos autores, os quais têm condições de prestar-lhe assistência material, moral e educacional. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0153.06.051959-9/001, rel. Des. Almeida Melo, Data da publicação 23/08/2007).

EMENTA: Se a legislação que versa sobre a criança e adolescente tem nítido norteammento protetor, se existe norma que prevê hipótese de guarda diversa daquelas expressamente arroladas no próprio texto, se a assunção dos benefícios previdenciários é de todo o interesse do menor, torna-se possível a inclusão desta hipótese na expressão “situações peculiares”, atendida que resulta dessa exegese a “mens lege”, desde que as circunstâncias do caso o autorizem, para que não resulte desvirtuado o instituto da guarda.” (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL nº 000.242.419-0/000, Rel. Des. Bady Curi, data da publicação 15/03/2002).

EMENTA: GUARDA DE MENOR - AVÔ - INTERESSE DA CRIANÇA - ACEITAÇÃO PELOS PAIS - SITUAÇÃO DE FATO - REGULARIZAÇÃO - GENITORA - ESTUDANTE - RESIDÊNCIA EM CIDADE DIVERSA - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - Inexiste óbice para a legalização e transferência da guarda do menor para o avô, que dela cuida, educa e lhe dá assistência desde o seu nascimento, mantendo-o sob sua posse de fato, para atender situações peculiares, conforme preceitua o art. 33, § 2º, do ECA, considerando-se que o pai do infante não lhe dá qualquer assistência, e a genitora é estudante, só retorna à casa nos finais de semana, e é dependente econômica do requerente da guarda. Rejeitada preliminar, nega-se provimento ao recurso. (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.211.218-3/000, Rel. Des. Kildare Carvalho, Data da publicação 27/04/2001).

Isto posto, o Ministério Público opina pela procedência da presente ação.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MODIFICAÇÃO DE GUARDA

Autos nº
Autor:
Ré:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação modificação de guarda proposta por ... em desfavor de ..., ambos já qualificados nos autos, com esteio nos fatos narrados na exordial de fls. 02/07.

Alega o autor que é pai de ... e ..., menores cuja guarda foi deferida à genitora por ocasião da separação judicial das partes. Todavia, afirma que a genitora das crianças “passou a manter uma conduta indesejável e desregrada”, uma vez que “deixou de cumprir as determinações judiciais no que concerne ao sustento e à educação dos filhos” (fl. 03). Requer, pois, o autor lhe seja conferida a guarda definitiva dos filhos, bem como seja exonerado da obrigação de lhes pagar alimentos.

Para instruir o pedido inicial foram acostados os documentos de fls. 08/67.

A petição inicial foi aditada às fls. 71/76, oportunidade em que o requerente alegou que a genitora dos menores, além de não utilizar a pensão alimentícia para adimplir as mensalidades escolares dos menores, se furta da obrigação de acompanhar o desenvolvimento escolar dos mesmos. Acostou outros documentos às fls. 77/78.

Procedeu-se à emenda à inicial à fl. 81, nos termos do despacho de fl. 80.

Através da r. decisão de fl. 82, foi deferido parcialmente o pedido de antecipação da tutela, concedendo ao autor o direito de efetuar os pagamentos das mensalidades escolares dos menores, diretamente à fonte prestadora dos serviços, com o desconto de tais valores da pensão alimentícia.

Citada (fl. 85), a ré ofertou a contestação de fls. 89/92, acompanhada pelos documentos de fls. 93/120.

Impugnação à contestação às fls. 122/123.

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 124/126.

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 131/133.

Audiência realizada em 08/11/2007, frustrada a tentativa de conciliação das partes, segundo termo de fl. 160. Foram colhidos os depoimentos pessoais das partes (fls. 159/160) e procedeu-se à oitiva dos menores (fls. 161/162).

O autor apresentou alegações finais escritas às fls. 165/167.

Este é o breve relato dos fatos.

As partes são legítimas e estão bem representadas.

Não há nulidades a serem sanadas.

Do cotejo dos autos exsurge que os menores, atualmente com doze e dez anos de idade, respectivamente, permanecem desde a separação judicial dos pais sob a guarda materna. Todavia, pretende o autor, genitor dos menores, que a guarda dos mesmos lhe seja deferida, sob o argumento de que a ré não administra os recursos pagos a título de pensão alimentícia em benefício dos filhos. Aduz, ainda, que os menores manifestaram expresso desejo de residirem juntamente com o pai e a madrasta.

Noutro giro, afirma a genitora dos menores que foi vítima de crime de extorsão, razão pela qual não pode adimplir, regularmente, as suas obrigações financeiras relativas ao ano de 2005. No entanto, tal situação já foi contornada. Quanto às suas obrigações como mãe, afirmou que jamais deixou de zelar pela educação dos filhos, tanto assim que o rendimento escolar deles sempre foi excelente. Pugnou pela total improcedência da ação.

O art. 1.584 do Código Civil estabelece que a guarda será atribuída à pessoa que revelar melhores condições para exercê-la.

Já o art. 33 da Lei nº 8.069/90 fixa que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança.

Assim, a guarda caberá ao genitor que demonstrar melhores condições de exercê-la, ou seja, que puder velar para que os menores recebam os cuidados necessários para seu adequado desenvolvimento físico, moral, intelectual e social.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o estudo social realizado apurou que

no que tange aos questionamentos do Sr., quanto à administração da pensão, constatamos junto ao educandário que as mensalidades escolares do ano de 2005 foram quitadas e as do corrente ano vêm sendo pagas. Ademais, percebemos que as despesas com o lar e com as crianças são compatíveis com a receita da pensão repassada pelo requerente (fls. 133).

Importante enfatizar que o estudo técnico aferiu que “os menores demonstram manter uma saudável convivência e estreito vínculo afetivo com a mãe. Mostram-se, ainda, satisfeitos com os cuidados cotidianos que recebem na companhia materna” (fls. 133). Concluiu, portanto, a assistente signatária do laudo que “depreendeu-se que a Sra. vem atendendo as demandas dos filhos com adequação, não sendo observados, no momento, fatores impeditivos para que ela continue exercendo a função da guarda perante” (fls. 133).

Convém assinalar que só se justifica a alteração da guarda, para a preservação do interesse/direito do menor, e quando demonstrada a ausência de condições do guardião, de tal forma que a situação e condição do menor seria tão melhorada a ponto de justificar a necessidade da transferência.

A melhor doutrina e a atual jurisprudência específicas, inclusive deste próprio Tribunal, estão assentadas no sentido de que, em se tratando de guarda de menor, o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio. Nesse tocante:

AÇÃO ORDINÁRIA DE GUARDA DE MENOR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIAS PARA A MODIFICAÇÃO DA GUARDA PELOS PAIS INDEMONSTRADAS - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO PECULIAR LEGAL PARA A MODIFICAÇÃO - IMPROCÊDÊNCIA DO PEDIDO. Não há o alegado cerceamento de defesa se a parte não requereu, na inicial, a produção de qualquer prova. Não resultando demonstradas circunstâncias para a modificação da guarda do menor pelos pais e nem mesmo situação peculiar legal para tal modificação, o pedido seria mesmo de ser julgado improcedente. Improvimento do recurso que se impõe. (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.299423-4/000, rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, p. 21/08/2003).

Deflui da oitiva do menor, consignada às fls. 161, a afirmação de que “se ele pudesse escolher, preferiria ficar com o pai porque tem mais lazer”. Também o menor aduziu que “que gosta tanto do pai quanto da mãe, mas gostaria de ficar na casa do pai porque lá tem alimentação melhor e lazer melhor” (fls. 162). Alegou, ainda, que “gosta mais de ficar na casa do pai, que na casa do pai ele pode dormir mais tarde e que na casa da mãe ele tem que dormir às nove horas” (fls. 162).

Parece nítido que a imaturidade das crianças em tela obsta que elas optem pelo guardião, até porque a escolha manifestada em audiência baseia-se em critérios relativos ao lazer e à maior liberdade experimentada na casa paterna. Em caso similar, manifestou-se, brilhantemente a i. desembargadora Vanessa Verdolim, *in verbis*:

SEPARAÇÃO JUDICIAL - GUARDA DOS FILHOS - MODIFICAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS SÉRIOS - MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO EXISTENTE. Estando a filha na companhia da mãe e o filho na companhia do pai desde a separação de fato e não havendo desídia da mãe para a criação da filha, que se mostra bem situada psíquica, social e familiarmente, não há que se modificar a guarda anteriormente pactuada apenas porque o pai assim o deseja, mormente se os graves fatos alegados na inicial como causa de pedir não restaram comprovados. Deve-se levar em conta que o pai, ao realizar todas as vontades da filha menor, que se encontra em companhia e sob a guarda da mãe, não lhe impondo regras, apenas lhe propiciando lazer nos encontros esporádicos, não a educa para a vida, que impõe sempre limites. Não se pode concluir, apenas por essa circunstância, que a modificação da guarda seja a melhor opção para a criança, apenas porque esta assim timidamente manifesta, sem contudo demonstrar insatisfação por estar na companhia da mãe. Situação de fato que se recomenda manter, em face de inexistência de motivos graves que recomendem a modificação, que não pode ficar apenas ao puro arbítrio do pai. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0407.04.006731-3/002, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson de Andrade, Data da publicação 24/10/2007).

Isto posto, o Ministério Público opina pela improcedência da presente ação.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – GUARDA PATERNA

Autos nº:

Autor:

Ré:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação de guarda proposta por ... em desfavor de ..., com esteio nos fatos narrados na exordial de fls. 03/04.

Alega o autor que é pai de ..., menor que, desde fevereiro de 2006, reside em sua companhia, uma vez que “não estava sendo devidamente cuidado pela requerida” (fls. 03).

Pretende, pois, o autor lhe seja conferida a guarda definitiva do filho, para a regularização de situação de fato já existente há mais de dois anos.

Para instruir o pedido inicial foram acostados os documentos de fls. 05/23.

A competência para processar e julgar o presente feito foi declinada para a Vara de Família (fl. 31).

O pedido de concessão da guarda provisório do menor ao autor foi deferido à fl. 34.

Citada (fl. 43), a ré ofertou a contestação de fls. 46/49, acompanhada pelos documentos de fls. 50/93. No mérito, aduziu que “um pai que abandona a sua esposa e aos próprios filhos a própria sorte” não poderá ser um bom guardião. Afirmou que “sempre demonstrou aptidão para manter os filhos em sua companhia” e que mesmo sem a presença do requerente, “a duras penas manteve bem estar e um ambiente familiar tranquilo” (fl. 48). Pugnou pela improcedência da ação.

Impugnação à contestação à fl. 95.

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 102/103.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 29/01/2008, ausente a parte ré, procedeu-se à oitiva do menor, consoante termos de fls. 110/111.

A parte autora apresentou suas alegações finais escritas à fl. 115.

Este é o breve relato dos fatos.

Do cotejo dos autos exsurge que o menor, nascido em 28 de fevereiro de 1992 (certidão de nascimento de fl. 07), após a separação dos genitores, passou a residir na companhia materna. Todavia, diante do fato de que não freqüentava as aulas da instituição de ensino em que estava matriculado e apresentava-se apático e triste (relatório escolar – fl. 22), foi encaminhado ao Conselho Tutelar. Naquele conselho, na data de 08/02/2006, o menor foi entregue ao pai, ora requerente (termo de entrega e responsabilidade – fl. 09).

É certo que desde o início do ano de 2006, o adolescente passou a viver continuamente na casa paterna e o genitor exerce a guarda provisória de ... desde janeiro de 2007 (termo de compromisso – fl. 36).

Noutro giro, discorda a requerida da transferência da guarda do filho ao autor, aduzindo que “um pai que abandona a sua esposa e aos próprios filhos a própria sorte” não poderá ser um bom guardião. Afirmou, ainda, que “sempre demonstrou aptidão para manter os filhos em sua companhia” e que mesmo sem a presença do requerente, “a duras penas manteve bem estar e um ambiente familiar tranquilo” (fl. 48). Porém, não cuidou de produzir quaisquer provas acerca do alegado, restringindo-se a acostar aos autos cópia da ação de separação judicial das partes:

Saliente-se que, o Comissário da Infância e Juventude apurou que o menor, quando vivia na companhia da mãe, encontrava-se “sem condições psicológicas de dar prosseguimento a sua vida escolar” e com a saúde abalada “porque, além de obeso, sofria de rinite alérgica e sinusite” (fl. 26).

Verificou-se, ainda, que após a transferência do adolescente para a casa paterna, ele passou a freqüentar as aulas na E. E. A Sra..., tia materna do menor, ouvida pelo Conselho Tutelar, afirmou que “acredita que a irmã não tenha condições de cuidar do filho como deveria e que o Sr. tem demonstrado interesse e plena capacidade de fazê-lo” (fl. 27).

No que toca à convivência do menor com a família paterna, o relatório do estudo social consignou que

K estuda a 6ª série do ensino fundamental na Escola Estadual O adolescente informou que prefere residir com o pai, pois o mesmo lhe oferece melhores condições de moradia e afeto, além de se preocupar com a sua educação. K demonstrou estar adaptado ao ambiente familiar paterno e se sentir bem residindo em companhia do requerente (fl. 103).

Ouvido em juízo, o adolescente corroborou as informações prestadas por ocasião da realização do estudo técnico, ou seja, reafirmou o desejo de permanecer sob a guarda do pai (termo de depoimento de fl. 111).

Quanto à genitora da menor, embora tenha ofertado contestação e demonstrado interesse em exercer o múnus de guardião do filho, apurou-se que ela reside na comarca de ..., em local distante da escola da menor, da casa paterna e do ambiente de referência dele.

Convém assinalar que só se justifica a alteração da guarda, para a preservação do interesse/direito do menor, e quando demonstrada a ausência de condições do guardião, de tal forma que a situação e condição do menor seria tão melhorada a ponto de justificar a necessidade da transferência. A melhor doutrina e a atual jurisprudência específicas, inclusive deste próprio Tribunal, estão assentadas no sentido de que, em se tratando de guarda de menor, o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio. Nesse tocante:

AÇÃO ORDINÁRIA DE GUARDA DE MENOR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIAS PARA A MODIFICAÇÃO DA GUARDA PELOS PAIS INDEMONSTRADAS - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO PECULIAR LEGAL PARA A MODIFICAÇÃO - IMPROCÊDÊNCIA DO PEDIDO. Não há o alegado cerceamento de defesa se a parte não requereu, na inicial, a produção de qualquer prova. Não resultando demonstradas circunstâncias para a modificação da guarda do menor pelos pais e nem mesmo situação peculiar legal para tal modificação, o pedido seria mesmo de ser julgado improcedente. Improvimento do recurso que se impõe. (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0000.00.299423-4/000, rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, p. 21/08/2003).

Ora, emanam do já mencionado estudo social elementos circunstanciais convincentes da conveniência do menor permanecer em companhia do autor, consolidando-se, assim, uma situação fática já existente.

Por derradeiro, nos termos do art. 35 do ECA, a guarda sempre é deferida a título precário, ou seja, poderá ser revista mediante pedido de modificação, inclusive reconquistada pela mãe, desde que haja mudança das condições que constituíram a razão de decidir.

Isto posto, o Ministério Público opina pela concessão da guarda do menor ao autor.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE ADOÇÃO

Autos n.º

Autoras:

Réus :

MM. Juiz de Direito:

Trata-se de ação de investigação de maternidade c/c anulação de adoção proposta por e em face de ... e ..., representada por sua curadora, todas já qualificadas nos autos.

As autoras aduzem que são filhas biológicas de No entanto, após o falecimento precoce do genitor, e diante das dificuldades econômicas pelas quais passava a família, a tia materna achou por bem adotar as sobrinhas, com o intuito de ampará-las economicamente.

Alegam as requerente que a adoção implica em ato jurídico simulado, já que elas mantiveram-se vinculadas à mãe biológica, com ela residindo até o casamento. Afirmam que a existência de duas certidões de nascimento e mais uma escritura pública de adoção causa-lhes transtornos, inclusive acusações de falsidade ideológica.

Pretendem, pois, o restabelecimento do *status quo ante*, com a anulação da adoção e reconhecimento da origem biológica nos assentos de nascimento.

A peça exordial de fls.02/10 foi instruída pelos documentos de fls. 11/34.

Audiência de conciliação realizada em 12/04/2007, à fl. 48, oportunidade em que as rés não se opuseram ao deferimento dos pedidos iniciais.

Citação das rés às fls. 45 e 47.

O prazo para apresentação de defesa transcorreu *in albis*, como certificado à fl. 53.

Laudo do exame de DNA às fls. 58/60 e fls. 70/72.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 11/12/2007, à fl. 85, oportunidade em que a ré prestou depoimento pessoal (fls. 86/87) e procedeu-se à inquirição de uma testemunha (fl. 88). Foi determinada a expedição de ofício ao 3º Subdistrito de Registro Civil, para o fornecimento dos originais das certidões de nascimento das autoras.

Certidões de nascimento das autoras acostadas às fls. 93, 96/7.

É o relatório.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

Na petição inicial, pretendem as requerentes a anulação da escritura pública através da qual foram adotadas pela tia materna, ora ré,. Para tanto, aduzem que a adoção, registrada em 15 de setembro de 1975, encontra-se eivada de vício, pois “*não objetivava alcançar a finalidade precípua do instituto, qual seja a de constituir-se uma família, na relação mãe e filho adotivo*” (fl. 03). Prosseguem, ao asseverar que “*a bem da verdade, as requerentes sempre viveram sob o mesmo teto da mãe biológica e sempre mantiveram com a mesma uma situação de fato criadora de vínculos, não só legais, mas afetivos e morais*” (fl. 04).

Requereram, pois, as autoras a declaração da nulidade da adoção, porquanto resultaria em um “*ato simulado*”, “*já que a real intenção da adotante não fora a de adotar as requerentes para substituir a mãe, e, sim, para satisfazer as necessidades financeiras porque passavam*” (fl. 04).

Reza o § 1º do art. 167 do Código Civil que:

Art. 167. [...]

§ 1º haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Com efeito, sobre o tema Clóvis Beviláqua ensina que:

Há simulação, quando o ato existe apenas aparentemente, sob a forma, em que o agente o faz entrar nas relações da vida. É um ato fictício, que encobre e disfarça uma declaração real de vontade, ou que simula a existência de uma declaração que não se fez. É uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Teoria Geral do Direito Civil, § 54, p. 209).

Assim, resta claro que a tia materna, ao adotar as requerentes, pretendia ampará-las, ainda que financeiramente, como se fossem suas filhas. Portanto, a declaração de vontade firmada na escritura pública não era fictícia, tampouco visava à produção de efeitos diversos do ostensivamente indicado.

Outrossim, não há nenhuma prova consistente nos autos no sentido de que a ré não pretendia, efetivamente, substituir a figura materna em relação às adotadas. A prova oral, imprescindível para a prova dos vícios de consentimento, nada esclareceu acerca das reais intenções da adotante.

Demais disso, ainda que tivesse sido provado que a adotante não pretendia substituir a mãe das autoras, mas tão-só suprir as necessidades financeiras das então menores, não haveria simulação. O vício que estaria a inquinar a declaração de vontade seria o erro, consoante reiterado entendimento jurisprudencial dos tribunais brasileiros.

A esse propósito, veja-se:

ADOCACAO. DESCONSTITUICAO DE ESCRITURA. TENDO-SE ORIGINADO A ADOCAO DAS MENORES, DE ERRO SUBSTANCIAL SOBRE AS CONSEQUENCIAS DO ATO, TANTO QUE AS MENORES NUNCA FICARAM EXCLUIDAS DO PATRIO PODER DOS PAIS NATURAIS, E DE SER ADMITIDA A ANULACAO DA ADOCAO, POR ERRO. APELO

DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 588043026, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gervásio Barcellos, Julgado em 21/03/1990).

ERRO SUBSTANCIAL SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DO ATO 1. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. 2. ADOÇÃO. - REVOGAÇÃO. QUANDO CABE. - ANULAÇÃO. ERRO SUBSTANCIAL. - FINS PREVIDENCIÁRIOS. DESVIO DE FINALIDADE. 3. ESCRITURA PÚBLICA DE ADOÇÃO. ANULAÇÃO. ERRO SUBSTANCIAL (Apelação Cível nº 588043026, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gervásio Barcellos, Julgado em 21/03/1990).

ADOÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DE ESCRITURA. TENDO-SE ORIGINADO A ADOÇÃO DAS MENORES, DE ERRO SUBSTANCIAL SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DO ATO, TANTO QUE AS MENORES NUNCA FICARAM EXCLUÍDAS DO PATRÍO PODER DOS PAIS NATURAIS, E DE SER ADMITIDA A ANULAÇÃO DA ADOÇÃO, POR ERRO. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 588043026, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gervásio Barcellos, Julgado em 31/05/1989).

À vista do exposto, o Ministério Público opina pela improcedência total da presente ação.

É o parecer.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS

Processo nº

Autor –

Réu –

Parecer Final do Ministério Público

MM. JUIZ

1. Histórico da ação

Cuidam os autos de ação de investigação de paternidade c/c alimentos proposta por ..., menor impúbere, devidamente representado por sua mãe, em desfavor de Aduz o requerente ser filho do suplicado, posto seu nascimento, em 29 de março de 2000, seja decorrente do relacionamento amoroso havido entre sua genitora e o Sr.... . Sustenta, ainda, que o requerido negou-se a registrá-lo, assim como nunca lhe prestou assistência material. Assevera, mais o suplicante, que sua mãe, que é faxineira, tem enfrentado dificuldades para conseguir mantê-lo, já que assume sozinha todas as despesas necessárias ao seu sustento. Última o pleito pugnando seja o réu compelido a reconhecer a paternidade, bem como ao pensionamento no patamar de um salário mínimo mensal.

A inicial se fez acompanhar dos documentos de fls. 06/11.

Designada audiência de conciliação, não foi possível a composição da lide, amigavelmente, em razão da ausência injustificada da parte ré (fls.16).

Regularmente citado (fl. 13), o réu ofertou a contestação de fls. 17/19, rechaçando a pretensão do autor, sustentando que não manteve relações sexuais com a genitora do menor. Sustentou não ter a mínima condição financeira de assumir encargo alimentício nos moldes pleiteados na proemial, pugnando pela fixação dos alimentos, caso provada a paternidade, em 10% do salário mínimo. A contestação foi impugnada às fls. 23/26.

Aterrada nova audiência, oportunidade em que as partes acordaram em relação à realização de perícia por análise de DNA (fl. 29).

Devidamente intimadas as partes, consoante certidão de fl.32/v., restou frustrada a realização do exame de DNA, porquanto ausente o investigado (fl. 36).

Na fase instrutória realizou-se a audiência, cujo termo encontra-se às fls. 48, procedendo-se à inquirição de duas testemunhas (fls. 49/50). A parte autora aduziu suas alegações finais orais.

Em resenha, o que consta dos autos sob julgamento. Passo a opinar.

2. Mérito da causa

De início, a análise detida dos autos revela que foi marcado exame de DNA, para o qual o réu restou devidamente intimado, como se vê à fl. 32/verso. Todavia, apesar da intimação, o suplicado esquivou-se da realização da prova pericial.

Ora, nesse tocante, entende o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que:

No que se refere ao prejuízo em face da intimação, frise-se que o fato do Recorrente ter sido intimado da coleta de material genético para a realização do exame de DNA, apenas na noite anterior ao dia marcado, por si só não demonstra cerceamento de defesa do Apelado. Principalmente porquanto o mesmo não compareceu ao laboratório, e quedou-se inerte sem oferecer qualquer justificativa nos autos, apenas afirmando agora, tardiamente, em sede recursal, que "...já estava de viagem marcada para a capital mineira", sem, todavia, que tal informação esteja acompanhada de qualquer indício de prova, nem mesmo a motivação da aludida viagem... Pelo exposto, deixo de acolher a preliminar suscitada. Passo ao exame do mérito. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0701.96.007564-9/001, rel. Des. Jarbas Ladeira, p. 12/03/2004).

No caso dos autos, verifica-se que o réu, além de esquivar-se da realização da prova pericial, quedou-se inerte sem oferecer qualquer justificativa. Nítida, pois, a recusa do suplicado em submeter-se ao exame de DNA.

Com efeito, aplicável ao caso tanto o art. 231 do Código Civil, quanto o art. 232 do mesmo diploma legal. Saliente-se brilhante entendimento jurisprudencial, *in verbis*:

O art. 231 traz disposição inovadora que, no entanto, já vinha sendo aplicada por força de entendimento jurisprudencial. Dispõe o referido artigo que "aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa". O art. 232 complementa a regra referida, ao dispor que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame". O alvo dos referidos dispositivos é claramente as ações de investigação de paternidade, nas quais não raro se negam os supostos pais a se submeterem ao exame de DNA. Não se trata, no entanto, da criação de uma presunção legal absoluta. Segundo refere HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *o que se autoriza no art. 232 é "o uso da circunstância de ter a parte se recusado ao exame pericial médico como uma presunção, cuja valoração não deve se dar à luz isoladamente da própria recusa, mas em cotejo com o quadro geral dos elementos de convicção disponíveis no processo*. Se nada mais se produziu como prova direta ou indireta do alegado na inicial, não será razoável nem aconselhável uma sentença de procedência da demanda fundada exclusivamente no gesto processual do réu.

Entendemos que se aplica imediatamente o dispositivo aos processos em curso, desde que ainda não tenha sido proferida a sentença. Trata-se, como visto, de regra que estabelece presunção (embora não absoluta), e tal presunção se dará no momento processual da sentença, em que o juiz apresentará as razões do seu convencimento. (**"Ensaio acerca do impacto do Novo Código de Civil"**. Disponível na Internet, em: "www.mp.sp.gov.br/caocivil/Código")." (TJMG – Apelação Cível nº 1.0701.96.007564-9/001, rel. Des. Jarbas Ladeira, p. 12/03/2004)

Vigora, portanto, a presunção de paternidade do requerido em relação ao autor, já que aquele, mesmo advertido, não cuidou de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito ora pleiteado, conforme determina o art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA - AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS – POSSIBILIDADE – DIREITO DA PARTE - RECUSA À REALIZAÇÃO DO EXAME - PRESUNÇÃO RELATIVA DE PATERNIDADE - ENTENDIMENTO SUMULADO PELO STJ, AUTORIZADO PELO ART. 232 DO NOVO C. CIVIL. "Não é inepta a petição inicial onde é feita descrição suficiente dos fatos que servem de fundamento ao pedido, ensejando ao réu o pleno exercício de sua defesa" (STJ -REsp 343.592/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). *O STJ cristalizou em Súmula o entendimento de que a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção de que o resultado, se fosse realizado, se fosse realizado o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai, a quem compete a prova em contrário (ver art. 232 do CCivil).* (TJMG – Proc. nº 1.0024.05.629349-1, Rel. Des. Wander Marotta, j. 13/09/2005, p. 04/10/2005).

Nítido, pois, que ao suplicado incumbia a prova de que não manteve relações sexuais com a genitora do menor, de que a concepção do menor ocorreu em período diverso daquele em que se relacionou com a genitora do mesmo, ou, ainda, da pluralidade de relacionamento concomitantes da mãe do autor. Ao con-

trário, limitou-se a afirmar “não namorou e nem teve qualquer relacionamento durante oito meses com a mãe do suplicante” (fl.17).

Ao contrário, do cotejo da prova testemunhal produzida depreende-se que o réu “*manteve relacionamento amoroso com M.*”, que “*o relacionamento ocorreu no início do ano de 1999*” e “*durou um ano*”. Além disso, a testemunha asseverou que “*a gravidez da representante legal do autor ocorreu no curso do namoro*” e que o próprio réu falou ao namorado da depoente que era “*o pai do autor*”. Demais disso, as duas testemunhas foram uníssonas, ao afirmarem que a genitora do autor e o requerido mantiveram um relacionamento amoroso em 1999 – termos de depoimentos de fls. 49/50.

Nítido, pois, que associada à presunção de paternidade exsurge a prova de que, à época da concepção do autor, sua mãe mantinha um relacionamento amoroso exclusivo com o réu.

Por último, importante destacar que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já declarou que o exame de DNA não é prova absoluta. No entanto, se os fatos narrados na exordial são confirmados pela prova testemunhal, o pedido deve ser julgado procedente. *In verbis*:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA – DESNECESSIDADE – PROVAS CONTUNDENTES. - Na ação de investigação de paternidade, se há confissão do investigado de que manteve relações sexuais com a mãe do investigante e se as declarações prestadas pelas testemunhas confirmam o relacionamento amoroso havido entre o investigado e a mãe do investigante, à época da concepção do menor, o pedido deve ser julgado procedente, não havendo necessidade de se realizar exame de DNA, mormente quando os réus se desinteressaram por esse exame. - Recurso desprovido. (TJMG – Proc. nº 1.0084.04.911.577-1, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 22/02/2005, p. 11/03/2005).

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DO EXAME DE DNA. PROVA TESTEMUNHAL. DEMONSTRAÇÃO SUFICIENTE. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. I - Em termos gerais, o exame pericial pelo método do DNA não é obrigatório, nem absoluto; mas útil ao descobrimento da verdade. Se por um lado não se deva apoiar o não-comparecimento do investigante ao exame de DNA, a fim de se propiciarem esclarecimentos científicos quanto às questões relativas à alegada paternidade, por outro lado, é inegável que ele não está obrigado a submeter-se a tal análise, ante as garantias individuais constitucionais. II - A jurisprudência pátria admite o reconhecimento da paternidade, ainda que não se realize o exame de DNA, quando existem elementos probatórios que bastem à formação do convencimento do juiz. Por isto, a sentença deve ser confirmada quando o exame de DNA demonstra-se desnecessário porque restou incontroverso que a mãe da investigante manteve exclusivo relacionamento sexual com o investigado ao tempo da concepção (TJMG – Proc. nº 1.0514.01.001.759-8/001, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 08/06/2004, p. 25/06/2004).

Assim, restou demonstrada a relação de parentesco, que gera o dever de sustento, inerente ao exercício do poder familiar. Além disso, a menoridade do autor — a qual faz presumir a necessidade aos alimentos pleiteados —, torna certa a obrigação alimentar.

Resta, tão-só, analisar-se a capacidade contributiva do réu, para que a pensão alimentícia seja fixada com observância do binômio necessidade/possibilidade, insculpido no § 1º do art. 1.694 do Código Civil.

O autor alegou que o requerido exerce a função de servente da construção civil, com renda mensal de R\$ 500,00, e que possui, assim, capacidade contributiva de suportar o encargo de pensioná-lo com valor correspondente a um salário mínimo por mês.

O réu, a seu turno, afirmou que está desempregado e “vive de bicos” dos quais “extraí rendimento de R\$ 40,00 semanais” (fl. 17). Dessa feita, não teria condições de prestar os alimentos no valor reivindicado pelo autor, ofertando alimentos no importe de 10% do salário mínimo.

É firme a jurisprudência no sentido de que o desemprego, sem que haja outros obstáculos para o alimentante conseguir serviço lícito, não é justificativa bastante para afastar a obrigação alimentar. Demais disso, “a pessoa que goza de boa saúde não pode alegar falta de serviço, quando lhe for possível dedicar-se a atividade diversa da que tinha, desde que compensadora”.¹⁵

Do cotejo dos autos exsurge que o valor da última remuneração, percebida pelo réu, consoante ele próprio alegou, alcançou o importe de R\$ 360,00. Todavia, aduz que *vive da ajuda de sua companheira*, já que o rendimento que auferê é *totalmente absorvido* com as suas despesas pessoais.

¹⁵ TJMG – Ap.Civ. nº 1.0702.02.024958-8/001(1), Rel. Des. Célio César Paduani, p.02/09/2005

Embora não haja nenhuma prova acerca das alegações do requerido, também o autor não logrou êxito em demonstrar, efetivamente, os reais ganhos do réu. Por conseguinte, a fixação da verba alimentar deve pautar-se pela realidade fática, segundo a qual, *in casu*, o devedor auferia menos do que um salário mínimo por mês.

A obrigação alimentar deve amoldar-se ao trinômio que a justifica (necessidade, capacidade e proporcionalidade), mormente por competir aos pais a assistência, sustento, guarda, criação e educação dos filhos menores - necessidade presumida - corolário sócio-jurídico do poder familiar. Conforme já salientado, a precariedade da situação econômico-financeira do alimentante não se mostra hábil a eximi-lo dessa obrigação legal, porquanto se apresenta módico e razoável o *quantum* ofertado pelo réu, a título de alimentos.

Sobre o tema, vale transcrever acórdão do Tribunal Mineiro:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIMENTOS – ALEGAÇÃO DE DESEMPREGO – INSUFICIÊNCIA – DIREITO DO MENOR – BINÔMIO-LÉGAL ATENDIDO – MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO – RECURSO IMPROVIDO. 1. A alegação de desemprego não exime o pai do dever de pensionar o filho menor, máxime quando se cogita que o próprio alimentante sinalizou a possibilidade de arcar com o pagamento de determinado valor, tendo a sentença fixado quantia bastante aproximada desse *quantum*. 2. Atendido o binômio legal, nega-se provimento ao recurso. (AC nº 1.0079.02.008602-5/001, 4.ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Silas Vieira, j. 23/02/2005).

Assim, parece ao Ministério Público razoável a fixação da pensão no patamar de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

3. Conclusão

Ex positis, opina o Ministério Público no sentido do acolhimento parcial do pedido inaugural, a fim de que seja reconhecida a paternidade do autor sobre o menor, para que seja a pensão alimentícia fixada em valor correspondente a 50% do salário mínimo.

É o parecer, *sub censura*.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2007

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – REVISIONAL DE ALIMENTOS – IMPROCEDÊNCIA

Autos n.º

Requerente:

Requerido:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação revisional de alimentos ajuizada por ..., menor devidamente representada por ... em desfavor de ..., todos já qualificados. Argumenta que, em virtude do crescimento adveio aumento de novas despesas, em razão disso, pretende a majoração dos alimentos para o importe de um do salário mínimo.

A peça exordial de fls. 05/04 foi instruída pelos documentos de fls. 05/10.

A audiência de conciliação restou infrutífera, ante à intransigência das partes, como se vê do termo de fl. 14. Regularmente citado, o réu ofertou a contestação de fls. 15/16. Na oportunidade, juntou os documentos de fls. 17/19.

O autor apresentou impugnação à resposta, às fls. 21/22.

O Ministério Público opinou pelo prosseguimento do feito, à fl. 23.

Com o despacho de fl. 25, o MM. Juiz encerrou a fase instrutória.

A seguir vieram-me os autos.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e condições da ação.

Quanto ao mérito, estabelece o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.699, que, “*se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.*” (grifo nosso).

Com efeito, ensina Yussef Said Cahali que

a redução, exoneração ou agravação do encargo alimentar, quando já fixados os alimentos, só se recomenda quando ‘sobrevier mudança na fortuna de quem os supre ou de quem os recebe’, [...] não se pode alterar o quantum arbitrado em favor da alimentada se prova não se fez de qualquer alteração de ordem econômica [...] (Dos Alimentos – p. 982).

Assim, para que seja acolhido o pedido de revisão da verba alimentar, imprescindível a verificação da modificação das condições econômicas dos interessados, confrontando-se àquelas existentes à época da fixação da pensão com as atuais.

Primeiramente, verifica-se que a pensão alimentícia foi fixada, inicialmente, por sentença prolatada, por ocasião da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, no patamar de 25% (vinte e cinco por cento) do salário mínimo (fl. 05).

Na hipótese em tela, verifica-se que pretende a autora seja majorados o valor da pensão alimentícia, sob o fundamento de aumento de seus gastos com alimentação, saúde, vestuário e educação. Assevera ainda, que sua genitora está desempregada e passa por dificuldades financeiras, o que a impossibilita de arcar com as suas despesas mensais.

Lado outro, resiste o réu, alegando o decréscimo de sua capacidade econômica, em virtude de estar desempregado.

No presente caso, o pedido formulado pela autora fundamenta-se na circunstância de que ficou desempregada e com o crescimento da beneficiária, houve inequívoca majoração de seus gastos. Todavia, a autora não traz aos autos quaisquer indícios de capacidade do réu para esse *quantum*, cingindo-se sua argumentação a simples assertivas desprovidas de sustentação fática (fls. 05/09).

Assim, a autora não se desincumbiu do *onus probandi* que lhe competia, atinente a suposta mudança na situação financeira, para melhor, do réu a contento do ônus da prova que lhe é atribuído pelo art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, não restando demonstrado nos autos o fato constitutivo do direito pleiteado.

Giuseppe Chiovenda¹⁶, ao discorrer sobre o ônus da prova e os fatos constitutivos e impeditivos, leciona que:

O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes de produzir o efeito que lhe é natural.

Já Francesco Carnelutti¹⁷, ao focar o ônus da prova, pondera, *in verbis*:

Raro será, mas é, no entanto, sempre possível o caso de, excluída a presença do fato a avaliar, não haver também quaisquer provas. Dentro do possível, o direito procura obter a essa eventualidade por meio do que chamei disponibilidade das provas, e a obrigação de prova testemunhal constitui uma dessas típicas situações jurídicas que se relacionam com tal instituto. Mas tal meio não pode ir além de certos limites, pelo que a falta de prova de um fato não é uma hipótese meramente teórica mas um dado da realidade.

Lado outro, o réu carrou aos autos prova de que sua situação financeira mudou para pior quando da fixação da pensão alimentícia, conforme se constata no documento de fls. 17/18.

Dessa forma, diante da ausência de provas do alegado, bem como da situação do réu, ora apresentada, deve-se manter o valor da obrigação alimentar já fixada.

À vista do exposto, o Ministério Público opina pela improcedência da presente ação, para que seja mantida a verba alimentar fixada.

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2007.

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998. p. 451.

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Lejus, 1999. p. 540/542.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – REVISIONAL DE ALIMENTOS – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO I

Autos nº

Autora:

Réu:

Meritíssimo Juiz,

Cuida-se de ação revisional de alimentos ajuizada por ..., menor representada por sua mãe, em face de ..., todos já qualificados nos autos.

Alega a autora que houve alteração do binômio necessidade-possibilidade, consubstanciada na majoração das suas necessidades, já que foi matriculada em instituição particular de ensino, bem como na redução da fortuna de sua genitora que foi exonerada do cargo público que ocupava. Requereu o aumento da pensão alimentícia para o importe de 35% (trinta e cinco por cento) dos rendimentos do réu.

A peça exordial de fls. 02/05 foi instruída pelos documentos de fls. 06/17.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido às fls. 18 e 18/verso, majorando-se a pensão alimentícia para o importe de 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do réu.

Citado (fl. 21), o réu apresentou a contestação de fls. 24/28, acompanhada pelos documentos de fls. 29/35.

Impugnação à contestação às fls. 39/43. Na oportunidade, a autora acostou os documentos de fls. 45/254.

A audiência de conciliação restou infrutífera, diante da intransigência das partes, segundo termo de fl. 266.

Realizada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que restou inviabilizada a tentativa de celebração de acordo, consoante termo de fl. 474. Procedeu-se à inquirição de duas testemunhas.

A autora apresentou suas alegações finais às fls. 478/486 e o réu, às fls. 491/494.

Este é o breve relato dos fatos.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

Na hipótese em tela, verifica-se que pretende a autora seja majorado o valor de sua pensão alimentícia, sob o fundamento de que houve o aumento de suas necessidades, em razão da idade e, sobretudo, da elevação das despesas concernentes à mensalidade escolar e à aquisição de material escolar.

Lado outro, resiste o réu, ao alegar que arca com o pagamento de alimentos mensais em valor superior a um salário mínimo, além das despesas concernentes a consultas médicas e à aquisição de medicamentos, já que a autora é sua dependente junto ao IPSEMG. Assevera que a majoração das necessidades da alimentada não restou claramente demonstrada e que a genitora daquela pretende matriculá-la em instituições de ensino muito caras, incompatíveis com o padrão de vida que ele pode lhe proporcionar.

Afirmou, ainda, que é responsável pelo sustento de outra filha menor, além de arcar com o pagamento das despesas de seu novo lar.

É cediço que a revisão do valor dos alimentos só pode prosperar quando houver alteração no binômio necessidade/possibilidade. Estabelece o Código Civil, em seu artigo 1.699, que, “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.”

Com efeito, ensina Yussef Said Cahali que

a redução, exoneração ou agravação do encargo alimentar, quando já fixados os alimentos, só se recomenda quando ‘sobrevier mudança na fortuna de quem os supre ou de quem os recebe’, [...] não se pode alterar o quantum arbitrado em favor da alimentada se prova não se fez de qualquer alteração de ordem econômica [...] (Dos Alimentos. p. 982).

Assim, para que seja acolhido o pedido de revisão da verba alimentar, imprescindível a verificação da modificação das condições econômicas dos interessados, confrontando-se àquelas existentes à época da fixação da pensão com as atuais.

Inicialmente, verifica-se, que à época da fixação da obrigação alimentar, por ocasião da separação judicial dos genitores da menor, o réu responsabilizou-se pelo pagamento de alimentos no montante de 20% (vinte por cento) sob seus rendimentos líquidos, mais as despesas de assistência médica, odontológica e farmacêutica – fls. 22/226, dos autos nº 002401 591503-6.

No presente caso, o pedido formulado pela autora fundamenta-se na circunstância de que, quando fixado o importe da prestação alimentícia, da qual é beneficiária, possuía tenra idade, ou seja, apenas um ano. Todavia, com o passar do tempo, aos seis anos de idade e inserida em instituição particular de ensino (fls. 361/362), houve inequívoca majoração de seus gastos.

Ora, é inequívoca a circunstância de que os gastos de uma criança de tenra idade são bem menores do que os de um infante, o que aliás restou fartamente demonstrado nos autos, devendo o pai compreender e participar de tal situação.

No entanto, verifica-se também o aumento das despesas do demandado que formou nova família (fl. 33), inclusive com o nascimento de mais uma filha menor (fl. 34). Consoante fixa a mais moderna orientação jurisprudencial, proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ALIMENTOS. REVISÃO. CONSTITUIÇÃO DE NOVA FAMÍLIA. PROLE SUPERVENIENTE. 1 - A constituição de nova família, com a superveniência de prole, é fato juridicamente relevante a justificar o pleito revisional, pois não se pode privilegiar um filho em detrimento de outro. 2 - Apelo improvido. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0024.06.086380-0/001, Rel. Des. Nilson Reis, Data da publicação 9/10/2007).

Outrossim, embotar a constituição de nova família e nova prole seja um fato jurídico relevante, por si só, não desautoriza a majoração dos alimentos. Portanto, não demonstrada a alteração da capacidade financeira do alimentante, há que se acolher o pleito revisional.

Assim, do cotejo probatório produzido nos autos pode-se inferir que, nada obstante tenha constituído nova família, houve a majoração dos rendimentos mensais do réu, os quais somavam R\$ 2.341,42 em agosto de 2007 (fls. 276/278 e fl. 348).

Noutro giro, incumbe a ambos os pais prover a subsistência dos filhos menores, calhando trazer à baila lição do ilustre jurista Yussef Said Cahali, em sua obra **Dos Alimentos**. 2 ed. São Paulo: RT, p. 400: “Incumbe aos genitores a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes à subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos.”

Por conseguinte, à genitora da menor impõe-se o pagamento de parcela das despesas desta. A alegação inicial de desemprego restou superada no decorrer da ação, porquanto a própria representante legal da menor tenha alegado que é servidora pública (fl. 482).

Por último, sabe-se que a forma híbrida de prestação de alimentos, a despeito de legalmente admitida, é recomendada, tão somente, nas hipóteses em que se revelar impossível a contribuição material exclusivamente em espécie. Logo, o pensionamento em espécie constitui a regra, sendo que a forma híbrida de pensão constitui hipótese excepcional. Percebe-se, pois, que no presente caso, o uso do cartão de convênio médico e farmacêutico pela menor é fonte de constantes conflitos entre as partes. Assim, mostra-se prudente que seja majorado o montante da verba alimentar fixado em pecúnia, para que sejam atendidas todas as necessidades da menor e, para que seja desonerado o devedor do ônus de arcar com o pagamento *in natura*. Ressalte-se que a genitora da infante é servidora pública estadual, e ambas podem utilizar-se do IPSEMG para tais fins.

Os alimentos devem amoldar-se ao trinômio que os justifica (necessidade, capacidade e proporcionalidade), mormente por competir aos pais a assistência, sustento, guarda, criação e educação dos filhos menores - necessidade presumida - corolário sócio-jurídico do poder familiar. Logo, a pensão alimentícia, fixada no importe equivalente a 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do réu – cerca de R\$ 621,64 – mostra-se suficiente para abarcar todas as despesas mensais da menor, incluídos os gastos com escola e medicamentos. Não se olvida de que a genitora é responsável pelo pagamento de metade de tais despesas.

À vista do exposto, observado o critério acima exposto, opina o Ministério Público pela procedência parcial da presente ação, para que o *quantum* fixado a título de alimentos seja majorado para o importe de 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do réu, excluídos apenas o IR e a contribuição previdenciária, a incidir sobre o 13º salário e o terço constitucional de férias.

Belo Horizonte, 07 de abril de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – REVISIONAL DE ALIMENTOS – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO II

Revisional devedor redução

Autos n.º

Autor:

Rés:

MM. Juiz de Direito:

Trata-se de ação revisional de alimentos proposta por ... em face de ..., menor representada por sua genitora, todos já qualificados nos autos.

O autor obrigou-se ao pagamento de pensão alimentícia às rés no valor correspondente a 1,5 (um e meio) salários mínimos. Na petição inicial, pretende o requerente a exoneração do pagamento de pensão a primeira ré, já que ela atingiu a maioridade e a redução desse valor para o equivalente a 20% de seu salário líquido, em benefício da segunda ré. Para tanto, argumenta que sua renda mensal, desde a data da fixação da obrigação alimentar, foi minorada, em razão da mudança de emprego e do descompasso entre o aumento do salário mínimo e o aumento do seu salário contratual. Por último, assevera que a manutenção da pensão no importe fixado implicou no seu endividamento.

A peça exordial de fls.02/03 foi instruída pelos documentos de fls.04/10 e fl.18.

Audiência de conciliação realizada em 26/06/2007, à fl. 34, restou frustrada, diante da ausência de intimação das rés.

Citação às fls. 39 e 41.

Contestação às fls.48/49, acompanhada pelos documentos de fls.50/62.

Impugnação às fls.162/164.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 12/03/2008, à fl.84, oportunidade em que as partes dispensaram a produção de prova oral.

Memorial do autor à fl.83.

É o relatório.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

Na petição inicial, pretende o requerente a exoneração do pagamento de pensão a primeira ré, sob o argumento de que ela “atingiu a maioridade em 13/12/2005, não mais necessitando da ajuda do pai” (fl. 03). No que toca a Segunda ré, pretende a redução do valor da pensão para o equivalente a 20% de seu salário líquido. Para tanto, alega que sua renda mensal, na data da fixação da obrigação alimentar, equivalia a R\$ 1.773,58, mas foi minorada, em razão da mudança de emprego e do descompasso entre o aumento do salário mínimo e o valor do seu salário contratual. Por último, assevera que a manutenção da pensão no importe fixado implicou no seu endividamento.

Em contestação, as rés afirmaram que as mudanças de emprego do autor implicaram em redução de sua renda em menos de um salário mínimo. Acerca do implemento da maioridade, a requerida E. aduziu que “encontra-se cursando faculdade, ou seja ainda necessita da ajuda de seu pai para terminar os estudos, como previamente acordado por ocasião da separação judicial dos genitores” (fl. 49). Alegaram, por fim, que o autor não cumpre com o pactuado, porquanto não mantém as rés a ex-esposa como beneficiárias do plano de saúde da empresa, conforme determinado no acordo da separação judicial.

Ultimaram pugnando pela total improcedência da ação.

É cediço que a revisão do valor dos alimentos só pode prosperar quando houver alteração no binômio necessidade/possibilidade.

Reza o art. 1.699 do Código Civil que: “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.”

Com efeito, ensina Yussef Said Cahali que

a redução, exoneração ou agravação do encargo alimentar, quando já fixados os alimentos, só se recomenda quando 'sobrevier mudança na fortuna de quem os supre ou de quem os recebe', [...] não se pode alterar o *quantum* arbitrado em favor da alimentada se prova não se fez de qualquer alteração de ordem econômica [...] (Dos Alimentos. p. 982).

Assim, para que seja acolhido o pedido de revisão da verba alimentar, é imprescindível a verificação da modificação das condições econômicas dos interessados, confrontando-se àquelas existentes à época da fixação da pensão com as atuais.

Inicialmente, verifica-se, que à época da fixação da obrigação alimentar, o autor era empregado da empresa., com média salarial de R\$ 1.782,11, consoante ele próprio alegou na peça exordial (fl. 02). Posteriormente, no ano de 2005, passou a laborar junto à empresa, com média salarial superior a R\$ 1.900,00, como se verifica à fl.09. Atualmente, voltou a fazer parte do quadro de empregados da empresa e obteve, em outubro de 2007, renda mensal equivalente a R\$ 1.136,49 líquidos.

Dessa feita, restou patente que a capacidade econômica do requerente sofreu sensível redução.

Lado outro, cabe observar que uma vez atingida a maioridade, o filho que não estiver em condições de prover sua subsistência tem direito aos alimentos, mas se sujeita à comprovação dos requisitos da necessidade e da possibilidade.

Conforme salientado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais “*tratando-se de filho maior que estuda, a doutrina e a jurisprudência recomendam que o direito a alimentos permaneça até que aquele atinja 24 anos, e enquanto não concluir os estudos, salvo se dispuser de meios próprios para sua manutenção*” (TJMG – Proc. n.º 1.0024.04.298677-8/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 04/08/2005, p. 19/08/2005).

No caso, verifica-se que a ré tem 20 anos de idade e, segundo se depreende dos documentos de fl.59 está matriculada junto a ..., onde alega cursar o 3º grau. No entanto, não acostou aos autos quaisquer documentos que comprovassem a frequência ao curso, o que impede a verificação de carga horária que, em tese poderia viabilizar que ela trabalhasse para cobrir parte dos gastos, inclusive com as mensalidades escolares.

Portanto, nos termos do art. 333, II, do CPC, à ré incumbia a prova de que não pode trabalhar, em virtude da carga horária do curso superior, razão pela qual se justifica a redução da verba alimentar a ela devida.

Saliente-se, outrossim, que o alimentante obrigou-se à manutenção dos alimentos no caso de as filhas estarem frequentando a faculdade, conforme cláusula “b” de fl. 52. Todavia, nada obsta que o *quantum* desses alimentos seja revisto.

Dessa feita, com escopo no princípio da proporcionalidade, mister seja reduzida a pensão alimentícia já fixada, mas em termos distintos do pedido inicial do alimentante. Isso porque, embora tenha provado a redução de seus ganhos mensais, de outro lado, as alimentadas demonstraram que são estudantes e não pode sobreviver sem a ajuda paterna.

Por fim, sabe-se que, fixados os alimentos em salário mínimo, quando da separação, possível é a alteração dos mesmos para percentual dos vencimentos do alimentante, cuja remuneração não é vinculada àquele indexador. Pretende-se evitar que a maior parte da parcela líquida dos vencimentos seja consumida com o pagamento da pensão alimentícia. Porém, no caso em apreço, verifica-se que a remuneração do autor é variável, porque depende de comissões percebidas. Além disso, descontada a verba alimentar no montante de um salário mínimo, restará parcela líquida significativa e apta a manutenção digna do alimentante.

À vista do exposto, o Ministério Público opina pela procedência parcial da presente ação, fixando-se a verba alimentar *devida as duas rés* no importe equivalente a um salário mínimo.

É o parecer.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2008.

**PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – REVISIONAL DE ALIMENTOS –
IMPROCEDÊNCIA – REVISIONAL DEVEDOR REDUÇÃO**

Autos nº.:
Requerente:
Requerido:

MM. Juiz,

Trata-se de Ação Revisional de Alimentos proposta por ..., em face de ..., todos já qualificados nos autos, sob a alegação que o autor se encontra obrigado a prestar alimentos definitivos os réus no importe de um salário mínimo e ½ (meio). Aduz ainda, que após a fixação da aludida prestação alimentícia, houve alteração na sua situação financeira, posto que ficou desempregado e, ainda, constituiu nova família. Alega ainda, que a genitora do menor possui condições financeiras suficientes para suportar a manutenção do réu. Ao final, requer a redução da pensão alimentícia para o importe de ½ (meio) salário mínimo.

A petição inicial de fls. 02/14 foi instruída pelos documentos de fls. 15/41.

Foi determinada a emenda da peça inaugural, às fls. 43, sob o fundamento de retificar o nome do réu, o que foi realizado às fls. 44.

Em audiência de conciliação, consoante termo de fls. 55, restou frustrada ante a falta de citação do réu.

Em nova audiência de conciliação, conforme termo de fls. 69, restou infrutífera ante a intransigência de acordo entre as partes.

Regularmente citado o réu contestou o pedido de fls. 70/73.

O autor impugnou a peça de resposta às fls. 78/82.

À fl. 90, foi indeferido o pedido de tutela antecipada constante na exordial, sob o argumento de não existir nos autos elementos suficientes ensejadores da pretensão.

O autor manifestou acerca da juntada dos documentos novos, às fls. 98/129.

Aberta a audiência de instrução, consoante termo de fl. 148, não houve acordo entre as partes. Na oportunidade, foi tomado o depoimento pessoal do autor. Nesta ocasião, foram ouvidas três testemunhas arroladas pelas partes.

Vieram os autos para manifestação final.

É o relatório.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

Inicialmente, a preliminar argüida em sede de contestação, foi rechaçada em decisão exarada à fl.90, sob o argumento de que a mesma se confunde com o mérito da presente ação.

Analisada a preliminar passo à análise do mérito.

De fato para ser possível o pleito de redução alimentar, é imprescindível que se verifique a efetiva alteração do binômio possibilidade-necessidade.

A redução do encargo alimentar quando já fixados os alimentos, só se recomenda quando “sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe”, consoante o disposto no art. 1.699 do Código Civil.

Dessa forma, para que seja acolhido o pedido de revisão da verba alimentar, imprescindível a verificação da modificação das condições econômicas dos interessados, confrontando-se àquelas existentes à época da fixação da pensão com as atuais.

Neste sentido, citamos:

“Para que seja acolhido o pedido de revisão, deve ser provada a modificação das condições econômicas dos interessados”. (CAHALI, Youssef Said. In: **Dos Alimentos**. 1984. p. 591).

Ora, o Código de 1916 dispunha que era necessária a mudança da fortuna de quem presta ou recebe alimentos. Enquanto o Código Civil atual alude à mudança da situação financeira dos envolvidos na obrigação alimentar. Com efeito, o autor não logrou êxito em comprovar que sobreveio mudança nas suas condições econômicas que justificasse a redução do encargo alimentar.

Primeiramente, verifica-se que o acordo, através do qual o autor obrigou-se ao pagamento de pensão mensal ao seu filho no valor equivalente a um salário mínimo e ½ (meio) fora celebrado em 3 de fevereiro de 2003, nos autos nº, em apenso, conforme se depreende da fl. 19.

Além disso, conforme se verifica através da análise dos autos de ação de execução, o suplicante alegou na justificativa que auferia junto à empresa, a título de pro-labore, a quantia de um salário mínimo (autos em apenso fl.26) e, posteriormente acorda em fixar a pensão alimentícia no valor supracitado. Insta consignar ainda, que na exordial, o autor alegou que se encontrava desempregado, mas também não fez provas deste fato constitutivo de seu direito, consoante determina o art. 333, I do CPC.

Mas, do cotejo probatório dos autos exsurge que não houve a piora da situação financeira do requerente, ao contrário do alegado por ele. Com efeito, a análise as provas orais produzidas foram uníssonas em afirmar que, atualmente, o autor trabalha como vendedor autônomo. Assim, a testemunha do autor, asseverou: *que atualmente o autor trabalha vendendo churrasquinho defronte um restaurante popular situado no bairro ..., possuindo ele uma churrasqueira móvel [...]*. (Termo de fl.152).

Logo, *in casu*, a prova que cabia ao requerente, relativamente à redução de sua capacidade financeira não fora produzida.

A alegação do autor, esposada na inicial, de que constituiu nova família também não serve como fundamento para a revisão da pensão alimentícia arbitrada, pois a jurisprudência é firme no sentido de que o alimentante não poderá eximir-se da obrigação alimentar pela assunção de compromissos particulares desvinculados da relação jurídica mantida com o beneficiário dos alimentos.

Nesse sentido:

TJSP, 4ª CC: Se o alimentante pode suportar novos encargos com a constituição de nova família, que o faça, mas sem exclusão ou redução dos anteriores, aos quais, por lei, está obrigado (23/02/2983, RT 580/192; 18/06/1986, Paraná Jud. 19/169).

4ª CC, TJRS: O ajuste da pensão na separação consensual não pode ser negado em função de compromissos, posteriores assumidos pelo marido (26/09/1984, Ajuris 33/147).

4ª CC, TJSP: Se o autor resolveu assumir novos encargos, constituindo nova família, é porque tinha condições econômicas de mantê-las, não podendo valer-se do novo casamento que contraiu para obter a diminuição da pensão que vem pagando às filhas (AC 106.146-1, 08/12/1988).

Alegou que a situação da mãe das menores melhorou muito desde a época da fixação dos alimentos. Todavia, tal afirmação não pode prosperar, pois no caso em tela não se discute a pensão paga à mãe da menor, como parece, pois o autor em seu fundamento para redução da verba alimentar invoca a modificação de fortuna da mãe, esquecendo que isto não serve de argumento para aludida redução.

Em casos tais, o próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já determinou que “*A pensão alimentícia, devida pelo pai ao filho, não é influenciada pela fortuna da mãe, pois que o vínculo é entre alimentando e alimentante (4º c.c., TJRS, AC 5900 28148, 12/9/90, Repert. IOB Jurisprudência 3/5011)*”.

Cumpria, pois, ao autor demonstrar, inequivocamente, a redução das necessidades do réu, ou o deapuroamento de suas condições econômicas. Contudo, diante da ausência de provas restou prejudicada a revisão, nos moldes pleiteados pelo requerente.

Lembrando que, por se tratar de questão alimentícia, esta não faz coisa julgada material, razão pela qual qualquer melhora (alteração) na situação financeira do requerente ou mesmo das partes poderá trazer novo convencimento.

“A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados” (Lei nº 5.478/68).

Assim, analisando o binômio necessidade-possibilidade e, considerando, ainda, a proporcionalidade, impõe-se a manutenção dos alimentos fixados na ação de alimentos no valor de um salário mínimo e ½

(meio), tendo em vista que, além de entender que possui o autor capacidade econômica para suportá-lo, as necessidades do réu reclamam, no mínimo, o pensionamento nesta quantia.

Ante o exposto, o Ministério Público opina pela improcedência do pedido, para que sejam mantidos os alimentos anteriormente fixados no valor correspondente a um salário mínimo e ½ (meio).

É o parecer.

Belo Horizonte, 26 de novembro de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – SEPARAÇÃO LITIGIOSA – 1

Autos nº:
Requerente:
Requerido:

MM^a. Juíza,

Trata-se de Ação de Separação Litigiosa proposta por ... face de ..., ambos devidamente qualificados nos autos.

A autora alegou que se casou com o réu em 25/03/1999, sob o regime de comunhão parcial de bens. Dessa união advieram dois filhos, ainda menores, bem como a aquisição do patrimônio composto pelo veículo ..., placa

Todavia, a vida conjugal tornou-se insuportável diante do comportamento do varão, que passou a violar os deveres matrimoniais concernentes à mútua assistência e ao respeito e à consideração mútuos, o que acarretou a separação de fato das partes em janeiro de 2006.

Com fulcro em tais argumentos, a autora requereu a decretação da separação judicial do casal, por culpa exclusiva do varão, a partilha do bem móvel na proporção de 50% para cada ex-consorte, a concessão da guarda dos filhos para si, a fixação de visitas livres, a condenação do requerido ao pagamento de pensão aos filhos no importe de 60% do salário mínimo, bem como a autorização para voltar a usar o nome de solteira.

A petição inicial foi instruída pelos documentos de fls. 08/15.

Os alimentos provisórios foram fixados no importe equivalente a 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, conforme decisão exarada às fls. 17.

Realizada audiência de conciliação, restou inviabilizada a celebração de acordo pelas partes, consoante termo de fls. 23.

Devidamente citado (fls. 25/v.), o réu ofertou a contestação de fls. 26/29, aduziu que não se opõe à decretação da separação, mas a requerente é que seria a responsável pela ruptura da vida em comum. Afirmou que concorda com a concessão da guarda dos filhos menores à autora e com a partilha do veículo. Ofertou alimentos aos filhos no importe de 35% (trinta e cinco por cento) do salário mínimo. Acostou os documentos de fls. 32/33.

A autora impugnou a contestação às fls. 35/36.

Realizada audiência de instrução e julgamento, segundo termo de fls. 60, oportunidade em que não foi possível a celebração de acordo pelas partes, diante da ausência do réu. Procedeu-se à inquirição de uma testemunha (fls. 61).

É o sucinto relato.

As partes estão bem representadas. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há nulidades a serem sanadas.

Não foram argüidas preliminares de mérito, razão pela qual é possível adentrar as questões de fundo da demanda. Não obstante a autora tenha requerido a decretação da separação-sanção, o asseverado descum-

primento dos deveres matrimoniais não restou provado. Isso porque, não houve a produção de prova documental conclusiva e o depoimento testemunhal coligido não conduziu à conclusão de que o ora réu tenha sido violado os deveres inerentes ao casamento.

Contudo, ambas as partes reconhecem que, desde a saída da autora do lar conjugal, em janeiro de 2006, encontram-se separadas de fato. A ruptura da vida em comum, há mais de um ano, restou provada através da prova testemunhal produzida nos autos (fls. 61).

Com efeito, uma vez provada a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição, autorizada está a decretação da separação judicial, com fulcro no § 1º do art. 1.572 do Código Civil, nos termos do pedido do autor.

Nesse tocante, ministra o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que:

EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - PEDIDO FUNDADO NA CULPA - NÃO DEMONSTRAÇÃO - INSUSTENTABILIDADE DA VIDA EM COMUM - CARACTERIZAÇÃO - DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO - JULGAMENTO DIVERSO DO PEDIDO - INOCORRÊNCIA. Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la, quando detectar, pelas provas coligidas, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido (RESP 466329/RS, DJ de 11/10/2004).

As partes não divergem com relação ao pedido de desistência recíproca dos alimentos e a varoa pretende voltar a usar o nome de solteira.

Quanto ao pedido de partilha do único bem móvel adquirido pelas partes, o veículo ..., placa ..., não há provas acerca da existência e propriedade do mesmo. Contudo, concordam as partes em que o valor do bem seja partilhado na proporção de 50% para cada uma.

Ainda, concordam os consortes em que a guarda dos filhos menores, (certidões de nascimento às fls. 11/12) seja deferida à requerente.

É cediço que, conforme dispõe o art. 1.584 do Código Civil, a guarda será atribuída à pessoa que revelar melhores condições para exercê-la. Já o art. 33 da Lei nº 8.069/90 fixa que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança. Nos autos não há nada que impeça a concessão da guarda à autora, com a estipulação de visitas livres.

No presente feito há divergência apenas com relação ao montante dos alimentos a serem prestados pelo réu aos filhos menores.

É cediço que o Código Civil, especialmente os arts. 1.694 e seguintes, estabelece a reciprocidade do dever de prestar alimentos entre parentes.

A relação de parentesco entre os menores e o réu restou provada, mediante certidões de nascimento de fls. 11/12, advindo daí o dever de sustento, inerente ao exercício do poder familiar. Assim, considerando a existência do dito parentesco, bem como a menoridade dos filhos — que faz presumir a necessidade aos alimentos pleiteados —, nada mais há a ser requerido acerca do cabimento da pensão buscada.

Resta, tão-só, analisar-se a capacidade contributiva do réu, para que a obrigação alimentícia seja fixada com observância do binômio necessidade/possibilidade.

A autora alegou ser o requerido operador de caixa da empresa “Ltda.”, razão pela qual possui capacidade contributiva de suportar o encargo de pensionar os filhos com valor correspondente a 60% (sessenta por cento) do salário mínimo por mês.

O réu, a seu turno, restringiu-se a afirmar que auferia apenas um salário mínimo por mês, motivo pelo qual oferta alimentos aos menores no importe de 35% do salário mínimo. Nada obstante, não produziu qualquer prova acerca de sua capacidade financeira, o que se daria com a simples juntada de seu demonstrativo de pagamento.

Portanto, presume-se que a renda auferida pelo suplicado seja maior do que a declarada por ele. Tal presunção é corroborada pelo fato de que ele vem suportando o pagamento dos alimentos provisórios ficados no montante de 50% do salário mínimo.

Dessa feita, deverá o requerido ser compelido ao pagamento de alimentos aos filhos no valor correspondente a 60% (sessenta por cento) do salário mínimo por mês, devendo ser expedido ofício à empregadora, no endereço constante às fls. 35, para que proceda aos descontos mensais em folha de pagamento.

Diante de todo o exposto, opina o Ministério Público pela decretação da separação judicial do casal, com base no § 1º do art. 1.572 do Código Civil, devendo ser expedido o competente mandado de averbação, com todos os consectários acima esposados.

É o parecer.

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – SEPARAÇÃO LITIGIOSA – 2

Autos nº

Autora:

Réu:

MM Juiz,

..., já qualificada nos autos, propôs ação de separação judicial litigiosa em face de ..., pleiteando a decretação da separação judicial do casal, imputando ao requerido o descumprimento dos deveres conjugais da mútua assistência e coabitação, tornando insuportável a vida em comum.

Foram fixados alimentos provisórios em favor da autora em importe equivalente a 20% dos rendimentos líquidos do réu e negada a liminar de separação de corpos (fl. 53).

Designada audiência de tentativa de conciliação, não houve acordo, ficando o requerido citado para ofertar contestação (fl. 58).

Foi oferecida contestação (fls. 62/68), negando a culpa a ele atribuída e a possibilidade de arcar com a pensão alimentícia solicitada, tendo sido devidamente impugnada a contestação pela requerente (fls. 172/178).

O réu apresentou reconvenção (fls. 138/149), imputando à autora/reconvinda a violação do dever conjugal de fidelidade recíproca, o que acarretou a sua saída do lar conjugal. Pretende a decretação da separação judicial por culpa da ré, exonerando-o do pagamento de pensão alimentícia. Pretende a exclusão da partilha dos bens adquiridos antes do casamento, bem como a expedição de alvará para o afastamento da varoa do lar conjugal. Última, propugnando pela condenação da autora/reconvinda ao pagamento de indenização por danos morais.

A autora/reconvinda contestou a reconvenção (fls. 179/188) a qual foi também impugnada (fls. 208/230).

Realizada audiência, não foi possível a composição de um acordo pelas partes (fl. 240).

Designada audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas três testemunhas (fls. 250/251).

A autora/reconvinda ofertou suas razões finais por memoriais às fls. 256/265 e o réu/reconvinte, às fls. 267/269, pelo que vieram os autos ao *Parquet* para exarar parecer final sobre o caso, o que passo a fazer a partir de agora.

É o breve relatório. Opino.

Processo em ordem e sem nulidades a serem supridas. Não foram argüidas preliminares, razão pela qual é possível passar-se à análise do mérito.

No mérito, a autora/reconvinda sustenta, como causa da ruptura da vida conjugal, o abandono do lar pelo réu/reconvinte. Aduz que “o requerido abandonou a autora, deixando-a totalmente desamparada, pois encontra-se afastada do trabalho, doente e em tratamento de saúde, tentando se recuperar da crise de depressão que se agravou muito em decorrência da crise conjugal” (fls. 256/257). Prossegue, afirmando que “o descumprimento do dever de fidelidade do Requerido restou claramente demonstrado, quando por muitas vezes permanecia em noitadas, chegando de madrugada, passando semanas fora do lar” (fl. 257).

Lado outro, resiste o réu/reconvinte, imputando à autora/reconvinda conduta desonrosa, consubstanciada na manutenção de relacionamento afetivo com terceiro, por meio do *site* de relacionamentos Orkut. Afirma que referida atitude acarretou-lhe um sentimento de humilhação, inclusive perante os familiares e amigos.

Nesse tocante, a autora/reconvinda limitou-se a afirmar que “*é um absurdo falar que houve traição virtual ou real*”, já que o “*requerido é perito e técnico em eletrônica, sabendo muito bem lidar com o computador; forjou toda história*” (fls. 258).

Com efeito, o art. 1.566, V, do Código Civil, fixa que, dentre os deveres inerentes ao casamento está o de respeito e consideração mútuos, e o descumprimento por parte de um cônjuge constitui, evidentemente, conduta desonrosa para com o outro. Juntamente com a contestação o réu/reconvinte acostou os documentos de fls. 81/149, que comprovam um envolvimento íntimo entre a autora/reconvinda e

Ora, sem ao menos uma justificativa para tal conduta, a autora/reconvinda deu ao seu marido fundadas razões para a suspeita da infidelidade. Demais disso, feriu o sentimento de honra e dignidade moral do réu/reconvinte, o que acarretou a insuportabilidade da continuação da vida comum de ambos.

Segundo Washington de Barros Monteiro, “*urge não esquecer que, pelo matrimônio, o casal passa a constituir uma só unidade moral, de sorte que o desvio de um dos cônjuges inevitavelmente no outro repercute, afetando-o na sua dignidade.*” (Curso de Direito Civil. v.2., 31 ed. São Paulo: Saraiva. p. 201). Assim, é forçoso concluir que ..., ainda que não tenha mantido “contatos reais” com ..., afetou a dignidade de seu consorte, de forma a incorrer em uma das causas que autorizam a decretação da separação judicial. Sobretudo, porque, o fato de ela “manter um amante via Orkut”, *site* através do qual ela “usava lingerie branca e se despia”, mantendo “diálogo pornográfico”, chegou a conhecimento público, como se vê do termo de fl. 250.

Do cotejo dos depoimentos testemunhais, produzidos em audiência de instrução e julgamento, sob o crivo do contraditório, não exsurge qualquer prova acerca da infidelidade do réu/reconvinte, alegada pela demandante. Nem mesmo as agressões supostamente perpetradas por ele restaram evidenciadas. Portanto, entendo que deve ser decretada a separação judicial ora requerida por culpa exclusiva da autora/reconvinda.

A aferição da culpa real pelo desfazimento da união conjugal é matéria tormentosa que só tem relevância quando dela se extrai conseqüência jurídica imediata. É sabido que, a simples discussão instrutória de infidelidade não autoriza, sob o princípio da prudência, o corte da pensão do cônjuge de plano. Isso porque o art. 1.694, § 2º, do Código Civil, prevê a possibilidade de pagamento da prestação ao cônjuge culpado pela separação do casal, se a prestação for indispensável à sua subsistência.

No caso dos autos, não verifico a ocorrência de situação excepcional a ensejar o arbitramento da prestação. Não há elementos que permitam concluir que, diante da separação, a autora/reconvinda será privada de meios à manutenção da própria subsistência, eis que pessoa jovem e capaz para o trabalho.

Enfatize-se que ela conta apenas 32 anos de idade, é auxiliar de enfermagem e não logrou êxito em provar que a alegada *depressão* a incapacite para o trabalho.

No que concerne à pretensão indenizatória, formulada pelo réu, na reconvenção, não merece acolhida. Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA – DIVÓRCIO DIRETO – SEPARAÇÃO DE FATO POR MAIS DE 2 ANOS – AUSÊNCIA DE PROVA – RECONVENÇÃO – SEPARAÇÃO LITIGIOSA – CULPA – INFIDELIDADE – COMPROVAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INADMISSIBILIDADE. - A decretação do divórcio direto do casal depende da prova da separação de fato por mais de dois anos consecutivos; que não foi produzida nos autos. - A confissão do varão de que está vivendo com outra mulher caracteriza infidelidade, ensejando a decretação da separação judicial do casal, por culpa daquele. - *É inadmissível no direito brasileiro a reparação civil em razão de infração de dever conjugal.*” (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0024.04.192294-9/00, rel. DES. MOREIRA DINIZ, p. 14/09/2005).

Quanto aos bens a partilhar, como se extrai da prova testemunhal produzida às fls. 250/251, os separandos, antes do enlace matrimonial, não moravam juntos e não mantinham comunhão financeira. Inclusive restou provado que a autora/reconvinda não contribuiu financeiramente na compra do imóvel situado em ... (fl. 15), apesar de, naquela época trabalhar e ter rendimento próprio.

Conclui-se, pois, que o que havia realmente antes do casamento entre os litigantes não passava de simples namoro, jamais podendo a relação entre eles configurar união estável. Uma vez que o matrimônio constituiu-se, sob o regime da separação parcial de bens, os bens adquiridos anteriormente ao casamento não se comunicam, nos termos do art. 1.659, I do Código Civil. Veja-se, *in verbis*:

SEPARAÇÃO JUDICIAL - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL NO PERÍODO ANTERIOR AO CASAMENTO - NÃO CONFIGURAÇÃO. MEAÇÃO DA CASA CONSTRUÍDA ANTES DO ENLACE MATRIMONIAL - REGIME DA SEPARAÇÃO PARCIAL DE BENS - EXCLUSÃO DA MEAÇÃO. A ocorrência de mero namoro não é suficiente para configuração da união estável. (TJMG – Ap.Civ. nº 1.0287.04.016402-5/001(1, rel. Des. Vanessa Verdolim Hudosn Andrade, p. 13/05/2005).

Logo, o imóvel descrito à fl. 15, adquirido em 5/05/2000, e o automóvel (fl. 17), adquirido em 2003, devem ser excluídos da partilha. Os bens móveis que guarnecem a residência do casal também não poderão ser partilhados, em virtude da ausência de prova acerca da existência dos mesmos. Por fim, o imóvel descrito à fl. 16, adquirido em 09/12/2005, deverá ser partilhado à razão de 50% para cada cônjuge, já que a presunção de aquisição por esforço comum das partes não restou elidida.

Em relação ao pedido de divisão da verba trabalhista que pertence ao varão, esta constitui direito pessoal, insuscetível, portanto, de ser partilhada. Senão, veja-se:

ALIMENTOS - ADULTÉRIO - FUNDO DE GARANTIA OU ACERTO DE CRÉDITO DE RESCISÃO CONTRATUAL TRABALHISTA - POSSIBILIDADE RELATIVA - Na separação conjugal a pensão é de ser decidida a final da demanda. A simples discussão instrutória de adultério não autoriza, sob o princípio da prudência, cortar a pensão do cônjuge de plano. - Fundo de Garantia ou Acerto de Crédito de Rescisão Contratual Trabalhista é Direito Pessoal e não crédito conjugal partilhável. - Pode, não obstante, servir de garantia de crédito, nos moldes do art. 655 do CPC. (TJMG – Proc. nº 1.0000.00.220469-1/000, rel. Des. Francisco Figueiredo, p. 21/12/2001).

Por último, a requerente deverá voltar a usar o nome de solteira (CC; art. 1.578, § 1º).

Ante o exposto, opina o Ministério Público para que se julgue parcialmente procedentes o pedido inaugural e o pedido reconvenicional, a fim de decretar a separação judicial do casal, com a conseqüente dissolução da sociedade conjugal e produção das demais conseqüências acima mencionadas, por ser de direito e justiça.

É o parecer, s.m.j..

Belo Horizonte, 24 de maio de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – TUTELA

Processo n.º
Meritíssimo Juiz,

..., já qualificada nos autos, interpôs a presente ação de destituição de poder familiar de ... sobre a menor ... Alega a autora que a menor é filha das partes, nascida em 13 de novembro de 1992, conforme certidão de nascimento de fls. 10.

Segundo a suplicante, embora o genitor tenha procedido ao registro civil de nascimento da filha, nunca lhe prestou qualquer tipo de assistência moral, material ou afetiva, múnus exercido, unilateralmente, pela genitora.

Aduz, ainda, a requerente que o pai da menor possui passagens pela Polícia Civil do Estado de ..., onde responde a processos criminais pela prática de estelionato e crime de falsidade ideológica.

Diante do abandono perpetrado pelo réu, desde o nascimento da filha ora adolescente, e, por ter ele praticado crimes atentatórios à moral e aos bons costumes, pretende a autora a decretação da perda do poder familiar do réu sobre a menor.

Com a exordial, vieram os documentos de fls. 09/32.

O pedido liminar de suspensão do poder familiar do requerido foi indeferido, mediante decisão exarada às fls. 37/38, já que não restaram configurados o perigo na demora e a situação de risco.

Expedida carta precatória para a Comarca de ..., para a citação do réu. Frustrada a tentativa (fls. 47/verso), procedeu-se a citação editalícia (fls. 57/62).

Relatório do estudo social às fls. 54/55.

O curador nomeado ao réu citado por edital ofertou a contestação de fls. 64/70. Argüi, preliminarmente, a incompetência da Vara da Infância e Juventude para o processamento do feito, bem como a inépcia da inicial e a nulidade de citação. No mérito, contestou por negativa geral.

Impugnação à contestação às fls. 71/79.

Parecer ministerial às fls. 80/83.

Declarada a incompetência da Vara de Infância e Juventude, através de decisão prolatada às fls. 84/86.

Os autos foram encaminhados a 7ª Vara de Família, onde se realizou a audiência de instrução e julgamento, segundo ata de fls. 98, oportunidade em que foi inquirida uma testemunha, consoante termos de depoimento de fls. 99.

Procedeu-se à oitiva de uma informante na Comarca de ..., como se depreende do termo de fls. 110/111.

Memorial apresentado pela autora às fls. 116/124 e pelo réu às fls. 126/127.

A prova produzida em AIJ foi ratificada pelo curador especial nomeado ao réu revel, às fls. 129.

É o relatório. Passo, pois, a opinar.

As partes são legítimas e estão bem representadas. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há nulidades a serem sanadas.

É cediço que a ação de destituição do pátrio poder é a via processual adequada para casos específicos e extremos de abuso de autoridade e descumprimento dos deveres legais por parte dos pais em relação aos seus filhos menores. Assim, a destituição do poder familiar por ordem judicial é medida grave e última, que somente deve ser imposta quando imprescindível e favorável aos interesses dos menores envolvidos.

A respeito da matéria, o art. 1.638 do Código Civil dispõe:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Do cotejo dos autos exsurge que a menor com onze anos de idade, desde o seu nascimento reside apenas na companhia materna. O genitor da adolescente, embora tenha declarado, espontaneamente, a paternidade no registro civil, manteve um único contato com cinco meses após o nascimento da mesma.

Como se depreende da certidão de fls. 47/verso, datada de 13 de setembro de 2005, o requerido encontra-se em local incerto e não sabido há cerca de uma década.

Outrossim, com base nas informações prestadas, em juízo, pela própria genitora do réu:

[...] ela não tem contato nem notícia do réu há oito anos [...]; O réu possui uma outra filha, que conta 16 anos de idade. A depoente é quem exerce a guarda de fato de [...]; O réu não concorre para a manutenção de (termo de depoimento de fls. 111).

Demais disso, o depoimento testemunhal de fls. 99 evidenciou que o requerido nunca prestou qualquer amparo, material ou afetivo à sua filha, além de tê-la visto uma única vez, aos cinco meses de idade. Restou extreme de dúvidas que, há mais de cinco anos, o réu está desaparecido e nem mesmo os familiares deste conhecem o seu paradeiro ou o motivo de tal desaparecimento.

Deflui, ainda, da oitiva da testemunha que tem uma excelente convivência e adaptação com o atual marido da genitora, com quem vive há cerca de cinco anos.

Acerca do abandono como causa da destituição do poder familiar, manifesta-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no sentido de que:

PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. PRESENÇA DE MOTIVO RELEVANTE. CONSEQÜENTE OPORTUNIDADE DA MEDIDA. É sabido que os laços de família e a prevalência dos pais biológicos são importantes ao menor desde que sejam capazes de dar-lhe vida digna e saudável. Entretanto, provado que a mãe, detentora da titularidade do pátrio poder, não reúne condições emocionais para educar seus filhos, há de ser dele destituída, transferindo-a a quem esteja apto a assegurar as garantias fundamentais ao menor, previstas no art. 227 da 'Lex Major', e sintetizadas no quadrinômio guarda, saúde, educação e moralidade (Ap. 187.330-6/00, Rel. Des. Hyparco Immesi, DJ 20/02/2001).

CIVIL - DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER - MÃE BIOLÓGICA QUE ABANDONA FILHA MATERIAL E AFETIVAMENTE - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA MENOR - SENTENÇA - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 24, DA LEI 8.069/90 E ART. 395, II, DO CÓDIGO CIVIL. O Estatuto da Criança e do Adolescente leva em conta o bem-estar da criança e a garantia de sua integral proteção, de forma a afastar da convivência em situações difíceis, fazendo-se indispensável o respeito aos seus direitos indisponíveis, que constituem bem jurídico da mais alta relevância. É de ser mantida sentença que, em Ação de Destituição do Pátrio Poder, julga procedente o pedido e destitui a mãe biológica do poder parental, quando a prova ministrada nos autos evidencia o abandono afetivo e material da menor e o bem-estar desta com a família que lhe acolheu. (Ap. 1.0000.00.29980-5/000, Relator Des. Dorival Guimarães Pereira, DJ 19/09/2003).

AÇÃO ORDINÁRIA DE DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER CUMULADO COM TUTELA - MÃE FALECIDA - PAI EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO HÁ MAIS DE UMA DÉCADA - GUARDA DO AVÔ MATERNO - A par do consentimento do pai quanto à guarda da filha ao avô materno, o genitor deixou-a sem nenhuma assistência efetiva ou material, encontrando-se em local incerto e não sabido por mais de uma década, razões suficientes para que seja o mesmo destituído do pátrio poder, uma vez que incorre na inobservância injustificada das obrigações inerentes à paternidade. A nomeação de tutor para o menor que se encontra em estado de abandono não depende de ter ele a condição de órfão. Caracterizado o abandono, o Juiz pode tomar as providências tutelares, ainda que o menor tenha pais. Decreta-se, por sentença, a perda do pátrio poder e, em consequência, nomeia-se tutor ao incapaz. (Ap. 1.0000.00.277383-6/000, Relator Des. Silas Vieira, DJ 02/10/2003).

TUTELA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DIREITOS FUNDAMENTAIS - ASSEGURAMENTO POR LEI OU OUTROS MEIOS - PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA - PRÉVIA DECRETAÇÃO DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR - ELEMENTOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE A RECOMENDAM (OU MELHOR, EXIGEM) - INFANTES QUE JÁ SE ENCONTRAM SOB OS CUIDADOS DA AVÔ MATERNA - ADEQUAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA - SENTENÇA REFORMADA 1. O processo é meio de se alcançar o direito material deduzido em juízo, e não fim em si mesmo, máxime porque os direitos fundamentais da criança e do adolescente devem ser assegurados por lei ou outros meios, mediante efetiva e integral proteção, com absoluta prioridade (ECA, arts. 3º e 4º, caput). 2. O falecimento da mãe das infantes, a condenação do pai de uma delas pela prática de crime hediondo (matou a mãe de sua filha), e o abandono moral, afetivo e material por parte do genitor da outra, que se encontra em local incerto e não sabido, configuram hipóteses graves que autorizam a suspensão do poder familiar, a fim de que seja deferida a tutela à avô materna, que já as tem sob os seus cuidados, há muito tempo, dedicando-lhes amor, zelo e carinho, como se extrai do parecer da assistência social. (Ap. nº 1.0693.01.008300-6/001, Relator Desembargador Nepomuceno Silva, DJ 20/11/2007).

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o estudo social realizado apurou que

apresentou-se tranqüila para a entrevista neste juizado, informando que cursa a 7ª série do ensino fundamental [...]. Aparenta ser uma adolescente muito bem cuidada, com facilidade de verbalizar sentimentos, demonstrando boa interação com sua genitora, com que mantém forte vinculação afetiva e diálogo aberto. Indagada sobre o presente processo, declarou ter conhecimento do significado desta ação e, mesmo assim apóia a pretensão de sua genitora, alegando que o reconhecimento de sua paternidade, não lhe trouxe nenhuma vantagem, já que seu pai nunca lhe prestou assistência material nem afetiva e muitas vezes sentiu-se prejudicada, como, no momento que tentou providenciar o seu passaporte para viajar para a Disney e não obteve êxito, devido ao desaparecimento do pai. Além disso, pretende fazer intercâmbio cultural no exterior e teme que, mais uma vez, não consiga alcançar seu objetivo (fls. 55).

In casu, vislumbra-se completo descaso e desinteresse do requerido em relação à filha, haja vista que jamais procurou a adolescente ou lhe prestou qualquer tipo de assistência moral e material. Tanto assim que está desaparecido há quase uma década, fato que indica flagrante desejo de se eximir de seus deveres e responsabilidades de pai, não só em relação a, mas também quanto a outra filha.

Ora, a se manter intacto o poder familiar, estar-se-ia preservando uma relação familiar meramente formal entre a menor e o requerido, a qual destoaria da realidade retratada nos autos. Do comportamento revel e irresponsável do mesmo, deduz-se que ele não pretende adotar qualquer atitude para modificar o quadro delineado pelos longos anos de abandono, tanto material, quanto moral e afetivo.

Destarte, o acolhimento do pedido traduz-se em verdadeiro reconhecimento de uma situação consolidada no mundo fático.

Por fim, ressei do cotejo probatório dos autos que o requerido, de fato, abandonou moral, afetivo e materialmente a menor, além de se encontrar em local incerto e não sabido, hipóteses graves capazes de ensejar a destituição do poder familiar.

Isto posto, o Ministério Público opina pela procedência da presente ação, uma vez que se afigura a conveniência e a necessidade de se destituir o poder familiar de ... em relação à filha menor,

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2007.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – PROCEDÊNCIA

Requerente:

Requerida:

MM. Juiz,

Trata-se de Ação de Reconhecimento de União Estável, proposta por ..., em face de ..., ambos devidamente qualificados nos autos, conforme exordial de fls. 02/05.

Juntou documentos de fls.06/11.

Alega o requerente que conviveu com a ré, sob o mesmo teto, em uma relação pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição e família. Aduziu que, desta relação, adveio o nascimento de dois filhos, ainda menores. Todavia, diante do fato de que se encontram separados há mais de cinco anos, pretende seja dissolvida a união estável havida pelas partes.

Requeru, pois, o demandante seja declarada a existência, e, posteriormente, dissolvida a união estável havida pelas partes, com a fixação de pensão alimentícia, em favor dos filhos menores, no importe equivalente a 1/3 (um terço) do salário mínimo.

Emenda à inicial à fl. 18, para a juntada da certidão de casamento do autor (fl. 19).

Citação da ré à fl. 22.

Contestação às fls. 23/24.

Impugnação à contestação às fls. 39/40.

Audiência de conciliação realizada em 26/04/2006, restando inviável a composição de acordo pelas partes (fl. 43).

Relatório do estudo social às fls. 62/63.

Relatório do estudo psicológico às fls. 64/66.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 13/11/2007, à fl. 79, oportunidade em que foram inquiridas duas testemunhas (fls. 80/81).

Memorial apresentado pela autora às fls. 82/85 e pela parte ré às fls. 87/90.

É o relatório.

Relatados. Examino.

Sobre a preliminar arguida pela ré, no que toca à inépcia da petição inicial, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de que:

Processo Civil. Petição inicial. Inépcia. Descaracterização. União Estável. Reconhecimento. Bens. Aquisição. Constância daquela. Partilha. Possibilidade. A petição inicial em que o autor relata os fatos, declina o fundamento e o respectivo pedido e propicia a ampla defesa, não é inepta. Os bens adquiridos na constância da união estável são partilháveis. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0024.00.135298-8/001, Rel. Des. Manuel Saramago, Data da publicação 25/02/2005).

Assim, uma vez que dos fatos narrados na exordial é possível se inferir o período de convivência das partes, não há que se falar em inépcia. Sobretudo, porque, como informa a moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, deve prevalecer o aproveitamento máximo dos atos processuais, principalmente quando não há prejuízo para a defesa das partes.

No mérito, reza o art. 1.723 do Código Civil que “é a entidade familiar entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família”.

A tais requisitos acresce-se o disposto no art. 1.724, *verbis*:

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, assistência e educação dos filhos.

Sobre o tema, já ensinava o professor Caio Mário da Silva Pereira:

Alguns parâmetros, contudo, se esboçaram. Como se expressara Simão Isaac Benjó, para a configuração da união estável não basta o simples ‘companheirismo’, mas se requer seja ‘duradoura e notória’ a que não seria estranho o fator psicológico de haver ‘sempre a possibilidade de contração do vínculo do casamento’.

Desprezando aquelas exigências relativamente à manutenção da mulher (concubina teúda e manteúda); dispensando a convivência sob o mesmo teto; abstraindo-se da convivência constante, a doutrina moderna qualifica e define como concubinato a união, se se provam os elementos da continuidade e constância das relações, a sua notoriedade ou ostensividade, a unicidade da concubina, a estabilidade da convivência e a ostensiva fidelidade da mulher, que se não presume como no casamento, mas tem de ser evidenciada. (Instituições de Direito Civil. v. V, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 209).

Cumpria, pois, ao autor provar cabalmente a notoriedade, a continuidade e, sobretudo, a estabilidade do relacionamento das partes, com o intuito de constituição de família. É preciso, destarte, demonstrar que o relacionamento revela vocação de permanência, com sinais claros de vida familiar.

O contingente probatório reunido nestes autos, se mostra mais do que suficiente para sustentar que a pretensão do autor, quanto ao reconhecimento e dissolução da união estável se apresenta justa e legítima. Há, *in casu*, prova acerca de convivência duradoura, pública e contínua havida entre as partes pelo período compreendido entre os anos de 1995 e 2000.

O requerente asseverou na peça exordial que a união estável foi contínua e duradoura, dela advindo o nascimento de dois filhos, um em 1195 e outro em 1997, consoante certidões de nascimento de fls. 08/09. Afirmou, também, que as partes já estavam separadas há mais de cinco anos, ou seja, desde 2000. Quanto a tal reconhecimento não se opôs a requerida, consoante se depreende das fl. 88.

Com efeito, a prova testemunhal produzida nos autos confirmou que as partes mantinham um relacionamento ostensivo, inclusive mantendo posse de estado de casados no ambiente familiar e social. Vale ressaltar o que foi dito pela testemunha,:

que conhece a requerida há mais de 12 anos, que na ocasião ela já tinha a filha mais velha e estava grávida de; que quem era o pai das crianças era o; que na ocasião Dona já morava com o [...] (termo de depoimento de fl. 80).

É cediço que, para que haja união estável é necessária a conjugação de elementos subjetivos (*animus* de constituir família, relacionamento afetivo recíproco) e objetivos (convivência alastrada no tempo e em caráter contínuo). No caso em apreço, como se infere da prova oral e documental, o relacionamento do requerente e da requerida gozava de ostensividade e, principalmente, ânimo de constituir família.

Ressalte-se que autor e ré não incorrem em quaisquer vedações elencadas no art. 1.521 do Código Civil, já que, à época da convivência marital, era o primeiro separado de fato e a segunda, solteira.

Ex positis, opina o Ministério Público que seja reconhecida a união estável e dissolvida.

Contudo, no tocante à partilha de bens, considerando que as partes não chegaram em acordo, e tendo em vista a ausência de provas seguras sobre os bens adquiridos na constância da união estável, bem como de seus valores, tem-se a impossibilidade de realizar a partilha, que deverá ser realizada em futura demanda.

Quanto à guarda dos filhos menores, apurou-se, mediante realização de estudo psicossocial do caso, que residem em companhia da genitora a qual "*tem assumido as responsabilidades referentes às necessidades de*", de forma que "*as crianças sentem-se seguras na companhia da requerida e adaptadas ao ambiente sócio-familiar materno*" (fl. 66). Não há, pois, razão para a modificação da guarda.

No que toca aos alimentos devidos aos menores, na inicial, o demandante ofertou pensão alimentícia no importe equivalente a 1/3 do salário mínimo, ao argumento de está desempregado e possui outros filhos menores e uma companheira para prover o sustento.

Irresignam-se os réus, afirmando que o alimentante é pedreiro e, embora "a capacidade do autor não possa ser aquilatada com exatidão, uma vez que ele não compareceu na audiência e nem produziu provas", por certo, é superior a um salário mínimo mensal (fl. 89). Requereram a fixação em 50% do salário mínimo.

Com efeito, o exame concernente à necessidade do alimentando em cotejo com a possibilidade de juridicamente responsável trata-se de critério legal, instituído no art. 1.694, § 1º, do Código Civil de 2002. Ainda, o art. 229 da Constituição Federal determina que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

Em casos como o dos autos, ensina Yussef Said Cahali:

Nesse contexto, tem-se afirmado que a prestação deve ser fixada em valor que se aproxime da realidade econômica do alimentante, se imprevisível o valor mensal de seus rendimentos, por auferir ganhos provenientes de comissões de venda ou de atividade liberal; assim, na fixação dos alimentos, deve o magistrado, em examinando as possibilidades financeiras do alimentante, não se ater apenas ao rendimento admitido pelo profissional liberal, mas levar em conta também os 'sinais exteriores de riqueza. (CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 755/756).

Logo, em que pese a alegação de que esteja desempregado, o mais provável é que o alimentante aufera renda proveniente das atividade autônoma como pedreiro. Tanto é assim que adquiriu dois lotes e, segundo afirmou, construiu dois imóveis residenciais.

Lado outro, os alimentados são crianças de 11 e 09 anos, em idade escolar, que possuem despesas com educação, saúde, vestuário, alimentação, entre outras. Com efeito, as necessidades dos menores decorrem da idade e se presumem por força de lei.

Com fins no princípio da proporcionalidade, insculpido no § 1º, do art. 1.694, do Código Civil, deverá a pensão alimentícia ser fixada em montante equivalente a 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

Diante do exposto, o Ministério Público opina no sentido de que seja reconhecida a união estável mantida pelas partes, no período compreendido entre os anos de 1995 e 2000, com a posterior decretação da dissolução da mesma, deferindo-se a guarda dos filhos menores à ré e condenando-se o autor ao pagamento de alimentos aos filhos menores em importe equivalente a 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

É o parecer.

Belo Horizonte, 17 de março de 2008.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – IMPROCEDÊNCIA

Autos n.º

Requerentes:

Meritíssimo Juiz:

Cuida-se de ação declaratória de união estável, proposta por ..., sob o fundamento de que residem sob o mesmo teto há mais de trinta e oito anos. Aduz, ainda, o autor que era casado com a Sra. ..., tendo sido decretada a sua separação judicial em janeiro de 2006. Acrescenta o requerente que possui inúmeros problemas de saúde, tendo sido submetido à cirurgia para a retirada de tumores cerebrais. Ao final, as partes pretendem a homologação do pedido de reconhecimento de união estável.

A exordial de fls. 02/05 foi instruída pelos documentos de fls. 06/33.

O Ministério Público manifestou-se às fls. 36/37, requerendo a intimação das partes para se manifestarem acerca da incongruência das informações contidas nos presentes autos e na ação de alimentos, em apenso.

Os requerentes acostaram a petição de fls. 39/41, em resposta ao parecer ministerial.

A audiência de instrução e julgamento foi realizada, conforme termo de fls. 45, oportunidade em que foram ouvidas duas testemunhas (fls. 46/47) e colhido o depoimento pessoal do autor (fls. 48/49).

Os requerentes apresentaram suas alegações finais escritas às fls. 62/63.

Este é o breve relato dos fatos. Passo a opinar.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e condições da ação.

No mérito, não restou provada a existência da união estável havida entre os requerentes.

Com efeito, as partes alegaram, inicialmente, que residem sob o mesmo teto há mais de trinta e oito anos, advindo da união o nascimento de dois filhos, ambos maiores.

Todavia, posteriormente, o autor aduziu que, por um breve período de tempo, ocorrera uma ruptura em referida união estável, oportunidade em que ele contraiu matrimônio com a Sra., tendo sido decretada a sua separação judicial em janeiro de 2006.

As dúvidas acerca da estabilidade e durabilidade da união em apreço foram dirimidas a partir dos depoimentos coligidos em audiência. Dessa feita, segundo afirmou a testemunha:

[...] há cerca de 18 anos, o requerente deixou a requerente ... e foi residir com outra mulher [...] que desde a separação ocorrida a requerente continuou a criar os filhos com a ajuda de seus familiares, os quais inclusive residiam no mesmo lote, sendo que o requerente costumava visitar os filhos [...] (termo de depoimento de fls. 47).

Nítido, pois, que o relacionamento das partes padecia tanto de estabilidade quanto de durabilidade, requisitos essenciais para a configuração de união estável.

Mais elucidativo ainda é o depoimento pessoal do requerente, carreado às fls. 48/49. Aduziu o autor:

[...] em 1968 nasceu a primeira filha do casal, de nome; que após o nascimento a filha, o depoente e passaram a residir sob o mesmo teto [...] que quando o filho mais novo do casal estava com pouco mais de um ano, ... deixou a companhia do depoente e voltou a residir com seus pais no Bairro ..., inclusive levado consigo os dois filhos; que a partir de então o depoente não voltou mais a residir sob o mesmo teto com ..., mas manteve com ela um relacionamento amoroso [...] que no ano de 2001 o depoente acabou se casando com uma prima de nome, não chegando a ter filhos com a mesma, da qual se separou em janeiro de 2006; que após a separação de ... o depoente descobriu que estava com um tumor no cérebro, quando voltou a residir com no barracão deixado pelos pais desta no Bairro ... [...].

Restou provado, pois, que entre o ano de 1973 e janeiro de 2006, os requerentes mantiveram tão somente um relacionamento amoroso esporádico. Outrossim, o restabelecimento da convivência entre eles, sob o mesmo teto, parece motivado pela doença do autor, com o intuito de facilitar o tratamento e a assistência até mesmo por parte dos filhos comuns.

Conclui-se que não ocorrem, *in casu*, os requisitos que poderiam configurar uma união estável, como o objetivo de constituição de família e a estabilidade na relação e nem mesmo a coabitação regular que, se em certos casos pode mostrar-se desnecessária, aqui se justifica precisamente pela existência de matrimônio havido entre o requerente e outra mulher.

Como ensina a doutrina:

O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um "núcleo familiar". É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados

elementos que ajuda a objetivar e formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se. (DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.227)

Leciona, ainda, a jurisprudência mineira que

a família consubstancia-se numa comunidade constituída por um homem e uma mulher, unidos por laço afetivo, e pelos filhos nascidos dessa união. O primordial é a união com o intuito de formar essa comunidade, essa unidade espiritual, independente de sobrevir filhos. (TJMG – Ap.Civ. nº 1.00274.01.009397-9/001, Rel. Desa. Vanessa Verdolim, p. 12/08/2005)

Ocorre que, *in casu*, não obstante a aventada união tenha resultado filhos, e, até mesmo uma convivência próxima mantida entre as partes, impossível a configuração da estabilidade de tal relacionamento.

Ex positis, o Ministério Público opina pela total improcedência da presente ação.

Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2007.

1.27 - JURISPRUDÊNCIA**Curatela e Prestação de contas**

DIREITO CIVIL - CURATELA - PEDIDO DE NOMEAÇÃO DE PARENTE RESIDENTE E DOMICILIADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO - INTERDITANDA ANCIÃ, DE MAIS DE 90 ANOS - INCONVENIÊNCIA DO EXERCÍCIO DE CURATELA À DISTÂNCIA E DE MUDANÇA DE RESIDÊNCIA DA INTERDITANDA - POSSIBILIDADE DE NOMEAÇÃO DE TERCEIRO PARA O ENCARGO - ORDEM LEGAL DE NOMEAÇÃO QUE, NÃO TENDO CARÁTER ABSOLUTO, DEVE SER ALTERADA PARA ATENDER AOS INTERESSES DA PROTEGIDA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - DESPROVIMENTO DO APELO. (TJMG, processo 1.0000.00.241726-9/000(1) Relator Aloysio Nogueira, Data Acórdão 18.04.2002, Data da publicação 10/05/2002).

AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO-CONHECIDO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ACOLHIMENTO - REFORMA DO ACÓRDÃO - CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO RECURSO. É de ser reformado o acórdão que deixou de conhecer de agravo, se provado o cumprimento do art. 525, I, do CPC, devendo ser julgado no seu mérito. embargos de declaração acolhidos. NOMEAÇÃO DE CURADOR - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES - PROMOTORIA DE JUSTIÇA. Óbvio que, se se trata de curatela, parte legítima ativa para pleitear a prestação de contas do curador é o Ministério Público e não o Instituto de Previdência dos Servidores Militares. Recurso provido. (TJMG, processo 1.0000.00.211872-7/001(1) Relator Cláudio Costa data do acórdão 08/11/2001, data da publicação 18/12/2001).

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CURATELA. FALECIMENTO DO CURATELADO. LEGITIMIDADE ATIVA DO HERDEIRO. A recorrente (curadora do pai), geriu patrimônio do curatelado, exurgindo a obrigação de prestação de contas, havendo legítimo interesse do outro herdeiro de buscá-las em juízo. TJMG, processo 1.0000.00.175360-7/000(1), Relator Aloysio Nogueira, data acórdão 21/12/2000, data da publicação 02/02/2001).

DESTITUIÇÃO DE CURADOR - HABITAÇÃO EM DOMICÍLIO DIFERENTE DAQUELE DE EXERCÍCIO DA CURATELA - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO CONFIGURA, POR SI, IMPOSSIBILIDADE AO EXERCÍCIO DO 'MUNUS' - FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - IRREGULARIDADE SANADA A PARTIR DO CONHECIMENTO DESSE DEVER - ADMINISTRAÇÃO COERENTE E TRANSPARENTE - MANUTENÇÃO DO 'MUNUS' - SENTENÇA MANTIDA. Não se justifica a destituição de curador que, embora resida noutra local que o de exercício do encargo, presta, com zelo e em plenitude, o dever de assistência assumido, sendo que a prestação de contas, iniciada no curso do processo, demonstra, inclusive, o custeio das despesas do curatelado, no quantum excedente aos seus rendimentos, conduta irretrorquível, que restou comprovada nos autos.

(TJMG, processo 1.047605001866-4/001(1), Relator Nepomuceno Silva, data do acórdão 16/02/2006, ata a publicação 17/03/2006).

Interdição e Curatela. Incidente estabelecido nos autos entre parentes da interdita e da administração de seus rendimentos. Falecimento da requerida no curso do feito. Extinção. Exoneração do curador provisório do encargo, com a declaração de validade de suas contas. Deliberação sem feição de sentença terminativa. Inexistência de processo próprio de prestação de contas. Apelação não conhecida. (TJMG, processo 1.002402834773-0/002(1), Relator José Francisco Bueno, data do acórdão 23/02/2006, data da publicação 21/03/2006).

EMENTA: Ação de prestação de contas - Morte da ré - Substituição do pólo passivo pelas herdeiras - Descabimento. A ação de prestação de contas incumbe a quem tiver o dever de exigi-las, ou a obrigação de prestá-las. É uma ação personalíssima, portanto, intransmissível. Não tendo as herdeiras da Ré falecida, qualquer relação direta com as Autoras, não tendo sido elas responsáveis pela administração dos bens da curatelada e das tuteladas, não têm legitimidade para substituí-la no pólo passivo da ação, mesmo após a sentença, que determinou a prestação de contas pela Ré. Feito extinto, por intransmissível a ação. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0521.01.012508-1/001 - COMARCA DE PONTE NOVA - APELANTE(S): I A S E OUTRO(A) (S), HERDEIROS DE N A S - APELADO(A)(S): C F I A E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA.

Exoneração

V.V.P. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PROCESSUAL CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - INOCORRÊNCIA - ALCANCE DA MAIORIDADE - TRABALHO REMUNERADO - INSTITUTOS DO DEVER DE SUSTENTO E DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - DISTINÇÃO - CESSAÇÃO DA PRESTAÇÃO. 1. Os alimentos, no que concerne ao quantum, admitem transação, mas a audiência preliminar tem cabimento somente se não ocorrer: a extinção do processo sem julgamento do mérito; com julgamento do mérito, nos casos de reconhecimento da procedência do pedido, de transação ou de decadência; ou o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 331, *caput*). 2. São incondicionáveis os institutos do "dever de sustento" e o da "obrigação alimentar". Aquele, decorre do poder familiar, subordina-se à relação paterno-filial e adstringe-se aos filhos menores; esta, surge com a cessação da menoridade, tem na essência a reciprocidade oriunda do liame ascendente-descendente, e não mantém vínculo com o poder familiar, mas com a relação de parentesco. Com a maioridade do alimentando, cessa pleno jure o "dever de sustento", mormente se inserido no mercado de trabalho, porquanto já não existe a causa jurídica que o justificou. (TJMG, processo 1.0459.03.014437-0/001(1), Relator Nepomuceno Silva, data do acórdão 15/06/2004, data da publicação 20/08/2004).

DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - EXONERAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - FALTA DE INTERESSE PARA RECORRER - MAIORIDADE - FILHA QUE ESTUDA - FALTA DE COMPROVAÇÃO. A ex-esposa do alimentante, que não foi contemplada com a pensão, não tem legitimidade passiva no feito, e muito menos interesse para recorrer da sentença que decreta a exoneração da obrigação alimentar. Há de ser decretada a procedência da ação exoneratória de obrigação alimentícia, quando a ré atingiu a maioridade, e não comprova que ainda estuda ou que, por outro motivo, necessita dos alimentos. (TJMG, processo 1019403026255-5/001(1), Relator Moreira Diniz, data do acórdão 10/03/2005, data da publicação 12/04/2005).

Revisional de Alimentos - Binômio necessidade/possibilidade - Situação financeira dos alimentados alterada para melhor - Alimentos arbitrados com razoabilidade e de acordo com as provas dos autos - Modificação do pedido - Impossibilidade - Recurso desprovido. (TJMG, processo 100000331296-4/000(1), Relator José Francisco Bueno, data do acórdão 21/08/2003, data da publicação 03/10/2003).

ALIMENTOS - REVISÃO DO VALOR FIXADO PELO JUIZ MONOCRÁTICO - MAIORIDADE DOS FILHOS - INDEPENDÊNCIA FINANCEIRA - PROVA DA SITUAÇÃO DO ALIMENTANTE. É procedente o pedido de revisão de pensão alimentícia se o alimentante afirma, na inicial, a maioridade e a independência financeira de seus filhos, que, citados, deixam transcorrer in albis o prazo para a defesa. (TJMG, processo 1000003326658-2/000(1), Relator Wander Marotta, data do acórdão 03/06/2003, data da publicação 03/09/2003).

ALIMENTOS – EXONERAÇÃO – MAIORIDADE – PODER FAMILIAR – CESSAÇÃO – PARENTESCO – SOLIDARIEDADE – VERBA ALIMENTAR – MANUTENÇÃO – REDUÇÃO – BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE – IMPOSSIBILIDADE. Decerto, atingida a maioridade cessa o dever de alimentos em decorrência do poder familiar, todavia, a obrigação de prestá-los irá permanecer, caso necessário, como corolário dos Princípios da Solidariedade e da Dignidade da Pessoa Humana. Malgrado a exclusão do dever de alimentar quanto a um dos filhos, é de permanecer inalterada a fixação da verba alimentar como disposta pelo Juiz “a quo”, já que há maior necessidade para o que permanece, em razão de seus problemas de saúde, não havendo que se falar em redução proporcional. Recurso a que se nega provimento. (TJMG, processo 1002403025378-5/001(1), Relator Batista Franco, data do acórdão 26/04/2005, data da publicação 20/05/2005).

ALIMENTOS. MAIORIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA VERBA ALIMENTAR PARA CONCLUSÃO DOS ESTUDOS. PENSÃO ALIMENTÍCIA DEVIDA. INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Os alimentos são prestações

para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa. O fundamento da obrigação de prestar alimentos a quem deles necessita decorre do princípio fundamental constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CR) e do princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR). A maioridade não leva, forçosamente, a que cesse a obrigação alimentar que subsiste, entre pais e filhos, enquanto se apresentar como necessária. O dever de prestar alimentos existe do pai em relação ao filho, ainda que maior, inclusive vice-versa. (TJMG, processo 1031702010939-1/001(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 05/08/2004, data da publicação 24/08/2004).

EMENTA: Família. Alimentos. Parcela, cujo importe foi anteriormente acordado, destinada ao núcleo familiar - intuito familiar. Possibilidade da cisão de tal prestação, caso um ou mais dos credores deixe de fazer jus ao recebimento do benefício. Recurso Desprovido. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.02.017998-9/003 - COMARCA DE CURVELO - APELANTE(S): C J C R E OUTRO(A) (S) - APELADO(A)(S): A L R - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO EM RELAÇÃO À EX-MULHER - AUSÊNCIA DE PROVA DE ALTERAÇÃO NA CAPACIDADE ECONÔMICA DO ALIMENTANTE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CARACTERIZAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.699 DO CÓDIGO CIVIL E ARTS. 17 E SEGTS. E 333, I DO CPC. Não havendo comprovação de mudança no binômio necessidade/possibilidade, descabe a exoneração da obrigação alimentar assumida com relação à ex-esposa, particularmente, se ela já conta com idade avançada, fora do mercado de trabalho, eis que ao longo da vida conjugal não exercia atividade laborativa. Só se pode reputar litigante de má-fé a parte que, maliciosamente, adultera a verdade dos fatos com o fim de obter vantagem material ou processual indevida, deixando de proceder, como de seu dever, com lealdade e boa-fé, opondo resistência injustificada ao andamento do feito, o que não ocorre, na espécie. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.184725-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): A.M.R. - APELADO(A)(S): M.S. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA.

EMENTA: DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - FIXAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA EM BENEFÍCIO DA EX-COMPANHEIRA - NOVO RELACIONAMENTO AMOROSO - NASCIMENTO DE FILHO DO NOVO COMPANHEIRO - EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. O ex-companheiro deve ser exonerado da obrigação de prestar alimentos à sua ex-companheira, na hipótese em que ela contraiu sério relacionamento amoroso, do qual adveio, inclusive, nascimento de uma filha. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0324.03.011490-8/001

- COMARCA DE ITAJUBÁ - APELANTE(S): L B C - APELADO(S): S R S - RELATOR: EXMO. SR. DES. MANUEL SARAMAGO.

EMENTA: EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - UNIÃO ESTÁVEL ENTRE ALIMENTADA E TERCEIRA PESSOA - ART. 1708 DO CÓDIGO CIVIL - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Presentes provas nos autos a demonstrar que a alimentada, durante cinco anos, manteve união estável com terceira pessoa, deve-se julgar procedente o pedido de exoneração de alimentos. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0016.04.039853-5/001 - COMARCA DE ALFENAS - APELANTE(S): A P M F PRIMEIRO(A)(S), F D A T SEGUNDO(A)(S) - APELADO(A)(S): F D A T, A P M F - RELATOR: EXMO. SR. DES. MANUEL SARAMAGO.

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - ART. 733 DO CPC - JUSTIFICATIVA - EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE ALIMENTADA E TERCEIRA PESSOA - ACOLHIMENTO. Apresentando-se incontestes nos autos o fato de que a alimentada, durante quinze anos, manteve união estável com terceira pessoa, deve-se acolher a justificativa para afastar o decreto prisional. (TJMG 1070104080209-5/001(1), Relator Manuel Saramago, data do julgamento 12/04/2005, data da publicação 06/05/2005).

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO PRAZO DA LEI ANTERIOR - INOCORRÊNCIA - PAGAMENTO DO DÉBITO - AUSÊNCIA DE PROVA - MAIORIDADE DO ALIMENTANDO - AJUZAMENTO DE AÇÃO EXONERATÓRIA - DESNECESSIDADE - OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - EXTINÇÃO.

Aplica-se o prazo previsto na lei anterior, quando ele for reduzido por norma do Código Civil de 2002, e se, na data de sua entrada em vigor, 10/01/2003, havia transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

O ônus da prova cabe a quem alega, vale dizer, quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos, incumbindo, no entanto, ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

Havendo o alimentando atingido a maioridade, desnecessário o ajuizamento de ação exoneratória para tal desiderato, eis que ocorrida a extinção da obrigação alimentar "ipso jure."

Rejeitadas as preliminares, nega-se provimento aos recursos principal e adesivo.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.04.037092-4/001 - COMARCA DE VIÇOSA - APELANTE(S): G A S - ADESIVO: M A A S - APELADO(A)(S): OS MESMOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO.

EMENTA: CIVIL - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - ALIMENTADA MAIOR E QUE JÁ CONCLUIU CURSO SUPERIOR - PRETENSÃO DE CONTINUIDADE NO RECEBIMENTO DA VERBA ALIMENTÍCIA SOB FUNDAMENTO DE NECESSIDADE DE CONCLUSÃO DE CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO - AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA SUA MANUTENÇÃO - PROCEDÊNCIA - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO

ART. 400 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. Restando comprovado que a alimentanda é maior, concluiu curso superior, possuindo condições de aferir rendimentos para sua manutenção, afigura-se inconcebível a manutenção de verba alimentícia que vinha lhe sendo proporcionada, ao argumento de que ainda deles necessita, uma vez que está frequentando Curso de Pós- Graduação, sob pena de tal situação se constituir em incentivo ao ócio. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.927936-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): S C B - APELADO(S): J F B - RELATOR: EXMO. SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA.

Investigação de paternidade

EMENTA: 1 - REGISTRO PÚBLICO - AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO - FALSA DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE - LEGITIMIDADE "AD CAUSAM" ATIVA - Se a ação não é negatória de paternidade, e sim declaratória de inexistência de filiação por alegada falsidade ideológica, está legitimado a propô-la o filho do suposto pai. Por emanar indubitosa na prova dos autos a falsidade alegada, anula-se o registro, quanto à paternidade. 2 - EXAME DE DNA - EXCLUSÃO DA PATERNIDADE - Confirma-se o resultado do exame de DNA, diante da certeza científica de 99,99%, no que tange à exclusão da paternidade.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.207408-6/000 - COMARCA DE SÃO ROQUE DE MINAS - APELANTE(S): E A F E OUTROS - APELADO(S): J C P E OUTRA - RELATOR: EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI.

EMENTA: Ação de Investigação de paternidade - Exame de DNA - Confirmação da paternidade - Alimentos devidos desde a citação - Cerceamento de defesa - Inexistência. O exame de DNA constitui prova robusta, consistente e segura em sede de ação de investigação de paternidade, revestindo-se de alto grau de confiabilidade. Considera-se pai desde a concepção e não desde a sentença, que é declaratória e não constitutiva do vínculo parental. É entendimento jurisprudencial assente nesta Corte que a obrigação alimentária vige desde a citação ex vi do art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68, pois os filhos, reconhecidos ou não, devem ser tratados em igualdade de condições. Inteligência do art. 226, § 6º, da CF. Os alimentos devem ser estabelecidos em patamar suficiente para o atendimento das necessidades da alimentanda, em padrão compatível com as condições do alimentante.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0643.04.910500-7/001 - COMARCA DE SÃO ROQUE DE MINAS - APELANTE(S): A R B - APELADO(A)(S): Y A B, ASSIST. P/ MÃE A M B - RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA.

EMENTA: Apelação. Investigação de Paternidade. Retificação Prévia do Registro de Nascimento. Desnecessidade. A ação de investigação de paternidade pode ser ajuizada independentemente da retificação prévia do registro de nascimento, já que a sentença que reconhece a paternidade conduz, necessariamente, à anulação do registro anterior.

Rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso para anular a sentença.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0620.05.015028-8/001 - COMARCA DE SÃO GONÇALO DO SAPUCAÍ - APELANTE(S): S M F - APELADO(A)(S): C V V ESPÓLIO DE, REPDO P/ INVTE S P A - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. ALBERGARIA COSTA.

EMENTA: DIREITO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. PROVA. SENTENÇA. EFEITO 'EX TUNC'. NULIDADE DE PARTILHA. AÇÃO PRÓPRIA. DESNECESSIDADE. É procedente o pedido da ação de investigação, quando se verifica que a realização do exame de DNA apresenta categórica afirmativa da paternidade. A sentença proferida em ação de investigação de paternidade é de natureza declaratória e produz efeitos retroativos. A procedência do pedido de investigação de paternidade torna desnecessária a apresentação de ação anulatória de partilha. Nega-se provimento à apelação.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0210.00.002037-5/001 - COMARCA DE PEDRO LEOPOLDO - APELANTE(S): G.A.D.G. E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): K.J.C.A. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE M.M.C. - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALMEIDA MELO.

Negatória

FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXTINÇÃO DE ALIMENTOS - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE EM PROCESSO ANTERIOR - TRANSCURSO DO PRAZO BIENAL DA AÇÃO RESCISÓRIA - COISA JULGADA MATERIAL RECONHECIDA - INVIABILIDADE DA REDISCUSSÃO. Há coisa julgada em relação à ação Negatória de Paternidade ajuizada posteriormente à Ação Declaratória, cuja sentença transitou livremente em julgado, que somente pode ser desconstituída através da ação rescisória, proposta dentro do prazo bienal e desde que preenchidos os requisitos do art. 485 do CPC. "Ofende o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada a propositura de ação negatória de paternidade, mesmo com invocação das novas conquistas científicas, se a paternidade foi reconhecida em sentença anterior transitada em julgado. (TJMG, processo 1002404496676-0/001(1), Relator Gouvêa Rios, data do acórdão 12/04/2005, data da publicação 06/05/2005).

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JULGADA PROCEDENTE - AUSÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES - COISA JULGADA FORMAL - VERDADE REAL. - Nas ações de investigação de paternidade a coisa julgada que se forma é rebus sic standibus, podendo, conforme o caso, ser revista. "Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real" (REsp 4.987/RJ). "A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada modus in rebus. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se

aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". (Recurso Especial nº 226436/PR, STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.02, p. 370). VV. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - COISA JULGADA - RELATIVIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. Mostra-se inviável o manejo de ação negatória de paternidade, se existente anterior ação de investigação, onde foi reconhecida a paternidade, através de sentença devidamente transitada em julgado, com efeitos de coisa julgada material, não sendo a inexistência de exame de DNA causa bastante para se relativizar a soberania e a certeza jurídica da coisa julgada. (TJMG, processo 1069905044318-2/001(1), Relator Edivaldo George dos Santos, data do acórdão 20/09/2005, data da publicação 18/10/2005).

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - DECADÊNCIA - NÃO-CONFIGURAÇÃO. Ao tempo do Código Civil de 1916 não mais se impunha prazo para a investigação do estado de filiação, e com a vigência da Constituição da República de 1989 e atual Código Civil, a imprescritibilidade tornou-se regra irrefutável. APELO PROVIDO. (TJMG, processo 1052804910503-4/001(1), Relator Nilson Reis, data do acórdão 26/10/2004, data da publicação 05/11/2004).

AÇÃO ORDINÁRIA DE NEGAÇÃO DE PATERNIDADE, C/C INVESTIGAÇÃO E PETIÇÃO DE HERANÇA. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA RECURSAL. 1. Aplica-se o prazo decadencial de o direito de o filho impugnar o reconhecimento já estava extinto com o surgimento da nova legislação, ainda que, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, restaram revogados os arts. 178, § 9º, VI, e 362 do Código Civil. 2. O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perfilhado, somente pode ser por este impugnado nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação. 3. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (ECA, art. 27). 5. Se o interessado, decorridos 04 anos do início de sua maioridade, não impugnou o reconhecimento de paternidade constante do seu assento de nascimento, não tem ele mais o direito de fazer a impugnação. É o direito, não a defesa dele, que não existe, e lei posterior, é curial, não vai ressuscitar um direito que não nasceu. E não nasceu porque de origem era condicionado o seu exercício no prazo de quatro anos, que transcorreu "in albis" (Des. Bady Curi, Rel. na Ap. Cív. 144.151-8, j. em 25.05.2000). 4. Embargos infringentes conhecidos e improvidos. (TJMG, processo

1000000144151-8/001(1), Relator Célio César Paduani, data do acórdão 24/05/2001, data da publicação 13/06/2001).

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - PATERNIDADE RECONHECIDA EM PROCESSO ANTERIOR, COM SENTENÇA TRÂNSITA EM JULGADO - AJUZAMENTO PELA IRMÃ - ILEGITIMIDADE ATIVA. Tratando-se de ação personalíssima, somente o falecido a poderia intentar, podendo, entretanto, seus herdeiros nela prosseguir na sua falta. Viola o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada o ajuizamento de ação negativa de paternidade, mesmo com a alegação de progresso na ciência, se a paternidade foi reconhecida em sentença anterior transitada em julgado. Apelo conhecido e improvido. (TJMG, processo 1004005029540-7/001(1), Relator Cláudio Costa, data do acórdão 05/07/2007, data da publicação 19/07/2007).

AÇÃO DECLARATÓRIA - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO POR ERRO. Se o resultado do exame de DNA, comprova que o autor não é o pai registral, ainda que tenhido dúvida dessa condição, o caso é de anulação do registro. **PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - CARACTERIZAÇÃO DE FATO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA DESTA - NÃO-CABIMENTO.** As decisões quanto à paternidade sócio-afetiva devem ter o intuito de reconhecê-la para garanti-la e protegê-la, (seja na forma pura e simples, seja na forma de tutela/curatela/adoção); porém, se ela existe, se provado o fato de sua caracterização. Se não existe, se não demonstrada, não há como impô-la, por decisão judicial. O convencimento de sua existência deve nascer do fato e não da presunção, seja legal ou jurídica/decisória. Só deve ser reconhecida quando a situação de fato for maior, mais relevante e, por isso, sobrepondo-se à situação jurídica, meramente anotada presumida. Não há como se decidir esta questão somente baseando-se em presunção subjetiva, acerca da paternidade sócio-afetiva. Recurso provido. (TJMG, 1070105107087-1/002(1), Relator Eduardo Andrade, Data do acórdão 29/05/2007, data da publicação 10/07/2007).

CIVIL E PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL EFETIVADO EM RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE - IMPUGNAÇÃO SÓ CABÍVEL PELO PERFILHADO NOS QUATRO ANOS QUE SE SEGUIREM À SUA MAIORIDADE OU EMANCIPAÇÃO - DECADÊNCIA: ARTS. 178, § 9º, VI, e 362 DO CÓDIGO CIVIL - INADMISSÍVEL RETROATIVIDADE DE LEI ORDINÁRIA, INCLUÍDA A DE Nº 8.069/90 - ECA. O reconhecimento voluntário da paternidade, feito quando ainda menor o perfilhado, somente por este pode ser impugnado dentro dos quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação. (TJMG, processo 1031702003024-1/001(1), Relator Orlando Carvalho, data do acórdão 14/09/2004, data da publicação 17/09/2004).

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO - MITIGAÇÃO DA COISA JULGADA - POSSIBILIDADE - CONDIÇÃO ESTABELECIDADA JUDICIALMENTE - POSTERIOR REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA - EXCLUSÃO CIENTÍFICA DA PATERNIDADE. - Se fica demonstrado que o autor registrou a menor como sua filha em decorrência de decisão judicial não fundada em exame de DNA, mostra-se perfeitamente cabível a anulação deste reconhecimento no caso de posterior produção de perícia genética, que comprove não ser o autor o pai biológico da ré. - As ações de estado são imprescritíveis, admitindo-se a mitigação do instituto da coisa julgada nos casos em que a paternidade foi declarada sem amparo no laudo genético. (TJMG, processo 1034204051806-6/001(1), Relator Wander Marotta, data do acórdão 08/05/2007, data da publicação 29/05/2007).

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - RECUSA REITERADA DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA QUANDO DO TRÂMITE QUE RECONHECEU O AUTOR COMO PAI DO INFANTE - JULGAMENTO COM BASE EM SÓLIDO EMBASAMENTO TESTEMUNHAL, INCLUSIVE DO INVESTIGADO - PEDIDO DE SUA DESCONSTITUIÇÃO - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DIANTE DA EXPRESSA RECUSA DO AUTOR EM SUBMETER-SE AO EXAME GENÉTICO NO PLEITO INVESTIGATÓRIO - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - MANUTENÇÃO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 231 E 232 AMBOS DO CÓDIGO CIVIL E ART. 267, V DO CPC. Não se descarta da possibilidade da flexibilização da coisa julgada material em ações relativas à paternidade. Contudo, na espécie, quando do trâmite do pleito investigatório, o suposto pai recusou, veementemente, à negativa de se submeter ao Exame de DNA, não se mostrando plausível, portanto, nesta via negativa de paternidade, a desconstituição do julgado que a reconheceu, com a realização do exame genético para se averiguar, realmente, o vínculo paterno. (TJMG, processo 1070706123854-9/001(1), Relator Dorival Guimarães Pereira, data do acórdão 17/05/2007, data da publicação 24/05/2007).

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - REQUISITO - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO NO REGISTRO DE NASCIMENTO - IRRELEVÂNCIA. - A procedência do pedido formulado na ação negativa de paternidade cumulada com nulidade de registro de nascimento, depende da prova de inexistência da paternidade sócio-afetiva, sendo irrelevante a existência de vício de consentimento no registro de nascimento. (TJMG, processo 1051204023554-5/001(1), Relator Heloisa Combat, data do acórdão 06/03/2007, data da publicação 11/05/2007).

RESCISÓRIA - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIR SENTENÇA DE RECONHECIMENTO DE PATER-

NIDADE - EXAME DE DNA ELABORADO AGORA - ENTENDIMENTO ATUAL DO STJ FUNDADO NA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - FEITO INSTRUÍDO COM EXAME DE DNA REALIZADO EXTRAJUDICIALMENTE - AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DE FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE “NOVO EXAME” POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL - QUESTÃO ATINENTE A ESTADO DE PESSOA - BUSCA DA VERDADE REAL - RECUSA DO AUTOR EM SUBMETER-SE AO EXAME JUDICIALMENTE DETERMINADO - IMPROCEDÊNCIA DA RESCISÓRIA - INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA - QUANDO DEVE CEDER - Segundo abalizado entendimento jurisprudencial do STJ, fundado na “relativização da coisa julgada”, nas atuais ações rescisórias admissível é a realização de exame de DNA. Todavia, a forma de coleta do respectivo material genético, ou seja, sem a participação do Poder Judiciário e a fiscalização do Ministério Público, pode comprometer o resultado do exame. Assim, se foi o exame de DNA “realizado extrajudicialmente”, isto é, sem a participação daqueles entes institucionais (PJ e MP), deixa ele de ter eficácia ou feição jurídica, o que torna oportuna e imperiosa a feitura de “novo exame”, agora por determinação judicial. Mormente por tratar-se de questão atinente a estado de pessoa, inaceitável é a alegação do autor da rescisória de não precisar submeter-se a novo exame, por já tê-lo feito antes, por sua própria iniciativa. Em consequência, desatendida a determinação judicial de novo exame - inspirada na busca da verdade real, em ação de estado de pessoa -, impõe-se a improcedência da pretensão rescisória. Por outro lado, a intangibilidade da coisa julgada somente deve ceder, no caso de se reconhecer a prevalência da verdade real sobre a formal. (TJMG, processo 1000000173792-3/000(1), Relator Hyparco Immesi, data do acórdão 17/08/2005, data da publicação 25/11/2005).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. 1. Se os autores não lograram provar, de forma plausível, qualquer motivo que justificasse a exclusão da paternidade de quem procedeu voluntariamente ao registro civil do menor, em face do laudo genético do DNA, não se há como negá-la sem que tivessem outras provas que não a científica levada a efeito por determinação judicial. 2. Não há como negar que o exame sanguíneo mais simples mais conhecido - não precisa ter o DNA - resulta em certeza absoluta, quando conclui pela exclusão da paternidade. 3. Recurso a que se nega provimento. (TJMG, processo 1002401596151-9/001(1), Relator Célio César Paduani, data do acórdão 04/05/2004, data da publicação 18/06/2004).

AÇÃO RESCISÓRIA - JULGAMENTO DE MÉRITO - PROPRIEDADE - ERRO DE FATO - PROCEDÊNCIA. - Tratando-se de sentença de mérito, a ação própria para sua extinção é a rescisória. - Rescindem-se sentença que extinguiu processo de ação de investigação de paternidade, com fundamento em de-

claração do investigando que, comprovadamente, foi induzido a erro de leitura do exame de DNA que propiciou o reconhecimento espontâneo. (TJMG, processo 1000000291413-3/000(1), Relator Sergio Braga, data do acórdão 17/09/2003, data da publicação 03/10/2003).

Ação declaratória de inexistência de relação parental. Ação não personalíssima. Legitimidade ativa do avô paterno. Reconhecimento. Interesse processual. Prosseguimento do feito. Não se cuidando, no caso, de ação negatória de paternidade, e sim de ação declaratória de inexistência de filiação legítima, por alegada falsidade ideológica, é ela suscetível de ser intentada, não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados. (TJMG, processo 1000000333820-9/000(1), Relator Correa de Marins, data do acórdão 07/08/2003, data da publicação 19/09/2003).

Separação Judicial

EMENTA:SEPARAÇÃO JUDICIAL - IMPUGNAÇÃO À CONTESTAÇÃO - INTEMPESTIVIDADE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - JULGAMENTO “EXTRA PETITA” - INOCORRÊNCIA - CULPA RECÍPROCA CONFIGURADA - PARTILHA DE BENS - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL - BENS PARTICULARES - NÃO-COMPROVAÇÃO - BENS PERTENCENTES À PESSOA JURÍDICA - DIVISÃO - IMPOSSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CONCESSÃO. Malgrado, comprovadamente, intempestiva a peça impugnatória da contestação desnecessária o seu desentranhamento, posto não haver configurado qualquer prejuízo à autora. Tendo havido a reunião dos processos de alimentos com os presentes autos de separação em razão da continência, não há que se falar em julgamento “extra petita” o fato de ter havido sua decisão conjunta. Havendo ambos os ex- consorts, violado deveres conjugais, praticando, assim, injúria grave um contra o outro, fato que tornara impossível a continuação da vida em comum, resta caracterizada a culpa recíproca. Não tendo as partes se desincumbido do ônus de comprovar a propriedade de bens antes do casamento, mas sim, havendo demonstração que estes foram adquiridos na constância do matrimônio, impõe-se sua partilha. Para haver a desconsideração da personalidade jurídica, atingindo-se o patrimônio da empresa, não basta a simples afirmação de que existiu fraude a seu direito, mas sim a cabal comprovação dos atos tidos como fraudulentos. Deve ser deferida a gratuidade judiciária à parte que afirme nos próprios autos, não ter condições de arcar com as custas de uma demanda judicial, desde que inexistam fundadas razões para sua não-concessão. Apelação principal improvida e parcialmente provida o adesiva. (TJMG, processo 1002702000847-3/001(1), Relator Batista Franco, data do acórdão 16/11/2004, data da publicação 30/03/2005).

Guarda

EMENTA: BUSCA E APREENSÃO - INTERESSE DO MENOR - MÃE BIOLÓGICA - Estando a criança bem cuidada pela guardiã provisória, e não ten-

do a mãe biológica condições para criá-la deve ser indeferida a medida de busca e apreensão, preservando os interesses do menor, que sobrepujam-se aos dos pais biológicos. (TJMG, processo 055703900025-1/001(1), Relator Carreira Machado, data do acórdão 22/04/2004, data da publicação 25/05/2004).

EMENTA: MENOR. GUARDA. FAMÍLIA SUBSTITUTA. MODIFICAÇÃO. INCONVENIÊNCIA. DIANTE DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. Reconhecendo, a criança, como própria, a família substituta, que a acolheu na primeira infância, e perdurando a convivência harmoniosa com ela por mais de nove anos, não se mostra recomendável a alteração de tal situação, para alterar a guarda, concedendo-a à mãe biológica. Pedido de formalização formulado pelos guardiães de fato acolhido. Sentença confirmada. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.185.181-5/00 - COMARCA DE ITUIUTABA - APELANTE(S): L S B - APELADO(S): D A B E S/M - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

EMENTA: PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA FORMULADO PELO PAI - ACORDO CELEBRADO NO DECORRER DO PROCESSO - PERMANÊNCIA DE UM DOS FILHOS NA COMPANHIA MATERNA - ALIMENTOS AJUSTADOS NA PROPORÇÃO CORRESPONDENTE A APENAS ESTE FILHO.

Não constitui decisão extra ou ultra petita, em ação de modificação de guarda, adaptar-se a pensão paga pelo alimentante à nova situação surgida daí.

TJMG, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 000.161.807-3/00 - COMARCA DE UBERABA - AGRAVANTE(S): C A A - AGRAVADO(S): S C R - RELATOR: EXMO. SR. DES. PÁRIS PEIXOTO PENA SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

Mudança de sexo e de nome

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 678.933 - RS (2004/0098083-5)

RELATOR : MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : PAULO CESAR DE OLIVEIRA CRISTY
ADVOGADO : NESY MARINA RAMOS E OUTRO
EMENTA

Mudança de sexo. Averbação no registro civil.

1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu

ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF), 22 de março de 2007 (data do julgamento). Documento: 3084073 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJ: 21/05/2007 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO Relator.

Separação

EMENTA: ALIMENTOS PROVISÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA CULPA PELA SEPARAÇÃO DO CASAL. RECURSO PROVIDO. Ao se verificar que a alimentanda dedicou-se ao lar e aos filhos durante 27 anos, sem preparar-se para o exercício de outra profissão que não seja a do lar, ao passo que o alimentante goza de elevado padrão de vida, resta configurado o preconizado binômio necessidade/possibilidade, tornando imperiosa a fixação de alimentos provisórios. A atribuição de culpa pela separação, destituída de respaldo probatório robusto, não tem o condão de desnaturar a necessidade de fixação dos alimentos. Além disso, em casos tais, não se pode olvidar que a discussão de culpa pelo fim da sociedade conjugal deve ser examinada com extrema cautela à luz do conceito de família introduzido pela Carta Magna. TJMG, AGRAVO Nº 1.0024.05.663109-6/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): M.L.J.C. - AGRAVADO(A)(S): P.C. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. MARIA ELZA.

União Estável

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA. HERDEIRA. REGIME DE BENS. A discussão acerca da existência da união estável torna-se inócua, pois, na data de dois de abril de 2002, o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre, homologou, após manifestação favorável do Ministério Público, o acordo celebrado pelo finado A R, devidamente assistido por curador especial, e por M G B, ora parte apelada, para fim de reconhecimento de união estável, a contar a partir do início década de 80. Destarte, não há razão fática, jurídica e legal para não reconhecer a apelada como herdeira dos bens adquiridos na constância da união estável. No caso dos autos, o finado já estava separado

de fato de sua esposa, quando iniciou o relacionamento afetivo com a apelada. Tal conclusão decorre do estado vegetativo que a esposa do finado se encontrava no leito hospitalar, durante vinte e um anos, ou seja, de 1970 a 1991. Assim, o só fato de o finado permanecer legalmente casado não impede, que se reconheça ter havido entre ele e a apelada união estável. Neste caso, não há falar em impedimento para a configuração da união estável. Mesmo antes da expressa permissão trazida pelo art. 1.723, § 1º, do atual Código Civil, a jurisprudência já vinha admitindo que o fato de um dos companheiros encontrar-se casado não tem o condão de impedir o reconhecimento da união estável. O regime de bens é o de comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do Código Civil. Ademais, consigno que, quando a união estável, se iniciou o finado não era sexagenário, não se aplicando, pois, quaisquer restrições no tocante ao regime de bens. Registro, para fim de esclarecimento, que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça asentaram que “para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.” (Precedente: REsp n. 736.627 - PR). TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.04.050328-2/001 - COMARCA DE POUSO ALEGRE - APELANTE(S): B.R. - APELADO(A)(S): M.G.B. - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. MARIA ELZA.

EMENTA: DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - DIREITO INDISPONÍVEL - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA - SOCIEDADE DE FATO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DECLARATÓRIO. Tratando-se de causa que verse sobre direitos indisponíveis, por envolver o estado civil dos litigantes, não há que se falar em aplicação dos efeitos a revelia. A união estável deve estar seguramente demonstrada para o reconhecimento da sociedade de fato e seus efeitos. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0180.01.001239-1/001 - COMARCA DE CONGONHAS - APELANTE(S): MP/MG - APELADO(A)(S): Y A LTDA. - RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE SÚMULA : DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL - CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA - REQUISITO NECESSÁRIO. Sem o objetivo de constituição de uma entidade familiar não se configura a união estável. Não configura o intuito familiar a união afetiva com uma mulher concomitante à união com outra mulher, esta de maior habitualidade e estabilidade. “O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando

os elementos caracterizadores de um “núcleo familiar”. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se.” (Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.227) TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.009397-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): I V F M - APELADO(A)(S): M P J HERDEIRO(A)(S) DE O J, REPDO P/ CURADORA M L P G G J E OUTRO(A) (S), HERDEIRO(A)(S) DE O J - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

União Homoafetiva

EMENTA: UNIÃO HOMOAFETIVA. PENSÃO. SOBREVIVENTE. PROVA DA RELAÇÃO. POSSIBILIDADE - À união homo afetiva que irradia pressupostos de união estável deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo reconhecer os direitos decorrentes deste vínculo, pena de ofensa aos princípios constitucionais da liberdade, da proibição de preconceitos, da igualdade e dignidade da pessoa humana. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.05.750258-5/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REMETENTE: JD 7 V FAZ COMARCA BELO HORIZONTE - APELANTE(S): IPSEMG - APELADO(A)(S): R C B N - RELATOR: EXMO. SR. DES. BELIZÁRIO DE LACERDA.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL- APELAÇÃO- AÇÃO DECLARATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO OCORRÊNCIA- UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO - CONTRATO- NÃO EXIGÊNCIA- CONCORRÊNCIA DE ESFORÇOS E RECURSOS PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO - SOCIEDADE DE FATO RECONHECIDA - PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO DEFERIDA - COMPENSAÇÃO DE VALOR DEVIDO AO ESPÓLIO- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não existe impossibilidade jurídica do pedido quando a pretensão deduzida em juízo não está regulada em lei. Comprovada a formação de uma sociedade homoafetiva e demonstrada a união de esforços para a formação de um patrimônio, deve ser deferida a meação dos bens. Não há que se falar em comprovação contratual de sociedade de fato, homoafetiva, a teor do disposto no art. 981 do CC, por esta não se tratar de uma sociedade empreendedora. Na meação a ser paga à apelada, o apelante faz jus a compensação de crédito que possui em relação ao preço do imóvel a ser partilhado. Recurso conhecido e parcialmente provido. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.03.043518-8/001 - COMARCA DE

PATOS DE MINAS - APELANTE(S): A P G F ESPÓLIO DE, REPDO P/ INVTE W V F G - APELADO(A) (S): M T S - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Alimentos

Alimentos avós

AÇÃO DE ALIMENTOS - ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DO GENITOR ARCAR COM A TOTALIDADE DA PENSÃO ALIMENTÍCIA - CHAMAMENTO AO PROCESSO - AVÓ PATERNO - IMPOSSIBILIDADE. Não obstante existir a possibilidade de se constituir litisconsórcio passivo entre pais e avós, em ação de alimentos, não é possível a utilização do instituto do "chamamento ao processo", pelo autor, para suprir omissão existente em sua inicial. (TJMG, processo 1002403991077-3/002(1), Relator Eduardo Andrade, data do acórdão 06/04/2004, data da publicação 16/04/2004).

ALIMENTOS - COMPLEMENTAÇÃO DA PENSÃO - AÇÃO PROPOSTA CONTRA AVÓ PATERNA - ASCENDENTES - ORDEM SUCESSIVA DO CHAMAMENTO À RESPONSABILIDADE - ESCOLHA ALEATÓRIA PARA SUPORTAR O ENCARGO E A LIDE Em se tratando de pedido de complementação de alimentos, a ação deve ser movida, em primeiro lugar, contra o próprio pai, visando à revisão da pensão; e, paralelamente, contra todos os avós, no caso de o primeiro se revelar sem forças para o aumento e uma vez provada a necessidade da complementação. Desta forma, todos os ascendentes estariam compondo o pleito, onde se apuraria quem pode e como pode, com fito na melhoria pensionária. O avô somente pode ser obrigado à prestação de alimentos aos seus netos, se ficar comprovado que o pai dos mesmos não tem condições de prestá-los ou de complementar a pensão que já vem suportando. Tendo o alimentando escolhido, aleatoriamente, um dos ascendentes para suportar o encargo e a lide, sem observância da ordem sucessiva do chamamento à responsabilidade, outra alternativa não resta ao Magistrado, senão extinguir o processo sem julgamento do mérito. (TJMG, processo 1000000241349-0/000(1), Relator Fancisco Lopes de Albuquerque, data do acórdão 13/08/2002, data da publicação 23/08/2002).

EMENTA: Alimentos. Pretensão deduzida em face dos avós paternos. Preliminar de cerceamento de defesa. Questão açambarcada pela preclusão consumativa. Carência de ação. Ausência de configuração do fenômeno. Litisconsórcio passivo facultativo impróprio. Em sendo a pretensão alimentar dirigida aos avós paternos, excluindo-se do pleito os avós maternos, não há se falar em litisconsórcio passivo necessário, devendo, contudo, atentar-se para a circunstância de que a pensão deve ser fixada na proporção da responsabilidade dos demandados, considerando-se, portanto, que os coobrigados não demandados também tem o dever de contribuir para a manutenção da reclamante, a qual sujeita-se às conseqüências de sua omissão. Destarte, impõe-se a minoração da pensão estabe-

lecida pela instância a quo. Recurso Principal parcialmente provido e Recurso Adesivo Desprovido. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0083.04.910510-5/001 - COMARCA DE BORDA DA MATA - APELANTE(S): O A S E SUA MULHER W L C, APELANTE ADESIVO- Y V A S, REPRESENTADO(A)(S) P/ MÁE L B S C - APELADO(A)(S): Y V A S REPRESENTADO(A)(S) P/ MÁE L B S C, O A S E SUA MULHER W L C - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. AVÓ PATERNO. PAI COM CONDIÇÕES DE DAR ALIMENTOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO DOS AVÓS MATERNOS. CASO PECULIAR. POSSIBILIDADE.1 - A obrigação de prestar alimentos só passa aos ascendentes quando aquele que os deve esteja ausente, morto ou não tenha condições de fazê-lo total ou parcialmente. Neste último caso, a obrigação dos avós será apenas complementar.2 - Se a agravada tem pai vivo e com condições de pagar alimentos, mas se omite, a Ação de Alimentos deverá prosseguir contra o avô paterno, apenas para verificar a necessidade deste dar-lhe alimentos complementares, devendo ser suspensa a obrigação de dar os provisórios até o termino da ação.3 - Não existe litisconsórcio passivo necessário entre os avós paternos e maternos. Contudo é possível sua formação se aquele que foi demandado não tiver condições suficientes de prestar alimentos.4 - Agravo provido.

AGRAVO Nº 1.0194.06.062093-8/001 - COMARCA DE CORONEL FABRICIANO - AGRAVANTE(S): G.B.C. - AGRAVADO(A)(S): I.C.C.A.C. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÁE K.C.C.A. - RELATOR: EXMO. SR. DES. NILSON REIS.

EMENTA: FAMÍLIA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. AVÓS. CONDIÇÃO A QUE SE OBRIGAM À PRESTAÇÃO. 1 - O dever à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filho, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. 2 - Não é possível se impetrar ação judicial diretamente contra os avós paternos ou maternos, sem a comprovação de que o devedor originário se encontra impossibilitado de cumprir com o seu dever, pois a obrigação daqueles ao pagamento de pensão alimentícia é decorrente da incapacidade dos pais de cumprirem com o que é, originariamente, de sua responsabilidade.

AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0069.04.012933-5/001 - COMARCA DE BICAS - AGRAVANTE(S): G T E SUA MULHER - AGRAVADO(A)(S): K M T E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. DUARTE DE PAULA.

Alimentos ex-mulher

DIVÓRCIO. ROMPIMENTO DO VÍNCULO. DESCAMBAMENTO DO PEDIDO DE VERBA ALIMENTAR. DIREITO NÃO RESSALVADO. Findo o casamento, com o rompimento dos vínculos legais entre os cônjuges pelo divórcio, descabe à mulher receber alimentos se tal direito não veio estipulado ou ressalvado na separação judicial ou na conversão em divórcio. "Com efeito, uma vez dissolvido o

vínculo matrimonial pelo divórcio, rompidos ficam todos os liames entre os cônjuges, marido e mulher - que não são parentes - passam a ser pessoas estranhas para as quais não subsiste o dever de mútua assistência própria do casamento. Daí que, independente da possibilidade ou não de dispensa ou renúncia aos alimentos, não tem a ex-mulher legitimidade para reclamar do ex-marido o pagamento de pensão alimentícia. Esta é a lição de Yussef Said Cahali (**Dos Alimentos**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 348). (TJMG, processo 1002405897620-0/003(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 15/02/2007, data da publicação 09/03/2007).

EMENTA: REVISIONAL DE ALIMENTOS - PEDIDO DE MAJORAÇÃO DE PENSÃO - EX-COMPANHEIRA EM SITUAÇÃO DE PENÚRIA - POSSIBILIDADES DO ANTIGO COMPANHEIRO DE CONTRIBUIR PARA SUA DIGNA EXISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.694, 1.695 E 1.702 DO CC, AMPARADOS PELA ANÁLISE SISTEMÁTICA DOS DESSÍGNIOS CONSTITUCIONAIS - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - Estando-se diante do término de uma relação fundada a partir de antigos parâmetros culturais - em que ao homem cabia a obrigação de prover o lar, enquanto a mulher era por ele sustentada e se encarregava dos cuidados domésticos e da educação dos filhos -, impossível não se atribuir ao primeiro o dever de continuar auxiliando sua antiga companheira, de modo a possibilitar-lhe uma existência digna em nome da solidariedade decorrente dos anos de convívio e mútua dedicação (arts. 1.694, 1.695 e 1.702 do CC). - Demonstrada a precariedade da situação em que se encontra a autora, conclui-se pelo aumento de suas necessidades, fato que, diante das ainda boas condições do réu, conduzem à majoração da pensão devida àquela, nos moldes previstos pelo art. 1.699 do CC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.703452-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): P.G.F. - APELADO(A)(S): M.P.R. - RELATOR: EXMO. SR. DES. WANDER MAROTTA.

Alimentos pais

SEPARAÇÃO JUDICIAL – ALIMENTOS – BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO – IGUALDADE ENTRE OS FILHOS – NULIDADE CONFIGURADA. Na fixação dos alimentos, deve-se ter sempre em vista o atendimento do binômio necessidade/possibilidade, e também, ao princípio da igualdade de tratamento entre os filhos. Já arcando o alimentante com a pensão alimentícia de outro filho, a prestação que se fixa para os irmãos não pode ser diferenciada do primeiro, exceto se comprovado que este possuía maior necessidade. Havendo ofensa ao princípio do tratamento igualitário entre os irmãos, e assim, diante do prejuízo suportado pelos menores, deve a sentença ser anulada nesta parte, para que se restabeleça o equilíbrio entre os filhos. Recurso a que se dá provimento. (TJMG, processo 1007903103302-4/001(1), Relator Batista Franco, data do acórdão 14/12/2004, data da publicação 18/02/2005).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. REDUÇÃO DE PERCENTUAL FIXADO. NÃO COMPROVAÇÃO DE MUDANÇA NA SITUAÇÃO FINANCEIRA. IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE SEUS FILHOS. Se o genitor efetua pagamento de pensão alimentícia a filhos havidos na constância de seu casamento e, não tendo sido julgado procedente o pedido de revisão de pensão ajuizado em relação a estes, deve o mesmo efetuar o pagamento dos alimentos provisórios de seu filho em igualdade com o valor recebido por cada um de seus irmãos. (TJMG, processo 1000203900004-3/001(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 15/04/2004, data a publicação 11/05/2004).

ALIMENTOS - ALIMENTANTE SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO OU FUNCIONAL - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - SALÁRIO-MÍNIMO - VIABILIDADE - Quando o alimentante não tem vínculo empregatício ou funcional, tornando-se praticamente impossível a apuração exata de seus ganhos, vale-se o juiz do critério da estimativa, para fixar o “quantum” alimentício, nada o impedindo de estabelecê-lo em um salário mínimo (ou valor aproximado), desde que as circunstâncias e a razoabilidade o permitam. (TJMG, processo 1002402872772-5/001(1), Relator Hyparco Immesi, data do julgamento 10/03/2005, data da publicação 10/05/2005).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - FIXAÇÃO - SEPARAÇÃO LITIGIOSA - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - MAJORAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NA SENTENÇA - EFEITOS “EX NUNC” - DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. Os alimentos provisórios, em qualquer caso, retroagem à data da citação. Aplicação do artigo 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68. Os alimentos fixados provisoriamente devem prevalecer até o trânsito em julgado da sentença que os alterou. Recurso a que se dá parcial provimento.

AGRAVO Nº 1.0024.04.292126-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): G H S C, REPDO P/ MÃE I C S C - AGRAVADO(A)(S): E R C - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO.

Divórcio

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PENSÃO ALIMENTÍCIA - FILHO MAIOR - INADMISSIBILIDADE - CÔNJUGE - VALOR JUSTO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - Na ação de divórcio direto só é possível dispor sobre pensão alimentícia para os cônjuges que demonstrem impossibilidade de sobrevivência sem a mesma e para os filhos menores; sendo que, se o filho menor quando do ajuizamento da ação atinge a maioridade antes da sentença, esta não deverá ao mesmo conceder pensão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.090494-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): C O C C - APELADO(S): M P C - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ.

Execução

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - TRÊS ÚLTIMAS PRESTAÇÕES VENCIDAS À DATA DO MANDADO DE CITAÇÃO E AS QUE VENCEREM NO CURSO DA DEMANDA - PERSISTÊNCIA DO DECRETO PRISIONAL. O pagamento de valores “in natura” constituem mera liberalidade do alimentante, que pode, por livre arbítrio, efetuar a quitação de despesas diversas das prestações alimentícias fixadas; os extraordinários pagamentos realizados pelo agravante, não induzem à quitação dos alimentos provisórios fixados, e nem desoneram o executado de seu cumprimento. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem caminhado no sentido de que devem ser pagas as “três últimas prestações vencidas à data do mandado de citação e as que vencerem no curso da demanda”

AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.03.059375-0/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): D S S - AGRAVADO(A) (S): N M C S - RELATOR: EXMO. SR. DES. SILAS VIEIRA

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A SEGUNDA VOGAL.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2005.

DES. SILAS VIEIRA - Relator>>>

04/08/2005

OITAVA CÂMARA CÍVEL

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.03.059375-0/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): D S S - AGRAVADO(A) (S): N M C S - RELATOR: EXMO. SR. DES. SILAS VIEIRA

Assistiram ao julgamento, pelo agravante, os Drs. Aloísio Anuniação Júnior e Francisco de Carvalho, e, pela agravada, a Dr.^a Juliana Gontijo.

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Hélio Gelape.

O SR. DES. SILAS VIEIRA:

VOTO

Cuidam os autos de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida nos autos da ação de execução de prestação alimentícia, ajuizada por N M C S em face de D S S, via da qual a juíza monocrática decretou a prisão civil do executado nos moldes do art. 733 do Código de Processo Civil c/c art. 19 da Lei nº 5.478/68.

Em suas razões, D S S alega, em suma, que “pagou a pensão ainda que com recursos adquiridos, por empréstimos, de terceiros” tendo o efetuado de forma in natura, sustentando ainda que em parte alguma da decisão recorrida foi estabelecida como deveriam ser pagas as prestações alimentícias.

Recebi o processo, somente pelo efeito devolutivo, indeferindo, na mesma oportunidade, a re-

querida antecipação da pretensão recursal (fls. 220/221 - TJ).

O juiz singular noticiou a manutenção da decisão recorrida e o cumprimento da determinação estampada no art. 526 do Código de Processo Civil (227/229 - TJ).

Contraminuta e documentos às fls. 230/694 - TJ.

Nesta instância a douta procuradoria de justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso em parecer de fls. 699/704 - TJ.

Preparo carreado às fls. 214 - TJ dos autos.

É o que se extrai dos autos. Passo ao voto.

Conheço do recurso eis que presentes estão os pressupostos de admissibilidade exigidos.

Antes de adentrar no mérito recursal, vale destacar que, na análise do presente recurso, não impende ao julgador aferir se o montante de 58 salários mínimos mensais é adequado aos autos, sendo despicienda qualquer alegação tocante à condição financeira do agravante ou a necessidade da agravada.

Ao contrário, o cerne recursal cinge-se, unicamente, em apreciar a legalidade do decreto de prisão na espécie, pesando a existência nos autos da efetiva quitação das três últimas parcelas de alimentos e as demais vencidas durante o trâmite da ação. O agravante alega que as prestações alimentícias foram quitadas por via de verbas in natura, o que inviabilizaria o decreto de prisão expedido.

Porém tenho entendido que as verbas alimentares não estão sujeitas à compensação, portanto o pagamento de valores in natura constituem mera liberalidade do alimentante, que pode, por livre arbítrio, efetuar a quitação de despesas diversas das prestações alimentícias fixadas.

Nesse corolário os extraordinários pagamentos realizados pelo agravante, não induzem à quitação dos alimentos provisórios fixados, e nem desoneram o executado de seu cumprimento.

Encapa tal entendimento a jurisprudência do próprio TJMG, senão vejamos:

EMENTA: ALIMENTOS. DESÍDIA DO ALIMENTANTE. PRISÃO CIVIL. JUSTIFICADA. RECURSO PROVIDO. Há clara desídia do agravante em quitar com suas obrigações alimentícias, indicando tal omissão desrespeito ao alimentando e desdém ao Poder Judiciário, o que constitui razão bastante para admitir a ordem prisional.

[...]

O pagamento de alimentos in natura, se ocorrido, não exime o agravante de cumprir a obrigação de prestar os alimentos em pecúnia. Qualquer outra forma de pagamento constitui mera liberalidade.

Eventual dificuldade financeira não afasta o dever de prestar alimentos, que deve ser exercido pelo pai, ainda que com extremo sacrifício.

Por fim, o pagamento parcial do débito alimentar não torna ilegítimo o decreto prisional, pois as parcelas vencidas no curso do processo também devem ser quitadas. Entender o contrário é beneficiar o devedor contumaz e desidioso, como revela ser o agravante. (Número do processo: 1.0024.02.881981-1/002(1) - Relator: MARIA ELZA - DJ: 28/05/2004, grifo nosso)

Logo, é de se concluir que o agravante, de fato, não só deixou de efetivar a devida quitação dos

valores referentes aos 03 (três) meses anteriores à propositura da ação executiva, mas também das demais parcelas vencidas no curso do processo, induzindo ao entendimento que o alimentante encontra-se em mora injustificada, autorizando a prisão civil.

A propósito, colaciona-se o entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. PRECEDENTES. 1. O agravante insiste em que não está obrigado, sob pena de prisão, a pagar todas as parcelas que se vencerem no curso da execução, mas apenas as três últimas. O entendimento atual desta Corte, contudo, está consolidado no sentido de que o devedor de alimentos, para afastar a sua prisão civil, deve pagar as três últimas prestações vencidas à data do mandado de citação e as vencidas durante a execução. 2. Agravo regimental desprovido. (AGA nº 467124/RS. Rel. Min. Menezes Direito. Publicado no DJ dia 01/09/03). (grifei) RECURSO ORDINÁRIO DE "HABEAS CORPUS" EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. 1. O "habeas corpus" não constitui via adequada para o exame aprofundado de provas. 2. As alegações feitas com documentos que integram outro "habeas corpus" já impetrado, cujo desfecho não está nos presentes autos, nele deverão ser examinadas. 3. A prisão civil decorrente de pensão de alimentos em atraso é permitida em relação às três últimas parcelas, anteriores ao ajuizamento, e às vencidas no curso do processo. 4. Recurso provido em parte, por maioria. (RHC nº 13781/RJ. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Publicado no DJ dia 05/05/03). Por derradeiro, seguindo a esteira jurisprudencial do STJ, evidencio que o decreto prisional deve permanecer em virtude do inadimplemento das três últimas parcelas anteriores ao ajuizamento da execução, bem assim das vencidas no curso do processo.

Arrimado nas considerações precedentes, nego provimento ao recurso de agravo, mantendo inalterada a decisão recorrida.

É como voto.

O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

Senhor Presidente,

Peço vista.

SÚMULA: PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL. O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pela agravada e pelo agravante, os Drs. Juliana Gontijo e Aloísio Anunciação Júnior, respectivamente.

O SR. PRESIDENTE (DES. ISALINO LISBÔA):

O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 04/08/05, a pedido do Primeiro Vogal, após votar o Relator negando provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Edgard Penna Amorim.

O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

VOTO

Acompanho o em. Relator. Registro, tão somente, que, ao contrário da manifestação de S. Exa., entendendo ser possível a análise da justificativa apresentada pelo agravante, sobre sua impossibilidade de efetuar o pagamento dos alimentos no montante fixado pela i. Juíza de primeira instância, na

medida em que tal matéria foi examinada por esta d. Magistrada ao decretar a prisão civil do alimentante.

In casu, porém, o agravante não me convenceu de que não tem possibilidade financeira de arcar com os alimentos fixados e, assim, evitar a medida extrema decretada na decisão recorrida. Com efeito, a prova documental juntada pelas partes demonstra, de forma inequívoca, que os rendimentos do alimentante, ao contrário do afirmado nas razões recursais, não é apenas aquele apontado às f. 35-TJ. O expressivo patrimônio do casal (f. 39/41-TJ), juntamente com a movimentação financeira do recorrente (f. 417/431, 456/458, 459, 463, 466, entre outras), jogam por terra a alegação de ganho mensal no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Ademais, corrobora o entendimento da possibilidade de o alimentante cumprir a obrigação alimentar o fato de não ter ele interposto recurso contra a decisão de f. 376/377 que, na ação de exoneração/redução de alimentos ajuizada pelo ora recorrente, indeferiu o pedido de antecipação de tutela (f. 376/377-TJ), à míngua de suficiente prova, a qual poderá ser suprida com a perícia deferida.

Diante do exposto, acompanho o em. Relator e nego provimento ao agravo de instrumento.

A SRª. DESª. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO:

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Divaldo Salvador de Souza nos autos da Execução de alimentos que lhe move sua esposa contra a decisão de ff. 17/20, que deferiu a sua prisão.

De fato, constitui posição majoritária neste Egrégio Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça de que não havendo o alimentante quitado as três últimas prestações na data do mandado de citação para a execução de alimentos, a prisão civil deve ser decretada.

Nesse sentido, a súmula 309 publicada no DJ de 04/05/2005, verbis:

"O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo".

Contudo, nada impede que, em sede de agravo de instrumento, verifique-se que a comprovada impossibilidade financeira do alimentante é o motivo para a não quitação do débito, nos exatos termos do que prescreve o art. 733, § 1º do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, as decisões deste Tribunal:

"Pensão alimentícia. Execução. Justificativa apresentada pelo devedor. Acolhimento. Prisão. Desnecessidade. Não deve ser decretada a prisão civil do devedor de alimentos, quando a justificativa apresentada, para a falta do regular pagamento das parcelas a que foi condenado, demonstrativa de sua sofrível situação financeira, é plenamente albergável. Recurso Provido" (Processo nº 1.0153.04.033845-8/001 (1), Rel. Dês. Pinheiro Lago, p. em 02/08/2005).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - MEDIDA EXCEPCIONAL - JUSTIFICATIVA. A prisão civil por dívida de alimentos é medida excepcional e que admite justificativa para

sua exclusão. Tendo a guarda do menor passado ao pai, deve ser revogado decreto de prisão pelo inadimplemento dos alimentos. Recurso provido” (Processo nº 1.0024.97.023245- 0/001 (1), Rel. Dês. Cláudio Costa, p. em 01/07/2005).

“PRISÃO CIVIL - DEVEDOR DE ALIMENTOS. Inteligência do art. 733 do CPC. Não será decretada a prisão civil do devedor de alimentos que apresentar, dentro do prazo legal, justificativa para a sua inadimplência” (Processo nº 1.0433.03.099300-3/001 (1), Rel. Dês. Edivaldo George dos Santos, p. em 22/12/2004).

Devo consignar que a apreciação do agravo de instrumento é diversa da que se faz em habeas corpus em que a verificação se restringe aos requisitos constantes da súmula 60 deste TJMG do seguinte teor:

“60 - Em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do “habeas corpus” se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente. (maioria)”.

In casu, a pensão mensal de 58 salários mínimos, atualmente no importe de R\$17.400,00 (dezesete mil reais e quatrocentos reais) se mostra, na verdade, excessiva, mormente por ter ficado comprovado pelo documento de f. 35 que o desconto em folha de pagamento se mostra impossível, porquanto o agravante percebe mensalmente, a quantia de R\$4.000,00 (quatro mil reais) bruto.

Na ata de audiência de f. 25, consta que foi deferida prova pericial com a finalidade de também aferir a capacidade financeira do recorrente, decorrente da condição de sócio controlador e diretor de grupo econômico, tendo em vista a ação de exoneração de alimentos que ajuizou.

Pelas informações prestadas pelo douto Julgador singular, também restou claro que na ação de exoneração de alimentos provisórios movida pelo ora agravante, aguarda-se a realização de perícia contábil para aferição da real capacidade contributiva do alimentante (ff. 227/228).

Assim, não estando, na realidade, comprovada a real condição financeira do recorrente, não há como se decretar o decreto prisional.

Ademais, ainda que se considere a impossibilidade de prestação de alimentos in natura, o certo é que o alimentante não se furta a sua obrigação alimentar, não estando a parte agravada, tampouco suas filhas a passar por necessidade, ao que se acresce o fato de que não se mostra, a priori, em condições financeiras suficientes para fazê-lo em importe tão excessivo, sendo prudente que se aguarde a realização da prova pericial.

Mediante tais considerações, rogando vênias ao em. Desembargador Relator, dou provimento ao recurso para afastar a prisão decretada.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A SEGUNDA VOGAL.

EMENTA: Recurso de agravo. Ação de execução de alimentos. Pensão de alimentos paga, parcialmente, in natura. Decretação de prisão. Possibilidade. 1. Compete ao alimentando, por seu representante legal, definir as prioridades no gasto da pensão

de alimentos por ele recebida, razão pela qual resta inadmissível o pagamento in natura.2. Não quitada a pensão exequenda, subsiste o decreto que determina a prisão do Executado.

AGRAVO Nº 1.0024.05.627762-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): M.F.C.F. - AGRAVADO(A)(S): M.C.C. E OUTRO(S), REPDO(S) P/ MÃE V.C.C. - RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA

ACÓRDÃO

(SEGREGO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2007.

DES. JARBAS LADEIRA - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. JARBAS LADEIRA:

VOTO

Cuida-se, na espécie, de agravo de instrumento interposto de decisão que decretou a prisão do Agravante por 60 dias, justificando-se este pelas dificuldades que vem enfrentando e pelo fato de que não desamparou suas filhas, pagando parte da pensão em dinheiro e parte diretamente das mensalidades escolares, materiais e despesas de saúde. Argumenta, destarte, que a pensão somente não foi paga em sua totalidade por absoluta impossibilidade financeira, mas, ainda assim, não deixaram de ser quitadas as mensalidades escolares, tratamentos ortodônticos, além da quantia depositada na conta da mãe das Agravadas.

Demonstra que nunca foi empresário de transportes, mas apenas caminhoneiro autônomo, deixando de exercer a profissão em razão da impossibilidade de concorrer com grandes transportadoras e mineradoras. Afirma, então, que passou a trabalhar, em 1º de outubro de 2004, como empregado da Ltda, percebendo R\$ 1.500,00, mas foi demitido em 31 de março de 2006.

Aduz que, não obstante toda a crise por ele vivida, utilizou a quase totalidade dos recursos provenientes do FGTS e das verbas rescisórias trabalhistas para custear as despesas das Agravadas.

Alega que ajuizou ação revisional de alimentos, reputando excessiva a obrigação de pagar cinco salários mínimos às filhas, ora Agravadas, argumentando que seu salário atual é de R\$ 700,00, sendo necessária, inclusive, a ajuda de seus pais para custear tal pensão.

Aduz que o rito do art. 733, do CPC, não é aplicável à espécie, tendo em vista que o Agravante não deixou de pagar a totalidade da pensão. Sustenta, outrossim, que as prestações de alimentos, quando acumuladas por longo tempo, perdem esse caráter, passando a ser simples ressarcimento de despesas já havidas, não cabendo decretação de prisão.

Ao final, argumenta que sua prisão se refletirá diretamente nas filhas, tendo em vista que perderá seu emprego e não mais terá o salário com o qual paga parte da pensão a elas devida.

Pleiteia, nesse sentido, que seja conferido efeito

ativo ao Agravo, revogando ou cassando liminarmente a decisão que decretou a prisão civil do Agravante, determinando expressamente a suspensão da ordem.

Por derradeiro, pugna pelo provimento do agravo, confirmando-se a decisão liminar e reconhecendo a validade dos pagamentos feitos a título de pensão alimentícia para as filhas, além de determinar a conversão da execução intentada no art. 733, do CPC, para a modalidade do art. 732, do mesmo diploma legal.

Conheço do agravo, presentes seus pressupostos. Cinge-se, a matéria em discussão, à possibilidade de a pensão de alimentos ser paga in natura, ou seja, de ser paga não apenas em dinheiro, mas quitadas diretamente as despesas dos menores.

Não há nada a ser modificado na decisão prolatada pelo douto magistrado de 1º grau, tendo em vista a impossibilidade de o pagamento da pensão de alimentos ser feito da forma como pretendida pelo Agravante.

Com efeito, o pagamento da pensão de alimentos visa a possibilitar, à mãe, a quem foi deferida a guarda das menores, prover, da melhor forma possível, os meios para a subsistência e lazer das filhas, competindo-lhe, por conseqüência, a decisão do que é prioritário.

Nesse sentido, o pagamento do importe fixado a título de pensão há de ser feito em sua totalidade, não sendo lícito, ao pai, pleitear o direito de decidir como e quando deve ser gasto o valor por ele pago.

A questão se refere à eleição de prioridades pela mãe das menores, que melhor conhece as necessidades das filhas, já que é quem com elas mantém convívio diário.

Firmo entendimento, destarte, no sentido de que a administração dos recursos relativos à pensão paga pelo Agravante compete à mãe das Agravadas, razão pela qual resta impossível admitir o pagamento in natura, mas, tão somente, em espécie. Assim, tenho por não satisfatória a justificativa apresentada pelo Agravante, consignando, outrossim, ser inaceitável a alegação de que não dispõe de recursos financeiros suficientes para quitar com o importe fixado, mormente em função de não ser cabível tal oposição em execução de sentença de alimentos, não obstante a notícia de que está em curso ação revisional de alimentos.

A respeito, registro, tão somente, que o montante fixado a título de pensão de alimentos, não importando o que venha a ser decidido na ação revisional de alimentos, deverá ser quitado em sua integralidade, em espécie, conforme acordado.

Isto porque a ação revisional de alimentos terá o condão de alterar o montante da pensão somente a partir de seu ajuizamento, não interferindo, tal decisão, no quantum das parcelas já devidas em momento anterior à propositura do feito revisional. Conforme definido na decisão vergastada, reconhece-se o direito do Agravante de abater, do montante a ser pago, a parte já depositada, em pecúnia, em favor das menores.

O saldo resultante desta operação, a meu ver, justifica plenamente a manutenção do decreto de prisão expedido contra o Agravante, uma vez que

subsiste a dívida em que se baseou o magistrado a quo para determinar sua lavratura. Incluem-se as parcelas vencidas no decorrer da lide.

Somente com o efetivo depósito dos valores, na forma como foi determinado pelo juízo que decidiu a ação de alimentos, é que o devedor, ora Agravante, se desonerará de sua obrigação, razão pela qual tenho por justificável a manutenção do decreto de prisão.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo. Sem custas.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): CAETANO LEVI LOPES e FRANCISCO FIGUEIREDO.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO Nº 1.0024.06.627762-7/001

PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. DÉBITO ALIMENTAR. PRECEDENTE DO STF. O decreto de prisão civil, ao contrário do que alega o recorrente, não é arbitrário, pois encontra previsão constitucional, quando o alimentante descumpre o seu dever legal e moral de auxiliar no sustento do alimentando. Ademais, a prisão civil somente é empregada, porque é o meio mais eficaz de obrigar o alimentante a pagar a verba alimentar. Em outras palavras, a prisão civil, no caso, não tem caráter punitivo. Ela funciona, na verdade, como meio de forçar o cumprimento da obrigação de garantir a sobrevivência do alimentando. (Precedente do STF: HC 87.134/SP). (TJMG, processo 1014505225954-9/001(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 06/12/2007, data da publicação 19/12/2007).

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - LIBERALIDADES NÃO COMPENSÁVEIS - IMPOSSIBILIDADE NÃO JUSTIFICADA - DECISÃO MANTIDA. A Lei e o princípio da razoabilidade determinam que os alimentos devidos devem ser pagos, sem qualquer desconto de liberalidades dadas pelo alimentante ao alimentado.

AGRAVO Nº 1.0694.06.033667-4/001 - COMARCA DE TRÊS PONTAS - AGRAVANTE(S): M.F.B. - AGRAVADO(A)(S): I.L.F.B. E OUTRO(A)(S) - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2007.

DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Relatora

25/09/2007

1ª CÂMARA CÍVEL

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

AGRAVO Nº 1.0694.06.033667-4/001 - COMAR-

CA DE TRÊS PONTAS - AGRAVANTE(S): M.F.B. - AGRAVADO(A)(S): I.L.F.B. E OUTRO(A)(S) - RELATORA: EXMA. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Ronaldo Bretas de Carvalho Dias.

A SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE:

Sr. Presidente.

Em razão de alguns pontos colocados da tribuna, peço vista dos autos.

SÚMULA : PEDIU VISTA A RELATORA, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Dr. Ronaldo Bretas.

O SR. PRESIDENTE (DES. EDUARDO ANDRADE): O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 25/09/07, a pedido da Relatora, após sustentação oral.

Com a palavra a Des^a. Vanessa Verdolim Hudson Andrade.

A SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE:

O meu voto é o seguinte:

Trata-se de Agravamento de Instrumento proposto por M.F.B. contra I.L.F.B. e seus filhos, visando a reforma da decisão do Juiz de primeiro grau de f. 33, que indeferiu o pedido do executado, de redução da pensão alimentícia, de compensação dos pagamentos in natura e de arbitramento de aluguel.

Em suas razões recursais alega o agravante a nulidade da intimação da decisão e no mérito diz que não se encontra inadimplente, pois compensa os valores não depositados com alimentos 'in natura'. Ademais, os agravados continuam habitando em imóvel pertencente ao varão sem pagar sequer um centavo de aluguel, além de pagar o plano de saúde e da mensalidade escolar.

Recebi o agravo em seu efeito meramente devolutivo à f. 277.

O agravado, embora intimado, não apresentou contraminuta conforme f. 279 - TJ.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se à f. 283/289 pelo desprovimento do recurso.

Conheço do agravo de instrumento, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar

Em suas razões recursais alega o agravante a nulidade da intimação da decisão, realizada na pessoa da secretária de sua procuradora.

De início é de se ver que a intimação alcançou o objetivo e como sem prejuízo não há nulidade, a preliminar não prospera.

Rejeito a preliminar.

Insurge-se o agravante com o presente recurso de agravo de instrumento, por entender incabível ao presente feito, a decisão do Juiz de primeiro grau de fl. 33, que indeferiu o pedido do agravante de redução da pensão alimentícia, de compensação dos pagamentos 'in natura' e de arbitramento de aluguel.

Como é de conhecimento geral, a fixação de alimentos deve se adequar dentro do binômio necessidade-possibilidade, ou seja, deve-se apurar as reais necessidades daquele que recebe e a efetiva

condição financeira daquele que paga, conforme o disposto no art. 1.694, § 1º, do Código Civil. Para a revisão, é necessária a modificação na capacidade contributiva do alimentante ou a necessidade da alimentanda.

O novo Código Civil, disciplina a possibilidade de alteração da pensão em seu art. 1.699, nos seguintes termos:

"Art. 1.699 - Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao Juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo."

Desse artigo extraímos que a redução do valor da obrigação de prestar alimentos só se justifica se houver alteração nas condições financeiras de quem presta, ou seja, para minoração da pensão deve-se comprovadamente ter havido uma mudança na possibilidade do alimentante ou redução da necessidade do alimentado.

Pela análise dos autos, verifica-se que o agravante não demonstrou nenhum aumento significativo em seus gastos que justifique a redução da guardada pensão.

Com relação a compensação das verbas alimentares, feitas através de pagamento 'in natura', tenho entendido que as verbas alimentares não estão sujeitas à compensação, portanto o pagamento de valores 'in natura' constituem mera liberalidade do alimentante, que pode, por livre arbítrio, efetuar a quitação de despesas diversas das prestações alimentícias fixadas.

Nesse corolário os extraordinários pagamentos realizados pelo agravante, não induzem a quitação dos alimentos provisórios fixados, e nem desoneram o executado de seu cumprimento.

Coaduna com tal entendimento a jurisprudência do próprio TJMG, senão vejamos:

"EMENTA: ALIMENTOS. DESIDIA DO ALIMENTANTE. PRISÃO CIVIL. JUSTIFICADA. RECURSO PROVIDO. Há clara desídia do agravante em quitar com suas obrigações alimentícias, indicando tal omissão desrespeito ao alimentando e desdém ao Poder Judiciário, o que constitui razão bastante para admitir a ordem prisional.

[...]

O pagamento de alimentos in natura, se ocorrido, não exige o agravante de cumprir a obrigação de prestar os alimentos em pecúnia. Qualquer outra forma de pagamento constitui mera liberalidade." Já com relação ao imóvel, de propriedade do agravante, em que os agravados residem, não entendo ser cabível o decote dos valores pagos a título de pensão alimentícia, como forma de se pagar um suposto aluguel. Entendo que caso o agravante queira exercitar seu direito de proprietário e ver locado o referido imóvel, deve procurar as medidas cabíveis.

Não se admite, além do mais, a compensação de alimentos com verbas graciosas ou dadas por mera liberalidade pelo alimentante.

Apenas em um ponto cabe razão ao agravante: o cálculo de f. 160 cópia à f. 199-TJ traz a aplicação de juros sobre o valor da pensão, para depois deduzir o valor pago, quando o correto é deduzir o valor pago antes de aplicar os juros ao valor re-

manescente. O excesso nesse ponto ficou configurado, devendo ser refeito o cálculo, na forma adequada.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, apenas para esse fim. Custas recursais pelo agravante, na forma da lei, sendo mínima a sucumbência da agravada.

O SR. DES. ARMANDO FREIRE:

Sr. Presidente.

Rejeito preliminar e, quanto ao mérito, acompanho a eminente Relatora para também dar parcial provimento. Faço-o na consideração de que, quanto à questão de fundo, no que diz respeito a ajudas prestadas por mera liberalidade, a análise feita pela eminente Relatora se perfaz a contento, levando em conta tudo aquilo que ela pôde extrair do contexto probatório, ainda nesta fase do processo. Tendo refeito o cálculo, também se justifica a conclusão na consideração de que a incidência dos juros deve ocorrer após o abatimento, conforme devidamente justificado no voto de S. Ex^a.

O SR. DES. ALBERTO VILAS BOAS:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO Nº 1.0694.06.033667-4/001

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - EXECUÇÃO - EMBARGOS DE DEVEDOR - PENHORA - POSSIBILIDADE - CREDOR DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO - "PACTA SUNT SERVANDA". O ordenamento jurídico nacional consagra o direito aos alimentos, entendidos estes em uma concepção ampla, abrangendo tudo quanto seja necessário para satisfazer as necessidades humanas, ou seja, não apenas o necessário para a alimentação mas também ao vestuário, moradia, saúde etc. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido pelo credor de pensão alimentícia. Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: "pacta sunt servanda". O acordo de vontades faz lei entre as partes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.147102-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): A J S - APELADO(A)(S): R C S C - RELATOR: EXMO. SR. DES. CARREIRA MACHADO

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 02 de junho de 2005.

DES. CARREIRA MACHADO - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. CARREIRA MACHADO:

VOTO

Trata-se recurso de apelação cível interposto por AJS contra sentença de fls. 209-210, proferida pelo

MM. Juiz de Direito da 8ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos de embargos à execução propostos pelo ora apelante contra ação de execução que lhe move RCSC, julgou parcialmente procedentes os embargos, determinando que a exequente refaça os cálculos nos moldes da fl. 68, excluindo as passagens, reduzindo os juros para 0,5% (meio por cento) ao mês, contando a partir da citação, condenando o embargante a pagar 80% (oitenta por cento) e a embargada a pagar 20% (vinte por cento) das custas, e, ainda, o embargante a pagar honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do valor da condenação, com base no art. 21, parágrafo único do CPC (decaimento mínimo do pedido), mas ficando as partes isentas, temporariamente, porque lhes foi concedida justiça gratuita, determinando o prosseguimento da execução, mantendo-se a penhora. Embargos de declaração aviados por AJS, fls. 211-214, rejeitados pelo juiz de 1º grau, fl. 215-verso. Alega o apelante, fls. 217-223, que é nulo o ato de penhora, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.009/90, e exceções trazidas nos incisos I à VII do art. 3º, em especial, o inciso III; que o pleito não diz respeito a alimentos, pensão mensal, mas, como afirmado pela própria sentença, tratam-se de despesas relativas à educação e saúde, com datas especificadas em caráter de excepcionalidade desvinculada da pensão, sem caráter de prestação mensal; que os alimentos são objeto de desconto em folha, e que o objeto da execução são despesas que teriam sido suportadas pela apelada; que a constrição do imóvel de propriedade do apelante, onde reside na companhia de mulher e filhos, advindos desse segundo consórcio, é nula porque afronta a própria lei de regência; que, embora não tenham sido opostos embargos à penhora, em se tratando de ato nulo, poderá ser argüido em qualquer tempo ou grau de jurisdição; que se trata de ato judicial eivado de profunda afronta à lei, colocando em risco todo o ordenamento jurídico, devendo ser declarado nulo, e, por consequência, insubsistente a penhora.

Alega ainda que, quanto à exclusão das passagens de avião dos cálculos da execução, se há em ... clínicas especializadas para o tratamento da filha, inclusive que havia o apelante entregue à apelada guia de internação expedida pelo IPSEMG, porque excluir somente as passagens de avião e impor ao apelante um ônus que sabia não ser capaz de suportar; que, se há clínicas especializadas no tratamento cardíaco da filha e a apelada escolhera aquelas situadas na cidade de São Paulo, é certo que estaria em condições de arcar com as despesas decorrentes, ou, na pior das hipóteses, concorrer com a metade delas, especialmente por deixar de fazer uso, não só do IPSEMG bem como da UNIMED a que a filha faz jus; que aceitar a decisão seria aceitar o enriquecimento de causa.

Afirma, quanto ao exame de endoscopia, que, pretendendo a apelada ser reembolsada, trouxe aos autos nota fiscal nº 001237, fl. 80, emitida pela Clínica de Endoscopia Digestiva Serviços Ltda; que o apelante carrou aos autos documento firmado pelo Dr. ..., atestando que nenhuma das três, apelada e suas filhas, foi submetida à pesquisa

endoscópica; que, pretende também a apelada, ser reembolsada de valores referentes ao curso de idiomas de ..., sua sobrinha; que também são indevidos os recibos em nome de O, companheiro da apelada, e o percentual de 50% (cinquenta por cento) de processo trabalhista, simplesmente porque não houve rescisão de contrato, mas apenas processo de correção do FGTS.

Requer, ao final, seja desconstituída a penhora que onera o único bem imóvel de sua propriedade e família, que sejam decotados da condenação os valores relativos ao tratamento médico-hospitalar realizado em ..., da filha V, ou, se assim não acolhido, que seja dividido em partes iguais. Igualmente requer sejam decotados os valores relativos ao exame de endoscopia digestiva, os de curso de idioma da sobrinha da apelada, bem como aqueles que foram objeto de impugnação via embargos de devedor, ainda, que se assim não seja entendido, que tais despesas sejam rateadas em partes iguais. Conheço do recurso de apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Requer o apelante seja eximido do pagamento das despesas médico-odontológicas e educacionais, previstas no item 5-4 do acordo homologado em separação judicial, sob o argumento de não consistirem em pensão alimentícia.

Frise-se que tal composição foi devidamente homologada em juízo, como afirma o próprio apelante, não tendo sido desafiada pela interposição de qualquer recurso, no qual as partes, na ocasião da separação judicial, estabeleceram as cláusulas em observância à livre disposição de suas vontades, ambas devidamente assistidas por seus respectivos procuradores.

Dispõem os arts. 229 e 230 da CF/88:

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Yussef Said Cahali discorre, *in verbis*:

“Incumbe aos genitores - a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos”. (CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3 ed. revista, ampliada e atualizada. RT, 1999. p. 540).

O dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores, enquanto não atingirem a maioridade civil ou por outra causa determinada pela legislação, decorre do poder familiar.

Os genitores têm o dever quase que absoluto de assistir, criar e educar os filhos até a maioridade destes em decorrência do poder familiar, como dispõe os art. 5º e 1.630 do Novo Código Civil.

O ordenamento jurídico nacional consagra o direito aos alimentos, entendidos estes em uma concepção ampla, abrangendo tudo quanto seja necessário para satisfazer as necessidades humanas,

ou seja, não apenas o necessário para a alimentação mas também ao vestuário, moradia, saúde etc. Neste sentido:

“Alimentos são, pois, as prestações devidas, feitas para que quem as receba possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustentação do corpo), como a intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional).” (ALMEIDA, Estevam de. **Direito de família**. n. 284, p. 314, apud Cahali (1994), p. 140). Desta forma, a amplitude do termo “pensão alimentícia” não é restrita, como pretende o apelante, ao afirmar que “o pleito não diz respeito a alimentos, pensão mensal, mas, como afirmado pela própria sentença, trata-se de despesas relativas à educação e saúde, com datas especificadas em caráter de excepcionalidade desvinculada da pensão, sem caráter de prestação mensal”.

O nome dado à prestação não retira seu caráter alimentar, incluídos os gastos com saúde e educação do alimentando, verificando-se que as despesas, objeto da execução, revestem-se de caráter alimentar, referindo-se à tratamentos de saúde e educação.

Desta forma, encontra-se, a penhora efetivada, de acordo com os ditames dos artigos 1º e 3º, III da Lei 8.009/90, que dispõe:

“Art. 1º- O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

[...].

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

[...];

III - pelo credor de pensão alimentícia;

[...].”(Grifo nosso)

Descabida se nos mostra a alegação do apelante que seu imóvel não pode ser penhorado, por se tratar de bem de família, conforme o disposto na Lei nº 8.009/90.

Verifica-se que a dívida que a embargada está executando refere-se a parcelas alimentares, fixadas quando da separação judicial do casal, que não foram arcadas pelo alimentante, nos termos do acordo entre eles firmado, que dispõe:

“Item 5.4: que, além da pensão acima estipulada, o cônjuge varão se responsabilizaria pela assistência médico-odontológica da exequente e de suas filhas, e das despesas escolares destas últimas.”

Muito embora estas despesas incluam-se na aceção de pensão alimentícia, restou pactuado no item 5 do acordo que, “a título de pensão alimentícia, o cônjuge varão contribuirá mensalmente com o valor de 35%(trinta e cinco por cento) de sua remuneração líquida”.

Inserido neste item 5, encontram-se as despesas ora embargadas, conforme item 5.4 acima transcrito, tendo sido o referido acordo devidamente homologado em juízo.

Desta forma, referem-se as despesas executadas,

ora embargadas, àquelas referentes à pensão alimentícia, que autorizam a penhora do imóvel do devedor, ainda que o mesmo se constitua em bem de família.

Dispõe Sílvio de Salvo Venosa:

“Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: pacta sunt servanda. O acordo de vontades faz lei entre as partes.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 376).

Trata-se, o acordo homologado, de obrigação de natureza contratual, devidamente homologada em juízo, tornando-se ato jurídico perfeito, o qual não pode ser modificado de forma unilateral, na forma pretendida pelo autor, senão vejamos:

“AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA CONVENCIONAL - SEPARAÇÃO JUDICIAL - ALTERAÇÃO UNILATERAL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Uma vez ratificado o pedido de separação judicial, o acordo celebrado pelas partes não mais pode ser alterado unilateralmente, mormente depois de homologado por sentença”. (Apelação Cível nº 1.0000.00.333084-2/000, Rel. Des. Pedro Henrique, data publ. 06/02/2004).

Destaca-se, por fim, que não restou demonstrada a existência de quaisquer vícios que tivessem o condão de macular o acordo firmado pelas partes, pelo que não há que se falar em não pagamento das despesas acordadas.

Como cediço, estando o acordo viciado por erro ou ignorância, será passível de anulação, por existir deturpação da manifestação de vontade das partes, podendo-se conceituar o erro como “uma noção inexata sobre um objeto, que influencia a formação de vontade do declarante, que a emitirá de maneira diversa da que a manifestaria se dele tivesse conhecimento exato.” (RT, 526:128, 554:80, 338:502, 280:360, 292:614 e 545:192).

Entretanto, não é esta a hipótese delineada nos autos. O ato do qual pretende se furto o recorrente, está revestido de todas as formalidades legais e, presentes os elementos constitutivos e os pressupostos de validade do ato jurídico, não cabendo, pois, acatar tal pretensão.

Quanto à alegação de que não seria correto excluir somente as passagens de avião e lhe impor um ônus que sabia não ser capaz de suportar e que, se há clínicas especializadas no tratamento cardíaco da filha e a apelada escolhera aquelas situadas na cidade de São Paulo, é certo que estaria em condições de arcar com as despesas decorrentes.

Ora, não há, em nosso ordenamento jurídico e, sobretudo no acordo homologado, conforme já dito, o que obrigue uma pessoa a realizar tratamento médico através de seu plano de previdência ou de saúde, ainda mais que, em se tratando de cirurgias de grande vulto, como é uma cirurgia cardíaca, a maioria dos Institutos de Previdência e planos de saúde não cobrem as despesas destas decorrentes. Desta forma, cabe a cada um, segundo seu entendimento e necessidade, escolher um médico de sua confiança e com base em critérios puramente subjetivos, objetivando-se a cura daquela moléstia, ou, caso não seja possível, ao menos sua melhora. Não cabe ao apelante questionar os critérios que

levaram a apelada a escolher este ou aquele médico, pois, quando se trata de saúde de sua prole, uma mãe não mede esforços para alcançar seu objetivo.

Ressalte-se que não há quaisquer restrições no acordo sobre limite de valores, indicação de hospitais e/ou médicos, bem como a obrigatoriedade do uso do plano de previdência ou convênio.

Tais escolhas são puramente subjetivas, de acordo com o entendimento de cada um, o que não enseja contrariedade do apelante, ainda mais por serem referidas despesas objeto do acordo homologado judicialmente em que o recorrente se prontifica a arcar com as mesmas.

Em relação ao pagamento das despesas com passagens rodoviárias e aéreas, muito bem sentenciou o juiz de 1º grau, fl. 210, “como já decidido em fls. 65, são de excluir apenas as despesas de passagens, inclusive de avião, a respeito do tratamento cardiológico da filha, visto que BH também possuía clínicas especializadas.”

Excluídos encontram-se, portanto, da execução, os valores gastos com passagens rodoviárias e aéreas, que não se enquadram nas despesas médico-odontológicas, as quais se refere o item 5.4 do acordo homologado.

No que diz respeito à alegação de que, numa tentativa da apelada de ser reembolsada, trouxe aos autos nota fiscal nº001237, fl. 80, emitida pela Clínica Ltda, e que teria o apelante juntado documento firmado pelo Dr., atestando que nenhuma das três, apelada e suas filhas, foi submetida à pesquisa endoscópica, tenho que não merece acolhida.

Do documento juntado pelo apelante, fl. 50, não se pode depreender que seja esta uma declaração da Clínica que emitiu a nota fiscal que se impugna, haja vista que nem mesmo um timbre da mesma este possui, mas tão-somente uma assinatura sobre um nome e CRM.

Não entendo como hábil tal documento para desconstituir referida nota fiscal.

Quanto à sua insurgência relativamente ao recibo do curso de idiomas em nome da sobrinha da apelada, tenho que razão também não lhe assiste.

Verifica-se nos autos de execução, fl. 116, que, muito embora conste do recibo o nome de K F C, refere-se o mesmo a uma promoção especial na qual a beneficiária é V C S, filha do apelante.

Ou seja, tal despesa refere-se à despesa com educação em prol da filha V C S.

Em análise dos recibos emitidos em nome do Sr. O S F, verifica-se que os mesmos referem-se a consulta e exame alérgico para J C S (fl. 51); a consulta médica para J C S (fl. 121); e a exames laboratoriais de J C S (fl. 121).

Desta forma, muito embora estejam os recibos em nome de outrem, foram emitidos em razão de consultas médicas e exames realizados em benefício de sua filha J C S.

Em relação ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do processo trabalhista, afirma que não houve rescisão de contrato, mas apenas processo de correção do FGTS. No entanto, verifica-se que nos autos de execução foram juntadas cópias das decisões proferidas pela 34ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, fls. 21-22,

bem como recibo de depósito/levantamento, em que figura como reclamante o ora recorrente, e reclamado, o Credireal S/A.

Não há nos autos qualquer documentação a atestar a afirmação do apelante, não cabendo acatar sua assertiva.

Muito embora possa parecer injusto que somente o pai das menores arque com as despesas médico-hospitalares, inclusive relativas à ex-mulher, ora apelada, e com as despesas educacionais das filhas, tal obrigação decorre de um acordo homologado judicialmente, em que suas cláusulas, ou seus itens, foram discutidos e aceitos pelas partes, agora apelante e apelada.

O direito civil pátrio é categórico quando afirma que os contratos fazem lei entre as partes que o celebram, regido pelos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, ou seja, o pacta sunt servanda.

A obrigatoriedade dos contratos é que forma sua base, sendo que, desta decorre sua intangibilidade, ou seja, não cabe alteração contratual unilateral, por ter sido o mesmo objeto de manifestação da livre e espontânea vontade dos contraentes.

Cumprido ressaltar que, havendo qualquer modificação na situação que ensejou a confecção do acordo homologado judicialmente, é lícito à parte interessada buscar desincumbir-se dos ônus que superem sua capacidade ou possibilidade, por meio das ações próprias.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Custas pelo apelante.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALMEIDA MELO e CÉLIO CÉSAR PADUANI.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS - ACORDO REFERENDADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - EXECUTIVIDADE - DESCONTO DO PENSIONAMENTO - AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO. 1. O acordo relativo ao pagamento de alimentos ao menor, nele representado por sua genitora, regular e devidamente referendado pelo Ministério Público, contempla os atributos da executividade, prescindindo de homologação judicial. 2. O desconto do pensionamento em folha de pagamento ou junto ao INSS não importa agravamento em desfavor do alimentante, posto que a forma adotada não tem o condão de influenciar na sua situação objetiva, que permanece indene. (TJMG, processo 1070103023829-2/001(1), Relator Nepomuceno Silva, data do acórdão 25/05/2004, data da publicação 06/08/2004).

EMENTA: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.FILHOS MENORES. FGTS. PEDIDO DE LEVANTAMENTO. Não há óbice ao levantamento de percentual sobre saldo de FGTS, para pagamento de verba alimentar atrasada devida aos exequentes, haja vista o desaparecimento do devedor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.210.809-0/00 - COMARCA DE RIO POMBA - APELANTE(S): J M P, REPDO. P/ CURADOR - APELADO(S): D C P E OUTRO, REPDOS. P/ MÃE M L C - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALOYSIO NOGUEIRA

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO. Belo Horizonte, 16 de agosto de 2001.

DES. ALOYSIO NOGUEIRA - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. ALOYSIO NOGUEIRA:

VOTO

Conheço do recurso.

Em execução de alimentos ajuizada por D C P e seu irmão V C P, menores representados pela mãe, contra seu pai J M P, foi o executado citado por edital por se encontrar em lugar incerto e não sabido, e, revel, foi-lhe nomeado curador especial. A sentença de fls. 64/65 deferiu o pedido, determinando a liberação da verba alimentar em atraso da conta do FGTS do devedor e o bloqueio do remanescente. Apelou o vencido, por meio de sua curadora especial.

Preliminares

Nulidade da sentença, por afronta ao CPC, art. 264, em face da cumulação imprópria de pedidos - execução de prestações alimentícias em atraso e gastos de transferência de imóvel - que envolvem ritos distintos.

Em que pese não ter a inicial primado pela técnica, não vislumbro qualquer vício capaz de levar à nulidade alegada. Suscitou-se a preliminar sem fundamento que a embase, porquanto evidente que o único pedido deduzido pelos exequentes diz respeito às prestações alimentícias atrasadas.

Consoante anotou o douto Promotor de Justiça, está claro que a questão do descumprimento da obrigação do executado, assumida na separação, de promover a transferência do imóvel doado para os filhos, encargo que acabou sendo suportado pela mãe dos menores, foi suscitada como força de argumento, "... apenas para enfatizar que o apelante é pessoa que não honra suas dívidas e pouca preocupação dedica à prole" (fl. 83). E, a atualização dos cálculos não implica alteração do pedido. Rejeito a preliminar.

Decisão extra petita, por ter o Julgador determinado o bloqueio do saldo remanescente da conta vinculada de FGTS, apesar de satisfeita a obrigação, contrariando a CF, art. 5º, LIV e CC, art. 524. A sentença extra petita é aquela que decide matéria estranha ao pedido ou admite contra o réu matéria que ao autor cabia argüir, mas não o foi. Pois bem, longe do vício apontado a r. sentença mais não fez do que acolher e deferir o pedido dos exequentes, que requereram a expedição de alvará à Caixa Econômica Federal para liberação de 30% do FGTS, garantindo a pensão alimentícia e o "bloqueio do restante da verba para garantir eventuais despesas que possam surgir" (fl. 04).

Houve por bem o douto Julgador, dadas as peculiaridades da causa, resguardar os interesses dos menores, determinando o bloqueio do saldo remanescente da conta vinculada do FGTS, quiçá para guarnecer ulteriores execuções, como dito

pelo Ministério Público.

De qualquer forma, a medida não acarreta qualquer prejuízo ao recorrente, que poderá, dentro dos limites normativos, pedir o levantamento do bloqueio a qualquer tempo, não se permitindo falar em ofensa à Constituição ao Código Civil.

Rejeito a preliminar.

Mérito

No mérito, alega que embora justo o pagamento feito aos menores, indevida é a liberação de parcela do FGTS para fins de pagamento de pensão alimentícia, por se tratar de verba de direito exclusivo do empregado.

Não lhe assiste razão.

É certo que o FGTS tem natureza indenizatória (eis que foi criado para substituir a indenização de dispensa), cujo escopo é o de socorrer o trabalhador que perdeu o emprego, não se caracterizando como ganho mensal.

Todavia, se visa amparar o trabalhador e os que dele dependem quando desempregado, nada mais justo, no caso, do que permitir o saque do quantum correspondente à verba alimentar em atraso dessa conta, como bem decidido pelo douto Julgador, evitando-se deixar os alimentados ao desamparo.

Releva notar que o devedor, após rescindir o contrato de trabalho, desapareceu, deixando de honrar a obrigação alimentar devida aos filhos menores e sem oferecer garantia para o cumprimento dessa obrigação. Assim, a meu sentir, não há óbice a que esta garantia incida em percentual fixado sobre o FGTS percebido.

Nesse sentido o precedente do STJ, relatado pelo Min. Eduardo Ribeiro, que merece destaque dada a similitude da hipótese: “Suspensão o desconto em folha, em virtude de desemprego do devedor, e o pagamento regular de pensão alimentícia, não se ressentem de ilegalidade a determinação judicial de bloqueio parcial dos valores relativos do FGTS, visando atender àquele pagamento” (RMS 980-RJ, DJU 16.09.91).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas pelo apelante.

O SR. DES. LUCAS SÁVIO V. GOMES:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. KILDARE CARVALHO:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : REJEITARAM PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESCUMPRIMENTO DE PARTE DO ACORDO CELEBRADO NA SEPARAÇÃO JUDICIAL. COBRANÇA DOS VALORES REFERENTES ÀS MENSALIDADES DO PLANO DE SAÚDE. DÍVIDA DE NATUREZA ALIMENTAR. POSSIBILIDADE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 16 DA LEI Nº 5.478/68. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0083.04.910511-3/001 - COMARCA DE BORDA DA MATA - AGRAVANTE(S): J L G P - AGRAVADO(A)

(S): T P R - RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2005.

DES. RONEY OLIVEIRA - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. RONEY OLIVEIRA:

VOTO

J L G P interpõe o presente agravo de instrumento, contra a decisão do Juiz de Direito da Comarca de Borda da Mata que, em ação de execução de alimentos, determinou fossem efetuados os descontos na folha de pagamento do agravante, no valor correspondente aos gastos da agravada com o plano de saúde, devidos desde a citação (24/06/2002) até sua efetiva inscrição como beneficiária.

Informa o agravante que na separação do casal ficou acordado que ele pagaria a ex-esposa uma pensão alimentícia no importe de 35% de seus rendimentos brutos e, ainda, o plano de saúde, permitindo que ela continuasse como sua dependente.

Narra, ainda, que constituiu nova família, possui dois filhos e que, atualmente, está com dificuldades para solver todas as despesas da casa, já que sobrevive apenas com metade de sua aposentadoria.

Sustenta o recorrente que, diante dessa situação, optou por deixar de pagar o plano de saúde para os seus quatro dependentes (ex-esposa, companheira e dois filhos), para que pudesse arcar com as despesas familiares e honrar o acordo de separação que fixou a pensão alimentícia em favor da ex-esposa.

Salienta o agravante que, atualmente, está respondendo a uma ação reparatória de danos, proposta pela “Ltda”, pleiteando o pagamento dos valores referentes às mensalidades dos planos de saúde de seus quatro dependentes.

Não obstante já ter sido demandado em razão da mencionada inadimplência, aduz o recorrente que a agravada ajuizou, na Comarca de Borda da Mata, uma ação de execução de alimentos, objetivando o ressarcimento de todas as despesas que teve com a contratação de um novo plano de saúde, devidos desde outubro de 2002 até fevereiro de 2004.

Relata o agravante que o magistrado a quo determinou que os valores apresentados pela agravada (R\$ 4.234,60) fossem descontados diretamente da sua folha de pagamento, o que o deixaria sem qualquer renda, já que o valor total de sua aposentadoria ficaria inteiramente comprometido com o pagamento da pensão e do seguro saúde devidos a sua ex-esposa.

Alega o recorrente que a execução prevista no art. 733 do CPC apenas poderá ter por objeto a cobrança das três últimas parcelas alimentares, já que as anteriores a esse trimestre perderam sua natureza alimentar, passando a ser dívida de valor,

objeto de execução por quantia certa, devendo seguir o rito ordinário.

Ao final, sustenta ser juridicamente impossível, por ausência de previsão legal, execução através de desconto direto em folha de pagamento de parcelas que não se refiram às três últimas vencidas antes da propositura da ação.

Pleiteou o agravante a atribuição de efeito suspensivo à decisão, para que não fosse realizado o mencionado desconto em seu contracheque, e o provimento do recurso, para que fosse declarada a natureza jurídica de dívida de valor de todo o quantum exequendo ou fosse permitido, apenas, o desconto das três últimas parcelas.

Decisão agravada às fls.123/127.

O efeito suspensivo foi deferido por este Relator às fls. 183/184.

Informações do juiz a quo às fls. 191.

Às fls. 206/211, opina a Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial provimento do recurso, para que a execução seja feita através de parcelamento.

É o relatório.

Conheço do recurso.

O questionamento acerca da possibilidade da execução através de desconto direto em folha de pagamento não merece acolhida, já que o art. 16 da Lei nº5.478/68 dispõe que “na execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos, será observado o disposto no art. 734 e seu parágrafo único do Código Processo Civil”.

Dispõe o mencionado art. 734 que, “quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia”.

O jurista Yusef Saïd Cahali leciona na sua obra **Dos Alimentos**. 4 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: RT, 2002. p. 970, que “[...] a forma de execução da sentença de alimentos mediante desconto em folha ou da renda é prioritária a benefício do alimentando pela sua eficiência prática, proclamando-se que sobre ela não tem precedência a penhora de bens oferecidos pelo executado; esta apenas fica como alternativa se embarçado o desconto em folha; do mesmo modo, o desconto em folha sobrepõe-se inclusive a coação pessoal (arts. 16 e 17 da Lei nº 5.478 e art. 734 do CPC)”.

Dessa forma, o desconto em folha de pagamento é utilizado para garantir o cumprimento da obrigação alimentar daqueles que percebem salário, dispensando, assim, as formalidades exigidas nas alienações judiciais e diminuindo o risco de prisão do devedor de alimentos.

Verifica-se, in casu, que no acordo da separação judicial ficou ajustado que o agravante pagaria a agravada, a título de pensão alimentícia, 35% de seus rendimentos brutos e assumiria o encargo referente ao plano de saúde.

Ocorre que, por não ter o recorrente cumprido inteiramente a sua obrigação no tocante às mensalidades do plano de saúde, foi proposta contra ele uma ação de execução, visando ao ressarcimento de todas as despesas que a agravada teve com a contratação de um novo plano de saúde, devidos

desde outubro de 2002 até fevereiro de 2004.

Por haver sido o alimentante regularmente citado para pagar seu débito ou apresentar justificativa e, não havendo se manifestado, inconteste a natureza alimentar da dívida, revelando-se plenamente possível o desconto em folha de pagamento das parcelas referentes ao plano de saúde, tanto as vencidas como as vincendas.

Ressalte-se que as considerações feitas pelo agravante quanto à redução da sua capacidade financeira não poderão ser aqui analisadas, devendo ser objeto de ação exoneratória ou revisional de alimentos.

Quanto ao pagamento do valor executado, opinou a ilustre Procuradora de Justiça, Aída Lisbôa Marinho pelo parcelamento da dívida:

“Por outro lado, observamos que realmente não é possível o pagamento total e imediato da dívida acumulada no decorrer de todo o período e que remanesce como débito atrasado, pelo que sua execução, mediante desconto em folha de pagamento, deve ser feita por meio de parcelamento, permitindo ao devedor condições de sobrevivência”.

Ora, não se pode pretender executar o alimentante de forma a deixá-lo em absoluto estado de insolvência.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para que o valor apurado na execução seja parcelado em 24 vezes, a ser descontado na folha de pagamento, juntamente com os 35% da pensão alimentícia.

Custas ex lege.

O SR. DES. FERNANDO BRÁULIO:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. SILAS VIEIRA:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

EMENTA: ALIMENTOS - PENHORA DE SALÁRIOS DO ALIMENTANTE PARA QUITÁ-LOS - VIABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 649, IV, DO CPC. A exceção que livra os salários da impenhorabilidade não se aplica quando se trata de assegurar o pagamento de débito alimentício, a teor do art. 649, inciso IV, do Estatuto Instrumentário Civil.

AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 000.262.666-1/00 (NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 262.666-1) - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): U S - AGRAVADO(S): V B S, REPDO. P/ MÃE B B S - RELATOR: EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI ACÓRDÃO

(SEGREGO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2002.

DES. HYPARCO IMMESI - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, a Dra. Cleida Bárbara Vieira.

O SR. DES. HYPARCO IMMESI:
VOTO

1- Rebela-se o agravante contra a r. decisão de f. 15-TJ, com base nos argumentos, em síntese, adiante elencados:

- a) que é réu em execução de alimentos e que foi determinado o bloqueio de 30% dos seus vencimentos líquidos, agregado à pensão descontada a favor da agravada de 15%, apesar de existirem bens suficientes à garantia da execução (f. 05);
- b) que, se cumprida a determinação judicial, ocorrerá um comprometimento de 45% de sua renda, tornando-se inviável a sua manutenção (dele, agravante) e de seus outros três filhos menores (f. 05);
- c) que a decisão de “...penhorar 30% do salário do agravante [...] mostra-se [...] excessiva, porque a dívida exequenda está garantida, a teor da penhora realizada sobre um bem imóvel, um veículo e um reboque de veículo, conforme se depreende do auto de penhora de f. 500...” (f. 05, in fine);
- d) que “...a dívida indicada na execução exprime o período que compreende da r. sentença que fixou os alimentos (1987) até o início dos descontos em folha de pagamento, que se deram com o trânsito em julgado da decisão (1992)” - f. 06;
- e) que se trata, pois, de dívida pretérita (f. 06);
- f) que, a partir de 1992, “...a pensão alimentícia deferida a favor da autora vem sendo descontada regularmente, encontrando-se, pois, o agravante, a prover regularmente o seu sustento (dela, autora)” - (f. 06);
- g) que a r. decisão agravada, acaso não seja suspensa, provocar-lhe-á prejuízos incalculáveis, pois não tem condições de arcar com tamanho desconto em seus vencimentos, atingindo seus outros filhos, inclusive os menores (f. 06);
- h) que o r. decisum objurgado deferiu o pedido da letra “e”, da petição de f. 28-TJ, ou seja, o “... bloqueio de crédito mensal de 30% sobre os vencimentos líquidos do executado, independentemente da pensão de 15% já descontada, até quitação do débito exequendo...”, formulado (o pedido) ao argumento de que se trata de débito de caráter alimentar e com base no disposto no art. 649, inciso IV, do CPC (f. 07);
- i) que o valor do débito, apurado até novembro de 2001, é de R\$ 27.407,31 e refere-se a alimentos pretéritos;
- j) que a execução já se encontra garantida pela penhora de parte de seus bens, ou seja, um imóvel e um veículo, além de um rebocador (f. 07);
- l) que não teve oportunidade, sequer, de “...demonstrar a sua real condição de comprometimento financeiro, eis que tem outra família, é pai de oito filhos, sendo três deles menores, com direito ao sustento” (f. 07);
- m) que sua renda deve ser distribuída equitativamente entre os filhos, “...não podendo ser reduzido à condição de miserabilidade” (f. 07);
- n) que, inclusive, houve alteração do pedido pela agravada, notadamente no que concerne a eventuais diferenças de valores creditados a menor pelo órgão pagador (f. 09);
- o) que essa questão não foi abordada na petição inicial da execução de alimentos, esta atinente tão-só a alimentos pretéritos, ou seja, os devidos no

período compreendido entre fevereiro de 1987 e fevereiro de 1992 (f. 09);

p) que, se os descontos em folha de pagamento não foram procedidos adequadamente, deveriam ter sido objeto de discussão em processo à parte, notadamente porque tem o direito de saber o que deve pagar e de pagar somente o que for devido (f. 10);

q) que é de se repetir, por oportuno, que a agravada já recebe os alimentos correspondentes a 15% de seus rendimentos líquidos, ou seja, aproximadamente R\$ 700,00 e que não tem condições de suportar o desconto de mais 30% de seus rendimentos (R\$ 1.400,00) - f. 11;

r) que se encontra em tratamento médico, assim como seu filho Gustavo e, além das despesas com medicação, arca também com as necessárias à manutenção de sua casa e da atividade laboral (f. 12);

s) que uma de suas filhas está impossibilitada de continuar frequentando “cursinho pré-vestibular”, por falta de recursos do agravante (f. 12);

t) que há prova nos autos de que, mantido o v. decisum, “...o agravante se encontrará em uma situação insustentável, comprometendo o sustento de seus outros filhos...” (f. 13-TJ), o seu próprio e até mesmo inviabilizando sua atividade profissional.

Almeja o provimento do recurso, com vistas a tornar ineficaz a r. decisão objurgada. Pediu efeito suspensivo, este deferido tão-somente em relação ao bloqueio de 30% dos rendimentos líquidos do agravante, mantido, todavia, o desconto do percentual de 15% sobre seus rendimentos, em prol da agravada (ff. 91/94).

Requisitados informes, foram eles prestados pelo dinâmico Juiz da causa, Dr. José de Carvalho Barbosa (ff. 101/102), com documentos (ff. 103/136). Há contraminuta, através da qual a agravada pugna pela manutenção do decisum (ff.138/161), com documentos (ff. 162/360).

O Ministério Público de 2º grau, através de r. parecer da lavra do conceituado Procurador de Justiça, Dr. Luiz Fernando Dalle Varela, recomenda o desprovimento do recurso (ff. 364/366).

É, em síntese, o relatório.

Passa-se à decisão.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Ab initio, faz-se necessário registrar que o agravante foi condenado a prestar alimentos à sua filha, ora agravada, e que desde o início deixou de arcar com sua obrigação, ou seja, quedou-se inerte no período de janeiro de 1987 a fevereiro de 1992.

Em decorrência de seu inadimplemento, a agravada ajuizou ação de alimentos, pelo rito do artigo 733 do CPC.

A propósito, é de se notar que, no ano de 1994, foi cumprido o mandado de citação do agravante, para que, no prazo de três dias, pagasse o débito alimentício e custas finais ou provasse sua impossibilidade de fazê-lo, pena de prisão (f. 214).

O agravante requereu e obteve a dilação do prazo para apresentar sua justificativa (f. 217), oportunidade em que alegou ter sido “...infeliz na defesa, saindo perdedor numa declaratória de paternidade para fins de alimentos...”(f. 218). Porém, quanto ao débito em si, limitou-se a alegar que

não tinha, sequer, conhecimento da sentença que o condenou a prestar alimentos e que os estava pagando desde março de 1992, ou seja, alegou “desconhecimento” do aludido débito. Alegou, finalmente, que havia acabado de ajuizar uma ação negatória de paternidade contra a agravada, com vistas à realização do exame de DNA, e que, se obtivesse êxito, ficaria desobrigado do pagamento do aludido débito!!! (f. 214).

É de se registrar, ainda, que, em 30/05/1995, o agravante foi novamente citado para pagar o débito, provar que o fez ou justificar sua impossibilidade de fazê-lo (f. 234). Porém, em setembro de 1995, deixou ele de comparecer à audiência designada (f. 235). Em seguida, colheu-se parecer do Ministério Público, que se manifestou pela inadequação do rito, tido em conta tratar-se de alimentos pretéritos. Assim, em 29/12/1995, foi proferido o despacho de ff. 289/289v., que indeferiu o pedido de prisão do executado.

Foi, então, ajuizada execução de pensão alimentícia, por quantia certa, com fulcro no art. 732 da Lei Instrumentária Civil, oportunidade em que se indicaram, à penhora, dois veículos e um imóvel, bem como se requereu o bloqueio de crédito mensal de 30% sobre os vencimentos líquidos do alimentante, independentemente da pensão de 15% já descontada (ff. 113/124).

É de se notar que, segundo memória de cálculo anexada à proemial da execução de alimentos, o débito alimentar, atualizado até 31/03/2001, correspondia a R\$ 79.930,31 (f. 116).

É de se notar, ainda, que a agravada, em 05/07/2001, requereu o prosseguimento da execução, pois, apesar do agravante/devedor já ter sido citado, ainda não havia sido efetivada a penhora de bens, apesar dela os ter indicado (ff. 121/125). Foi, então, determinado o bloqueio de 30% dos rendimentos líquidos do agravante, além do desconto mensal atinente à pensão alimentícia - é a r. decisão agravada. Registre-se que foi, também, efetivada a penhora de dois veículos e de um imóvel, ex vi do auto de penhora de ff. 130/130v.

Ora, tais registros se fazem necessários para evidenciar que o agravante é devedor renitente, pois desde 1991, após o retorno dos autos principais à unidade judiciária de origem, a agravada tenta receber o quantum que lhe era devido a título de alimentos (f. 194).

Faz-se necessário registrar, ainda, que somente após essa data e em virtude da expedição de ofício ao órgão empregador, com vistas ao desconto da pensão alimentícia em folha de pagamento (f. 197), é que os alimentos passaram a ser efetivamente prestados.

Em suma, exsurge claro como luz meridiana que a agravada, ao longo de todos esses anos, vem buscando o recebimento do crédito alimentar que lhe é devido e que o agravante, por outro lado, deixou-se quedar inerte, apesar das inúmeras oportunidades que teve para quitá-lo, para buscar uma composição, enfim, para encontrar uma solução razoável e justa para a questão.

Tais registros se fazem importantes, pois o agravante alega que possui bens passíveis de penhora e que a decisão de “...penhorar 30% do seu salário

mostra-se excessiva”!!!

Ora, poderia o agravante, a princípio, ter efetuado o pagamento dos alimentos mês a mês, já que eles foram fixados por sentença. Poderia, ainda, a partir de 1991, quando os autos retornaram à unidade judiciária de origem, ter buscado uma composição amigável, para liquidar o débito. Poderia, inclusive, ter efetuado a venda de algum bem e quitado o débito, mas preferiu quedar-se inerte, numa clara demonstração que, voluntariamente, não pretende solucionar a pendência.

Sua resistência ao pagamento do débito alimentício é flagrante e se evidencia de uma simples leitura de suas alegações. A propósito, chegou ao cúmulo de alegar que “...possíveis diferentes oriundas de descontos realizados com erro pelo órgão pagador do requerido...” deveriam ser apuradas em processo próprio, e não neste (ff. 132/133) !!

Mostra-se, pois, razoável e oportuno que se proceda a um desconto mensal, em folha de pagamento, para fins de penhora, ainda que concomitante ao desconto atinente à prestação mensal devida, pois a finalidade da constrição é, em última análise, a quitação plena do débito.

Vale relembrar, por oportuno, que foi em benefício do alimentário que o legislador regulamentou a execução da obrigação alimentar e contemplou as várias garantias de pagamento das prestações correspondentes.

O renomado Yussef Said Cahali leciona que “...a forma de execução da sentença de alimentos mediante desconto em folha ou da renda é prioritária a benefício do alimentando, proclamando-se que sobre ela não tem precedência a penhora de bens oferecidos pelo executado. E, não implicando a sua concessão em nenhum agravamento da responsabilidade a cargo do devedor, não obsta à sua determinação o fato de nada haver sido convencionado a respeito no acordo, ou fixado na sentença originária” (In: **Dos alimentos**. RT. p. 606).

Ora, como observado, com lucidez, pelo ponderado Procurador Luiz Varela, “...a exceção da impenhorabilidade dos salários não se aplica quando se trata de garantir o pagamento de dívida alimentar, conforme disposto no inciso IV do art. 649 do CPC” (f. 365). E acrescentou, com costumeira propriedade, ser “...necessário considerar que, em momento algum, mostrou o agravante qualquer interesse em pagar a dívida alimentar; e, portanto, estranho seria beneficiá-lo privilegiando a sua má-fé. A penhora do salário vale, para casos como o dos autos, em que se nota insistente recalcitrância do devedor em sustentar os alimentos vencidos” (f. 365, in fine).

Com essas considerações, ficam evidenciadas a oportunidade e a razoabilidade de se manter a r. decisão agravada, no que tange à determinação de que a penhora recaia sobre os rendimentos (salário) do agravante.

Todavia, impõe-se uma pequena adequação pois, ainda que o agravante tenha demonstrado sua relutância em cumprir decisão judicial que o condenou a prestar alimentos, é forçoso reconhecer que o desconto de 30% de seu salário para fins de penhora, concomitante ao desconto de 15% a título de alimentos, é excessivo, pois compromete

45% dos seus rendimentos.

Procede-se, pois, à redução do aludido percentual para 20% dos rendimentos líquidos do agravante, para fins de penhora. Mantida, entretanto, a determinação de que esse desconto, para fins de penhora, seja procedido concomitantemente àquele atinente à prestação alimentar mensal.

À luz do exposto, dá-se parcial provimento, tão-somente para reduzir o percentual a ser descontado do salário do agravante, para fins de penhora, a 20% (vinte por cento), revogada a liminar antes concedida.

Custas ex lege.

O SR. DES. CARREIRA MACHADO:

De acordo.

O SR. DES. ALMEIDA MELO:

De acordo.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

execução de alimentos desconto em folha de pagamento

EMENTA: Agrav. Ação de execução de alimentos. Desconto em folha de pagamento. Citação. Inadmissível é a execução de prestações alimentícias vencidas por meio de desconto em folha de pagamento, sem que antes o devedor seja regularmente citado para os fins do disposto no art. 733 do CPC. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 000.302.232-4/00 - COMARCA DE CONTAGEM - AGRAVANTE(S): S V O - AGRAVADO(S): T F V E OUTRA, REPDOS P/ MÃE L R F - RELATOR: EXMO. SR. DES. NILSON REIS

ACÓRDÃO

(SEGREGO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a SEGUNDA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2003.

DES. NILSON REIS - RelatorNOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. NILSON REIS:

VOTO

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de agravo contra a decisão que determinou nos autos de ação de execução de alimentos o desconto das pensões subsequentes e o das três últimas prestações vencidas, divididas em três partes iguais (f. 31, TJ).

Inconformado, sustenta o agravante (f. 02-07, TJ), em síntese, que os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa não foram observados pelo MM. Juiz a quo, visto que o desconto em folha de pagamento foi determinado sem que tivesse sido citado para pagar ou dar as razões de não fazê-lo, conforme determina o art. 733 do CPC.

Contraminuta, às f. 51-52, TJ, batendo-se os agravados pela manutenção da decisão objurgada, não obstante concordem com o parcelamento maior da dívida identificada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu pa-

recer de f. 56-57, TJ, opina pelo provimento do recurso, a fim de que seja oportunizada a defesa do agravante.

As informações do ilustrado Juiz a quo encontram-se à f. 59, TJ.

Assim relatados, passo à decisão.

Com relação à primeira parte da decisão hostilizada, de f.31, TJ, que concerne ao desconto das prestações vincendas, a decisão está correta e deve ser mantida.

Porém, quanto à determinação do desconto, em folha de pagamento, das prestações vencidas, ainda que dívidas em três (3) parcelas, não poderia ser ele efetivado sem que o agravante fosse citado, na forma do art. 733 do CPC.

Expressa o art. 733 do CPC:

“Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”.

No caso em apreço, prova a certidão de f. 44, TJ que o agravante não foi citado para os fins do disposto no art. 733 do CPC. Com efeito, o desconto de pensões alimentícias vencidas não poderia ter sido determinado, porquanto incompleta a relação processual. Aliás, não se pode cogitar de suprimento de citação para o fim de convalidar a ordem de desconto em folha de pagamento das prestações alimentícias em atraso, porque o procedimento do art. 733 do CPC não admite a expedição unilateral de ofício ao empregador sem que primeiro o devedor tenha sido citado.

A quebra do devido processo legal revela-se patente na espécie, não obstante se trate de garantia estampada no inciso IV do art. 5º da Constituição da República.

Nesse contexto, tem razão o agravante em requerer a reforma da decisão recorrida, porquanto outra só poderá ser proferida após regular intimação do devedor para apresentação de defesa, nos moldes do art. 733 do CPC, devendo-se, ai sim, considerar suprida a citação com o comparecimento espontâneo do agravante, nos exatos termos da certidão de f. 44, TJ, observando-se, por óbvio, o prazo de três dias, estipulado para que o pagamento possa ser efetuado.

Assim sendo, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO, PARA REFORMAR A DECISÃO RECORRIDA DE F. 31, TJ, TORNANDO SEM EFEITO A DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PARA QUE SE REALIZE O DESCONTO DAS TRÊS ÚLTIMAS PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS EM ATRASO, MAS MANTENDO O DESCONTO, EM FOLHA DE PAGAMENTO, DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS Custas recursais, ex lege.

AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

O SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. CAETANO LEVI LOPES:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

Agravo de Instrumento. Execução de alimentos. Decisão que decretou a prisão do devedor. Art. 733 do CPC. Justificativa. Alegação de desemprego, e pagamento “in natura” da obrigação. 1- O dever constitucional de sustento dos filhos menores é de tamanha relevância, que para se ver desobrigado, o alimentante deve apresentar uma justificativa de total impossibilidade de cumprimento da obrigação, não bastando afirmação de desemprego, e precariedade na situação econômica. Precedentes jurisprudenciais. 2- A obrigação de prestar alimentos deve ser cumprida nos exatos termos da decisão judicial que a fixou, mormente quando o filho menor está sob a guarda do outro genitor, que é quem tem melhores condições de decidir qual a forma mais conveniente e proveitosa de se utilizar os valores advindos da pensão alimentícia, em benefício do alimentando. (TJMG, processo 1002406058023-0/001(1), relator Jarbas Ladeira, data do julgamento 28/08/2007, data da publicação 14/09/2007) Número do processo: 1.0672.06.212823-2/001(1)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA DE NUMERÁRIO DEPOSITADO EM CONTA BANCÁRIA DO EXECUTADO - CONVÊNIO BACEN/JUD - EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE. A adoção da penhora via on line é perfeitamente possível na hipótese dos autos, principalmente porque tal medida excepcional contribuirá para a efetividade da execução, tendo em vista o convênio firmado entre o Banco Central e este Tribunal de Justiça, mormente quando as provas dos autos apontam para a inexistência de bens passíveis de penhora.

AGRAVO Nº 1.0024.97.086068-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): LTDA - AGRAVADO(A)(S): C A Q - RELATOR: EXMO. SR. DES. D. VIÇOSO RODRIGUES
ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DESEMBARGADOR 2º VOGAL.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2006.

DES. D. VIÇOSO RODRIGUES - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, o Dr. Flávio Couto Bernardes, pelo agravante.

O SR. DES. D. VIÇOSO RODRIGUES:

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da execução de sentença, ajuizada por LTDA., ora agravante, contra C A Q, que indeferiu o pedido de penhora on line das aplicações financeiras do agravado, sob o fundamento de que inexistia previsão na legislação processual de bloqueio de numerário, não podendo um convênio celebrado com a LTDA modificar regras processuais.

Aduz a apelante que, consoante as disposições do art. 655 do CPC, o dinheiro encontra-se em pri-

meiro lugar na gradação de bens para penhora, constituindo a penhora de numerários do devedor meio legal de garantir a execução.

Afirma que a própria jurisprudência permite a adequação da lei às situações específicas, com o objetivo de conferir maior eficácia e celeridade a prestação jurisdicional, pelo que não há falar em ausência de previsão legal de bloqueios de numerários existentes em contas correntes e aplicações financeiras do devedor, colacionando diversos julgados em defesa de sua tese.

Discorre sobre a necessidade do bloqueio do dinheiro constante da conta corrente e aplicações financeiras do devedor, sob pena de frustração da prestação jurisdicional, haja vista a possibilidade de resgate do referido numerário.

Despacho às fl. 108/110, antecipando os efeitos da tutela pretendida, determinando a realização da penhora on line, com respaldo no convênio BACEN/JUD.

Contra-minuta do agravado às fls. 116/126.

Este o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a penhora de dinheiro em conta corrente, atualmente denominada “penhora via on line”, é um instrumento inovador (efetivo e célere), utilizado pelo Poder Judiciário em acordo com o Banco Central, o qual permite que os Juízes, através de solicitação eletrônica, bloqueiem instantaneamente a conta corrente do devedor executado, garantindo, dessa forma, a efetividade da execução.

De se anotar que tal medida vem sendo utilizada com o objetivo de se dar maior efetividade à prestação jurisdicional, com fundamento no art. 655, do CPC, onde se tem, com preferência, a penhora em dinheiro.

Com efeito, o bloqueio do numerário executado objetiva evitar a frustração da prestação jurisdicional, haja vista a possibilidade de resgate do dinheiro pelo executado, em detrimento do direito do credor.

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

“EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. POSSIBILIDADE. CONVÊNIO FIRMADO COM O BANCO CENTRAL. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE CONSTRUÇÃO. GARANTIA DA EXECUÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

1- Diante da inexistência de outros bens passíveis de apreensão em nome da devedora, é correto que a penhora recaia sobre valores depositados em sua conta bancária.

2- É possível a utilização da penhora eletrônica capaz de garantir a efetividade da execução, pois existe um convênio com o Banco Central que viabiliza este serviço.

3- Agravo a que se dá provimento”. (TJMG - Agravo de Instrumento nº 515.948-8, rel Des FRANCISCO KUPIDLOWSKI, julg. 01/09/2005)

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - PENHORA VIA ON LINE - POSSIBILIDADE.

É perfeitamente possível a penhora via on line, que não viola o sigilo bancário resguardado pela Constituição Federal, principalmente porque tal medida excepcional contribuirá para a efetividade da execução, ainda mais depois do convênio fir-

mado entre o Banco Central e este Tribunal de Justiça”. (TJMG - Agravo de Instrumento nº 496.287-6, Rel. Des. Maurício Barros, julg. 28/06/05).

Assim, entendo ser perfeitamente possível a adoção da penhora via on line, principalmente porque tal medida excepcional contribuirá para a efetividade da execução, mormente em razão da inexistência de bens passíveis de penhora.

Ora, o convênio celebrado com o BACEN e o Poder Judiciário tem por objetivo coibir artimanhas adotadas pelos maus pagadores que, geralmente, alienam seus imóveis, visando frustrar a prestação jurisdicional, e aplicam os produtos das vendas em fundos e outros investimentos em dinheiro, que lhe propiciam rendimentos, em detrimento de seus credores.

Ressalta-se, ainda, que não há se questionar a natureza do numerário depositado, pois não se pode concluir que o dinheiro disponível na conta corrente do executado tenha sido proveniente do recebimento de créditos salariais ou que tenha caráter alimentar, haja vista que a conta corrente não é utilizada somente para este fim.

Lado outro, a penhora on line, não viola o sigilo bancário resguardado pela Constituição Federal, porquanto tal medida, além de contribuir para a efetividade da execução, não implica em conhecimento da movimentação, uma vez que ocorre apenas o bloqueio dos valores determinados e sua transferência ao juízo. Com efeito, o ordenamento jurídico não veda a constrição judicial sobre valores disponíveis em contas bancárias, apenas proíbe o conhecimento da movimentação financeira.

Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, para deferir a penhora do numerário existente na conta corrente e aplicações financeiras do executado, através do sistema BACEN/JUD, até o limite do crédito executado.

Custas recursais, pelo agravado.

O SR. DES. ELPIDIO DONIZETTI:

VOTO

A penhora *on-line* é uma forma de satisfação do crédito do devedor, possibilitada a partir de um convênio de cooperação técnico-institucional - ao qual este Tribunal aderiu em 31/05/2001 - realizado entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal.

Conforme ofício-circular nº 24/CGJ/2005, de 28/03/2005, “referido Convênio permite ao Juiz de Direito solicitar ao Banco Central do Brasil informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas e comunicações de decretação de extinção de falências, envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional”.

Embora já tenha me posicionado no sentido de que para a realização da penhora on-line, “a parte exequente deve comprovar que não conseguiu localizar quaisquer outros bens pertencentes ao executado” (AC 2.0000.00.514689-0/000, julgada em 24/11/2005, citada pelo agravado), mudei de opinião, conforme se pode constatar das seguintes decisões: AI 1.0145.05.228403-4/001, AI 1.0024.05.747505-5/001, AI 1.0024.01.086959-2/001.

Aliás, a jurisprudência, inclusive do STJ, de forma quase maciça, tem-se orientado no sentido de se permitir a penhora de dinheiro, independentemente de o devedor possuir outros bens:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE IMÓVEL DE DIFÍCIL VENDA. GRADAÇÃO LEGAL. PENHORA DE NUMERÁRIO À DISPOSIÇÃO DA AGRAVADA. ADMISSIBILIDADE.

Indicado bem imóvel pelo devedor, mas detectada a existência de numerário em conta-corrente, preferencial na ordem legal de gradação, é possível ao juízo, nas peculiaridades da espécie, penhorar a importância em dinheiro, nos termos do art. 656, I, e 657 do CPC.

Recurso especial não conhecido.” (REsp 537667/SP - Rel. Min. César Asfor Rocha - 4ª Turma - STJ - DJ 09/02/2004)

“EXECUÇÃO - PENHORA - SUBSTITUIÇÃO DO BEM POR DINHEIRO - PREFERÊNCIA NA ORDEM PREVISTA NO ART. 655 DO CPC - ADMISSIBILIDADE.

A nomeação à penhora deve-se dar de modo a assegurar a rápida e integral satisfação do crédito, evitando-se a perpetuidade inócua do processo executório. Ademais, o princípio da menor onerosidade ao devedor na execução não é perfilhável se sua prática se implicar possível ou provável óbice, de caráter sério, ao atendimento do direito do credor.” (AI 821.851-00/7 - Rel. Juiz Ribeiro Pinto - 3ª Câmara - 2º TACivSP - j. 10/02/2004).

“EXECUÇÃO - PENHORA - NOMEAÇÃO DE BENS - DESOBEDEIÊNCIA DA ORDEM LEGAL - SUBSTITUIÇÃO POR NUMERÁRIO EM CONTA-CORRENTE BANCÁRIA - ADMISSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 655, I, CPC.

Inspirando-se a ordem legal de nomeação de bens à penhora no propósito de facilitar o rápido alcance do resultado a que se destina a execução (pagamento do débito), mediante apreensão do dinheiro ou de bens com simplicidade em moeda, não há porque arrear a penhora incidente em pecúnia constante de conta bancária da devedora.” (AI 809.895-00/6 - Rel. Juiz Rodrigues da Silva - 4ª Câmara - 2ª TACivSP - j. 04/11/2003).

Por outro lado, como bem observa André de Luiz Correia (Em defesa da penhora on-line, Revista de Processo 125, RT, p. 123), “a penhora on-line em nada viola o princípio da menor onerosidade, não somente porque sua correta exegese não é aquela que lhe atribuem os opositores ao sistema Bacen Jud, como também - e principalmente - porque referido princípio perdeu muito espaço após as reformas processuais que, seguindo uma tendência mundial, intensificaram o valor efetividade, que não mais pode ser dissociado do próprio conceito de acesso à Justiça”.

Não é outro o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (A Nova Era do Processo Civil, Ed. Malheiros, 2004, p. 294), o qual assevera que “atenta contra a jurisdição o devedor que, tendo dinheiro ou fundos depositados ou aplicados em banco, não paga desde logo quando citado no processo executivo (CPC, art. 652)”.

Ante o exposto, acompanho o voto do relator e, por conseguinte, DOU PROVIMENTO ao agravo para deferir o bloqueio on-line de valores porven-

tura disponíveis em contas bancárias de titularidade do agravado.

Custas, ao final, pela parte sucumbente.

O SR. DES. JOSÉ OCTÁVIO DE BRITO CAPANEMA: VOTO

Com a devida venia, pondo-me vencido, estou a registrar minha respeitosa divergência relativamente aos ilustrados votos já proferidos, uma vez que entendo implicar a penhora on line injurídica supressão do devido processo legal, merecendo aplausos o eminente Juiz a quo que tão acertadamente a indeferiu, bem preservando o direito de seus jurisdicionados.

Data venia, se o legislador regulamentou, nas disposições do Código de Processo Civil, a realização do instituto da penhora, sem que contemplasse essa figura moderna da penhora on line, e se, como bem assinalou o MM. Juiz a quo, não pode a simples regulamentação modificar ou se substituir à Constituição o Juiz que, à revelia da lei, estiver a praticar tal penhora que se converte, assim, em inaceitável arbitrariedade.

Nego, então, provimento ao recurso mantendo a respeitável decisão agravada com os meus aplausos ao jovem e tão brilhante magistrado que a subscreveu.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DESEMBARGADOR 2º VOGAL.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO Nº 1.0024.97.086068-0/001

Revisional de Alimentos

REVISIONAL de alimentos. ônus da prova. Segundo a Conclusão nº 37 do Centro de Estudos do TJRGs, é do alimentante o ônus de provar a impossibilidade de arcar com a verba alimentar. Dessa forma, não pode ser premiado por sua conduta desidiosa aquele alimentante que não se preocupa em demonstrar suas alegações, no sentido de que não possui condições financeiras para alcançar os alimentos originalmente fixados.

Apelo provido.

Apelação Cível

Sétima Câmara Cível

Nº 70020837514

Comarca de Arroio Grande

M.N.S.

APELANTE

J.L.M.S.

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em prover o apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.

Porto Alegre, 24 de outubro de 2007.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS,
PRESIDENTA E RELATORA.

RELATÓRIO

Des.^a Maria Berenice Dias (PRESIDENTA E RELATORA)

Trata-se de apelação interposta por Márcia N. S., representada por sua mãe, G. B. N., inconformada com a sentença (fls. 43-45), que, nos autos da ação revisional de alimentos ajuizada por José L. M. S., julgou procedente o pedido, reduzindo a obrigação alimentar originalmente fixada em dois salários mínimos, para o valor equivalente a 40% do salário mínimo.

Sustenta a recorrente, em síntese, não ter o alimentante comprovado qualquer alteração nas suas condições financeiras. Frisa não ter o alimentante revelado que recentemente adquiriu uma chácara de 50has. Afirma que além de o recorrido continuar explorando o "Bailão do Sabeta", atua no ramo da pecuária como confinador de bois. Expõe que o alimentante tem promovido sucessivas trocas de veículos. Alega que o apelado possui amplas condições para arcar com os alimentos, tendo inclusive tido um aumento de patrimônio. Requer o provimento do apelo, para que a ação seja julgada improcedente (fls. 48-52).

O apelo foi recebido no duplo efeito (fl. 61)

Contra-arrazoado o recurso (fls. 64-66), subiram os autos a esta Corte.

A Procuradora de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento (fls. 73-77).

É o relatório.

VOTOS

Des.^a Maria Berenice Dias (PRESIDENTA E RELATORA)

Assiste razão à recorrente.

Em que pesem as alegações do ora apelado na inicial, tem-se que nenhuma prova apta a evidenciá-las foi produzida. Absolutamente nada há nos autos a respaldar a alegada falta de condições para contribuir com verba alimentar originalmente fixada. Ao que tudo indica, o alimentante sequer se preocupou em comprovar seus argumentos, não podendo, portanto, ser beneficiado pela atitude desidiosa que adotou na presente ação.

A fim de evitar a desnecessária tautologia, adota-se como razões de decidir o bem lançado parecer da Procuradora de Justiça Ida Sofia Schindler da Silveira:

O apelado ajuizou ação revisional buscando radical diminuição de sua obrigação alimentar para com a filha, que estava fixada no patamar de dois salários mínimos, desde 22 de novembro de 1993, para o equivalente a 40% do salário mínimo.

Objetivando dar suporte ao seu pleito argumenta que os alimentos teriam sido reduzidos para R\$ 130,00, por acordo verbal com a mãe da alimentanda, ao tempo em que diz ter a referida representante ajuizado ação executiva, buscando até mesmo valores já pagos, estando na iminência de ser preso por não ter condições de cumprir a obrigação, requereu a redução liminar dos alimentos.

Ora, não é crível que, firmado acordo verbal com a representante da apelante, esta logo ajuizasse execução das diferenças e até de valores que ele afirma ter pago!

Também não se presta ao desiderato a alegação de que tem outra filha menor de idade, que sustenta com rendimentos que giram em torno de um salário mínimo. É que não existe qualquer prova a demonstrar tal fato. Nada para demonstrar sua situação financeira, as alterações que tenha ocorrido no curso dos anos ou o nascimento daquela menor que afirma sustentar.

Assim, não merece ser prestigiado seu comportamento absolutamente omissivo, devendo lhe ser debitada a escassez da prova a respeito dos ganhos na atividade profissional, que desenvolve autonomamente em chácara recentemente adquirida com recursos próprios, dada a natural dificuldade na obtenção de prova sobre tal aspecto por parte da apelante.

Ademais, considerando a sua própria conduta processual esquivada, de não produzir prova que lhe seria absolutamente possível produzir, não fornecendo ao juízo informações corretas e completas sobre a sua efetiva renda, ônus que lhe cabia, como previsto na Conclusão nº 37, não pode ser ver beneficiado, em detrimento de filha que qualifica na inicial como estudante, ainda menor púbere. No ponto a jurisprudência assenta:

“APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. REVISÃO DE ALIMENTOS. REDUÇÃO. PROVA. Os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio necessidade/possibilidade, sendo imperiosa, em ação revisional, além de prova das necessidades do alimentado, a demonstração da alteração da capacidade financeira do alimentante. Inexistindo, nos autos, prova da alteração do binômio alimentar, possibilidade/necessidade, improcede o pleito revisional, devendo ser mantido o valor anteriormente fixado. Consoante a Conclusão nº 37 do Centro de Estudos deste Tribunal, cabe ao alimentante fazer prova acerca da sua impossibilidade em prestar o valor fixado. APELO PROVIDO.” (Apelação Cível Nº 70019874239, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 23/08/2007).

É bem por tais razões que a sentença merece reforma, com determinação da manutenção da pensão em dois salários mínimos nacionais mensais, pois o apelado não se desincumbiu do ônus processual probatório que lhe cabia e, ante tal quadro, é impossível dizer que era da apelante aquela obrigação.

A uma, porque o apelado não alegou que a filha pudesse sobreviver sem sua ajuda, o que implicaria na desnecessidade, que é um dos suportes fáticos capazes de possibilitar êxito na revisional minoratória e, então caberia a ela fazer a prova da necessidade do pensionamento para a sobrevivência.

A duas, porque ao alegar impossibilidade de continuar suportando a obrigação, cabia-lhe demonstrar de modo idôneo qual foi a alteração sofrida em seus ganhos, o que daria azo à procedência de ação revisional posta de forma tão drástica como pretendeu.

Juntou, sim, a decisão que fixou os alimentos. Não foram eles estabelecidos simplesmente a sua revelia. Da leitura da decisão de fls. 8/9, proferida na ação de alimentos, vê-se que eles foram fixados de modo liminar, e que a citação se operou de forma regular, pois consignado ali que foi devidamente citado e silenciou, seu silêncio significou concordância com o pedido inicial.

Tanto foi assim, que a verba então definida persiste, nunca se insurgiu contra aquela decisão, até que agora, por estar sendo executado em razão da inadimplência, aventurou-se na revisional sem demonstrar qualquer interesse provar ao juízo a veracidade de sua situação econômica. Demonstrando de forma concreta os parcos ganhos declarados e a existência de outra filha menor. No caso, nem se pode dizer que a prova produzida pelo apelado é franciscana, em verdade ela é inexistente! Valendo colacionar:

“AÇÃO DE ALIMENTOS. ÔNUS DA PROVA. BINÔMIO NECESSIDADE - POSSIBILIDADE. Segundo a conclusão n.º 37 do Centro de Estudos do TJRS, em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca da sua impossibilidade de prestar o valor postulado. Dessa forma, não tendo ficado evidenciada qualquer alteração nas possibilidades do alimentante, correta se mostra a manutenção da verba alimentar originariamente fixada. Apelo desprovido.” (Apelação Cível Nº 70020029898, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/07/2007)
“APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. É do alimentante o ônus de provar a sua impossibilidade. Não havendo comprovações de que o alimentante não pode arcar com a verba alimentar fixada pela sentença, não há falar em redução do quantum. NEGARAM PROVIMENTO.” (Apelação Cível Nº 70019496934, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/06/2007, grifo nosso).

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao apelo. Em face do julgamento ora preconizado, invertam-se os ônus sucumbenciais, cuja exigibilidade é suspensa em razão do benefício da assistência judiciária gratuita anteriormente deferido.

Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (REVISOR) - DE ACORDO.

Des. Ricardo Raupp Ruschel - DE ACORDO.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS - PRESIDENTE - APELAÇÃO CÍVEL Nº 70020837514, COMARCA DE ARROIO GRANDE: “PROVERAM. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: NELSON DAGMAR DE OLIVEIRA FERRER

“Ação de Alimentos. Fixação. Percentual sobre salário líquido. Modificação. Incidência sobre o salário-base. Inadmissibilidade. A pensão alimentícia, sempre que o devedor possuir emprego fixo,

deve ser fixada em percentual a incidir sobre os vencimentos líquidos do alimentante, por ser um critério mais justo e equânime, com observância do binômio necessidade/capacidade.” (TJMG – Proc. n.º 1.0000.00.323023-2/000, Rel. Des. Corrêa de Marins, p. 01/07/2003).

“Revisional de alimentos. Fixação anterior em salário mínimo. Servidor público. Percentual. - Alteração da pensão alimentar pode ocorrer, mas para tanto há de haver mudança na fortuna de quem os fornece ou de quem os recebe. - Fixado os alimentos em salário mínimo, quando da separação, possível é a alteração dos mesmos para percentual dos vencimentos do alimentante, que, sendo servidor público, não tem sua remuneração salarial vinculada àquele indexador; evitando-se, assim, que a maior parte da parcela líquida dos vencimentos seja consumida com o pagamento da pensão alimentícia.” (TJMG – Proc. n.º 1.0434.05.930864-4/001, Rel. Des. Erna-ne Fidélis, p. 16/12/2005).

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO - REVISIO-NAL DE ALIMENTOS - DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA EM PRIMEIRO GRAU - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ARTI-GO 273 DO CPC - EXIGIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - AGRADO PROVIDO. Não deve ser concedida a tutela antecipada na ação de revisão de pensão alimentícia, quando se postula a redu-ção do encargo, se não houver prova inequívoca do fato invocado.

AGRAVO N.º 1.0000.00.353453-4/000 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - AGRAVANTE(S): S F V - AGRAVADO(S): P P A J - RELATOR: EXMO. SR. DES. PEDRO HENRIQUES

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2003.

DES. PEDRO HENRIQUES - Relator NOTAS TAQUI-GRÁFICAS

O SR. DES. PEDRO HENRIQUES:

VOTO

Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Inconformada com a r. decisão interlocutória (fls. 21/22-TJ) que deferiu a antecipação de tutela na Ação Revisional de Alimentos proposta pelo Agra-vado, P P A, agravou de instrumento S F V, com pedido de efeito suspensivo (fls. 02/10-TJ).

Argumentou, para tanto, a ausência de prova da modificação das condições econômicas do Agra-vado, uma vez que as dívidas alegadas na peça inicial da ação Revisional de Alimentos são as mesmas desde a separação do casal.

Aduz, ainda, que as parcelas as quais foram defe-ridas na antecipação de tutela (financiamento de carro e faculdade) são de caráter temporário e de “suma importância para os filhos do casal e para a

Agravante, determinantes para seu futuro, além de estarem dentro das possibilidades do Agravado” (fl. 06-TJ).

Por fim, alega que não possui rendimentos de R\$ 600,00 e sim de R\$ 154,00, e poderá perder o que recebe mensalmente de sua contratação, caso não esteja freqüentando faculdade.

Autos distribuídos neste Eg. Tribunal de Justiça (fl. 61-TJ) vieram conclusos ao Relator de plantão (fl. 62-TJ) que deferiu o efeito suspensivo pleiteado (fls. 63/64-TJ).

Em nova distribuição (fls. 70/71-TJ), vieram os au-tos conclusos ao Novo Relator (fl. 72-TJ), que se manifestou pelo prosseguimento do feito (fl. 73-TJ).

Contraminuta apresentada às fls. 77/82-TJ, o Agra-vado pleiteou a revogação da decisão que conce-deu o efeito suspensivo ao agravo de instrumento e a manutenção dos efeitos da antecipação de tu-tela concedida em primeira instância.

Comprovação do cumprimento do art. 526 do CPC pela Agravante. (fls. 86/87-TJ)

Vista à d. Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 97-TJ), manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 98/101-TJ).

Analisando as questões objurgadas nesta instância recursal, verifica-se, salvo melhor juízo, o equívoco do i. Magistrado de primeiro grau. Vejamos.

Pois, tratando-se de verba alimentar, só a prova inequívoca acerca da impossibilidade de arcar com o encargo anteriormente conveniado, é que pode-ria se justificar, em sede de revisional de alimen-tos, o deferimento da tutela antecipada.

E cumpre ressaltar que os argumentos trazidos pelo Agravado, em sua peça inicial da Ação Revisio-nal de Alimentos, não passaram de mera possibili-dade de provimento final favorável, sem, contudo, alcançar a necessária probabilidade exigida pela prova inequívoca e verossimilhança de alegação, nos termos do artigo 273 do CPC.

E, pela análise do art. 330, inciso I, do CPC, enten-demos que o ônus da prova, na hipótese em que o pleito do devedor visa a redução dos alimentos, compete a este, devendo versar sobre a diminui-ção da sua capacidade financeira e/ou a redução ou extinção da necessidade do pensionamento por parte do credor, não se verificando nos autos prova convincente da impossibilidade do alimen-tante suportar o encargo no quantum fixado an-teriormente.

Neste sentido, é a posição deste eg. TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“Agravo de Instrumento. Revisional de alimentos. Antecipação de tutela. Medida excepcional. Redu-ção da fortuna do alimentante não comprovada de plano. Ausência dos requisitos autorizadores da medida. Não provimento do recurso”.

(TJMG Agravo de Instrumento n.º 308.177-5/000 Rel. Des. Pinheiro Lago data public. 30/09/2003)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECI-PADA - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - RE-DUÇÃO - REQUISITOS - ART. 273 CPC - AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA. Configura-se inadmissível a antecipação dos efeitos da tutela nos autos da ação revisional de alimentos quando o autor não preenche os requisitos insertos no art. 273 no Có-digo de Processo Civil”.

(TJMG Agravo de Instrumento nº 326030-4/000 Rel. Des. Silas Vieira data public. 19/09/2003).

Agravo de Instrumento. Processo civil. Alimentos. Revisão. Tutela antecipada. Requisitos. Não comprovados. O art. 273 do Código de Processo Civil estabelece como um dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada a existência de prova inequívoca do direito do postulante, ou seja, prova a respeito da qual não se admite qualquer discussão e que induza o convencimento do magistrado a respeito da verossimilhança da alegação. Nega-se provimento ao recurso.

(TJMG Apelação Cível nº 337.781-9/000 Rel. Des. Almeida Melo - data public. 29/08/2003).

A propósito, é o entendimento de outros TRIBUNAIS:

“FAMÍLIA - ALIMENTOS EM REVISIONAL - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA REDUZIR A VERBA ALIMENTAR - POSTULAÇÃO DENEGADA - É DE BOA PRECAUÇÃO, DESDE QUE NOS AUTOS HAJA DÚVIDA A RESPEITO DA SITUAÇÃO FÁTICA PREVISTA NO ART. 401 DO CÓDIGO CIVIL, REJEITAR PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA EM REVISIONAL DE ALIMENTOS, MÁXIME QUANDO A FIXAÇÃO DESSES MESMOS ALIMENTOS FOI OBJETO, EM PASSADO RECENTE, DE PRONCIAMENTO JUDICIAL. A REDOBRADA CAUTELA DO JULGADOR HÁ DE SE FAZER PRESENTE ATÉ QUE NO AMPLO CONTRADITÓRIO POSSA SENTENCIAR COM SUPEDÂNEO NA REALIDADE ADVINDA DA AMPLIDÃO PROBATÓRIA”.

(TJDF Agravo de Instrumento Rel. Des. Eduardo Moraes Oliveira data public. 01/07/1998)

“ALIMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. REVISIONAL. O DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EXIGE A CONCORRÊNCIA DOS REQUISITOS DE EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA - ENTENDIDA COMO AQUELA QUE NÃO ADMITE DÚVIDA RAZOÁVEL - E FUNDADO RECEIO DE DANO. TRATANDO-SE DE REVISIONAL DE ALIMENTOS, REDOBRADA DEVE SER A CAUTELA PARA A CONCESSÃO DESSA MEDIDA “INAUDITA ALTERA PARTE”, ANTE AS GRAVES CONSEQUÊNCIAS QUE PODEM ADVIR PARA O ALIMENTADO. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME”.

(TJRS Agravo de Instrumento nº 70006543938 Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos j. em 13/08/2003)

Assim sendo, a pretensão revisional, amparando-se na modificação das condições econômico-financeiras dos interessados, desafia a prova dos fatos afirmados tendentes ao pleito de redução do valor da obrigação alimentar, havendo pelo contrário, indícios da capacidade financeira do devedor.

Assim, diante dos poucos elementos postos a exame pelo Agravado não subsiste a alegação de que o valor fixado confronta-se com o binômio necessidade-possibilidade que deve conduzir a fixação do montante dos alimentos.

Daí que, à falta de maiores elementos concretos sobre as despesas da Agravante e a capacidade contributiva do Agravado, a pensão alimentícia anteriormente acordada deve ser mantida, até que se possibilite a segura apuração das verdadeiras condições dos litigantes, para a devida aplicação do binômio de que trata o art. 1.694 do Código Civil/2002.

Nesta esteira, vale ainda reproduzir trechos do parecer do culto Procurador de Justiça, Dr. Márcio de Pinho Tavares (fls. 98/101-TJ), senão vejamos:

“Conforme cediço, a pretensão da cessação dos descontos da pensão exige demonstração da verossimilhança da alegação, não bastando a mera existência de fumus bonis iuris e periculum in mora, ou seja, a pretendida antecipação, por ser medida que se equipara ao provimento final do mérito, exige prévia prova inequívoca da situação, apta a ensejá-la.

No caso, são insuficientes as alegações trazidas à baila pelo alimentante, máxime em se tratando de antecipação de tutela, em ação que tenha por objeto a redução de pensão alimentícia, porque a questão desafia dilação probatória, o que não se configura no caso em pareço, fator pelo qual impõem-se o provimento do recurso.”

Destarte, na falta de elementos probatórios suficientes a respeito da possibilidade econômica do alimentante e da suficiência financeira da beneficiária da pensão, cassa-se a decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada que visava reduzir o valor dos alimentos acordados, uma vez que, deve-se ter em mira que a matéria exige dilação probatória.

Isto posto, dá-se provimento ao agravo, cassando a r. decisão hostilizada.

Custas, pelo Agravado.

O SR. DES. SILAS VIEIRA:

Sr. Presidente.

A concessão da tutela antecipada exige que o juiz, diante da prova inequívoca, convença-se da verossimilhança da alegação, consoante disposição do art. 273 do CPC.

Tenho que, em sede de ação revisional de alimentos que busca a redução da obrigação pensional, temerária é a concessão da tutela, diante da imprevisibilidade de possíveis seqüelas no futuro dos pensionados, se não vitoriosos na ação.

Com tais considerações, acompanho o Des. Relator.

O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

De acordo com o Relator.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 399 DO CÓDIGO CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DA SOLIDARIEDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Segundo a doutrina de Orlando Gomes, alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico e lazer. Os fundamentos da obrigação de prestar alimentos a quem deles necessita decorrem do princípio fundamental constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CR) e do princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), e estão consubstanciados na regra do art. 399 do Código Civil. Não conseguindo o apelante comprovar a ocorrência do desaparecimento de um dos prespostos do art. 399 do Código Civil, ou seja, de

que recorrida não precisa mais dos alimentos, ou de que ele não possui mais possibilidade econômica de prestar alimentos, inócorre razão para que cesse a sua obrigação de prestar alimento. Se o alimentante pode suportar novos encargos com a constituição de nova família, que o faça, mas sem exclusão ou redução dos anteriores, aos quais, por lei está obrigado e que voluntariamente assumiu no ajuste da pensão na separação consensual. Bem adverte, a propósito, Yussef Said Cahali que “os encargos que livremente se impôs o alimentante com a constituição de um novo lar não podem ser levados à conta de alteração de sua fortuna.” (TJMG, processo 1000000277000-6/000(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 29/08/2002, data da publicação 01/10/2002).

EMENTA: Revisional de Alimentos. Pensão fixada em salários mínimos. Descontos incidentes sobre os proventos do alimentante. Alteração da forma dos descontos. Possibilidade. É evidente que, mantida a forma como os descontos vêm sendo efetuados, o valor dos proventos do alimentante será cada vez mais corroído pelo tempo, na medida em que o reajuste destes, via de regra, não acompanha a elevação do valor do salário mínimo. Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.711571-6/001 (EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.96.011449-4/001) - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): I L - APELADO(S): L S S - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO ACÓRDÃO (SEGREGO DE JUSTIÇA).

Vistos etc., acorda, em Turma, a SÉTIMA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2004.

DES. PINHEIRO LAGO - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. PINHEIRO LAGO:
VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por I L, inconformado com a r. sentença de fls. 66/68, que houve por bem julgar improcedente o pedido da ação revisional de alimentos por ele ajuizada contra L S S, decidindo, também, pela improcedência da reconvenção aforada pela ré.

Sustenta o recorrente, basicamente, que “restou demonstrada a modificação concreta da situação contemporânea à época da fixação dos alimentos questionados, na medida em que o critério de reajuste da pensão, com base em salário mínimo, não sendo o mesmo adotado para se atualizar os proventos dos inativos, resultou na condição para pior do apelante e melhor para a apelada.”

A apelada deixou transcorrer in albis o prazo para contra-razões (fls. 72-verso).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Versam os autos sobre ação revisional de alimentos, pretendendo o alimentante a redução do encargo alimentar que tem para com a sua ex-esposa, sob a alegação principal de que não pode suportar

o desconto da pensão alimentícia, na forma com vem sendo feito. Aduz que é sexagenário, diabético e hipertenso, possuindo ainda outra família para sustentar. Pede, ao final, a redução dos alimentos para o patamar de 30% (trinta por cento) do valor de seus proventos.

Há que se ter em mente, em feitos dessa natureza, a norma do art. 1.699, do Código Civil, in verbis: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou majoração do encargo.”

Pertinente, outrossim, o regramento do art. 15, da Lei nº 5.478/68, in verbis: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados.”

Restou incontroverso que, por ocasião do desfecho de anterior ação de revisão de alimentos, ajuizada pelo ora apelante contra a ora apelada – processo nº 024.98.019.269-4 –, decidiu-se pela fixação de uma pensão alimentícia no valor de dois salários mínimos.

Com a devida vênia do honrado juízo de 1º grau, acredito que a forma como vem sendo descontada a pensão do alimentante, prejudica, sobretudo, os valores que lhe sobram para sobreviver, ainda que se leve em conta o ganho que o mesmo possui, a partir da vendas que faz, em um cômodo alugado.

Conforme se apura do documento de fls. 06, o benefício previdenciário recebido pelo alimentante era, em janeiro de 2002, da ordem de R\$ 519,12. Tal valor, como o próprio apelante reconhece, em seu depoimento de fls. 58, sofreu uma pequena elevação, representando, em valores de hoje, R\$ 587,00.

Considerando que o valor de referência do salário mínimo, hoje, é de R\$ 240,00, teremos, para o alimentante, após o desconto da pensão de dois salários mínimos, o saldo de R\$ 107,00.

É evidente que, mantida a forma como os descontos vem sendo efetuados, o valor dos proventos do alimentante será cada vez mais corroído pelo tempo, na medida em que o reajuste destes, via de regra, não acompanha a elevação do valor do salário mínimo, que, aliás, está prestes a ocorrer, no corrente ano.

Por outro lado, não é razoável dizer que o alimentante possui outra substancial renda, a partir de venda de churrasquinhos, dentre outros produtos, realizada em um cômodo que aluga. Tal renda, não há dúvida, existe, mas não em patamares que propiciem o narrado conforto ao autor da demanda, conforme anunciado pela ré, tais como viagens de férias, manutenção da filha em escola particular, reforma da casa, dentre outros.

Nos termos do depoimento do autor, a renda por ele auferida, no ponto que tinha no bairro, era de “duzentos a trezentos reais mensais, isto quando estava bom.” (fls. 58)

Sabe-se, ainda, que o alimentante já locou um novo ponto, na Av, o qual, segundo informação trazida pela testemunha F (fls. 61), tem perspectivas de propiciar um ganho mais elevado ao alimentante.

Nesse contexto, tenho por necessária a alteração da forma como vêm sendo descontados os proventos do autor, bem como a redução, ainda que pequena, do quantum dos alimentos, pois configurado o fator de alteração na fortuna do mesmo. Releva notar, como acertadamente exposto pelo recorrente, que o aspecto da alteração da forma dos descontos não foi tratada na decisão proferida em anterior ação revisional, sendo de todo conveniente fazê-lo agora.

Assim, se tomarmos como referência o cálculo acima mencionado, veremos que os descontos da pensão, nos proventos do autor, giram em torno de 82% do total. Se reduzirmos tal desconto para 60% do total, teremos a alimentanda recebendo, a título de alimentos, algo em torno de R\$ 352,00, o que se me afigura razoável, cabendo ao alimentante, para o sustento próprio e de sua atual família, os 40% restantes, além da renda que conseguir auferir do negócio montado na “garagem” da Av. Posto isso, dando parcial provimento ao recurso de apelação, julgo parcialmente procedente o pedido da ação revisional de alimentos, para que o desconto dos alimentos passe a representar o montante correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor dos proventos recebidos pelo alimentante.

Oficie-se ao órgão pagador.

Restando cada litigante em parte vencedor e vencido, quanto ao pedido principal, arcará cada parte com o pagamento de metade das custas processuais, de 1º e 2º graus, compensando-se os honorários advocatícios.

Observem-se as prerrogativas de Justiça Gratuita.

O SR. DES. ALVIM SOARES:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

EMENTA: Revisional de Alimentos - Binômio Necessidade e Possibilidade - Condição Financeira do Alimentante - Modificação da necessidade do alimentado e da possibilidade do alimentante - princípio do melhor interesse da criança e adolescente e da solidariedade familiar - mãe desempregada.- O magistrado deve observar, quando da fixação do valor da pensão alimentícia, o binômio da necessidade do alimentando e da possibilidade do alimentante. Somente observados tais parâmetros será possível atingir um equilíbrio, de forma a auxiliar aquele que necessita da prestação, sem sacrificar aquele que arcará com seu pagamento, realizando, em última instância, a justiça ao caso concreto.- O valor de 7 salários mínimos não é exorbitante, para um pai que auferir renda de aproximadamente R\$ 17.000,00 por mês, pois equivale a 16% de seus ganhos. Dessa forma, não comprometeria o seu sustento, e, ainda sobriaria uma quantia considerável para sua manutenção.- É cediço que a obrigação de prestar alimentos é de ambos os pais, contudo, no caso, a genitora se encontra desempregada, e, o fato de deter a guarda da filha, implica em uma série de gastos extraordinários, responsabilidades e limitações, ainda mais, se levarmos em conta que

o pai após 15 anos, discute, judicialmente, a paternidade da menor, o que faz crer seu abandono afetivo e o abalo emocional da filha.- Não se trata de dimensionar ou valorar em moeda o afeto e o amparo amoroso, mas a atenção e cuidados maternos, em situações como essa, se torna redobrado, ainda mais quando se trata de uma adolescente, que está em processo de formação de sua personalidade, sendo perfeitamente presumido o tempo e os cuidados despendidos para suprir essa falta, o que sem dúvida, dificulta, ainda mais, a inserção da mãe no mercado de trabalho.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.933218-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): W.R.C. - APELADO(A)(S): I.E.S.C. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE L.G.S.V. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

ACÓRDÃO

(SEGREGO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de agosto de 2007.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES:

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por W.R.C., contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família da comarca de Belo Horizonte que, nos autos da ação revisional de alimentos proposta por I.E.S.C., representada por sua mãe L.G.S.V., julgou procedente o pedido para majorar os alimentos para sete salários mínimos mensais e condenou o requerido em custas e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.800,00. Foram interpostos embargos de declaração pela autora às f. 223/225, os quais restaram rejeitados à f. 359 e 359 v.

Em suas razões recursais, de f. 366/368, apela o apelante asseverando que para fixação dos alimentos deve-se levar em conta a necessidade do alimentado e não o valor auferido pelo alimentante. Aduz que o valor de 3,81 salários mínimos é suficiente para manutenção da menor, até mesmo para cobrir as despesas extras.

Destaca que as despesas com sustento dos filhos devem ser suportadas, igualmente entre os pais, bem como afirma que a situação de desemprego da genitora da requerente é temporária.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às f. 390/393, opinando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

A controvérsia dos autos cinge-se na verificação da possibilidade de majoração dos alimentos requeridos em sede de ação revisional, bem como se foram fixados em valor acima da necessidade da filha.

Os alimentos devidos pelos pais aos filhos menores decorre dos deveres inerentes ao pátrio poder, só podendo ser alterado se comprovado o aumento da capacidade econômica do alimentante ou a necessidade do alimentado.

Nesse sentido, o art. 1.699 do Código Civil vigente dispõe que, fixados os alimentos, caso sobrevenha “mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”. Certo é que o autor alega que não obstante a majoração das despesas da filha o valor fixado está além de suas necessidades, não podendo ser fixados num montante elevado simplesmente pela sua possibilidade.

Ocorre que como demonstrado nos autos a menor hoje se encontra com 15 anos de idade, sendo perfeitamente presumida o aumento de suas necessidades, principalmente se levarmos em conta que a pensão foi fixada quando a menor estava com 2 anos de idade.

Além disso, como restou inconteste nos autos e não rebatido pelo apelante em sede do presente recurso, o alimentante, além do importe anteriormente fixado a título de alimentos, ele também contribuía com o pagamento de outras despesas, tais como escola particular, curso de línguas, mesada, dentre outras. Tanto é assim, que em sede de apelação ele concorda com a majoração da pensão, se insurgindo, tão-somente quanto o montante fixado em primeira instância, por entender que 7 salários mínimos é um valor muito superior aos gastos da filha.

Nessa seara, pertinente citar o ensinamento de Fabrício Zamprogna Mattiello, In **Código Civil Comentado**, 2 ed, segundo o qual:

“5. §1º - Conforme mencionado acima, o momento da fixação dos alimentos é marcado por detida análise do binômio necessidade/possibilidade. O alimentado não receberá mais do que precisa, nem o parente ou cônjuge será obrigado a pagar além do que suas condições econômicas permitem. Chegar ao equilíbrio entre essas forças contrárias significa fazer justiça, adequando a prestação alimentar ao quadro real vivenciado pelos envolvidos.”

Certo é que não há qualquer critério absoluto para definir a fixação dos alimentos a serem prestados, mas não se olvida, de que deve o magistrado atear-se à necessidade daquele que os recebe e à possibilidade daquele que arcará com seus ônus.

Assim, a análise de um pedido de revisão da pensão alimentícia deve ser feita com atenta apreciação das provas carreadas aos autos, para que seja possível aferir se houve alguma alteração nas condições financeiras das partes, capaz de ensejar a modificação do valor.

Não se obscureça o fato de que o magistrado, ao fixar o montante da pensão, tem a árdua tarefa de fazer justiça e, ainda, propiciar a efetividade do provimento judicial, ou seja, deve fixar um valor que o alimentante possa realmente pagar e que seja relevante para o alimentando.

Ainda que a necessidade do alimentando seja de receber um alto valor para se manter com um padrão de vida digno, a fixação não deve ser feita apenas em atenção a esse fator, sob pena de inviabilizar o pagamento pelo alimentante, que pode não ter renda compatível com o valor necessitado. Em contrapartida, não se pode perder de vista que o vocábulo alimentos compreende não só os gêne-

ros alimentícios, mas tudo quanto for considerado como patrimônio mínimo e indispensável à subsistência do alimentante, como vestuário, saúde, lazer, e que a redução pretendida inviabilizaria o oferecimento ao menor dos recursos mínimos necessários à sua subsistência e a uma vida digna, em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No caso dos autos, com relação à possibilidade percebe-se que o apelante possui renda mensal de aproximadamente R\$ 17.000,00, sendo esse valor comprovado pela soma dos documentos apresentados às f. 47/49, 54/55, 84/102 e 175/186.

Assim, tenho que é perfeitamente possível que ele arque com o montante de 7 salários mínimos, visto que ao dimensionar os gastos da filha ele deixou de levar em conta várias despesas inerentes e presumidas para adolescentes nessa idade.

Ademais, tenho que o valor de 7 salários mínimos não é exorbitante, para um pai que auferir renda de aproximadamente R\$ 17.000,00 por mês, pois equivale a 16% de seus ganhos. Dessa forma, não comprometeria o seu sustento, e, ainda sobraría uma quantia considerável para sua manutenção.

No que tange a situação econômica da genitora, conforme observo dos autos, ela atualmente se encontra desempregada, e, como bem lembrado pelo ilustre julgador monocrático, o fato de deter a guarda da filha, implica em uma série de gastos extraordinários, responsabilidades e limitações, ainda mais, se levarmos em conta que o pai, após 15 anos, discute, judicialmente, a paternidade da menor, o que faz crer seu abandono afetivo e o abalo emocional da filha.

Cumpra-se destacar que, não se trata de dimensionar ou valorar em moeda do afeto e o amparo amoroso, mas a atenção e cuidados maternos, em situações como essa, se torna redobrado, ainda mais quando se trata de uma adolescente, que está em processo de formação de sua personalidade, sendo perfeitamente presumido o tempo e os cuidados despendidos para suprir essa falta, o que sem dúvida, dificulta, ainda mais, a inserção da mãe no mercado de trabalho.

Lembra-se que os alimentos aqui pleiteados são únicos e exclusivos para a filha, sendo, portanto justo, possível e humano que, um pai que auferir uma renda superior a R\$ 17.000,00 por mês, possa contribuir com 7 salários mínimos (hoje, R\$ 2.660,00), para a filha.

Ademais, tenho que a mãe já cumpre seu dever de provedora que lhe imputa o nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, não merece reforma a r. sentença, uma vez que restou comprovado o aumento de gastos da adolescente, e, por outro lado, resta evidenciado a possibilidade do alimente, sendo razoável o montante fixado na decisão de primeiro grau.

Nesse sentido é o impedimento deste Tribunal: “REVISIONAL DE ALIMENTOS - VERBA ACORDADA POR OCASIÃO DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - ACORDO POSTERIOR REDUZINDO A VERBA - NECESSIDADES DA MENOR QUE DISPENSAM MAIORES INDAGAÇÕES - INEXISTÊNCIA DE PROVAS NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE

DO ALIMENTANTE. A pensão devida aos filhos deve ser aquela suficiente e necessária à manutenção e formação dos mesmos, atendendo sempre às necessidades do menor, em obediência ao disposto no § 1º do art. 1.694 do CC/2002. Mostrando-se insuficientes os elementos acostados aos autos a formar convencimento no sentido da impossibilidade econômica do alimentante de cumprir com a obrigação, a revisão se impõe, mesmo porque os indícios existentes acerca da capacidade econômica não foram infirmados por quaisquer provas. (Apelação Cível nº 1.0637.02.015136-0/001, Edilson Fernandes)

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - MAJORAÇÃO - MODIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DO ALIMENTANTE E DO ALIMENTADO - DESEQUILÍBRIO NO BINÔMIO POSSIBILIDADE-NECESSIDADE. Fixados os alimentos, sobrevivendo mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. Dessa forma, havendo desequilíbrio no binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado, impõe-se a revisão do 'quantum' da prestação alimentar, sempre regida pela cláusula 'rebus sic stantibus', de forma que a sentença que fixa alimentos não faz coisa julgada material. Constitui verdadeiro dever familiar dos pais, incondicional, previsto constitucionalmente, prover o sustento e educação dos filhos. O interesse do menor deve sobrepor-se a qualquer outro. Se há de existir sacrifício de alguém, que não seja do filho menor. (Apelação Cível nº 1.0713.02.010623-1/001, Carreira Machado)"

Com base nesses fundamentos, nego provimento ao recurso, para manter a bem lançada sentença de primeiro grau.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALMEIDA MELO e AUDEBERT DELAGE.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.933218-7/001

EMENTA: Alimentos - Ação revisional promovida pelo alimentante em face da filha menor, deduzindo incapacidade de arcar com a verba alimentar devido a despesas e compromissos de cunho pessoal, sobrepondo seus interesses particulares às necessidades básicas da alimentada - Pedido indeferido - Recurso improvido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.141.705-4/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): I F M (I.F.M.) - APELADO(S): C A M, REPDA PELA MÃE A A (C.A.M., REPDA P/ MÃE A.A.) - RELATOR: EXMO. SR. DES. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO ACÓRDÃO

(SEGREGDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a SEGUNDA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM

NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 1999.

DES. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO:

VOTO

Ajuizou o apelante ação revisional de alimentos em desfavor da filha menor impúbere, C A M, representada pela mãe, A A, julgada improcedente pela sentença de fls.

Inconformado com a decisão, apela o alimentante pugnando pela redução do pensionamento a 10% de seus rendimentos líquidos, além do plano de saúde que oferece à menor, devido à precariedade de seus recursos econômicos.

A redução do encargo alimentar tem como pressuposto a prova da modificação das condições econômicas dos interessados, posto que subsiste o princípio da proporcionalidade inserto no art. 400 do CC.

In casu, o alimentante vem buscar a redução dos alimentos com fundamento em dificuldades econômicas, porém por ele mesmo geradas a partir de endividamento acima de sua condição financeira. Dá ele notícias de dívidas relativas a financiamentos de imóvel e veículo que adquiriu, de despesas feitas em cartão de crédito, sustado por falta de pagamento, débitos com tratamento psicológico próprio, auxílio financeiro que presta à mãe, além da pretensão de ingressar em curso pré-vestibular para o qual não dispõe de recursos, necessitando reordenar sua vida econômica, pelo que propõe o sacrifício da alimentada.

Sua atitude, no entanto, é reprovável, a partir do momento que supervaloriza aqueles interesses particulares, sobrepondo-os acima das necessidades básicas da filha menor, sem sequer cogitar sobre a viabilidade de se promover o sustento da mesma com a metade da quantia que lhe vem sendo atribuída mensalmente por desconto em folha de pagamento.

Antes, cumpria-lhe não exceder em seus gastos, não assumir dívidas que o orçamento não comportasse, viver dentro de seus limites, porque ciente das suas obrigações indeclináveis, entre elas o sustento da filha.

Tem orientado a doutrina e jurisprudência sobre inconveniência da imposição de um encargo a quem não esteja em condições de suportá-lo, havendo, pois, de se ter em conta as condições econômicas do obrigado, bem como as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e lugar que influem na própria medida. Porém, o que se observa dos autos é que o devedor vem suportando um encargo mensal de R\$ 175.00 (cento e setenta e cinco reais) para um vencimento bruto na ordem de R\$ 1.079,00 (hum mil e setenta e nove reais), descartando-se a hipótese de sua excessiva oneração pela verba alimentar, a ponto de inviabilizar-lhe o próprio sustento, que, se prejudicado, deve-se ao endividamento desmedido e desproporcional a seu orçamento, pelo que não haverá de penalizar a filha menor, em fase escolar, cujas necessidades são incontestáveis.

Anote-se que de pouca relevância pecuniária teria

a redução pretendida pelo recorrente, posto que o débito alimentar pequena parcela representa em comparação com as demais despesas pessoais de cunho nada essencial que enumera.

Assim considerando, nego provimento ao recurso. Recorrente sob o pálio da assistência judiciária.

O SR. DES. RUBENS XAVIER FERREIRA:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. PINHEIRO LAGO:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - MAIORIDADE - CURSO SUPERIOR - NECESSIDADE DA VERBA ALIMENTAR - INSUFICIÊNCIA DO VALOR - MAJORAÇÃO - BINÔMIO LEGAL - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BASE DE CÁLCULO - FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS ABAIXO DO PRETENDIDO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INEXISTÊNCIA. Embora a maioria represente, em tese, causa apta a extinguir a obrigação alimentar, uma vez demonstrado nos autos que o alimentado está freqüentando Curso Superior, necessitando, pois, da ajuda financeira paterna, forçoso manter a imposição de prestar alimentos. Comprovado que o "quantum" outrora fixado é manifestamente insuficiente para fazer frente às despesas do credor de alimentos, necessário majorá-lo, atentando, porém, para o binômio legal, sendo certo que, embora a lei não queira o perecimento do credor, não autoriza, de igual forma, a imposição da obrigação a apenas um dos coobrigados (a obrigação é de ambos os genitores), não pretendendo, de mais a mais, incentivar a ociosidade. Em Ação Revisional de Alimentos, na esteira do entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o novo valor fixado retroage à data da citação. A base de cálculo dos honorários advocatícios é o somatório de 12 (doze) prestações de alimentos. Tendo em vista que o valor pleiteado na exordial da Ação Revisional de Alimentos é mera estimativa, a fixação em patamar inferior não implica sucumbência recíproca, pois o núcleo do pedido, em si, foi atendido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.348643-8/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): J E H P - APELADO(A)(S): F B P - RELATOR: EXMO. SR. DES. SILAS VIEIRA

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2005.

DES. SILAS VIEIRA - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento pelo apelante a Dr^a. Hérica das Graças Martins.

O SR. DES. SILAS VIEIRA:

Sr. Presidente,

Acuso o recebimento de memorial subscrito pela advogada Dr^a. Hérica das Graças Martins em pro do apelante.

VOTO

Cuida-se de recurso voluntário interposto em ataque à r. sentença de f. 194/200, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Família da comarca de Belo Horizonte, que, em Ação Revisional de Alimentos proposta por F B P contra J E H P, houve por bem, desacolhendo o pedido reconvenicional, julgar procedente a súplica vestibular, fixando os alimentos em 06 (seis) salários mínimos, retroativos à citação.

Inconformado, J E H P aviou o presente apelo, sustentando, em suma, que a autora não necessita de verba alimentar, pois, além de ter adquirido a maioria, está apta a exercer atividade laborativa. Assevera, ademais, que o valor fixado revela-se exacerbado, sendo certo, ainda, que o dever de prestar alimentos incumbe a ambos os genitores. Prosseguindo, afirma que à obrigação que lhe foi imposta deve ser estipulado um termo final.

Em arremate, aduz que os alimentos somente são devidos a partir da decisão singular, terminando por pleitear a alteração nos honorários advocatícios, seja pela fazê-los incidir sobre o valor da condenação, seja para determinar a compensação, ante a sucumbência recíproca.

Contra-razões às f. 230/238.

Nesta instância, foram os autos remetidos à douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento do recurso (f. 268/276).

Preparo regular à f. 249.

É o relatório, no essencial.

Conheço do apelo espontâneo, uma vez presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Segundo consta dos autos, F B P moveu a presente Ação Revisional de Alimentos em desfavor de J E H P, visando à majoração da verba alimentar que fora fixada no bojo de uma Ação de Separação da qual fizeram parte o ora requerido e a genitora da requerente.

Não havendo preliminares, lanço-me no meritum causae.

Ab initio, com relação aos supostos equívocos denunciados pelo apelante (f. 210/213), assim como a ilustre Procuradora de Justiça (f. 271/272), reputo-os irrelevantes para o desfecho da lide, que, como se verá, deverá ater-se aos contornos do binômio legal.

Pois bem.

A par da conhecida dificuldade em solucionar a controvérsia instaurada no caderno processual, estou convencido, após análise do acervo probatório e dos dispositivos legais aplicáveis à espécie, que o apelo edificado merece parcial acolhida. Senão vejamos.

O pedido revisional encontra suas raízes no art. 401 do Código Civil revogado (vigente à época da propositura da ação) e no art. 15 da Lei nº 5.478/68, que dispõem, verbis:

"Art. 401 (Código Civil - atual art. 1699) - Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as

circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo.”

“Art. 15 (Lei nº 5.478/68) - A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados.”

Se assim é, forçoso concluir que a revisão da obrigação somente é possível se e quando há mudança na condição pessoal, quer do alimentado, quer do alimentante, levando-se sempre em conta que o valor da verba alimentar há de ser proporcional à necessidade de um e à capacidade do outro, inclusive para que a incumbência venha a se tornar exequível.

No caso sub examine, tenho como certa a necessidade de majoração da verba alimentar, porquanto os módicos R\$ 14,79 (quatorze reais e setenta e nove centavos - valor atualizado) não fazem frente às necessidades da autora (conforme será visto), motivo por que a elevação é, de fato, medida imperativa, não subsistindo, a contrario sensu, o pleito exoneratório.

Resta buscar, então, o quantum a ser fixado, escopo a ser alcançado pela análise do conjunto probatório, bem como da legislação aplicável à espécie, consoante será feito a seguir.

O dever paterno de prestar alimentos aos filhos menores é contemporâneo ao exercício do pátrio poder, de forma que o mesmo persiste enquanto presente a menoridade. Dessa forma, advindo a maioridade, cessa o pátrio poder (art. 392, II, III do Código Civil de 1916 – art. 1.635, II e II, do Código Civil de 2002), e, a princípio, a obrigação imposta aos genitores.

Nessa ordem de idéias, os filhos maiores, sadios e com plenas condições de prover ao próprio sustento deverão fazê-lo, conforme se extrai da dicção do art. 399 do Código Civil revogado (atual art. 1.695), segundo o qual “são devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Dessarte, a natureza da obrigação alimentícia transmuta com o advento da maioridade e passa a existir em decorrência do parentesco, impondo-se, nessa circunstância, a comprovação da real necessidade em receber a verba alimentar, pena de servir apenas como prêmio à ociosidade.

A corroborar o acima expendido, o seguinte julgado deste Tribunal de Justiça, verbis:

“EMENTA: Ação de Exoneração de alimentos. Maioridade civil. Procedência do pedido. Agravo retido. Alegação de nulidade de intimação. Recurso a que se nega provimento. Verificada que foram as partes regularmente intimadas para a realização da audiência de instrução e julgamento, é de ser negado provimento ao agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu pedido de redesignação de audiência. O dever de sustento dos pais em relação aos filhos cessa com a maioridade ou emancipação e, ocorrida a maioridade, e não havendo demonstração do estado de miserabilidade do alimentando na ação de exoneração do pai em relação ao filho, impõe-se a procedência do pedi-

do. Negar provimento ao agravo retido e ao apelo principal.” (Apelação Cível nº 1.0133.02.001405-5/001. Rel. Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI. Publicado no DJ dia 30/04/2004).

In casu, embora F B P tenha atingido a maioridade civil, fato incontroverso é que a mesma ingressou em Curso Superior, necessitando, portanto, do auxílio financeiro paterno.

Isso porque, apesar de a autora ser capaz de exercer atividade laborativa, dúvida não há de que a frequência a Curso Superior exige esforços por parte de todo estudante, consumindo boa parte do tempo outrora disponível, esvaziando, em maior ou menor intensidade, a possibilidade de lançar-se no mercado de trabalho.

Seguindo o raciocínio acima alinhavado, a mim parece que a ajuda financeira do ora apelante é, mesmo, necessária, garantindo formação intelectual digna à sua filha, ora apelada.

Contudo, no que diz respeito ao valor a ser fixado, data venia do sentenciante primevo, quero crer que os 06 (seis) salários mínimos impostos ao requerido revelam-se excessivos. Senão vejamos.

Inicialmente, registre-se que, não obstante o fato de a recorrida estar estudando diminuir-lhe as possibilidades de conseguir um emprego que exija dedicação integral, não se deve olvidar que a busca por uma atividade lucrativa não lhe está inteiramente inviabilizada, tanto assim que a mesma confessou ter habilidades para ministrar aulas particulares (f. 92), devendo, pois, contribuir para o próprio sustento, seja nessa profissão, seja em outra.

Ademais, em decorrência do princípio constitucional da igualdade de direitos e obrigações entre marido e mulher (art. 226, § 5º, da Carta da República), a obrigação de ajudar no sustento da prole é de ambos os genitores, não sendo lícito impor o gravame a apenas um dos responsáveis.

Assim é que a mãe da requerente também deve prestar auxílio em sua criação, valendo mencionar que o documento de f. 40, sendo provisório, como cediço, não permite concluir pela permanente incapacidade da genitora para o trabalho.

Ao exposto, atento ao Princípio da Proporcionalidade estampado no art. 400 do Código Civil revogado (atual art. 1.694, § 1º), tendo em mira que a autora está apta ao exercício de atividade lucrativa; que sua mãe também deve contribuir para seu sustento e, por fim, que o recorrente detém capacidade de pensionamento (razoáveis proventos e sociedade em empresa comercial - f. 219), hei por bem reduzir a verba alimentar para o importe de 03 (três) salários mínimos mensais, quantum este que, somado aos aportes financeiros que incumbem à recorrida e à sua genitora, apresenta-se bastante aproximado das despesas da alimentada, a qual, apenas por questão de registro, não arca com o pagamento de aluguel (reside com a mãe, em casa própria - f. 95, último parágrafo) e/ou plano de saúde (custeado pelo réu - f. 70).

Significa dizer, por oportuno, embora a lei não queira o perecimento do credor de alimentos, não autoriza, de igual forma, a imposição da obrigação a apenas um dos coobrigados (dever comum a ambos os pais), não pretendendo, de mais a mais, incentivar a ociosidade.

Prosseguindo, ao contrário do que busca o apelante (f. 220/221), não se mostra escorreito, in casu, fixar data limite para o pensionamento, que, como cediço, não estando adstrito meramente ao critério temporal, deve subsistir enquanto presente a necessidade do alimentado, sendo certo que, uma vez cessados os motivos ensejadores da obrigação, ao devedor compete, nos termos da lei, propor a devida ação, seja para reduzir o encargo, seja para extingui-lo, pretensões estas, porém, a serem veiculadas em sede própria e em momento oportuno, data venia.

Noutro vértice, quanto ao termo inicial da nova verba fixada, bem andou o magistrado a quo, porquanto a interpretação do art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68 deixa claro que os novos alimentos serão devidos a partir da citação, sendo que eventual recurso será recebido apenas em seu efeito devolutivo, nos termos do art. 520, II, do CPC c/c arts 13, *caput* e 14 da Lei nº 5.478/68.

A propósito, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“EMENTA: ALIMENTOS. AÇÃO REVISIONAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ALTERAÇÃO DO VALOR DA PENSÃO. EFEITOS. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. Os efeitos da alteração do valor dos alimentos, estabelecida em âmbito de ação revisional, operam retroativamente, alcançando a data da citação inicial (art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68. Precedentes). Recurso especial provido.” (REsp nº 593367/SP Rel. Min. CASTRO FILHO. Publicado no DJ dia 17/05/2004).

“EMENTA: ALIMENTOS. AÇÃO REVISIONAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ALTERAÇÃO DO VALOR DA PENSÃO. EFEITOS. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. ART. 13, § 2., DA LEI nº 5.478/68. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - Os efeitos da alteração do valor dos alimentos, estabelecida em sede de ação revisional, operam retroativamente, alcançando a data da citação inicial.

II - Não há divergência no tema, mas sim no caso em que se postula alimentos sem a prova pré-constituída da paternidade.” (REsp nº 51781/SP Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Publicado no DJ dia 24/10/1994).

Divergente, a esse respeito, não é a doutrina de YUSSEF SAID CAHALI, verbis:

“Com relação ao ‘termo inicial’ dos alimentos revistos, a jurisprudência anterior divergia a respeito, ora aceitando que o ‘termo inicial do pagamento será a sentença, embora não transitada em julgado, proferida na ação de modificação’, ora entendendo que a pensão alimentícia majorada seria desde a citação inicial.

Já então se firmava no TJ/SP o entendimento de que ‘nos casos de modificação da pensão alimentícia, para mais ou para menos, como também nos casos de supressão, os efeitos da sentença se contam a partir da citação inicial (RT 294/177, 313/728, 319/137 e 321/224)’.

0 art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68, pós termo à controvérsia: o disposto nesta lei aplica-se a revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos, sendo que, ‘em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação’. “(In: **Dos Alimentos**, 2 ed, RT, 1994, p. 738).

Por fim, acerca dos ônus sucumbenciais, com parcial razão o apelante.

Primeiramente, quanto aos honorários advocatícios fixados, reversamente do que decidiu o magistrado a quo, não é o valor da causa a base de cálculo dos mesmos. Com efeito, tendo havido condenação em valor certo e, ainda, tratando-se de prestações sucessivas, os honorários devem incidir sobre tal valor, que, nos termos da jurisprudência desta Corte Mineira, equivale ao somatório de 12 (doze) prestações (levando-se em consideração o novo valor arbitrado), como, aliás, deve ser feito para valoração da causa (art. 259, VI, do Código de Processo Civil).

Nesse sentido estão os seguintes arestos, verbis: “EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - VALOR - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE - PROVA - INEXISTÊNCIA - VALOR REDUZIDO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BASE DE CÁLCULO. Na ação de alimentos, o valor da pensão deve ser fixado com base na necessidade de quem pede e na capacidade de quem deve pagar, sendo que sem prova de renda capaz de suportar o valor pretendido, deve ser privilegiado o valor oferecido. Na ação de alimentos, os honorários da sucumbência incidem sobre o somatório de doze prestações mensais.” (Apelação Cível nº 1.0433.99.007494-3/001. Rel. Des. MOREIRA DINIZ. Publicado no DJ dia 23/03/2004).

“EMENTA: Alimentos. Revisão. Alimentando. Necessidades. Alimentante. Padrão de vida. Capacidade contributiva. Sucumbência. Honorários advocatícios. Base de cálculo. O valor das prestações alimentícias fixado em pedido de revisão é mantido quando necessário ao sustento do alimentando e adequado ao padrão de vida do alimentante. No arbitramento dos honorários da sucumbência, em revisão de alimentos, não se aplica o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, mas o seu §3º, sendo a base de cálculo igual a doze vezes o “quantum” mensal da majoração deferida, que reflete o proveito econômico obtido pelo alimentando-vencedor, por aplicação conjunta da regra do art. 259, VI, que orienta a atribuição de valor às causas da espécie. Rejeita-se a preliminar, dá-se provimento parcial à apelação e nega-se provimento ao recurso adesivo.” (Apelação Cível nº 1.0000.00.326575-8/000. Rel. Des. ALMEIDA MELO. Publicado no DJ dia 14/08/2003).

Todavia, em que pese a procedência da irresignação quanto à base de cálculo dos honorários advocatícios, não há falar, in casu, em sucumbência recíproca (art. 21 do Código de Processo Civil), como pretende o recorrente.

Ora, o pedido inicial de majoração foi acolhido, ou seja, garantiu-se a revisão da verba alimentar, sendo certo que o valor pleiteado na preambular é meramente estimativo, estando sujeito à subjetividade do autor, de modo a não vincular o magistrado.

Dessa forma, a fixação dos alimentos em patamar inferior ao postulado não encerra sucumbência recíproca, na exata medida que o núcleo do pedido foi, em si, atendido, o que implica a responsabilidade do alimentante-réu pelo pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Nessa toada está o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. CC, ARTS. 400 E 401. CRITÉRIOS. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA N. 7-STJ. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. CPC, ART. 21. INAPLICABILIDADE.

Omissis

II. Considera-se a postulação inicial da verba alimentar meramente estimativa, dada a subjetividade na sua avaliação, de sorte que se fixada, ao final, pensão inferior à pretendida, porém com a procedência da ação revisional para elevar a prestação anterior, não se configura a hipótese de sucumbência recíproca prevista no art. 21 do CPC, cabendo ao réu-alimentante arcar, por inteiro, com tais ônus, os quais, em concreto, já ficam proporcionalizados, pela incidência do percentual sobre o montante menor em que resultou a condenação.

III. Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 290939/PB. Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR. Publicado no DJ dia 01/07/2002).

“EMENTA: HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Ação de alimentos. Procedente a ação de revisão proposta pelos alimentandos, ainda que deferido valor inferior ao pedido, e improcedente a reconvenção, as custas e os honorários serão pagos pelo devedor. Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 418584/SP. Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. Publicado no DJ dia 30/09/2002).

No mesmo viés é a jurisprudência deste Tribunal Mineiro, verbis:

“EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - EX-CÔNJUGE - RECONVENÇÃO - EXONERAÇÃO - NAMORO - TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO - CUSTAS PROCESSUAIS. - Estando presentes as condições legais que autorizam a majoração da obrigação alimentar, ou seja, havendo alteração para maior na fortuna do alimentante, reforçada pelo declínio das condições financeiras da alimentada, deve ser julgada procedente a ação revisional de alimentos. - Não autoriza a exoneração do débito alimentar do ex-marido para com a ex-esposa o simples fato de a mesma manter namoro, sem características de união estável. - Deve ser fixado como marco inicial para o pagamento dos novos alimentos fixados em ação revisional a data da citação do requerido. - A majoração da verba alimentar em valor inferior ao pleiteado na inicial não atrai a aplicação dos efeitos da sucumbência recíproca, não havendo que ser partilhadas as custas processuais entre as partes litigantes.” (Apelação Cível nº 1.0000.00.338408- 8/000. Rel. Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS. Publicado no DJ dia 26/11/2003).

“EMENTA: ALIMENTOS - CARÊNCIA DE AÇÃO - PRELIMINAR AFASTADA - PEDIDO DIRIGIDO AOS AVÓS - COMPLEMENTAÇÃO - POSSIBILIDADE - ALIMENTOS PROVISÓRIOS - EXCESSO DE EXECUÇÃO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - HONORÁRIOS - APLICAÇÃO DO ART. 11, § 1º, DA LEI nº 1.060/50. Não há falar em carência de ação uma vez que inexistente a obrigação de se propor primeiramente ação revisional perante o genitor, para depois se pleitear alimentos dos avós. Com-

provada a insuficiência da pensão prestada pelo genitor, pode o neto postular alimentos complementares dos avós. A superveniência da sentença não torna indevido o valor estabelecido a título de alimentos provisórios. Comprovado o excesso, deve a execução ser ajustada ao valor devido. Não acarreta a sucumbência recíproca o fato de os alimentos terem sido fixados em quantia inferior ao almejado na inicial. Os honorários sucumbenciais em favor do advogado da parte que litiga sob o pálio da assistência judiciária devem ser fixados em consonância com o disposto no art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060/50. Correta a decisão que indeferiu o pedido de assistência judiciária com base nos elementos constantes dos autos dando conta de que a parte requerente não faz jus ao benefício. Rejeitadas as preliminares, dá-se parcial provimento ao recurso.” (Apelação Cível nº 1.0000.00.242598-1/000. Rel. Des. KILDARE CARVALHO. Publicado no DJ dia 23/08/2002).

Após todas essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir os alimentos ao importe de três salários mínimos mensais e determinar que a base de cálculo dos honorários advocatícios (mantido o percentual de 10%) seja o somatório de doze prestações da verba alimentar(levando-se em conta o valor aqui fixado), ficando, quanto ao mais, incólume a sentença fustigada.

Custas recursais, 70% pelo recorrente, 30% pela autora, suspensa a exigibilidade quanto a esta, nos termos da Lei nº 1.060/50 (f. 50 v.).

É como voto.

O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

Sr. Presidente,

Acompanho o eminente Relator, assim nos registros como no seu voto de parcial provimento do recurso.

O SR. DES. DUARTE DE PAULA:

De acordo com o Relator.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - REVISÃO - PERDA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DA MÃE DO ALIMENTANDO - VALOR RAZOÁVEL - RECONVENÇÃO - BANCÁRIO - ÍNDICE DE CORREÇÃO DA PENSÃO. Demonstrado, na revisional de alimentos, que a mãe do autor-menor perdeu capacidade financeira, deve a obrigação, a cargo do pai, sofrer aumento, ainda que em valor não tanto significativo. Considerada a atividade laboral do prestador de alimentos, que é bancário, e não tem seus rendimentos vinculados ao salário mínimo, deve ser acatado pleito no sentido de estabelecer a relação alimentos-salário, eliminando o parâmetro original, relativo ao salário mínimo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.02.028775-2/001 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): M L G - APELADO(A)(S): M P M N, REPRESENTADO P/ MÃE L A P - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas

Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 10 de março de 2005.

DES. MOREIRA DINIZ - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. MOREIRA DINIZ:
VOTO

Cuida-se de apelo aviado por M L G contra sentença do MM. Juiz da 4ª. Vara de Família e Sucessões da comarca de Uberlândia, que julgou parcialmente procedente ação revisional de alimentos movida por M P M N, majorando para valor correspondente a 2,5 salários mínimos a pensão paga pelo réu ao autor; e julgou improcedente a reconvenção.

No arrazoado recursal, o réu-reconvinte pede o reconhecimento de carência da ação, porque não foi preenchido o requisito de admissibilidade da ação revisional de alimentos, previsto no art. 401 do Código Civil, uma vez que a alteração alegada na inicial refere-se à genitora do autor e não a este. No mérito, alega que seu salário só teve um aumento de 2%, enquanto o salário mínimo, e conseqüentemente a pensão do apelado, foi corrigido em 32,45% desde que essa foi pactuada. Assevera que a modificação da situação econômica da mãe do alimentando é distinta da deste; e que não tem obrigação de pagar alimentos a ela, mesmo que indiretamente. Afirma que tem três filhas e esposa, tendo que arcar com as despesas da família, além de encontrar-se endividado e estar pagando um empréstimo junto à PREVI. Salaria que a mãe do autor recebe benefício previdenciário e também tem o dever de sustentá-lo. Pede que seja reformada a sentença e julgada procedente a reconvenção, mantendo-se a pensão no valor de R\$ 426,00, no entanto, com atualização pelo índice de correção salarial da categoria dos bancários que trabalham para o Banco do Brasil.

Observo que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço do recurso. Quanto à alegação de carência de ação, não assiste razão ao apelante. Este afirma que não houve mudança na situação econômica do alimentante, nem do alimentando; e que a referida mudança diz respeito tão somente às condições financeiras da mãe do autor. No entanto, tais questões dizem respeito ao mérito da ação revisional de alimentos, não devendo ser discutidas em sede de preliminar. Ademais, essa questão foi suscitada pelo réu na contestação, e decidida pelo juiz de primeiro grau na audiência ocorrida em 09/12/2002, não tendo sido interposto recurso a tempo e modo.

Cabe aos pais o sustento e a educação dos filhos, na proporção de seus recursos. Mas pode ocorrer que um deles não possua ou perca capacidade contributiva, não podendo, neste caso, o menor ficar desamparado, uma vez que depende dos genitores para os estudos, alimentação, lazer, saúde, vestuário, moradia.

E é o que ocorre no presente caso. À época da celebração do acordo em que foi fixada a pensão, a mãe do autor tinha condições de colaborar no seu sustento, o que, ante expressa previsão legal, foi levado em consideração na determinação do

quantum alimentar. Basta ver que o menor continuou sob sua guarda e, portanto, era ela a responsável por sua moradia e pelos gastos com esta relacionados. Quando se cuida da pessoa que detém o menor em sua companhia, as despesas são lançadas no rol comum de despesas da casa; mas nem por isso deixam de ocorrer.

No entanto, em momento posterior, foi ela acometida por um câncer (docs. de fls. 14/17), doença que, além de causar profundo sofrimento físico e emocional, exige tratamentos e medicamentos de alto custo, também tornando seu portador impossibilitado para o trabalho, se não permanentemente, por um longo tempo.

Diante disso, constata-se que a mãe do autor teve sua capacidade contributiva reduzida, cabendo ao pai compensar essa redução, para evitar que o menor tenha suas necessidades desprovidas.

Embora se reconheça que o réu tem uma esposa e três filhas para cuidar, tendo uma grande parte de seu salário consumida pelas despesas da família, não se pode admitir que ele possa gastar quase R\$ 5.600,00 com esta (conforme planilha à f. 70), e não possa arcar com um aumento de 0,37 salários mínimos na pensão de seu filho; o que atualmente corresponde a apenas R\$ 96,20.

Portanto, entendo que deve ser mantida a sentença no tocante à majoração dos alimentos.

Mas observo que, no presente caso, a procedência do pedido do autor, independentemente de ser parcial ou não, não implica na improcedência do pedido feito em sede de reconvenção.

Nesse ponto, assiste razão ao réu-reconvinte. O salário dos bancários não está atrelado ao salário mínimo. Portanto, um eventual aumento deste não implica necessariamente no reajuste daquele. Nesse caso, o fato da pensão alimentícia estar fixada com base no salário mínimo faz com que, com o aumento deste, os alimentos sejam majorados sem a correspondente alteração nas possibilidades do alimentante, podendo tornar-se demasiadamente onerosos e impossibilitar o cumprimento da obrigação.

Diante disso, dou parcial provimento ao apelo para, não obstante mantendo a decisão quanto ao valor dos alimentos, julgar procedente a reconvenção, para que, apurado o valor dos alimentos com base no resultado da ação revisional, a pensão passe a ser reajustada sempre e tão somente quando houver reajuste para os bancários, e no mesmo índice deste.

Custas, meio a meio; suspensa a exigibilidade, ante os termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargador(a)s: CARREIRA MACHADO (CONVOCADO), ALMEIDA MELO

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. NECESSIDADE DA CREDORA E POSSIBILIDADE DO DEVEDOR. REDUÇÃO. MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ALIMENTANTE. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIREITO INDISPONÍVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO. MANUTENÇÃO DA PENSÃO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. Com atenção ao que

dispõe a norma do art. 1.694, § 1º, do Código Civil, os alimentos devem ser fixados de modo a promover, equilibradamente, ideal proporcionalidade entre as necessidades presumidas do alimentando e a possibilidade financeiras do alimentante. A redução pretendida somente seria possível se demonstrada a alteração da situação econômica do alimentante de forma a inviabilizar a prestação dos alimentos nos parâmetros acordados em sentença homologatória (art. 1.699 do Código Civil). A presunção de veracidade dos fatos em consequência da revelia é relativa, podendo ceder ante a evidência dos autos, consoante o princípio do livre convencimento do julgador. Ademais, tratando-se de direito indisponível afastam-se os efeitos da revelia. Não se desincumbindo o autor do ônus de provar fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC), impõe-se a manutenção da fixação da pensão alimentícia em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.04.029588-0/001
- COMARCA DE FRUTAL - APELANTE(S): V.J.M. -
APELADO(A)(S): S.Q.M. REPRESENTADO(A)(S) P/
MÃE A.Q.C. - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMAN-
DO FREIRE
ACÓRDÃO
(SEGREGDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de julho de 2007.

DES. ARMANDO FREIRE - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. ARMANDO FREIRE:
VOTO

Trata-se de apelação interposta por V.J.M. contra a r. sentença de fl. 54/55, proferida nos autos da presente Ação Revisional de Alimento c/c Regulamentação do Direito de Visitas, pelo ilustre Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Frutal, que julgou improcedente o pedido de revisão de alimentos e procedente o pedido de regulamentação de visitas.

V.J.M. aviou apelação às fl. 56/60. Em resumo, sustenta que:

- a) obrigou-se a pagar uma pensão alimentícia para sua filha correspondente a meio salário mínimo mensal, conforme sentença homologatória constante do processo nº 1677/2000;
- b) sem querer se esquivar de suas obrigações pretendeu a redução da pensão para o percentual de 30% (trinta por cento) do salário mínimo, a ser depositado em conta bancária todo dia 05 de cada mês;
- c) a redução é a melhor solução na hipótese de modificação na situação econômica do alimentante;
- d) ocorreram mudanças efetivas em suas condições financeiras, pois o mesmo não possui trabalho fixo, estando no momento desempregado, além de possuir gastos com aluguel, água, luz e alimentação;
- e) foram expedidos mandados de citação e intimação para que a apelada comparecesse à audiência,

porém, a mesma não compareceu nem contestou a ação, uma vez que mudou de residência sem mencionar o novo endereço;

f) restou caracterizada a revelia, nos termos do art. 319 do CPC.

Ao final, ratifica os termos da inicial e pede o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando procedente o pedido de revisão da pensão alimentícia.

A apelação foi recebida em despacho de fl. 61.

Manifestação do i. Defensor Público a fl. 61-verso. O digno Promotor de Justiça ratificou o parecer de fl. 50/53.

A douta Procuradoria de Justiça, por meio do r. parecer de fl. 70/73, opinou pelo desprovimento do recurso.

Diante da presença dos exigidos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Passo a expor meu voto.

V.J.M. ajuizou ação revisional de alimentos c/c pedido de regulamentação de visitas em relação sua filha S.Q.M., representada por sua A.Q.M. afirmou que se obrigou a pagar uma pensão mensal para sua filha correspondente a meio salário mínimo, através de sentença homologatória de acordo em ação de alimentos, firmado no ano de 2001 (autos nº 1.677/2000). Aduziu que está rigorosamente em dia com o pagamento da pensão alimentícia a que se obrigou, apesar de ter sido despedido pelo seu empregador "LTD" no dia 20/05/2003. Acrescentou que tem a profissão de garçom e não encontra trabalho como antes, somente conseguindo trabalhar nos fins de semana. Alegou que recebe mensalmente apenas cerca de um salário mínimo e meio, o que dificulta o pagamento da pensão nos moldes acordados. Sustentou a necessidade de "redução temporária do valor mensal da pensão", para o percentual de 30% (trinta por cento) do salário mínimo. Juntou documentos às fl. 06/18.

Editais de citação às fl. 29/30. Nomeado Curador para a requerida este pediu que fosse anulada a citação por edital, bem como forneceu o endereço da requerida e informou ter protocolizado pedido de execução de alimentos em face do autor (fl. 33-verso).

Mandado de citação cumprido juntado às fl. 35/36 (08/06/2005).

Na audiência de instrução e julgamento foi ouvida uma testemunha (fl. 48/49).

O ilustre Promotor de Justiça, em parecer de fl. 50/53, opinou pela improcedência da ação revisional de alimentos mantendo-se a pensão alimentícia em 50% (cinquenta por cento) do salário-mínimo. O MM. Juiz de primeiro grau proferiu sentença às fl. 54/55. Julgou improcedente o pedido consistente na revisão de alimentos e procedente o pedido de regulamentação de visitas. Considerou que o requerente não provou o seu estado de impossibilidade para o cumprimento do dever legal e moral ao sustento de sua filha no valor estipulado em 50% (cinquenta por cento) do salário-mínimo. Analisando detidamente os autos, tenho que a sentença não merece reforma.

Inicialmente, sustenta o apelante que com a ausência de contestação ficou caracterizada a revelia,

segundo a qual, conforme previsão do art. 319 do CPC:

“Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.
Concordo que contra o réu revel haja presunção de veracidade dos fatos não contestados, conforme disposto no artigo acima transcrito.

Todavia, a mencionada presunção de veracidade é relativa, podendo ceder ante a evidência dos autos, consoante o princípio do livre convencimento do julgador.

Portanto, o não-comparecimento da representante da requerida na audiência, bem como a ausência de contestação, conquanto importe em revelia não induz ao acolhimento integral da pretensão do autor, nem mesmo na veracidade de toda alegação da petição inicial. Primeiro, porque o direito discutido nos autos é indisponível, qual seja, a prestação alimentícia para menor, filha do requerente. Também, porque a presunção da revelia não retira do autor o dever de provar o fato constitutivo de seu direito.

Nesse sentido, tenho que não houve demonstração suficiente da alegada modificação na situação econômica do alimentante.

Nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil, a fixação dos alimentos deve observar a proporção da necessidade do alimentando e dos recursos do alimentante.

Concordo com a observação feita pelo ilustre Promotor de Justiça no sentido de que a pensão anteriormente acordada e homologada em sentença apresenta-se de pequena monta, “sendo inclusive insuficiente para o sustento da criança”. Ressalvo, apenas, que o percentual de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo foi aceito pelas partes.

De outro norte, a redução pretendida para o percentual de 30% (trinta por cento) do salário mínimo deveria vir acompanhada de demonstração de alteração da situação financeira do alimentante de forma a inviabilizar a prestação na forma pactuada e homologada.

Bem de se ver que a redução da pensão alimentícia é autorizada no art. 1.699 do Código Civil, desde que sobrevenha “mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe”.

No entanto, in casu, o autor alegou que se encontrava desempregado, fazendo somente serviços esporádicos de garçom. Esclarece-se que a cópia xerográfica da carteira de trabalho do autor mostra apenas um emprego regular que se iniciou em data posterior à sentença homologatória de fixação dos alimentos, terminando em maio/2003. Desta forma, não tem o condão de demonstrar que a situação financeira enfrentada pelo apelante atualmente é mais complicada do que a enfrentada no momento da homologação do acordo referente ao pagamento dos alimentos.

De mais a mais, os documentos demonstrando o pagamento de aluguéis, contas de energia elétrica, de água, gastos com alimentação, e material de limpeza apenas denotam que o autor arca com gastos necessários à sua sobrevivência. Entretanto, tais gastos, de caráter essencial, também existiam quando da fixação da pensão não servindo como parâmetro de mudança de situação financeira.

Sob estas considerações, não se desincumbindo o autor do ônus de provar fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC), impõe-se a manutenção da fixação da pensão alimentícia de sua filha em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo. Ilustrativamente, transcrevo os seguintes julgados, emanados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA MUDANÇA NA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO ALIMENTANTE E DE SUA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - ARTIGO 1.699 DO NOVO CÓDIGO CIVIL - SENTENÇA MANTIDA. 1 - Estabelece o art. 1.699 do Novo Código Civil Brasileiro que se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao Juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. 2 - Os alimentos devem ser fixados de forma equilibrada e, ainda, devem ser fixados em observância ao binômio necessidade/possibilidade, ou seja, de acordo com a necessidade dos alimentandos e possibilidade do alimentante, analisando o conjunto probatório dos autos. 3 - A procedência do pedido da ação revisional de alimentos depende da demonstração inequívoca da alteração do binômio necessidade/possibilidade que conduziu a fixação da pensão alimentícia. 4 - Diante da realidade dos autos e da cautela do douto Juiz de primeiro grau, a manutenção da pensão alimentícia prestada a dois filhos menores, em idade tenra, em 70% (setenta por cento) do salário mínimo, se revela razoável, compatível com o princípio da proporcionalidade e em vista da prova produzida. 5 - Recurso a que se nega provimento”. (Apelação Cível n. 1.0220.05.931854-7/001 - Comarca de Divino - 6ª Câmara Cível do TJMG - Relator: DES. BATISTA FRANCO - Data do Julgamento: 17/01/2006).

“Não demonstrada alteração na fortuna de quem paga ou recebe a pensão alimentícia, revela-se de todo improcedente a ação que visa revisá-los”. (Apelação Cível n. 1.0024.03.187733-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 7ª Câmara Cível do TJMG - Relator: DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Data do Julgamento: 23/08/2005).

“ALIMENTOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ALIMENTANTE. IMPROCEDÊNCIA. Os alimentos somente poderão ser revistos se provada a alteração na fortuna de quem os presta ou de quem os recebe, nos termos do art. 401 do Código Civil, incumbindo a quem pretende a modificação produzir a prova necessária à procedência do pedido. Todavia, nada disso restou provado”. (Apelação Cível n. 1.0245.02.004315-5/001 - Comarca de Santa Luzia - 5ª Câmara Cível do TJMG - Relatora: DESª. MARIA ELZA - Data do Julgamento: 11/11/2004).

À luz do exposto, NEGOU PROVIMENTO AO APELO, confirmando a sentença.

Custas pelo apelante, suspensas em face da gratuidade concedida em primeiro grau.

É como voto.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.04.029588-0/001

EMENTA: AÇÃO DE ALIMENTOS - REVELIA DECRETADA - FIXAÇÃO DO VALOR DA PENSÃO - ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA.

- Ainda que presentes os efeitos da revelia, o julgamento há de levar em conta o conteúdo dos autos, porquanto a ausência de defesa não corresponde, necessariamente, à efetiva garantia de procedência do pedido inicial. - O pedido de pensão alimentícia deve ser analisado à luz do binômio necessidade/possibilidade, previsto no § 1º, do art. 1694, do novo Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.04.155252-0/001 - COMARCA DE DIVINÓPOLIS - APELANTE(S): G.G.S.B. - APELADO(A)(S): G.A.B. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE R.S.A. ASSISTIDO(A) P/ MÃE L.M.S.A. - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. HELOISA COMBAT ACÓRDÃO

(SEGREGO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2007.

DESª. HELOISA COMBAT - Relatora

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A SRª. DESª. HELOISA COMBAT:

VOTO

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por G. G. S. de B., contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões, de f. 80/87, que julgou procedente o pedido formulado na Ação de alimentos ajuizada por G. A. B., representada por sua mãe, L. M. da S. A., para condenar o requerido ao pagamento de pensão alimentícia no valor correspondente a 90% do salário mínimo, mais custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

A r. sentença fundamentou-se no binômio necessidade/possibilidade e nas alegações da autora, no sentido de que o requerido é metalúrgico e aufer, mensalmente, a quantia de R\$ 500,00. Argumentou o ilustre julgador que, diante dos efeitos da revelia, devem ser consideradas como verdadeiras as alegações da autora.

I - QUESTÃO PRELIMINAR: CERCEAMENTO DE DEFESA

Nas razões recursais, o réu/apelante aventou preliminar de cerceamento de defesa, ao argumento de que não foi intimado da sentença; que a Escrivã se equivocou ao certificar que não houve interposição de contestação; que não teve acesso aos autos para apresentação da contestação, uma vez que a audiência de conciliação se realizou no dia

16/03/2005, os autos foram remetidos ao Ministério Público no dia seguinte, só tendo sido devolvidos em 11/04/2005.

Não merece acolhida a preliminar aventada, data venia.

Primeiramente, urge salientar que o único equívoco cometido pela máquina judiciária foi a não intimação do requerido da sentença de f. 25/27, sendo que, como consequência desse equívoco, foi lavrada certidão de trânsito em julgado.

Constatando o erro cometido pelo Cartório do Juízo, a MM. Juíza singular proferiu despacho tornando sem efeito a referida certidão e recebendo o recurso de apelação interposto pelo requerido (f. 53). Com o referido despacho, foi sanada a irregularidade decorrente da ausência de intimação da sentença, não havendo falar em cerceamento de defesa por esse motivo.

Noutro giro, verifica-se dos autos que a audiência de conciliação ocorreu no dia 16/03/2005 (f. 20) e que, a partir dessa data teve início o prazo para apresentar contestação, conforme consta no despacho de f. 08. Os autos, realmente, foram remetidos ao Ministério Público no dia seguinte ao da audiência de conciliação (f. 21,v), tendo sido devolvidos em 11/04/2005 (f. 22,v). Todavia, a certidão de que o réu não havia apresentado contestação só foi lavrada em 27/06/2005, o que leva a crer que o réu teve tempo suficiente para ter vista dos autos, não constando tenha ele tentado ter essa vista no prazo de apresentação da contestação.

Ressalte-se que, caso a vista ao Ministério Público tivesse impedido o réu de portar os autos, por certo que seria reconhecido e erro e aberta nova vista. Todavia, no caso em comento, não constou ter o réu, por seu Procurador, sequer comparecido ao Cartório até a data da lavratura da certidão de f. 23, datada de 27/06/2006, ou seja, mais de um mês após a devolução dos autos pelo Ministério Público.

Assim, não há falar em cerceamento de defesa, estando correta a decisão que reconheceu a revelia.

Portanto, rejeita-se a preliminar.

II - MÉRITO

No mérito, alegou o recorrente que não restou comprovada a alegação da autora no sentido de que o réu trabalha como metalúrgico e aufer, mensalmente, a quantia de R\$ 500,00; que não trabalha com carteira assinada, estando exercendo a função de pedreiro e recebendo, atualmente, quantia inferior a R\$ 300,00.

Aduziu que vem pagando pensão mensal em valor equivalente a 30% do salário mínimo.

Argumentou que os honorários foram arbitrados de forma injusta.

Requeru que seja dado provimento ao recurso, para que a pensão alimentícia seja fixada observando-se o binômio necessidade/possibilidade, bem como para que seja isentado do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Registre-se, de início, que a revelia, por si só, não leva à procedência do pedido.

Com efeito, dispõe o art. 319, do CPC, que “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

No entanto, ainda que presentes os efeitos da revelia, o julgamento há de levar em conta o conteúdo dos autos, porquanto a ausência de defesa não corresponde, necessariamente, à efetiva garantia de procedência do pedido inicial.

A presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial em face da revelia é relativa, devendo ser consideradas outras circunstâncias constantes nos autos, tendo em conta que o Juiz é adstrito ao princípio do livre convencimento motivado.

Nesse passo, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL - RÉ CITADA POR EDITAL - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL - CONTESTAÇÃO - FALTA DE IMPUGNAÇÃO - REVELIA NÃO CONFIGURADA - INTERPETAÇÃO EXTENSIVA DA REGRA INSERTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 302 DO CPC - RECURSO ESPECIAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 5º DA LICC E 85 DO CÓDIGO CIVIL - I - Os recursos de natureza excepcional não prescindem do prequestionamento. Para configurá-lo, é necessário que o tribunal de segunda instância emita juízo de valor acerca da questão federal suscitada. Aplicação, na espécie, das Súmulas nº 282 e nº 356 do STF. II - A revelia tem aplicação factual, pois acarreta a incontróversia dos fatos alegados pelo autor. Isto não representa a automática procedência do pedido, eis que a revelia somente alcança os fatos e não o direito a que se postula. A Lei Processual resguarda os direitos do réu citado por edital impondo-lhe a nomeação de um curador especial. Se o réu não contesta a ação, através do curador que lhe foi nomeado, está ele imune aos efeitos da revelia. Interpretação extensiva do parágrafo único do art. 302 do CPC. III - Recurso especial não conhecido.” (STJ - RESP 252152 - MG - 3ª T. - Rel. Min. Waldemar Zveiter - DJU 16/04/2001 - p. 00107).

Mesmo no caso em comento, em que foram juntados documentos após a prolação da sentença, tenho que estes devem ser considerados para fins de fixação do valor da pensão, uma vez que a busca da verdade real deve prevalecer sobre o formalismo exacerbado.

Noutro giro, ressalte-se que não houve nos autos discussão acerca do dever do réu de pagar alimentos, tendo a controvérsia se restringido ao valor da pensão.

No caso em comento, constato que os alimentos para a apelada foram fixados no importe de 90% do salário mínimo, o que corresponde à quantia de R\$ 270,00 na data em que foi proferida a sentença.

E, conforme documentos juntados aos autos juntamente com a apelação, verifica-se que o apelante não está trabalhando com carteira assinada, tendo sido demitido da empresa Ltda. em 17/12/2004 (f. 48).

Não se pode afirmar que a autora faltou com a verdade na petição inicial ao alegar que o réu trabalhava em uma metalúrgica, uma vez que o ajuizamento da ação foi anterior à demissão, ou seja, quando a ação foi ajuizada, o autor ainda estava trabalhando com carteira assinada.

Todavia, para a fixação do valor da pensão, deve ser considerada a atual situação do réu.

Comprovou o réu que está desempregado, tendo

alegado que trabalha, atualmente, como pedreiro e recebe a quantia de R\$ 300,00 mensais, o que não foi negado pela autora.

Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o valor dos alimentos deve observar o binômio necessidade/possibilidade, na medida em que, no mesmo instante em que se procura atender às necessidades daqueles que os reclama, há que se levar em conta os limites da possibilidade do responsável por sua prestação.

A regra contida no § 1º, do art. 1.694, do Código Civil, é clara e determina que os alimentos devem ser fixados na proporção dos rendimentos do alimentante e das necessidades do alimentando.

Dessa forma, de acordo com a disposição legal já mencionada, na fixação de alimentos, sejam eles provisórios ou definitivos, hão de se observar a necessidade do alimentando e a disponibilidade financeira do alimentante, extraíndo-se daí o binômio exigível para a concessão da pensão alimentícia.

Ensina MARIA HELENA DINIZ. **Código Civil Anotado**, 4 ed., Saraiva, p. 361, que:

“Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico- financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre ‘ad necessitatem’”.

Na espécie, diante das provas dos autos, tenho que os alimentos fixados na sentença, no importe de 90% do salário mínimo, destoam da possibilidade do apelante, frente à ausência de elementos outros que autorizem a conclusão de que o recorrente possua condições de arcar com esse montante. Pelo contrário, o apelante juntou provas suficientes a demonstrar a impossibilidade de prestar pensão dessa monta.

Lado outro, a mãe da menor é obrigada a sustentar a filha, também, na medida das suas possibilidades. Entendo, pois, que a fixação de pensão não pode superar as forças financeiras do devedor a ponto de impor-lhe sacrifício excessivo, devendo haver, por isso, uma proporcional distribuição dos encargos na medida da disponibilidade do alimentante, também não se pode impor aos filhos que vivam à míngua de qualquer assistência material de quem os trouxe à vida.

Ademais, a fixação de pensão alimentícia em valor superior aos rendimentos do réu impedirá o cumprimento da decisão condenatória, o que terminará por prejudicar a própria autora.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal: “AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - PROVA DA ALTERAÇÃO NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ALIMENTANTE - REDUÇÃO DO “QUANTUM” DA VERBA ALIMENTÍCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BASE DE CÁLCULO - PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. Os alimentos devem ser fixados levando-se em consideração o dueto “capacidade do alimentante - necessidade do alimentado”, inclusive para que a obrigação venha a se tornar exequível, pela existência de capacidade econômica do sujeito passivo de poder prestar os alimentos sem lhe fal-

tar mínimo necessário à sua própria sobrevivência. Inexiste julgamento “ultra petita” na fixação dos alimentos acima dos limites do pedido inicial, porquanto o Juiz fixará a verba segundo seu convencimento, pois o critério é a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante. A base de cálculo dos honorários advocatícios é o somatório de 12 (doze) prestações de alimentos.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.712618-4/001. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator Des. Silas Vieira. j. 11 de agosto de 2005.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS PROVISIONAIS - FIXAÇÃO - VALOR INCOMPATÍVEL COM A CAPACIDADE DE ALIMENTAR - DECOTE. O valor dos alimentos, mesmo considerada a provisoriedade, deve observar o binômio necessidade/possibilidade, na medida em que, no mesmo instante em que se procura atender às necessidades daquele que os reclama, há que se levar em conta os limites da possibilidade do responsável por sua prestação. Comprovada pelo alimentante a impossibilidade de pagamento do “quantum” fixado provisoriamente pelo juiz do feito, o valor deve ser reduzido a patamar condizente com sua capacidade. Diante da realidade dos autos deve o valor fixado ser reduzido para 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, montante razoável, compatível com o princípio da proporcionalidade e em vista da prova produzida.” Agravo de Instrumento n.º 1.0040.04.026831-6/001. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator Des. Gouvêa Rios. j. 14 de junho de 2005.

Assim, atenta, pois, ao princípio da proporcionalidade contido no art. 400 do CCB, tenho que a melhor solução para a questão é o acolhimento do pedido do réu-recorrente, para fixar a verba alimentar em 30% do salário mínimo, enquanto estiver desempregado.

No que tange ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, argumentou o apelante que não efetuou o preparo recursal, uma vez que não lhe foi dada oportunidade de apresentar sua defesa, conforme se verifica da certidão de f. 34. Data venia, o fato de o autor não ter efetuado o preparo recursal não guarda qualquer relação com a ausência de intimação para sentença. O réu não requereu os benefícios da justiça gratuita antes da prolação da sentença pelo simples fato de não ter apresentado contestação, o que não se deu por culpa do Cartório, como já ressaltado.

Assim, não tendo o pedido sido feito antes da prolação da sentença, e diante da alegação do réu, na apelação, de que é pobre no sentido legal, só é possível a concessão dos benefícios da justiça gratuita para fins recursais, não havendo como isentá-lo do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Portanto, deve ser mantida a r. sentença quanto a esse capítulo.

Por todo o exposto, REJEITO a preliminar aventada e DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para reformar a r. sentença, e determinar a redução do valor da pensão alimentícia para 30% do salário mínimo.

Em razão da reforma da r. sentença, fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor de uma anualidade dos alimentos arbitrados.

As custas recursais deverão ser rateadas igualmente entre as partes, observada a gratuidade de justiça em favor da autora e a concessão do benefício também ao réu, porém, apenas para fins recursais. Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALVIM SOARES e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

SÚMULA : REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.04.155252-0/001

2 - ATUAÇÃO EM DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE

Promotora de Justiça Sandra Maria Silva Rassi

2.1 - A FILIAÇÃO¹⁸ COMO ELEMENTO INTEGRANTE DA DIGNIDADE HUMANA

O direito ao conhecimento da ascendência genética não se encontra expresso dentre os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas integra a própria identidade pessoal do indivíduo e, por isso, é um dos traços da dignidade humana.

A atual Carta Magna trouxe um novo conceito jurídico de família, encampando princípios que já eram adotados pela evolução social, pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse contexto, outorga uma especial proteção à família, enfatizando os direitos fundamentais da criança e do adolescente¹⁹ que, na verdade, são os mesmos de todo e qualquer ser humano (art. 5º), o que demonstra a preocupação do constituinte em proteger a criança e a entidade familiar.

O § 7º do art. 226 da Constituição da República adota a liberdade para o planejamento familiar, mas impõe o respeito a dois princípios essenciais: a *dignidade humana* e a *paternidade responsável*. O direito à *dignidade da pessoa humana* está garantido no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, inserido dentre os fundamentos norteadores da República Federativa do Brasil e, desse modo, a dignidade é colocada como o centro, o vértice normativo e

¹⁸ Sílvio Rodrigues conceitua a filiação como “a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram”. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6. p. 291.

¹⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

axiológico de todo o sistema jurídico, tendo o constituinte reconhecido que o homem constitui a finalidade precípua e não apenas o meio da atividade estatal. A dignidade da pessoa humana, hoje garantida em praticamente todas as constituições como o sustentáculo do Estado democrático de direito, abrange várias categorias de direito, dentre as quais, o *direito ao nome e ao estado de filiação determinado*. Ana Paula de Barcellos lembra que “o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício”²⁰. E é exatamente sob esse prisma que deve ser considerado o direito à filiação determinada, uma vez que, como defende Cláudia Bellotti Moura e Vitor Hugo Oltramari, uma vida digna se inicia “por evidente, pela inserção (do indivíduo) no ambiente familiar”²¹. E Roberto de Ruggiero chega a afirmar que, em um sentido mais restrito, pode-se dizer que “ao filho de pais incógnitos falta um estado de família”²².

Quanto à *paternidade responsável*, ela foi adotada como um princípio norteador e vincula-se ao *método interpretativo the best interest of the child*, como lembra Guilherme Calmon Nogueira da Gama²³. Portanto, todo cidadão brasileiro tem o direito, constitucional, de ter um pai e uma mãe que por ele seja responsável, já que o termo paternidade é empregado em sentido amplo, abrangendo também a maternidade. Assim, se todos têm o direito de ter um(a) pai/mãe responsável, então, aqueles cuja paternidade (ou maternidade) não foi reconhecida espontaneamente, têm o direito de investigar sua ascendência genética.

O direito a uma paternidade/maternidade determinada advém da própria natureza humana e possui um caráter inviolável e universal, por integrar a identidade do indivíduo. É inquestionável que o conhecimento da ascendência verdadeira é um aspecto extremamente relevante da personalidade individual e integra a própria dignidade da pessoa, que tem direito à sua identidade pessoal e ao nome familiar. Adriano de Cupis salienta que “a identidade constitui um bem por si mesma, independentemente do grau da posição social, da virtude ou dos defeitos do sujeito. A todo o sujeito deve

reconhecer-se o interesse a que sua individualidade seja preservada”²⁴.

Ademais, os arts. 7º e 8º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº 44/25 da Assembléia Geral das Nações Unidas, que foi ratificada no Brasil em 24 de setembro de 1990, garantem à criança o direito a um nome e a preservação de sua identidade, impondo ao Estado o dever de assegurá-los à criança que estiver privada dos elementos constitutivos de sua identidade²⁵. Portanto, sendo a paternidade/maternidade verdadeira um atributo da dignidade humana, o direito à identidade pessoal é um direito fundamental constitucionalmente garantido. O bem jurídico aqui tutelado é a descoberta da origem biológica do indivíduo, considerada um atributo inerente à personalidade humana; o direito ao nome de família, que aponta a sua ascendência genética (historicidade pessoal); e o próprio estado de filiação, que implica, inclusive, a concessão de determinados direitos de cunho patrimonial. Esse direito é reconhecido expressamente na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 26, nº 01) e tem obtido uma especial atenção da doutrina e da jurisprudência alemãs, que usam a expressão: *Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung*²⁶.

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) dispõe que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (art. 27). Por sua vez, a Lei nº 8.560/92 regulamentou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e revogou o art. 337 do Código Civil de 1916, que trazia o conceito de *filhos legítimos*, sendo reiterada pelo Código Civil de 2002, o qual repetiu *ipsis litteris* os termos do art. 227, § 6º, da Lei Maior, que já havia equiparado todos os filhos (art. 1.596), e também tornou imprescritível a contestação da paternidade (art. 1.601).

²⁴ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 185.

²⁵ Art. 7º - 1. A criança é registrada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles.

Art. 8º - 1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal.

2. No caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e proteção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível. Disponível em: <www6.senado.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2005.

²⁶ Direito da criança de conhecer a própria ascendência biológica (tradução nossa).

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 146.

²¹ MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. In **Revista Brasileira de Direito de Família**. Ano VI, n. 27, dez/jan 2005, p. 83.

²² RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999. p. 487.

²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional**. In **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 522.

2.2 - ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA EM DECLARATÓRIAS DE PATERNIDADE/MATERNIDADE

O advento da Lei nº 8.560/92 deixa claro o objetivo do legislador de evitar paternidades ocultas ao instituir a *averiguação oficiosa*, por meio da qual se faz uma espécie de investigação sumária em juízo, independentemente da iniciativa da genitora. Ademais, aludida norma trouxe uma inovação: atribuiu ao Ministério Público legitimidade extraordinária para propor a ação de investigação de paternidade, quando frustrada a tentativa de acordo (art. 2º, § 4º).

Algumas estatísticas indicam que de 25% a 30% das crianças nascidas no Brasil não têm o pai declarado em seu registro. Esse índice é alarmante e causa um sério problema de ordem emocional, social e econômica, dando uma dimensão exata da importância do papel do Ministério Público, como defensor dos direitos individuais indisponíveis.

2.2.1 - PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES DO JUÍZO

Feito o registro de nascimento sem a indicação do nome do pai (ou da mãe), o oficial enviará ao juiz competente certidão integral do registro, acompanhada do nome, prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai informado (art. 2º da Lei nº 8.560/92). O juiz, então, promoverá a averiguação oficiosa, ouvindo, se possível, a mãe, e, em todos os casos, mandará notificar o suposto pai, para que se manifeste, no prazo de trinta dias, sobre a paternidade que lhe é atribuída. Quando não há a declaração do nome do suposto pai para o Oficial do Registro, o juiz deverá chamar a mãe, na tentativa de obter tal informação. Caso o suposto pai confirme expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao Oficial do Registro, para a devida averbação (§ 3º, art. 2º), sem qualquer custo (Leis nº 9.534/97, nº 9.265/96, nº 765/49 e nº 9.465/97).

Todavia, se o suposto pai negar a paternidade que lhe é imputada, ou se mantiver inerte no prazo acima indicado, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público (§ 4º, art. 2º). Embora a lei determine que se remeta ao *Parquet* o expediente enviado pelo Cartório ao Juízo, na prática, são enviadas apenas as cópias para evitar que o expediente judicial fique em aberto na Promotoria de Justiça e que ocorram eventuais conflitos de competência ou atribuição, nas Comarcas onde haja separação de Varas e/ou Promotorias de Registro Público e de Família.

2.2.2 - PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

Recebido tal expediente, deve-se abrir um procedimento administrativo e notificar a declarante do registro (genitora da criança), visando à obtenção de maiores informações. Posteriormente, notifica-se o

suposto pai para tentar promover o acordo entre os envolvidos, inclusive apresentando-o à criança, quando conveniente. Deve-se, *sempre*, buscar a composição entre as partes, pois isso evita o atrito e os embates judiciais, geralmente dolorosos; facilita o desenvolvimento da afetividade entre pais e filhos; além de coadunar com a tendência do Ministério Público resolutivo, alcançando, assim, maior efetividade na resolução dos conflitos. O reconhecimento espontâneo da paternidade pode ser feito por escritura pública, escrito particular, testamento, ou qualquer outra forma que manifeste expressamente a vontade do pai.

Vale salientar, por oportuno, que a atuação do Promotor de Justiça na defesa do direito à filiação não se restringe ao expediente da Lei nº 8.560/92, já que muitos casos são enviados por diretores de estabelecimentos escolares, Conselho Tutelar, Juízo do Especial, diretores de presídios, etc., e os erros e omissões não se limitam à indicação do pai, mas também abrangem a mãe. *Em todas as hipóteses, adota-se a mesma forma procedimental*, sendo que, no caso de dúvida da maternidade, é recomendável, sempre que possível, requisitar informações do hospital onde nasceu a criança e promover a coleta de prova testemunhal, mesmo que não haja resistência. Quando não se obtiver o reconhecimento imediato, pode-se propor aos envolvidos, ainda administrativamente, a realização da prova pericial do Exame de DNA, que tem grande credibilidade entre os cidadãos e, atualmente, é realizada por preços bastante acessíveis.

Todavia, deve-se atentar para que essa prova pericial seja realizada com a observância dos requisitos pertinentes, pois a precisão de seus resultados depende dos cuidados recomendados na coleta do material, da quantidade de alelos analisados, assim como da capacidade técnica dos peritos e dos laboratórios.

Em razão da importância e da influência do Exame de DNA para a resolução das ações de filiação, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais coordena um Grupo de Estudos, composto por várias entidades públicas e privadas, o qual elaborou uma proposta de regulamentação, jurídica e técnica, do Exame de DNA, visando garantir não só a segurança jurídica das partes envolvidas, mas também que sejam atendidos os rigores técnicos da perícia, com a regulação dos procedimentos de identificação das partes, coleta das amostras, técnicas admitidas, requisitos do laudo, dentre outros. Esse estudo foi apresentado à Deputada Federal Jô Moraes, que apresentou o Projeto de Lei nº 1.497/07, no dia 4 de julho de 2007, estando ainda em trâmite no Congresso Nacional. No intuito de facilitar a atuação do órgão de execução e garantir a preservação do direito fundamental à filiação, a Procuradoria-Geral de Justiça promoveu, de forma inovadora, o

credenciamento de laboratórios, através do Edital nº 01/2007, para que os exames possam ser solicitados pelos seus membros a laboratórios que atendam aos requisitos devidos, pelo menor preço, mesmo que ainda custeado pelas partes, inclusive com coleta de material genético na própria Promotoria de Justiça.

Obtendo-se o reconhecimento da paternidade ou maternidade, com ou sem a prova pericial, lavra-se o termo de reconhecimento (modelo anexo) e comunica-se ao Juízo da Vara de Registros Públicos, onde houver vara privativa, para que seja expedido o mandado de registro, também sem qualquer custo, na forma das leis acima indicadas.

O art. 7º da Lei nº 8.560/92 determina que se busque a fixação dos alimentos provisionais ou definitivos, quando o reconhecimento deles necessitar. O Promotor de Justiça pode tentar acordar, desde já, tanto os alimentos quanto a regulamentação de visitas, mas deve, nesse caso, requerer a homologação judicial do acordo, para possibilitar a eventual execução dos alimentos pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil. Quando o pai é falecido, existem casos em que se consegue o reconhecimento dos seus herdeiros (filhos, pais, cônjuges ou irmãos), e o acordo celebrado tem obtido homologação judicial:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - MORTE DO INDIGITADO PAI BIOLÓGICO - Acordo de reconhecimento formalizado com todos os herdeiros do falecido e cônjuge supérstite. Não homologação pelo juízo, ao fundamento de ser direito personalíssimo. Determinação de prosseguimento com a realização de exame hematológico. Recurso provido. O direito personalíssimo é apenas do investigando. Pessoas maiores e capazes. Acordo homologado (TJSP - AI 198.094-4/3-00 - 10ª CDPriv. - Rel. Des. Roberto Stucchi - DJSP 24/09/2001 - p. 21).

2.2.3 - ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO

Seja no caso de reconhecimento da paternidade, seja por falta de elementos suficientes para a interposição da ação investigativa, ou ainda por ter a parte interessada constituído procurador ou estar assistida por outra entidade, o procedimento deve ser devolvido ao juízo, quando utilizar o original, com dispensa de sua remessa ao Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do Enunciado nº 03.²⁷ Em caso de instauração do procedimen-

²⁷ Enunciado nº 03: O arquivamento do procedimento de averiguação oficiosa de paternidade, instituído pela Lei nº 8.560/92, não está sujeito à revisão pelo Conselho Superior do Ministério Público. Sendo o referido expediente, na forma da Lei, originário do juízo, ainda que complementado pelo Promotor de Justiça, deve ser restituído ao órgão de origem no caso de não ser intentada a investigação de paternidade pelo Parquet (Aprovado na 2ª Sessão Ordinária, realizada em 29/02/96, publicado no Diário Oficial: 23/03/96 e republicado e republicado no Diário

to com cópias do expediente judicial, ele deve ser arquivado na Promotoria de Justiça, também sem remessa ao Conselho Superior, por interpretação extensiva dos próprios termos do Enunciado nº 03.

2.2.4 - ATUAÇÃO JUDICIAL

2.2.4.1 - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Não se obtendo o acordo, mas existindo as provas necessárias, o Promotor de Justiça pode interpor a Ação de Investigação de Paternidade, como substituto processual (art. 2º, § 4º). A legitimidade extraordinária conferida ao Ministério Público para interpor ações de investigação de paternidade foi inicialmente contestada, mas agora tanto a doutrina como a jurisprudência a reconhece, seja nos casos anteriores ou posteriores à edição da Lei nº 8.560/92, sendo a parte menor ou maior, hipossuficiente ou não. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, inclusive, uniformizou seu entendimento através da UF nº 56.381/7, cujo inteiro teor encontra-se no banco de dados do site do Ministério Público. Do mesmo modo, tal entendimento também está há muito pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

Investigação de paternidade. Ação proposta pelo Ministério Público (Lei nº 8.560/92). Legitimidade, que não se limita à hipótese do registro posterior à lei. Precedentes do STJ: Resp's 78.621 e 122.103. Recurso especial conhecido e provido (STJ - REsp 92040/MG - 1996/0020408-0 - 3ª Turma. Rel. Ministro Nilson Naves, j. 27/10/1998. DJ 08.02.1999, p. 276).

Todavia, a legitimidade ministerial é concorrente (§ 5º do art. 2º da Lei nº 8.560/92), nada impedindo que seja fornecida cópia do expediente ao interessado, quando desejar constituir procurador, ou, nos casos de hipossuficiência, procurar a Defensoria Pública ou outro serviço de assistência judiciária, onde houver, para que intente a ação de investigação de paternidade.

2.2.4.2 - CONSIDERAÇÕES NA ATUAÇÃO JUDICIAL

Para a propositura da ação de investigação de paternidade, o Promotor de Justiça deve angariar os elementos fáticos e probatórios suficientes, instruindo a inicial com a indicação de testemunhas, previamente ouvidas no procedimento administrativo, e, sempre que possível, documentos que comprovem o envolvimento do casal, como bilhetes, fotos, etc.

Deve-se atentar para evitar ações temerárias, cujo feito mal instruído possa gerar coisa julgada material em desfavor do substituído, embora hoje se discuta a incidência da coisa julgada nas ações de Estado, mormente quando não se realizou o Exame de DNA.

Oficial, em 4/09/2001).

Autores como Humberto Theodoro Júnior²⁸, Adalgisa Wiedemann Chaves²⁹, Luiz Roberto de Assumpção³⁰, Rolf Madaleno³¹ e Maria Christina de Almeida³² admitem a possibilidade de propositura de uma nova ação, para investigar o vínculo biológico, quando a primeira decisão foi proferida sem a prova do exame de DNA. Por outro lado, Nelson Nery Junior entende que a coisa julgada é um elemento do Estado democrático de direito e, portanto, não pode ser relativizada³³. Já Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina discordam da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, mas entendem que o exame de DNA, realizado após o trânsito em julgado da decisão, pode ser considerado como documento novo justificável de uma ação rescisória³⁴.

O posicionamento jurisprudencial também não é unânime. Assim, é recomendável uma análise criteriosa das provas disponíveis, para não colocar em risco o direito fundamental ao conhecimento da ascendência genética do investigante. A ação investigatória deve ser intentada contra o pai/mãe (quando vivos) ou contra seus herdeiros, nunca contra o espólio. Mas a ação pode ser contestada por qualquer pessoa que tenha justo interesse (art. 1.615 do Código Civil de 2002), aí se incluindo a esposa do investigante, os filhos ou sucessores deste e ainda, segundo alguns, por qualquer entidade responsável pelo pensionamento aos herdeiros do suposto pai.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prova**: princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). Revista de Direito Privado. ano 5, n. 17. São Paulo. 2004. p. 9-27.

²⁹ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. Efeitos da coisa julgada: as demandas para o reconhecimento da filiação e o avanço da técnica pericial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 11-28.

³⁰ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 135-147.

³¹ MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³² ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 160-176.

³³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**: com as novas Súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 37-59.

³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 171-201.

A ação de investigação de paternidade/maternidade processa-se pelo rito ordinário, com ampla produção de provas, admitindo-se todas as provas judiciais. Mas, sem dúvida, atualmente, a prova pericial do exame de DNA é a mais utilizada, devendo-se, entretanto, atentar para a observância dos critérios jurídicos e técnicos pertinentes, como já salientado. Quando o substituído for pobre no sentido legal, pode-se pleitear a realização gratuita do exame de DNA, sendo que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais arca com 100 (cem) exames mensais e a Secretaria Estadual de Saúde disponibiliza duzentos exames mensais (Lei Estadual nº 12.460/97 e Decreto nº 41.420/00). De todo modo, alguns juízes têm feito convênio com laboratórios, públicos ou privados, para garantir a realização do exame de DNA por preços mais acessíveis, garantindo, assim, o acesso do indivíduo a essa prova pericial e, conseqüentemente, à comprovação do direito alegado.

2.2.4.3 - SENTENÇA

Finda a instrução, é prolatada a decisão, que estabelece ou não o liame de parentesco entre o investigante e o(a) investigado(a). Em caso de improcedência, deve-se atentar para a conveniência da interposição de recurso e observar para que o Ministério Público não seja condenado à sucumbência (honorários advocatícios e custas). A sentença procedente confere o status familiar ao filho, o que constará do Registro Civil, com o acréscimo do sobrenome familiar, a inclusão dos nomes paternos e maternos, assim como dos avós.

Outra conseqüência é o direito à prestação alimentícia, uma vez que o art. 7º da Lei nº 8.560/92 já determina a fixação dos alimentos provisionais ou definitivos, quando o reconhecido deles necessitar. Sendo o reconhecido menor, sujeita-se também ao poder familiar do pai. A procedência da ação gera uma outra importante conseqüência, que é a equiparação para efeitos sucessórios, passando o reconhecido a concorrer com igualdade à herança do genitor.

Existe uma discussão doutrinária quanto à natureza jurídica das ações de filiação, especialmente a ação de investigação de paternidade. Autores como Maria Helena Diniz³⁵ defendem a idéia de que, quando se busca somente a declaração do estado familiar, as ações de filiação são meramente declaratórias, podendo ser constitutiva/condenatória quando se requer a declaração do vínculo de parentesco e os conseqüentes pedidos de alimentos, herança ou danos morais. Já Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que a ação declaratória tem por objeto somente a determinação da existên-

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 11. 5. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 321.

cia, inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica³⁶.

Considerando que o reconhecimento judicial da filiação não cria a paternidade, mas apenas declara um fato já existente, do qual advêm as consequências jurídicas, entende-se que as ações que visam somente ao reconhecimento do vínculo biológico são meramente declaratórias.

2.3 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ASSUMPTÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. Efeitos da coisa julgada: as demandas para o reconhecimento da filiação e o avanço da técnica pericial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 287-309.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.

MIRANDA, José Francisco Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. III.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano VI, n. 27, p.72-95, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

RASKIN, Salmo. Análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 311-330.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406 de 10/01/2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova: princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 5, n.17, p. 10-12, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 464.

2.4 - MODELOS DE PEÇAS JURÍDICAS

NOTIFICAÇÃO

O Promotor de Justiça da Comarca de _____, Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, notadamente as que lhe são conferidas pelo art. 129, inciso VI, da Constituição Federal e art. 26, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 8.625/93, NOTIFICA _____ a comparecer à Central de Investigação de Paternidade da Promotoria de Justiça da Comarca de _____, instalada no Edifício do Fórum _____, sito na Rua _____, nº _____, nesta cidade, no dia data e hora, a fim de prestar depoimento no procedimento administrativo nº ____/____, instaurado para averiguação da paternidade do menor _____, filho de _____.

O não-comparecimento injustificado importará em condução coercitiva pela Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, nos termos da lei.

Local e data.

Promotor de Justiça da Comarca de _____/MG

TERMO DE RECONHECIMENTO PATERNO COM ANUÊNCIA MATERNA

Aos _____ dias do mês de _____ do ano _____, na Central de Investigação de Paternidade da Promotoria de Justiça da Comarca de _____, instalada no Edifício do Fórum _____, sito na Rua _____, nº _____, nesta cidade, na presença do Promotor de Justiça, compareceu _____, brasileiro, solteiro, lavrador, com _____ anos, portador do RG nº _____, filho de _____ e _____, natural de _____/MG, residente na _____, nesta cidade, o qual declarou, para os fins e nos termos da Lei nº 8.560/92, ser pai de _____, nascido aos _____, cujo assento de nascimento foi registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da cidade de _____, sob o nº _____, do Livro _____, às folhas _____, filho de _____ residente na _____, nesta cidade, e desejar que o filho adote o apelido da família paterna, passando a se chamar _____.

Local e data.

(Pai declarante)

Na oportunidade, a mãe da criança, _____, declara estar de acordo com o reconhecimento acima manifestado e com a mudança de nome do menor, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.560/92.

(Mãe do menor)

PETIÇÃO PARA O REGISTRO DO RECONHECIMENTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE _____/MG.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, nos termos da Lei nº 8.560/92, vem à presença de Vossa Excelência expor e requerer o seguinte:

Nesta data, conforme termo anexo (ou escritura pública), compareceu a esta Promotoria de Justiça, o _____, para reconhecer a paternidade de _____.

Além do presente reconhecimento, demonstrou o pai o interesse de o(a) filho(a) ora reconhecido(a) receber o apelido da família paterna.

Tendo o reconhecimento sido feito nos termos previstos na Lei nº 8.560/92, o Ministério Público requer que seja devidamente homologado e expedido o respectivo

mandado de averbação, com a alteração do nome do(a) filho(a) para _____.

Pede e espera deferimento.

Local e data.

Promotor de Justiça da Comarca de ____/MG

PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA ____ VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE _____, ESTADO DE MINAS GERAIS.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Promotor de Justiça infra-assinado, no exercício de suas atribuições legais, na condição de substituto processual da criança _____, brasileira, menor impúbere, nascida em 00/00/0000, filha de _____, brasileira, solteira, comerciante, portadora da cédula de identidade de nº _____, residente e domiciliada na Rua _____, nesta cidade e Comarca, com fundamento nos arts. 2º, § 4º, e 7º, da Lei nº 8.560/92 combinado com o art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil e art. 74, IV, da Lei Complementar Estadual nº 34/94, vem à presença de Vossa Excelência propor a presente AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS em desfavor de _____, brasileiro, solteiro, lavrador, residente e domiciliado na Rua _____, nesta cidade e Comarca, pelas razões de fato e direito a seguir expostas:

Da legitimidade do Ministério Público

A Constituição Federal, em seu art. 127, atribuiu ao Ministério Público a defesa dos direitos individuais indisponíveis, como também, em seu art. 226, *caput*, ficou preceituado que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Em harmonia com os preceitos constitucionais, sobreveio a Lei nº 8069/90, a qual, em seu art. 201, III e VIII, estabeleceu que compete ao Ministério Público, respectivamente, “promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bom como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude” e “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”.

Por último, a Lei nº 8560/92, em seu art. 2º, § 4º, atribuiu *legitimidade ad causam* ao Ministério Público para a propositura da ação de investigação de paternidade, quando dispôs que: “Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”.

Nessa esteira de entendimento, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça estampada nas seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA INTENTAR A DEMANDA. PRECEDENTES.

I. O Ministério Público é legitimado para propor ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.560/92.

II. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (Resp. 120577/MG – Rel. Min. Aldir Pasarinbo Júnior – DD – 7/12/2000 – DJ – 19/02/2001 – página 174).

O Ministério Público detém legitimidade para propor ação de investigação de paternidade, nos termos da Lei nº 8.560, de 29.12.1992, ainda que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente à edição do referido diploma legal. Precedentes do STJ – Recurso conhecido e provido. (STJ – Ac. 199700808815 – RESP 154626 – MG – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro – DJU 13.12.1999 – p. 00151).

Inegável, portanto, que o Ministério Público está legitimado a promover ação de investigação de paternidade na defesa do direito constitucional à filiação, que é um direito individual e indisponível, como também cumulá-la com o pedido de alimentos, provisionais e definitivos.

Dos fatos.

Consta do incluso procedimento administrativo que tramitou perante a Central de Investigação de Paternidade desta Comarca de _____ que a genitora da menor conheceu o requerido em outubro do ano de 1999, no trabalho dele, que é de mototaxista.

Importa enfatizar que o casal iniciou um namoro a partir de novembro de 1999, que perdurou até 1º de março de 2002 e, além disso, passou a morar junto em outubro de 2000 até o término do relacionamento.

Inferre-se, outrossim, que o requerido e a genitora, no período do envolvimento, praticaram relações sexuais sem a utilização de qualquer método contraceptivo, o que culminou na concepção da menor no final de janeiro de 2002, cujo nascimento ocorreu em 01/10/2002.

Registre-se que, no decorrer do relacionamento, a genitora sempre foi fiel ao requerido. Saliente-se, por derradeiro, que a menor se parece fisicamente com o réu.

Com a declaração da paternidade, ora requerida, surge o direito à assistência material, que autoriza a menor a exigir do réu os alimentos de que necessita para a sua subsistência, inicialmente, dos alimentos provisionais, desde que haja sentença favorável de primeira instância, mesmo havendo interposição de recurso, para, posteriormente, eles serem transformados em alimentos definitivos, correspondendo a 30% (trinta) dos vencimentos líquidos do requerido, que tem condições de fornecê-los nesta quantia.

Do direito.

O art. 1606, “*caput*”, do Código Civil dispõe que:

Art. 1606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Quanto aos alimentos, prevê o art. 1694, do Código Civil que: “*Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação*” e, segundo o § 1º deste art., “*Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*”.

A Lei nº 889/49, em seu art. 5º, estabelece que: “*Na hipótese da ação investigatória da paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta interposto recurso*”.

E, com a Lei nº 8.560/92, em seu art. 7º, mais uma vez ficou estabelecido que: “*Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite*”.

Com fundamento nos dispositivos legais acima transcritos, dúvidas não existem de que, uma vez reconhecida a paternidade, em sentença de primeiro grau, surge o direito à percepção dos alimentos provisionais, a partir da data da sentença, mesmo que tenha sido interposto recurso.

In casu, a menor necessita dos alimentos provisionais e definitivos, e sendo-lhe favorável a sentença de primeira instância e havendo recurso, deve-se aplicar a exceção de suspensividade dele, prevista no art. 520, II, do CPC, o qual preceitua que: “*A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: II – condenar à prestação de alimentos*”.

E com o trânsito em julgado da sentença que julgar procedente a ação investigatória da paternidade, os alimentos definitivos devem retroagir à data da citação aplicando-se, analogicamente, o disposto no art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos quando diz que: “*Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação*”. É nessa trilha o entendimento do STJ estampado na seguinte ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – MINISTÉRIO PÚBLICO – RECURSO – LEGITIMIDADE – ALIMENTOS – DATA INICIAL – O Ministério Público tem legitimidade para recorrer da sentença que fixa alimentos. Os alimentos concedidos na sentença de procedência de ação de investigação de paternidade são devidos a partir da citação inicial. Orientação adotada pela 2ª Seção no julgamento do REsp nº 152.895/PR. Ressalva do relator. Recurso conhecido, pela divergência, e provido. (STJ – Ac. 199900718429 – RESP 226686 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 10.04.2000 – p. 00095).

Assim deve ser em obediência ao previsto no art. 227, § 6º, da CF/88, quando assegura que: “*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

De outra parte, o filho que obtém o reconhecimento da sua paternidade, em ação investigatória, tem os mesmos direitos do filho que foi reconhecido voluntariamente.

Do pedido.

Ante o exposto, requer a Vossa Excelência:

- a) a citação do investigado para responder aos termos da presente ação, caso queira;
- b) julgar procedente os pedidos para declarar que a menor ____ é filha do requerido _____, condenando-o a pagar-lhe, como alimentos provisionais mensalmente, a importância correspondente a 30% (trinta por cento) dos seus vencimentos líquidos, a partir da data da sentença favorável de primeira instância, mesmo havendo interposição de recurso, e, no final, convertidos em definitivos, no mesmo *quantum* e a serem pagos mensalmente e retroagidos à data da citação, como autoriza os arts. 5º da Lei nº 883/49, 7º da Lei nº 8.560/92 e 520, inciso II, do CPC c/c os arts. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68 e 227, § 6º, da CF/88;
- c) determinar a averbação da declaração de paternidade no termo de nascimento nº ____, fls. ____ e livro ____, do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de ____ /MG, com o acréscimo do patronímico paterno, passando a se chamar _____, constando, ainda, do assento os nomes dos avós paternos;
- d) condenar o investigado ao pagamento das custas processuais e honorários a serem recolhidos aos cofres públicos, arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Das provas

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive depoimento pessoal do requerido, sob pena de confesso, e exame hematológico, com o fornecimento do material por parte do réu, da menor e de sua mãe pelo sistema DNA, bem como oitiva das testemunhas, arroladas oportunamente.

Valor da causa

Não obstante inestimável, atribui-se à causa o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Nestes Termos,
Registrada e Autuada, com os autos em apenso,
Pede deferimento.
Local e data.

Promotor de Justiça da Comarca de ____ /MG

Rol de testemunhas:

3 – ATUAÇÃO NO JUÍZO DA SUCESSÃO E AUSÊNCIA

Promotora de Justiça Denise Pinheiro Armond de Oliveira
Promotora de Justiça Hebe Regina de Guerra e Leite³⁷

3.1 – SUCESSÃO LEGÍTIMA

3.1.1 – HIPÓTESE DE INTERVENÇÃO

Intervir em inventários ou arrolamentos quando ocorrerem às hipóteses do art. 82 do Código de Processo Civil.

3.1.2 – EXAME DO RITO

Quando o rito proposto for o do art. 1.036 do Código de Processo Civil, ou ainda o procedimento previsto na Lei nº 6.858/80, regulamentada pelo Decreto nº 85.845/81, examinar a viabilidade, requerendo adaptação ao rito do inventário se vedadas as outras modalidades.

3.1.3 – INVENTÁRIO COM RITO SOLENE

Exigir instrução com:

- a) certidão de óbito;
- b) certidão de nascimento ou casamento dos herdeiros;
- c) certidão de óbito dos herdeiros pré-mortos em casos de direito de representação;
- d) certidão de casamento do finado, se for o caso, separado ou divorciado, sendo que, nas duas últimas hipóteses, deve constar a averbação da sentença que decretou a dissolução da sociedade conjugal;
- e) cópia ou certidão da sentença de separação ou divórcio transitada em julgado, caso inexistir a averbação citada na alínea anterior;
- f) certidão de casamento no original, tratando-se de falecido que casou no exterior, legalizada pelo cônsul brasileiro no país de origem e vertida para o português por tradutor juramentado, sem embargo do registro a que se refere o art. 129, § 6º, da Lei nº 6.015/73 (art. 157, CPC);
- g) comprovação da partilha de bens sempre que constatada dissolução de sociedade conjugal ou união estável;
- h) sentença declaratória de existência de união estável do finado, a ser obtida através de ação própria;
- i) prova dos débitos objeto da declaração;
- j) balanço do estabelecimento ou apuração de haveres se o falecido era comerciante individual ou sócio de sociedade comercial que não a anônima (art. 993, parágrafo único, incisos I e II, do CPC).

No curso do feito, requerer:

- a) nomeação de inventariante;
- b) apresentação das primeiras declarações, nos termos do art. 993 do CPC;

- c) citação dos interessados (art. 999 do CPC);
- d) últimas declarações;
- e) juntada das certidões negativas de débitos fiscais perante a União, os Estado(s) e os Município(s);
- f) comprovação documental da quitação do ITCD *causa mortis*, através de impresso homologatório dos cálculos expedido pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais;
- g) apresentação do plano de partilha, na forma do art. 1.025 do CPC.

3.1.4 – NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL

Observar a necessidade de nomeação de curador especial (art. 1.042, incisos I e II, do Código de Processo Civil).

3.1.5 – AVALIAÇÃO JUDICIAL

Exigir avaliação judicial em caso de pedido de alvará para alienação de bens inventariados ou quando o plano de partilha não contemplar todos os interessados com quotas ideais proporcionais sobre todos os bens do espólio. As avaliações devem sempre ser judiciais, ante a existência de herdeiros menores, ausentes ou declarados ausentes.

3.1.6 – REQUERIMENTOS DE ALVARÁS

Opor-se à utilização indiscriminada de alvarás para alienação de bens ou liberação de valores, já que tendem a reduzir e até zerar o ativo, salvo quando houver a imprescindível necessidade de satisfação de despesas urgentes ou que mantenham pertinência com a subsistência dos herdeiros.

Exigir, sempre, posterior prestação de contas.

3.1.7 – ALIENAÇÃO DE BENS

Requerer sempre a avaliação judicial do bem que se pretende alienar ou adquirir, verificando se corresponde aos valores de mercado.

Observar a vantagem da negociação ou a ausência de prejuízo a incapazes ou ausentes que figurarem com interessados.

Ao opinar pela expedição do alvará, requerer que faça constar do mesmo as seguintes condições:

- a) prazo de validade do alvará;
- b) venda por preço não inferior ao da avaliação judicial;
- c) prazo para a prestação de contas.

3.1.8 – PERMUTAS

Nas situações de troca, atentar para a equivalência de valores e para as vantagens de cunho subjetivo que do negócio possa extrair o incapaz.

³⁷Na 1ª edição desta obra esta área foi escrita pela Promotora de Justiça Flávia Albergaria de Carvalho Bilac Pinto.

3.1.9 – PRESTAÇÃO DE CONTAS

Exigir sempre a prestação de contas na forma do art. 917 do Código de Processo Civil, devendo o inventariante juntar os seguintes documentos:

- a) comprovação documental das despesas (educação, saúde, sustento) efetivadas em proveito exclusivo do incapaz, nos casos de levantamento de numerário ao mesmo pertencente;
- b) comprovação documental do valor pelo qual o bem foi efetivamente alienado e comprovação documental do depósito da quota parte pertencente ao incapaz, em conta poupança à disposição do juízo, nos casos de alienação de bem.

Se for constatada lesão ao patrimônio do incapaz, pugnar para que o prejuízo seja debitado no quinhão do responsável, sugerindo utilização das vias ordinárias para a reparação, se impossibilitada tal solução.

3.1.10 – LEI Nº 6.858/80

(REGULAMENTADA PELO DECRETO Nº 85.845/81)

Na hipótese de levantamento de valores previstos na Lei nº 6.858/80, requerer:

- a) comprovação documental dos saldos deixados pelo falecido;
- b) juntada da certidão de dependentes habilitados perante o órgão previdenciário ao qual o extinto era vinculado;
- c) relação dos sucessores do extinto previstos na lei civil (art. 1.829 do Código Civil), caso não haja a habilitação de dependentes perante o órgão previdenciário (certidão de inexistência).

3.1.11 – LEI Nº 12.195/2010

A Lei nº 12.195, de 14 de janeiro de 2010, alterou os incisos I e II do *caput* do artigo 990 do Código de Processo Civil. Esta Lei passou a vigorar após decorridos 45 dias de sua publicação oficial, com a seguinte redação:

“Art. 990.....”

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;

.....”

3.1.12 – SEGUROS DE VIDA

O capital do seguro não pertence ao espólio, pois não faz parte do patrimônio constitutivo da herança. Cuida-se de benefício estipulado em favor de terceiro.

Portanto, neste caso, requerer a juntada da apólice do seguro e verificar quem são os beneficiários estipulados pelo segurado.

3.2 – A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

3.2.1 – DOCUMENTOS ESSENCIAIS

Além de todos os documentos exigidos em qualquer inventário, requerer a juntada da *certidão de registro do testamento* deixado pelo extinto – a ser obtida através do procedimento previsto no art. 1.128 do Código de Processo Civil – acompanhada de cópia autenticada do testamento.

3.2.2 – PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Fiscalizar a citação do testamenteiro, dos herdeiros legítimos, dos testamentários e dos legatários.

3.2.3 – PARTILHA

No feito de partilha:

- a) verificar se a partilha foi apresentada na forma do art. 1.025 do Código de Processo Civil e se foram observadas as disposições de última vontade deixadas pelo inventariado;
- b) zelar para que os vínculos testamentários fiquem expressamente consignados no auto de adjudicação ou no esboço de partilha, recaindo, de preferência, sobre os imóveis;
- c) observar se o testador cumpriu o disposto no art. 1.848, *caput*, do Código Civil, ao estabelecer cláusula de inalienabilidade, de impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima;
- d) observar o determinado pelo art. 2.042 do Código Civil;
- e) requerer, se o quinhão gravado for constituído de dinheiro, seja feito o depósito em conta judicial remunerada, mediante comprovação nos autos.

3.2.4 – APROVAÇÃO E REGISTRO DE TESTAMENTO OU CODICILO

Nos feitos de aprovação e registro de testamento ou codicilo:

- a) exigir a certidão de óbito do testador;
- b) observar os poderes especiais do procurador do testamenteiro;
- c) exigir a juntada, em caso de testamento particular, cerrado e codicilo, do respectivo original e, em caso de testamento público, da certidão ou do traslado original e atualizado;

d) acompanhar as audiências de aprovação de testamento particular, verificando o cumprimento rigoroso das disposições legais atinentes à matéria;
e) evitar discussões sobre questões intrínsecas ao testamento e à sua validade dentro dos autos de inventário e de aprovação e registro de testamento, uma vez que tais discussões devem ser objeto de ação própria.

Aplica-se, ainda, no que couber, o que já foi exposto para a sucessão legítima.

3.3 - JURISPRUDÊNCIA

STF - RMS 22361 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 27/02/1996

Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: IMÓVEL FUNCIONAL OCUPADO POR SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DO MINISTÉRIO DA MARINHA - IMÓVEL SUSCETÍVEL DE ALIENAÇÃO - LEI N. 8.025/90 - FALECIMENTO SUPERVENIENTE DO SERVIDOR CIVIL - DIREITO TRANSMISSÍVEL AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE - LEI N. 8.068/90 - POSSIBILIDADE JURÍDICA - RECURSO PROVIDO. - O servidor público civil, vinculado a Ministério militar e ocupante legítimo de imóvel funcional não destinado à utilização por militares, tem direito à habilitação para efeito de aquisição dessa unidade residencial, ainda que esta se ache sujeita à administração castrense. - A Lei n. 8.068/90 reconheceu ao cônjuge supérstite do servidor público falecido - inclusive ao cônjuge supérstite do servidor civil lotado em Ministério militar - a condição jurídica de legítimo ocupante do imóvel funcional, possibilitando-lhe, desse modo, e desde que satisfeitos os requisitos fixados pela Lei n. 8.025/90, a aquisição preferencial dessa unidade imobiliária.

TJMG - Número do processo: 1.0439.06.058790-4/001(1)

Relator: JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

9ª Câmara Cível

Data do Julgamento: 22/07/2008

Data da Publicação: 02/08/2008

EMENTA: USUCAPÍÃO ESPECIAL URBANA - LEGITIMIDADE ATIVA - CÔNJUGE - LITISCONSÓRCIO ATIVO - OUTORGA MARITAL - DESNECESSIDADE. A ação de usucapião especial urbana pode ser pleiteada somente por um dos cônjuges, sendo desnecessária a outorga marital, ex vi do disposto no art. 1240 do Código Civil vigente. USUCAPÍÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO - INTERESSE DIREITO DOS HERDEIROS - TRANSMISSÃO DA POSSE E PROPRIEDADE COM FALECIMENTO DO PROPRIETÁRIO. A sucessão abre-se com a morte, transmitindo-se imediata e automaticamente a herança, sendo os herdeiros legítimos proprietários do bem vindicado. A aquisição da propriedade, através da ação de usucapião, resulta em perda de

patrimônio de cada um dos sucessores legítimos daquele em cujo nome do imóvel está matriculado. Por isso, há interesse direito e pessoal de cada herdeiro, que, para tanto, deverá ser citado.

TJMG - Número do processo: 1.0672.01.062079-3/001(1)

Relator: ALVIMAR DE ÁVILA

12ª Câmara Cível

Data do Julgamento: 15/03/2006

Data da Publicação: 06/05/2006

EMENTA: USUCAPÍÃO EXTRAORDINÁRIO- REQUISITOS LEGAIS - SUCESSÃO CAUSA MORTIS - HERDEIROS - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. Com a morte daquele que tinha posse ad usucapionem, esta se transmite de pleno direito aos herdeiros, sendo vedado ao herdeiro, isoladamente, pleitear o reconhecimento da prescrição aquisitiva em seu favor, devendo o direito ser exercido por todos os herdeiros. Somente se torna admissível o ajuizamento da ação de usucapião extraordinário por um dos herdeiros, se comprovado o exercício da posse de forma exclusiva, com animus domini e pelo decurso do tempo de 20 (vinte) anos.

STJ - REsp 254180 / RJ

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro VICENTE LEAL (1103)

Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento 11/09/2001

PROCESSUAL CIVIL. MORTE DO AUTOR. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. CPC, ART. 43.

- Embora no caso de morte do autor da ação seja efetuada a substituição processual pelo seu espólio, é admissível a simples habilitação dos seus herdeiros na hipótese de inexistência de patrimônio suscetível de abertura de inventário.

- Inteligência do art. 43, do Código de Processo Civil.
- Recurso especial não conhecido.

STJ - REsp 515175 / RJ

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento 02/09/2003

CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESPÓLIO CONTRA HERDEIRO.

Em linha de princípio, pode a viúva inventariante, em seu nome ou em nome do espólio, promover ação de reintegração de posse contra herdeiro que praticar esbulho em bem da herança, mas essa regra deve ser interpretada com temperamento.

Pelas peculiaridades da espécie, a ocupação de imóvel do espólio, por um dos herdeiros, não configura esbulho.

Recurso conhecido e provido.

STJ - REsp 546077 / SP**RECURSO ESPECIAL****Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)****Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA****Data do Julgamento 02/02/2006**

Recurso especial. Direito civil. Anulação de cessão de direitos hereditários pleiteada por terceiro. Contagem do prazo decadencial. Termo inicial.

- O termo inicial do prazo decadencial para terceiro/credor ajuizar ação objetivando a anulação de cessão de direitos hereditários deve coincidir com o momento em que este teve ou podia ter ciência inequívoca da existência do contrato a ser invalidado.

- Na ausência de elementos que indiquem o momento efetivo do conhecimento pelo terceiro da celebração da cessão de direitos hereditários, a data do registro do negócio no Cartório Imobiliário deve ser considerada como termo inicial do prazo decadencial.

Recurso especial não conhecido.

STJ - REsp 502873 / MT**RECURSO ESPECIAL****Relator(a) Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (280)****Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA****Data do Julgamento 07/04/2005**

Civil. Cessão de Direitos Hereditários. Ausência de Escritura Pública. Instrumento particular registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Ação ajuizada na vigência do Código Civil de 1916.

I - O novo Código Civil, em seu art. 1.793 é claro ao dispor que o direito à sucessão pode ser objeto de cessão "por escritura pública". Essa precisão, contudo, não existia no direito brasileiro, e a questão era controvertida na doutrina e jurisprudência.

II - In casu, o documento foi levado a registro no Cartório competente, concedida, assim, a devida publicidade. Além disso, é anterior ao segundo, cuja validade não foi reconhecida pelas instâncias ordinárias, que concluíram pela má-fé dos cedentes e cessionários ora recorrentes.

III - Contrato particular de cessão de direitos hereditários registrado em cartório cuja validade se reconhece ante a sua natureza obrigacional e, especialmente, tendo em vista as particularidades ocorridas no presente caso.

IV - Recurso especial não conhecido.

STJ - REsp 647135 / SP**RECURSO ESPECIAL****Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108)****Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA****Data do Julgamento 22/03/2007**

Ação de prestação de contas. Legitimidade ativa. Mandatário contratado pelo inventariante.

1. Os herdeiros podem exigir contas do inventariante, mas não dos mandatários constituídos pelo inventariante.

2. Recurso especial conhecido e provido

STJ - AgRg no Ag 720087 / RJ**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO****Relator(a) Ministro ARI PARGENDLER (1104)****Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA****Data do Julgamento 16/03/2006**

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. Se o mandato foi revogado antes da morte do mandatário, a ação de prestação de contas, ainda que já proposta, não pode prosseguir contra os herdeiros. Agravo regimental não provido.

STJ - REsp 345952 / PR**RECURSO ESPECIAL****Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108)****Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA****Data do Julgamento 18/06/2002**

Ação de prestação de contas. Falecimento do réu. Mandato outorgado e revogado antes da morte do mandatário.

1. A obrigação de prestar contas decorrente de mandato outorgado e revogado antes da morte do mandatário não se transmite aos herdeiros.

2. Recurso especial conhecido e desprovido

STJ - REsp 586807 / RJ**RECURSO ESPECIAL****Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)****Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA****Data do Julgamento 07/12/2004**

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE SONEGADOS. EXTINÇÃO POR FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS ÚLTIMAS DECLARAÇÕES. COISA JULGADA E PRECLUSÃO INOCORRENTES. CARÊNCIA DA AÇÃO REJEITADA. PECULIARIDADE DA ESPÉCIE, EM RELAÇÃO AO ANTERIOR AFASTAMENTO DO INVENTARIANTE E DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM O PROSSEGUIMENTO DA LIDE. CPC, ART. 267, VI. CC, ART. 1.784.

I. A fundamentação do Tribunal, na apelação que resultou na decretação da nulidade de partilha, sobre a ausência de declarações finais, não faz coisa julgada ou atrai preclusão sobre ação de sonegados, por se cuidar de demanda distinta, e, ainda, porque os bens eventualmente trazidos à colação por força da mesma serão objeto de sobrepartilha, ao teor dos arts. 1.040, I, do CPC, e 1.779, do Código Civil anterior.

II. Situação peculiar dos autos, traduzida em diversos incidentes processuais, que torna infrutífera a extinção da ação de sonegados, já ultrapassada longa fase cognitiva e sentença de mérito proferida no grau singular, para, equivocadamente, prestigiar-se etapa agora inócua e indiretamente ultrapassada, causando desnecessário retardo na prestação jurisdicional, dando ensejo a mais outros anos de litígio entre os herdeiros.

III. Recurso especial conhecido em parte e provido.

STJ - REsp 431695 / SP

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro ARI PARGENDLER (1104)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 21/05/2002

CIVIL. HERANÇA. RENÚNCIA. A renúncia à herança depende de ato solene, a saber, escritura pública ou termo nos autos de inventário; petição manifestando a renúncia, com a promessa de assinatura do termo judicial, não produz efeitos sem que essa formalidade seja ultimada. Recurso especial não conhecido.

STJ - CC 51061 / GO

Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108)

Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO

Data do Julgamento 09/11/2005

Conflito de competência. Inventário já encerrado. Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança e de alimentos. Domicílio do alimentando.

1. A regra especial prevalece sobre a regra geral de competência, daí que, segundo dispõe a Súmula nº 1/STJ, “o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos”.

2. Encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória respectiva, deixa de existir o espólio e as ações propostas contra as pessoas que detêm os bens inventariados não seguem a norma do art. 96 do Código de Processo Civil, prevalecendo, no caso concreto, a regra especial do art. 100, inciso II, do mesmo diploma, segundo a qual a demanda em que se postula alimentos deve correr no foro do domicílio ou da residência do alimentando.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Brasília/DF.

STJ - MC 14509 / SP

MEDIDA CAUTELAR

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 21/08/2008

Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial.

Afirmção de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. Medida liminar parcialmente deferida, apenas para determinar a partilha, no inventário, da parcela incontroversa do patrimônio, promovendo-se reserva de bens.

- O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do ‘de cujus’ que vivia em união estável com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. Trata-se de regra oposta à do art. 1.829 do CC/02, que, para a hipótese de ter havido casamento pela comunhão parcial entre o ‘de cujus’ e a companheira, estabelece que a herança do cônjuge incida apenas sobre os bens particulares.

- A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias, chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar.

- A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante, de modo que se justifica o deferimento da medida liminar pleiteada em ação cautelar, para o fim de reservar os bens controvertidos no inventário ‘sub judice’, admitindo-se a partilha apenas dos incontroversos.

Medida liminar parcialmente deferida.

STJ - REsp 111560 / SP

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento 15/08/2000

CIVIL. HERANÇA JACENTE E VACANTE. AÇÃO REINTEGRATÓRIA.

O ente público tem legitimidade para ajuizar ação reintegratória atinente a bem que adjudicou em processo de herança vacante. Recurso não conhecido.

STJ - RMS 22684 / RJ

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 07/05/2007

CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUCESSÃO LEGÍTIMA. ART. 1.829, I, CC/02. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES. CASAMENTO NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. EXCLUSÃO DO CÔNJUGE DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO CONCORRENTE. ATO DO JUIZ DETERMINANDO A JUNTADA AOS AUTOS DA HABILITAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DOS HERDEIROS DESCENDENTES. NATUREZA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE.

- A nova ordem de sucessão legítima estabelecida no CC/02 incluiu o cônjuge na condição de herdeiro necessário e, conforme o regime matrimonial de bens, concorrente com os descendentes.

- Quando casado no regime da comunhão universal de bens, considerando que metade do patrimônio já pertence ao cônjuge sobrevivente (meação), este não terá o direito de herança, posto que a exceção do art. 1.829, I, o exclui da condição de herdeiro concorrente com os descendentes.

- O ato do juiz que determina a juntada aos autos da habilitação e representação dos herdeiros descendentes tem natureza de despacho de mero expediente, dispensando fundamentação, visto que não se qualificam, em regra, como atos de conteúdo decisório. Precedentes.

Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

STJ - REsp 61434 / SP

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento 17/06/1997

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. ART. 10, PARAG. 2., DO CODIGO CIVIL. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. CAPACIDADE DE SUCEDER. LEI APLICAVEL. CAPACIDADE PARA SUCEDER NÃO SE CONFUNDE COM QUALIDADE DE HERDEIRO. ESTA TEM A VER COM A ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITARIA QUE CONSISTE NO FATO DE PERTENCER A PESSOA QUE SE APRESENTA COMO HERDEIRO A UMA DAS CATEGORIAS QUE, DE UM MODO GERAL, SÃO CHAMADAS PELA LEI A SUCESSÃO, POR ISSO HAVERA DE SER AFERIDA PELA MESMA LEI COMPETENTE PARA REGER A SUCESSÃO DO MORTO QUE, NO BRASIL, "OBEDECE A LEI DO PAIS EM QUE ERA DOMICILIADO O DEFUNTO." (ART. 10, CAPUT, DA LICC).

RESOLVIDA A QUESTÃO PREJUDICIAL DE QUE DETERMINADA PESSOA, SEGUNDO O DOMICILIO QUE TINHA O DE CUJUS, E HERDEIRA, CABE EXAMINAR SE A PESSOA INDICADA E CAPAZ OU INCAPAZ PARA RECEBER A HERANÇA, SOLUÇÃO QUE E FORNECIDA PELA LEI DO DOMICILIO DO HERDEIRO (ART. 10, PARAG. 2., DA LICC).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

STJ - REsp 88388 / SP

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento 05/10/2000

CIVIL. TESTAMENTOS CONJUNTIVOS. REALIZAÇÃO EM ATOS DISTINTOS. CC, ART. 1.630. NÃO CONFIGURAÇÃO.

I. O testamento é consubstanciado por ato personalíssimo de manifestação de vontade quanto à disponibilização do patrimônio do testador, pelo que pressupõe, para sua validade, a espontaneidade, em que titular dos bens, em solenidade cartorária, unilateral, livremente se predispõe a destiná-los a outrem, sem interferência, ao menos sob o aspecto formal, de terceiros.

II. O art. 1.630 da lei substantiva civil veda o testamento conjuntivo, em que há, no mesmo ato, a participação de mais alguém além do testador, a indicar que o ato, necessariamente unilateral na sua realização, assim não o foi, pela presença direta de outro testador, a descaracterizá-lo com o vício da nulidade.

III. Não se configurando, na espécie, a última hipótese, já que o testamento do de cujus, deixando suas cotas para sua ex-sócia e concubina, e o outro por ela feito, constituíram atos distintos, em que cada um compareceu individualmente para expressar seu desejo sucessório, inaplicável, à espécie, a cominação prevista no referenciado dispositivo legal, corretamente interpretado pelo Tribunal a quo.

IV. Recurso especial não conhecido.

STJ - EREsp 736627 / PR

EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107)

Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO

Data do Julgamento 25/06/2008

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS SUCESSÓRIOS.

1. Para partilha dos bens adquiridos na constância da união estável (união entre o homem e a mulher como entidade familiar), por ser presumido, há dispensa da prova do esforço comum, diz o acórdão embargado.

2. Os acórdãos apontados como paradigmas, por outro lado, versam essencialmente hipóteses de casamento (modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir família), conduzindo ao não conhecimento dos embargos, dado que as situações versadas são diversas.

3. A união estável não produz, como pacífico entendimento, efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio conhece-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária.

4. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável.

5. Embargos de divergência não conhecidos.

STJ - REsp 820814 / SP

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 09/10/2007

Direito processual e civil. Sucessões. Recurso especial. Disposição testamentária de última vontade. Substituição fideicomissária. Morte do fideicomissário. Caducidade do fideicomisso. Obediência aos critérios da sucessão legal. Transmissão da herança aos herdeiros legítimos, inexistentes os necessários.

- Não se conhece do recurso especial quanto à questão em que a orientação do STJ se firmou no mesmo sentido em que decidido pelo Tribunal de origem.

- A substituição fideicomissária caduca se o fideicomissário morrer antes dos fiduciários, caso em que a propriedade destes consolida-se, deixando, assim, de ser restrita e resolúvel (arts. 1.955 e 1.958, do CC/02).

- Afastada a hipótese de sucessão por disposição de última vontade, oriunda do extinto fideicomisso, e, por conseqüência, consolidando-se a propriedade nas mãos dos fiduciários, o falecimento de um destes sem deixar testamento, impõe estrita obediência aos critérios da sucessão legal, transmitindo-se a herança, desde logo, aos herdeiros legítimos, inexistindo herdeiros necessários.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

STJ - REsp 927530 / SP

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 12/06/2007

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO SUMÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA. ENTREGA DE DOCUMENTOS À RECEITA ESTADUAL. INEXIGIBILIDADE.

1. No processo de arrolamento sumário, processado com base nos arts. 1.031 e seguintes do CPC, cabível quando todos os herdeiros forem maiores e capazes e estiverem de acordo com a partilha, somente é possível examinar se o inventariante comprovou a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas.

2. Para a homologação da partilha pelo juiz são dispensadas certas formalidades exigidas no inventário, entre elas a intervenção da Fazenda Pública para verificar a correção do pagamento dos tributos devidos pelo espólio. Assim, a discussão de supostas diferenças pagas a menor deverão ser resolvidas na esfera administrativa, a teor do disposto no art. 1.034 do CPC.

3. Feito o pagamento do imposto e juntado o comprovante aos autos, não pode o juiz condicionar a homologação da partilha em processo de arrolamento sumário à entrega de documentos à Receita estadual necessários ao cálculo do imposto. Ainda que o pagamento não esteja completo ou tenha o inventariante calculado mal o imposto, essas questões não podem ser tratadas e discutidas em arrolamento sumário.

4. Recurso especial não provido.

STJ - REsp 176473 / SP

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento 21/08/2008

DIREITO CIVIL E SUCESSÓRIO. APLICAÇÃO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. TESTAMENTO. VALIDADE. PARENTES DE LEGATÁRIO QUE FIGURARAM COMO TESTEMUNHAS DO ATO DE DISPOSIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.650, DO CÓDIGO CIVIL.

1. Na hipótese, não há se falar em interpretação da lei, mas sim em integração mediante analogia, que, conforme ensina Vicente Rao “consiste na aplicação dos princípios extraídos da norma existente a casos

outros que não os expressamente contemplados, mas cuja diferença em relação a estes, não seja essencial;” (O Direito e a vida dos direitos, 3ª edição, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991, p.458/460).

2. O testamento é um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, solene, revogável, que possibilita à pessoa dispor de seus bens para depois de sua morte. justamente por essas características, tanto se faz necessário observar o preenchimento de todos os seus requisitos legais para conceder-lhe validade.

2. A enumeração contida no artigo 1.650, nos incisos I, II e III, refere-se aos incapazes e, nos incisos IV e V, àqueles que são beneficiários, diretos ou indiretos, do testamento. O legislador busca proteger a higidez e a validade da disposição testamentária, vedando como testemunhas os incapazes e os que têm interesse no ato.

3. A liberdade de testar encontra restrições estabelecidas na lei, porém esta não distingue, quanto às conseqüências jurídicas, a sucessão testamentária em relação aos legatários e herdeiros necessários.

4. Há o mesmo fundamento para a restrição de figurarem como testemunhas, no ato do testamento, os parentes do herdeiro instituído e do legatário: qual seja, o interesse direto ou indireto do beneficiário, em relação ao ato de disposição de vontade. inexistente diferença em relação às conseqüências para o herdeiro instituído e o legatário, por isso que a conclusão dedutiva é de que ao inciso V do artigo 1.650, do Código Civil de 1.916, deve se aplicar a mesma essência do inciso IV do dispositivo.

5. Nas palavras de Clovis Bevilacqua: “seria atribuir à lei a feia mancha de uma grosseira inconsequência, supôr que somente o cônjuge ou descendente, o ascendente e o irmão do herdeiro estão impedidos de ser testemunhas em testamento. o impedimento prevalece em relação ao cônjuge e aos mencionados parentes do legatário.” (Código Civil do E.U.B., Vol. II, 6ª tiragem, Editora Rio, f. 848).

6. Recurso especial não conhecido.

STJ - REsp 147959 / SP

RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088)

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento 14/12/2000

DIREITO CIVIL. TESTAMENTO PÚBLICO. FALECIMENTO DA HERDEIRA TESTAMENTÁRIA ANTES DA TESTADORA. NOMEAÇÃO POSTERIOR DAS FILHAS DA HERDEIRA POR PROCURAÇÃO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. RIGOR FORMAL. SOLENIIDADE ESSENCIAL. ARTS. 1.592, II, 1.717 E 1.746, CC. CONVERSÃO DE INVENTÁRIO EM HERANÇA JACENTE. POSSIBILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. ART. 1.142, CPC. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A mitigação do rigor formal em prol da finalidade é critério que se impõe na interpretação dos textos legais. Entretanto, no caso dos testamentos, deve-se redobrar o zelo na observância da forma, tanto por não viver o testador no momento de esclarecer suas intenções, quanto pela suscetibilidade de frau-

des na elaboração do instrumento e, conseqüentemente, na deturpação da vontade de quem dispõe dos bens para após a morte.

II - A revogação parcial do testamento, para substituir a herdeira anteriormente nomeada e já falecida, deve dar-se pelo mesmo modo e forma do anterior (art. 1.746 do Código Civil), não tendo a procuração ad judicium por instrumento particular esse condão revogador.

III - A capacidade para adquirir por testamento pressupõe a existência do herdeiro, ou legatário, à época da morte do testador.

Tendo falecido antes o herdeiro, perde validade a cédula testamentária.

IV - Na lição de Pontes, “a nulidade dos atos jurídicos de intercâmbio ou inter vivos é, praticamente, reparável: fazem-se outros, com as formalidades legais, ou se intentam ações que compensem o prejuízo, como a ação de in rem verso. Não se dá o mesmo com as declarações de última vontade: nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas, pois morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo” (Tratado de Direito Privado, t. LVIII, 2a ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, § 5.849, p. 283).

V - Iniciado o inventário e, no seu curso, verificada a inexistência de herdeiro testamentário, é de considerar-se jacente a herança, nos termos do art. 1.592, II, CC, caso em que “o juiz, em cuja comarca tiver domicílio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens” (art. 1.142, CPC). A conversão do procedimento e a nomeação do curador dá cumprimento a essa norma e atende ao princípio da economia processual, nele expressamente assentado.

3.4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e partilhas. Direito das Sucessões: Teoria e prática**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2008. 712p.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões: Inventário e partilha**. 1. ed. São Paulo: Del Rey, 2007. 372p.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 421p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 1. ed. São Paulo: RT, 2008. 656p.

GOMES, Orlando. Atualizado por FARIA, Mauro Roberto Carvalho de. **Sucessões**. Coordenado por BRITO, Evaldo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 366p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. 432 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte, 2007. 498 p.

MATOS, Teresa. **Novo Direito das Sucessões**. Teoria e Prática. 2. ed. São Paulo: Método, 2008 176p.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 942p.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **Cônjuge e o convivente no direito das sucessões**. 1. ed. Juarez de Oliveira, 2007. 170p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 811p.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 886p.

4 – ATUAÇÃO NO JUÍZO DE REGISTROS PÚBLICOS

Promotor de Justiça Luís Eduardo Telles Benzi

4.1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho nem de longe tem a pretensão de ser uma monografia acadêmica, em razão das especificidades metodológicas rígidas exigidas para a concretização do tema aqui proposto. Contudo, em face da necessidade de elaboração de um manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no sentido de divulgar a experiência teórica e prática sobre a matéria regulamentada pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com as modificações trazidas pela Lei nº 10.931/04, apresento-lhes a minha pequena colaboração, de molde a solucionar os problemas que surgem na atuação cotidiana, baseando-me, principalmente, nos questionamentos que recebo dos colegas da Capital e do interior nesses dez anos de atuação junto à Promotoria de Registros Públicos.

4.2 – PRINCÍPIOS

Os princípios promovem a unidade do Texto Constitucional, uma vez que definem seu plano fundamental, aduz Celso Ribeiro Bastos³⁸.

Preleciona Bastos que

Em síntese, os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nessas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas o que

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 57.

eles perdem em termos de concreção ganham no sentido da abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o Texto Constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores em função dos quais as demais normas devem ser entendidas. Os princípios são, pois, as vigas mestras do Texto Constitucional, e que vão ganhando concretização não só a partir de outras regras da Constituição (como é o caso do princípio federativo), mas também de uma legislação ordinária, que deverá guardar consonância com o princípio. O princípio da cidadania, por exemplo, restou concretizado pela Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que estabelece a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.³⁹

Aduz, outrossim, Bastos⁴⁰ que, conforme classificação elaborada pelo Professor Canotilho, o sistema jurídico apresenta quatro espécies de princípios, são eles: princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.

Diferentemente “[...] os princípios gerais de direito se identificam e se diferenciam dos demais prin-

³⁹ BASTOS, op. cit., p. 58-59.

⁴⁰ BASTOS, op. cit., p. 59: Segundo a classificação do Professor Canotilho, são quatro as espécies de princípios constitucionais. Há princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica, e que encontram recepção expressa implícita no Texto Constitucional. São os chamados princípios jurídicos fundamentais. Citem-se o princípio da publicidade dos atos jurídicos, o princípio do livre acesso aos direitos e aos tribunais, também o princípio da imparcialidade da Administração. Mesmo quando não se esteja apto a fundamentar neles recursos de direito público, têm sempre força vinculante, de modo a se poder dizer ser a liberdade de conformação legislativa vinculada pelos princípios jurídicos gerais. Gostariamos de agradecer o competente e imprescindível auxílio do estagiário oficial do Ministério Público Domingos Antônio Zatti Pinto da Silva, que se dedicou, inclusive nos finais de semana, às pesquisas inerentes a consecução deste. Sem a ajuda do Zatti, esta explanação não teria sido elaborada em tempo hábil e nos moldes em que se encontra. Obrigado, Zatti! Há, também, princípios políticos constitucionalmente conformadores, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Aqui se situam os princípios definidores da forma do Estado, princípios caracterizadores da forma de governo e princípios estruturantes do regime político. Há, ainda, aqueles chamados de princípios constitucionais impositivos, que se subsumem em todos os princípios que no âmbito da Constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. Os órgãos encarregados da aplicação do direito devem tê-los em conta, seja em atividades interpretativas, seja em atos inequivocadamente conformadores. Por fim, há uma quarta categoria de princípios, que vem a ser a dos princípios garantia. São mais voltados à estatuição de garantias para os cidadãos. Em função disso, o legislador se encontra estreitamente vinculado a sua aplicação. Exemplo: nullum crimen sine lege, in dubio pro reo, non bis in idem.

cípios constitucionais pelo fato de apresentarem como nota características à generalidade absoluta de sua incidência”, esclarece Bastos⁴¹. (grifo nosso)

Sobre os princípios do sistema registral brasileiro, recomendamos a leitura da obra de Afrânio de Carvalho⁴².

4.3 - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

4.3.1 - O PRENOME

O prenome⁴³ individualiza a pessoa humana, pois a

⁴¹ Bastos, op. cit., p. 60-61: quais seriam então esses princípios gerais de direito, e como os distinguiríamos dos meros princípios constitucionais, quando também aqueles podem estar expressos em norma constitucional?

Os princípios gerais de direito, que, como já se assinalou, têm, entre suas diversas funções, de orientar a atividade interpretativa, nota comum que os coloca em franca igualdade com os princípios constitucionais.

Qual a razão que fundamentaria então essa distinção, já que ambos cumprem a mesma função no tocante à hermenêutica? A diferenciação seria fundamentalmente a seguinte: ao contrário dos princípios constitucionais, os princípios gerais do direito são cânones de incidência obrigatória, seja qual for a parte do ordenamento constitucional (ou até infraconstitucional) com que se esteja lidando. Isso significa dizer que os princípios gerais de direito sempre deverão impor-se na atividade interpretativa, enquanto os princípios constitucionais só serão invocados conforme a área na qual se esteja atuando. Em outras palavras, surgirá a necessidade de saber, em dado momento, qual ou quais são os princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto, o que não ocorrerá, decerto, com os princípios gerais de direito.

Concluindo, podemos dizer que, basicamente, os princípios gerais de direito se identificam e se diferenciam dos demais princípios constitucionais pelo fato de apresentarem como nota características à generalidade absoluta de sua incidência.

Como consequência desse verdadeiro pressuposto de aplicação dos princípios gerais de direito, também os princípios constitucionais, quando estiverem sendo aclarados em seu conteúdo, terão de observar e respeitar os princípios gerais de direito. Estes só entram na Constituição pelo caminho da interpretação. São exatamente eles que permitem a evolução do Texto Constitucional. São eles que vão preencher a vaguidade de suas normas. Mas não podendo ter os princípios gerais de direito submetendo a Constituição, contrariando-a.

De outra parte, não faria sentido algum pretender tornar a Constituição impenetrável aos princípios gerais de direito, dada a força civilizatória que exercem. Dar-lhes, contudo, força normativa superior à da Constituição não encontra respaldo na doutrina e não pode ser admitido. Esses princípios penetram na Constituição, mas pelas mãos dela própria. Enumeramos como princípios gerais de direito, dada sua larga abrangência, informadores que de todo o ordenamento jurídico, os princípios da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

⁴² CARVALHO, Afrânio. **Registros de Imóveis**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Princípio de inscrição, Princípios de Presunção e de Fé Pública, Princípio de Prioridade, Princípio de Especialidade, Princípio de Legalidade, Princípio de Continuidade e Princípio de Instância.

⁴³ Assim estabelece o art. 16 do NCC: “Toda pessoa tem

identifica no meio social em que vive; portanto, a regularidade e a fiscalização dos registros públicos implicam a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁴ nesse aspecto.

Frise-se, também, que o prenome é um direito da personalidade⁴⁵, ou seja, o direito ao nome (atributo da personalidade), garante à pessoa humana o direito à integridade moral, perseguido pelo princípio anteriormente mencionado.

Em regra, prevalece no ordenamento jurídico pátrio a imutabilidade do prenome⁴⁶, visto que o sistema jurídico prestigia a segurança das relações jurídicas⁴⁷. Contudo, optou o legislador por excepcionar as hipóteses que autorizam sua mudança.

Civil. Recurso especial. Retificação de registro civil. Alteração do prenome. Presença de motivos bastantes. Possibilidade. Peculiaridades do caso concreto.

Admite-se a alteração do nome civil após o decurso do prazo de um ano, contado da maioridade civil, somente por exceção e motivadamente, nos termos do art. 57, *caput*, da Lei nº 6.015/73. Recurso especial conhecido e provido. REsp 538187/RJ RECURSO ESPECIAL 2003/0049906-9 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 2/12/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 21/02/2005 p. 170 RDDP vol. 25 p. 153 RDTJR vol. 63 p. 97 RSTJ vol. 193 p. 363 RT vol. 836 p. 147.

Estabelece a o art. 56 da Lei nº 6.015/73 que o requerente, poderá, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, pessoalmente ou por procurador, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

⁴⁴ Assim estabelece o art. 1º, inciso III, da CF/88: “a dignidade da pessoa humana”.

⁴⁵ O Novo Código Civil enumerou alguns direitos da personalidade, entre eles, o direito ao nome.

⁴⁶ Assim estabelece o art. 58 da Lei nº 6.015/73: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”.

⁴⁷ Assim estabelece o art. 6º da LICC: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Não obstante a referida relativização, a experiência forense informa que a sociedade civil não valoriza tal atributo da personalidade, eis que quotidianamente deparamo-nos com procedimentos judiciais que visam à alteração do prenome sob fundamentos teratológicos. Enfim, verdadeiras excrescências jurídicas, razão pela qual se exige do Ministério Público a fiscalização da defesa da ordem jurídica, consubstanciada no Estado de Direito Democrático⁴⁸, observando-se seus princípios institucionais⁴⁹, quais sejam da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional. O aresto abaixo, referente a procedimento que examinamos, exemplifica com exatidão tais situações.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DA EXPRESSÃO PAPAÍ NOEL. INADMISSIBILIDADE. ADMISSIBILIDADE SOMENTE NA HIPÓTESE DE ERRO GRÁFICO OU DE EXPOSIÇÃO A RIDÍCULO. Como exceção à regra, permite-se a retificação do nome civil, por exemplo, na hipótese de evidente erro gráfico, quando se pretende adotar apelido público notório ou quando se pretende acrescentar ou excluir sobrenome de genitores e/ou padastros. Em sede de ação de retificação de registro civil, o pedido de inserção da expressão *Papai Noel* no nome do requerente é improcedente, na medida em que não se refere a apelido público e notório que possa ser incorporado à sua personalidade para o fim de distingui-lo das outras pessoas, mas de apelido, no sentido pejorativo, pelo qual ficou conhecido em algumas comunidades em virtude de suas atividades filantrópicas promovidas às vésperas dos festivos natalinos e de sua semelhança física com o personagem fictício que se tornou símbolo cristão de domínio público. Ainda que prove realizar tais ações filantrópicas assumindo o famoso personagem imaginário, a hipotética admissibilidade da inusitada retificação do nome, longe de resultar em justiça, ordem e correção, tornaria o requerente suscetível à exposição ao ridículo na esfera de suas relações civis, além de inverter a lógica jurídica que deve orientar as questões atinentes ao registro civil, de inegável interesse público. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0024.05.880241-4/001(1) Relator: ARMANDO FREIRE Data do Julgamento: 13/02/2007 Data da Publicação: 2/03/2007 DIREITO CIVIL - DIREITO REGISTRAL - APELAÇÃO - REGISTRO CIVIL - NOME - RETIFICAÇÃO - PREJUÍZO - PROVA - INEXISTÊNCIA - INDEFERIMENTO QUE SE IMPÕE. A retificação de registro civil, especialmente quando destinada a alterar o prenome de um indivíduo, só se justifica em situações excepcionais, no caso de erro de grafia,

⁴⁸ Assim estabelece o art. 1º, *caput*, da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”.

⁴⁹ Assim estabelece o art. 129, § 1º, da CF/88: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

quando expõe seu portador ao ridículo, ou nas hipóteses do art. 58 da Lei nº 6.015/73. Número do processo: 1.0132.05.001741-8/001(1) Relator: MOREIRA DINIZ Relator do Acórdão: MOREIRA DINIZ Data do Julgamento: 6/07/2006 Data da Publicação: 25/07/2006.

Constatam-se, ainda, situações em que o prenome é designativo de sexo diverso daquele ostentado pela pessoa humana por ele portadora, como, por exemplo, Juniele, integrando o nome de pessoa do sexo masculino. Em outras ocasiões, são frequentes as existências de prenomes que causam dúvidas com relação ao sexo de seu portador, tendo-se como exemplo Juraci, Lucimar, Waldeci e Marion, hipóteses em que, no caso concreto, é possível a alteração do prenome, haja vista a possibilidade jurídica do pedido decorrente da imutabilidade relativa, em razão da exposição de seu detentor a situações vexatórias, sendo imprescindível também nesses casos a apresentação das certidões mencionadas no item 4.3.3.

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO - PRENOME QUE INDUZ TRATAR-SE DE PESSOA DO SEXO MASCULINO - EXPOSIÇÃO AO RÍDICULO - PROVA EFICAZ. Produzida a prova eficaz de que o prenome expõe ao ridículo, ou seja, de que em público induz tratar-se de pessoa do sexo masculino e não feminino, o pedido de alteração de registro civil é de todo procedente, porquanto preenchidas as hipóteses de permissibilidade da legislação de regência (Lei nº 6.015/73, art.s 56, 57 e 58). Apelo provido. Súmula: DERAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0027.04.005404-4/001(1) Precisão: 46. Relator: NILSON REIS Data do Julgamento: 6/12/2005 Data da Publicação: 3/02/2006.

É cabível a alteração do prenome do adotado a pedido do adotante ou do próprio adotado⁵⁰.

4.3.2 - O PATRONÍMICO⁵¹

O patronímico é o espelho da ancestralidade da pessoa humana, visto que repercute na cadeia dos apelidos de família (sobrenomes) que a identifica no grupo social. Portanto, o seu encadeamento também implica a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim como o prenome, o patronímico também exterioriza um direito da personalidade (na modalidade direito ao nome), por ser uma extensão da pessoa humana, ou seja, um complemento do atributo moral materializado pelo nome que a individualiza, ou seja, atributo da personalidade.

⁵⁰ Assim estabelece o art. 1.627 do NCC: “A decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado”.

⁵¹ art. 16 do NCC.

4.3.3 - RETIFICAÇÃO PARA CORREÇÃO DE ERROS MATERIAIS E OMISSÕES

No caso de violação do direito ao nome por erros materiais, omissões ou quaisquer outras incorreções acostadas no registro público da pessoa humana, estabelece a Lei nº 6.015/73⁵² que aquele que pretender corrigir seu assento junto ao Registro Civil poderá fazê-lo por petição fundamentada dirigida ao Juiz, instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, ouvido o Ministério Público e os interessados.

DIREITO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO NO REGISTRO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. PRODUÇÃO DE PROVA. DEFERIMENTO.

Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, o princípio da imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público, a alteração do patronímico, mediante sentença judicial. No caso dos autos, atendidos os requisitos do art. 57 c/c o § 1º do art. 109 da Lei nº 6.015/73, deve ser autorizada a produção de prova requerida pela autora, quanto aos fatos que embasam o seu pedido inicial. Recurso provido. REsp 401138 / MG RECURSO ESPECIAL 2001/0198365-6 Relator(a) Ministro CASTRO FILHO (1119) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 26/06/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 12/08/2003 p. 219.

Nesses pedidos, deverá o Promotor de Justiça tomar várias cautelas, eis que poderá o interessado requerer correções que impliquem em prejuízos aos seus apelidos de família, requerendo em juízo

⁵² Assim estabelece o art. 109 da Lei nº 6.015/73: “Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório. § 1º Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o Juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez dias e ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco dias. § 2º Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco dias. § 3º Da decisão do Juiz, caberá o recurso de apelação com ambos os efeitos. § 4º Julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento. § 5º Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao Juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório do Registro Civil e, com o seu “cumpra-se”, executar-se-á. § 6º As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a trasladação do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original”.

supressões que implicam nos referidos prejuízos, o que não se permite. Frise-se que a substituição de patronímico por outro oriundo da mesma linhagem familiar não encontra vedação legal.

Em tais situações, o MP, na qualidade de *custos legis*, com o objetivo de garantir a segurança das relações jurídicas, bem como o interesse de terceiros, deverá exercer a atividade fiscalizadora, requer a juntada de certidões que comprovem a idoneidade do interessado.

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXCLUSÃO DE PATRONÍMICO PATERNO E INCLUSÃO DE PATRONÍMICO MATERNO - INOCORRÊNCIA DE MOTIVO QUE JUSTIFIQUE - AÇÃO IMPROCEDENTE. A retificação do nome, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.015/73, ocorre somente quando presentes exceções relevantes que justifiquem a alteração, não se configurando motivo hábil o mero interesse pessoal do pretendente. Número do processo: 1.0476.07.004846-9/001(1) Precisão: 10. Relator: SILAS VIEIRA Data do Julgamento: 30/08/2007 Data da Publicação: 25/10/2007

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - REGISTRO CIVIL - NASCIMENTO - RETIFICAÇÃO DO NOME DA MÃE APÓS DIVÓRCIO - IMPOSSIBILIDADE. Os dados constantes no registro civil devem sempre exprimir a verdade real, principalmente, aquela existente no momento da lavratura do respectivo assento de nascimento, não sendo possível a retificação do nome da genitora pelo simples fato de esta passar a usar o nome de solteira por ocasião do divórcio, sob pena de afronta aos princípios da contemporaneidade e da verdade real. Número do processo: 1.0283.05.001313-7/001(1) Relator: MAURÍCIO BARROS Relator do Acórdão: MAURÍCIO BARROS Data do Julgamento: 14/11/2006 Data da Publicação: 19/12/2006.

O órgão de execução, ao deparar-se com esse tipo de situação, deverá cercar-se de algumas cautelas, tais como, o requerimento, por exemplo, de certidões da Justiça Federal (cível e criminal), da Justiça Estadual (cível e criminal), dos Juizados Especiais (cível e criminal), dos Cartórios Distribuidores de Protesto, da Auditoria Militar (federal e estadual), do Tribunal Regional Eleitoral, do Tribunal Regional do Trabalho e da Receita Federal, para impedir que a alteração desejada possibilite o descumprimento das obrigações legais do interessado.

4.3.3.1 - RETIFICAÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA

Estabelece, ainda, a Lei nº 6.015/73⁵³ procedimento para correções de erros de grafia pela via administrativa que será processada junto ao próprio cartório do local do registro, ou seja, no cartório onde se

encontrar o assentamento, por meio de simples petição assinada pelo interessado ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas.

A referida correção ocorrerá nas hipóteses em que não se exige maior indagação, ou seja, nos casos em que se objetiva simples retificação de erro de grafia. Contudo, não dispensa a chancela judicial, conforme ensina Walter Ceneviva.⁵⁴

4.3.3.2 - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO

O registro de nascimento da pessoa humana, pressuposto para a efetivação dos direitos do cidadão, deverá guardar estreita consonância com os registros de sua ancestralidade quanto aos patronímicos, visto à necessidade do encadeamento dos registros públicos por exigência da efetivação dos princípios mencionados nos itens C.1 e C.2. Portanto, na eventualidade de correções de erros materiais ou omissões, deverá o interessado fazer prova documental, apresentando as certidões de seus pais, por exemplo, além de outras provas, que comprovem o encadeamento perfeito entre os patronímicos. A solução para tais questionamentos dá-se por meio de simples confronto documental entre o registro do interessado e o dos seus ancestrais.

A Declaração de Nascido Vivo (DNV) é também prova documental importante para a entrega do bem da vida desejado pelo interessado, eis que no caso de uma eventual correção, por exemplo, da data de nascimento do interessado, é imprescindível a sua apresentação sem prejuízo de outras provas admitidas ou não proibidas em direito.

4.3.3.3 - MODIFICAÇÃO DO REGIME DE BENS

A modificação do regime de bens implica a retificação do registro de casamento conforme estabelece o art. 109 da Lei nº 6.015/73.

Preleciona Dimas Messias de Carvalho que

O regime de bens entre em vigor com a celebração do casamento, não podendo ser modificado posteriormente apenas pela vontade de uma das partes. O Cód. Civil de 1916 não admitia qualquer alteração, por nenhum pretexto, salvo no caso de estrangeiro que se naturalize brasileiro e pode optar pelo regime de comunhão parcial com a anuência do cônjuge (art. 7º, § 5º, LICC).

Assim, o regime de bens era inalterável desde a data do casamento até a dissolução da sociedade conjugal.

⁵³ Assim estabelece o art. 110 da Lei nº 6.015/73: "A correção de erros de grafia poderá ser processada no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas".

⁵⁴ Cuida de lançamento no registro civil em que uma letra ou um termo foi mal reproduzido, ou encontra-se em dissonância com a forma gráfica de documento anterior. Embora mais simplificado, não dispensa a decisão judicial.

O Cód. Civil de 2002 inovou no art. 1.639, § 2º, ao admitir a modificação do regime, desde que requerido por ambos os cônjuges, em pedido motivado ao Juiz de Direito, que deverá verificar se foi manifestado livremente, se os motivos são plausíveis e não prejudica terceiros, para deferir ou não a pretensão.

A modificação, portanto, fica subordinada à autorização judicial mediante requerimento de ambos os consortes, denominando alguns autores o princípio de mutabilidade justificada ao regime adotado.

O casamento realizado antes do Código Civil de 2002 vai gerar controvérsia sobre a possibilidade de modificação do regime, posto que celebrado sob o princípio da imutabilidade (art. 230, Código de 1916). Constituído na lei anterior, deve obedecer a seus preceitos (arts. 2035 e 2039, CC); entretanto, a modificação é acolhida no judiciário, independente da data de realização do matrimônio.

O novo CC estabelece hipótese de retificação do registro de casamento quanto à possibilidade de alteração do regime de bens dos nubentes, mediante autorização judicial, no caso de pedido motivado de ambos os cônjuges⁵⁵.

Necessária também a juntada de certidões, tendo em vista que a alteração do regime de bens poderá causar prejuízos a terceiros estranhos ao procedimento.

CASAMENTO - ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS - POSSIBILIDADE JURÍDICA - INTELIGÊNCIA DO § 2º, DO ART. 1.639, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. É admissível alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros. Súmula: DERAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0704.01.007839-9/001(1) Precisão: 100. Relator: BELIZÁRIO DE LACERDA Data do Julgamento: 16/08/2005 Data da Publicação: 27/09/2005.

DIREITO CIVIL - ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS - CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Se à época do casamento adotava-se o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não se pode pretender, em razão da ressalva expressa do art. 2.039 do Novo Código Civil, que o disposto no art. 1.639, § 2º, do mesmo diploma legal, alcance as relações patrimoniais relativas aos casamentos celebrados em data anterior à sua vigência. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0024.03.182864-3/001(1) Precisão: 9 Relator: WANDER MAROTTA

⁵⁵ Assim estabelece o art. 1.639, § 2º, do NCC: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

Data do Julgamento: 24/08/2004 Data da Publicação: 20/10/2004.

Direito Civil - Modificação de Regime de Bens - Casamento Celebrado na Vigência do Código Civil Anterior - Impossibilidade Jurídica do Pedido - Recurso Improvido. Número do processo: 1.0000.00.347688-4/000(1) Precisão: 77 Relator: AUDEBERT DELAGE Data do Julgamento: 20/11/2003 Data da Publicação: 3/02/2004.

Retificação para acrescer ao nome o patronímico do outro cônjuge

Estabelece o art. 1.565, § 1º, do NCC que qualquer dos nubentes poderá acrescer ao seu o patronímico do outro. No entanto, o momento para o referido requerimento é o da celebração do casamento sob pena de preclusão.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE CASAMENTO. ACRÉSCIMO DE PATRONÍMICO DO MARIDO AO NOME DA ESPOSA MUITO APÓS O CASAMENTO. ERRO. AUSÊNCIA. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA. IMUTABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra é a inalterabilidade do registro civil (prenome e patronímico), somente excepcionada em casos que a justifiquem, não admitindo a modificação por questão de ordem pessoal ou religiosa. 2. Não estando configurados os requisitos legais para a alteração de registro civil, torna-se inviável a pretensão, em razão do princípio da imutabilidade consagrado na Lei nº 6.015/73. 3. Nega-se provimento ao recurso. Número do processo: 1.0335.06.004712-3/001(1) Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI Relator do Acórdão: CÉLIO CÉSAR PADUANI Data do Julgamento: 22/11/2007 Data da Publicação: 6/12/2007.

Estabelecia o parágrafo único do art. 240 do Código Civil de 1916 que “A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido”. O referido dispositivo encontra correspondência no § 1º do art. 1.565 do NCC: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”. Logo, extrai-se da lei que o(a) contraente poderá acrescer ao seu o patronímico do outro cônjuge, mas não poderá suprir o sobrenome de sua família, o que configuraria flagrante violação ao disposto no art. 56 da LRP. Os dois dispositivos devem ser analisados em conjunto.

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. PRELIMINAR. DESERÇÃO. REJEIÇÃO. PREPARO RECURSAL. INEXISTÊNCIA. DISPENSA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEFERIMENTO. SOBRENOME. SUPRESSÃO. REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA. IMUTABILIDADE. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Não pode ser exigido o preparo prévio recursal, nem julgar-se deserto o recurso, pela parte que não teve analisado seu pedido de assistência judiciária, a fim de proporcionar, na instância revisora, o reexame dessa decisão. Tal benefício deve ser deferido, quando afirmado, pelo requerente, sua impossibilidade de solver as

custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou da família. 2. A regra é a inalterabilidade do registro civil (prenome e patronímico), somente excepcionada em casos que a justifiquem. Os autores pátrios trazem algumas destas hipóteses, dentre as quais, a possibilidade de homônimo ou o fato de o indivíduo ser conhecido no meio em que vive por outro nome, erro de grafia, ou exposição ao ridículo, não podendo ser alterado por questão de ordem pessoal ou religiosa. 3. Não estando configurados os requisitos legais para a alteração de registro civil, torna-se inviável a pretensão, em razão do princípio da imutabilidade consagrado na Lei nº 6.015/73. Não pode a lei basear-se em sentimentos. Se assim o fizer, cairá no vazio o princípio nela insculpido, pois qualquer pessoa insatisfeita com o próprio nome poderá requerer a sua modificação. 4. Rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0344.03.010187-9/001(1) Precisão: 10 Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI Data do Julgamento: 24/11/2005 Data da Publicação: 29/11/2005.

HABILITAÇÃO DE CASAMENTO. IMPUGNAÇÃO PELA REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APELAÇÃO. RECURSO DE QUE NÃO SE CONHECE. ART. 67, § 2º, DA LEI nº 6.015/73. Não se conhece de apelação interposta pelo representante do Ministério Público de decisão por meio da qual o juiz habilita casamento, por força do disposto no art. 67, § 2º, da Lei nº 6.015/73. CASAMENTO. RETIFICAÇÃO DE PATRONÍMICO. SUBSTITUIÇÃO DO SOBRENOME DO PAI PELO DO MARIDO. IMPUGNAÇÃO PELA REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Não pode a mulher, ao se casar, substituir o patronímico de seu pai pelo do marido, uma vez que o disposto no art. 240 do Código Civil diz respeito à faculdade de acrescentar o sobrenome do marido, e não à sua substituição. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR. Número do processo: 1.0000.00.301717-5/000(1) Precisão: 10 Relator: FERNANDO BRÁULIO Data do Julgamento: 16/10/2003 Data da Publicação: 19/03/2004

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - PEDIDO PARA SUPRESSÃO DO NOME DE FAMÍLIA E SUBSTITUIÇÃO PELO PATRONÍMICO DO ESPOSO. - Em regra, o nome é composto do prenome, seguido do apelido de família, donde colidir com as diretrizes da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) a pretensão de que seja eliminado o sobrenome indicativo da filiação para substituição do nome do esposo. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. Número do processo: 1.0024.05.580271-4/001(1) Precisão: 9 Relator: SILAS VIEIRA Data do Julgamento: 1/09/2006 Data da Publicação: 1/11/2006.

AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO MARIDO - ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO E INCÔMODO, PELO FATO DE ASSEMBELHAR-SE A UMA MARCA DE BEBIDA E POR POSSUIR NOME E SOBRENOME EXTENSOS NECESSITANDO, POR ISSO, ABREVIÁ-LOS SEMPRE - IMPOSSIBILIDADE - HIPÓTESES QUE NÃO EXPÕEM A AUTORA

A UMA SITUAÇÃO VEXATÓRIA - AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0000.00.306696-6/000(1) Precisão: 5 Relator: JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES Data do Julgamento: 3/06/2003 Data da Publicação: 22/08/2003.

4.3.3.4 - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE ÓBITO

É cabível a retificação do assento de óbito conforme estabelece o art. 109 da Lei nº 6.015/73.

Nesse caso, o interessado deverá instruir o procedimento com certidões que comprovem os erros e as omissões, como, por exemplo, no caso de omissão do declarante do óbito quanto à existência de filhos do falecido ou certidões que comprovem a existência de bens e direitos deixados pelo morto. Em tais situações, por vezes esdrúxulas, é de todo recomendável que o Órgão de Execução requiera ao juízo a designação de Audiência de Instrução e Julgamento, porquanto, por vezes, a simples prova documental não é suficiente para a formação da convicção do Promotor de Justiça, resolvendo-se tal lacuna por meio da dilação probatória em audiência, que, na maioria das vezes, supre as dúvidas existentes e propicia a entrega da prestação jurisdicional.

4.3.3.5 - RETIFICAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE CIDADANIA ESTRANGEIRA

Nos procedimentos de retificação de certidão (nascimento ou casamento) para obtenção de cidadania estrangeira, deverá o Promotor de Justiça verificar se a parte interessada possui legitimidade, eis que assim estabelece o art. 3º do Código de Processo Civil: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Sendo assim, deverá o Promotor de Justiça realizar um rígido controle da petição inicial, uma vez que o pedido poderá repercutir no assentamento de terceiros ocorrendo, inclusive, prejuízos.

Portanto, na eventualidade de realização de retificação no assentamento de terceiras pessoas estranhas ao pedido, não obstante a publicação de editais, a sua participação é imprescindível, por importar em flagrante prejuízo ao direito da personalidade.

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - ALTERAÇÃO DO NOME DOS ASCENDENTES COM VISTAS À OBTENÇÃO DE DUPLA CIDADANIA - DESCENDENTES - NECESSIDADE DE QUE SEJAM OUVIDOS TODOS OS INTERESSADOS. Para que se proceda à retificação não só nos registros civis dos autores, mas também de seus ascendentes, com vistas à obtenção de cidadania estrangeira, devem ser ouvidos todos os interessados, alheios ao presente procedimento. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0024.06.090252-5/001(1)

Precisão: 15 Relator: EDILSON FERNANDES. Data do Julgamento: 17/04/2007 Data da Publicação: 4/05/2007.

RETIFICAÇÃO DE ASSENTAMENTO DE REGISTRO CIVIL - ALTERAÇÃO DA GRAFIA DE PATRONÍMICO FAMILIAR DE ASCENDENTES - REQUERIMENTO DE CIDADANIA ITALIANA - COMPROVAÇÃO DA ASCENDÊNCIA - LEGITIMIDADE DA REQUERENTE - MINISTÉRIO PÚBLICO - RECURSO - IMPROVIMENTO. A obtenção de cidadania estrangeira é motivo justificado para o pedido de retificação às margens de assentamento de registro, mormente se amparado por documentos que comprovam a ascendência e a alteração da grafia original de prenomes e do patronímico familiar da requerente. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0000.00.233195-7/000(1) Precisão: 10 Relator: ORLANDO CARVALHO Data do Julgamento: 14/05/2002 Data da Publicação: 17/05/2002 Apelação. Jurisdição Voluntária. Retificação Em Registro Civil. Filha. Alteração do Nome do Genitor Falecido. Direito Personalíssimo. Ilegitimidade. VV. REGISTRO CIVIL. RETIFICAÇÃO. ASCENDENTE. DESCENDENTE. CIDADANIA ESTRANGEIRA. O descendente tem legitimidade para postular a retificação nos registros civis de seus ascendentes, com vistas à obtenção de cidadania estrangeira. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR. Número do processo: 1.0105.04.135655-8/001(1) Precisão: 35 Relator: MANUEL SARAMAGO Data do Julgamento: 6/10/2005 Data da Publicação: 4/11/2005.

4.3.3.6 – RETIFICAÇÃO PARA INCLUSÃO DE NOME DE FAMÍLIA DE PADRASTO OU MADRASTA

A Lei nº 11.924 de 17 de abril de 2009 incluindo o § 8º ao artigo 57 da Lei nº 6.015/73, possibilitou ao enteado ou a enteada adotar o nome de família do padrasto ou da madrastra.

Eis o que estabelece o § 8º do art. 57 da Lei nº 6.015/73:

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrastra, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Cumpre destacar, que o órgão de execução, na qualidade de *custos legis* deverá requer as certidões enumeradas no item 4.3.3, a fim de se comprovar a idoneidade do interessado, prevenindo-se, assim, o risco de lesão a direitos e interesses de terceiros interessados.

4.3.4 – CONSTITUIÇÃO DE REGISTRO

Até o advento da Lei nº 11.790, de 2 de outubro de 2008, a constituição do registro de nascimento realizada fora do prazo legal deveria ser precedida de autorização do juiz competente do local da residência do interessado.

No entanto, com a entrada em vigor de referido diploma legal, o registro tardio de nascimento deverá se dar diretamente no Serviço do Registro Civil das Pessoas Naturais da residência do interessado, não havendo mais que se falar em autorização judicial, nem tampouco em manifestação do órgão de execução.

4.3.5 – REGISTRO DE ÓBITO TARDIO

Ocorrendo a necessidade de constituição do registro de óbito tardio, deverá o interessado requerê-lo no local de falecimento do extinto, conforme estabelece a Lei nº 6.015/73⁵⁶, juntamente com as certidões negativas do suposto local de falecimento e de sepultamento, sem prejuízo de outras certidões.

4.3.6 – RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE (LEI Nº 8.560/92)

Estabelece o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 8.560/92⁵⁷ que fica ressalvado o direito à averbação da alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho, eis que é garantido aos filhos o direito à qualificação conforme estabelece o art. 227, § 6º, da CF/88⁵⁸ combinado com o art. 16 do novo Código Civil.

4.4 – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Estabelece o art. 212 da Lei nº 6.015/73⁵⁹ que o interessado poderá optar pelo procedimento de retificação de área judicial ou extrajudicialmente.

⁵⁶ Assim estabelece o art. 77 da Lei nº 6.015/73: “Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte”.

⁵⁷ Assim estabelece o art. 3º da Lei 8.560/92: “É vedado legítimar e reconhecer filho na ata do casamento. Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho”.

⁵⁸ Assim estabelece o § 6º do art. 227 da CF/88: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁵⁹ Assim estabelece o art. 212 da Lei nº 6.015/73: “Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial. Parágrafo único. A opção pelo procedimento administrativo previsto no art. 213 não exclui a prestação jurisdicional, a requerimento da parte prejudicada”.

4.4.1 – PROCEDIMENTO JUDICIAL

4.4.1.1 – PROCEDIMENTO PARA RETIFICAÇÃO DE ÁREA

No procedimento judicial para retificação de área, exige-se o cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Lei nº 10.931/2004, que deu nova redação à Lei nº 6.015/73.

Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004

Nos casos de retificação do registro imobiliário, além do cumprimento dos requisitos genéricos, como, por exemplo, descrição do imóvel, indicação de divisas, citação dos confrontantes, apresentação do registro, entre outros, a Lei nº 10.931/04⁶⁰ es-

⁶⁰ Assim estabelece o art. 49 da Lei nº 10.931/04: “A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação: I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de: a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; b) indicação ou atualização de confrontação; c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial; d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais; e) alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro; f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação; g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas; II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), bem assim pelos confrontantes. § 1º Uma vez atendidos os requisitos de que trata o caput do art. 225, o oficial averbará a retificação. § 2º Se a planta não contiver a assinatura de algum confrontante, este será notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, para se manifestar em quinze dias, promovendo-se a notificação pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação do Oficial de Registro de Imóveis, pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la. § 3º A notificação será dirigida ao endereço do confrontante constante do Registro de Imóveis, podendo ser dirigida ao próprio imóvel contíguo ou àquele fornecido pelo requerente; não sendo encontrado o confrontante ou estando em lugar incerto e não sabido, tal fato será certificado pelo oficial encarregado da diligência, promovendo-se a notificação do confrontante mediante edital, com o mesmo prazo fixado no § 2º, publicado por duas vezes em jornal local de grande circulação. § 4º Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação. § 5º Findo o prazo sem impugnação, o oficial averbará a retificação requerida; se houver impugnação fundamentada por parte de algum confrontante, o oficial intimará o requerente e o profissional que houver assinado a planta e o memorial a fim de que, no prazo de cinco dias, se manifestem sobre a impugnação. § 6º Ha-

tabeleceu novos requisitos legais para a efetivação da retificação. Portanto, no caso da ausência de tais requisitos, deverá o Promotor de Justiça requerer as seguintes diligências: notificação dos confrontantes, intimação do Oficial do serviço de registro Imobiliário onde se encontra matriculado o imóvel, citação da Municipalidade, apresentação de planta e memorial descritivo e documento da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) referente ao profissional que os formulou (com autenticação bancária), juntada do título aquisitivo (judicial ou extrajudicial) e de certidão do registro geral de imóveis, além de outras no sentido da apresentação do parecer final de mérito. A notificação dos confrontantes poderá ser realizada através da via postal. Todavia, há que se estar atento que os avisos de recebimentos juntados aos autos deveram estar firmados pelos destinatários das citações. Caso isso não aconteça, a hipótese é de requerimento de re-

veno impugnação e se as partes não tiverem formalizado transação amigável para solucioná-la, o oficial remeterá o processo ao juiz competente, que decidirá de plano ou após instrução sumária, salvo se a controvérsia versar sobre o direito de propriedade de alguma das partes, hipótese em que remeterá o interessado para as vias ordinárias. § 7º Pelo mesmo procedimento previsto neste art. poderão ser apurados os remanescentes de áreas parcialmente alienadas, caso em que serão considerados como confrontantes tão-somente os confinantes das áreas remanescentes. § 8º As áreas públicas poderão ser demarcadas ou ter seus registros retificados pelo mesmo procedimento previsto neste art., desde que constem do registro ou sejam logradouros devidamente averbados. § 9º Independentemente de retificação, dois ou mais confrontantes poderão, por meio de escritura pública, alterar ou estabelecer as divisas entre si e, se houver transferência de área, com o recolhimento do devido imposto de transmissão e desde que preservadas, se rural o imóvel, a fração mínima de parcelamento e, quando urbano, a legislação urbanística. § 10 Entendem-se como confrontantes não só os proprietários dos imóveis contíguos, mas, também, seus eventuais ocupantes; o condomínio geral, de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do Código Civil, será representado por qualquer dos condôminos e o condomínio edilício, de que tratam os arts. 1.331 e seguintes do Código Civil, será representado, conforme o caso, pelo síndico ou pela Comissão de Representantes. § 11 Independe de retificação: I - a regularização fundiária de interesse social realizada em Zonas Especiais de Interesse Social, nos termos da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, promovida por Município ou pelo Distrito Federal, quando os lotes já estiverem cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de vinte anos; II - a adequação da descrição de imóvel rural às exigências dos arts. 176, § 3º e § 4º, e 225, § 3º, desta Lei. § 12. Poderá o oficial realizar diligências no imóvel para a constatação de sua situação em face dos confrontantes e localização na quadra. § 13 Não havendo dúvida quanto à identificação do imóvel, o título anterior à retificação poderá ser levado a registro desde que requerido pelo adquirente, promovendo-se o registro em conformidade com a nova descrição. § 14 Verificado a qualquer tempo não serem verdadeiros os fatos constantes do memorial descritivo, responderão os requerentes e o profissional que o elaborou pelos prejuízos causados, independentemente das sanções disciplinares e penais. § 15 Não são devidos custos ou emolumentos notariais ou de registro decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da administração pública.

alização das citações por meio de mandado, já que tal modalidade é de citação real, jamais presumida.

Deslocamento da Competência do Juízo de Registros Públicos

Caso haja apresentação de impugnação fundamentada, haverá o deslocamento da competência para as vias ordinárias, conforme estabelece a Lei nº 6.015/73⁶¹, com as modificações da Lei nº 10.931/04.

4.4.1.2 - PROCEDIMENTO PARA CANCELAMENTO DE ÔNUS

Nestes procedimentos, deverá o interessado fazer prova com as seguintes certidões: certidões de ônus de todos os serviços de registros imobiliários do local da matrícula do imóvel, do Cartório Distribuidor de Protestos, citação pessoal do credor ou herdeiro, sem prejuízo de outras certidões para a formação da opinião do Promotor de Justiça, como, por exemplo, certidão do distribuidor cível em nome do devedor.

Na atividade fiscalizadora de tal procedimento, a realização de citações editalícias⁶², quando não

⁶¹ Assim estabelece o art. 213 da Lei nº 6.015/73: “O oficial retificará o registro ou a averbação: [...] § 6º Havendo impugnação e se as partes não tiverem formalizado transação amigável para solucioná-la, o oficial remeterá o processo ao juiz competente, que decidirá de plano ou após instrução sumária, salvo se a controvérsia versar sobre o direito de propriedade de alguma das partes, hipótese em que remeterá o interessado para as vias ordinárias”.

⁶² Assim estabelecem os arts. do Código de Processo Civil: Art. 231. Far-se-á a citação por edital: I - quando desconhecido ou incerto o réu; II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; III - nos casos expressos em lei. § 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória. § 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

Art. 232. São requisitos da citação por edital: I - a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos ns. I e II do art. antecedente; II - a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão; III - a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver; IV - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, correndo da data da primeira publicação; V - a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis. § 1º Juntar-se-á aos autos um exemplar de cada publicação, bem como do anúncio, de que trata o nº II deste art.. § 2º A publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da Assistência Judiciária.

Art. 233. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do art. 231, I e II, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo. Parágrafo único. A multa reverterá em benefício do citando.

houver outro meio, é imprescindível, visto a possibilidade de eventual lesão a terceiros prejudicados, afastando, portanto, a alegação de eventual nulidade do procedimento.

4.4.1.3 - PROCEDIMENTO PARA CANCELAMENTO DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Se a pretensão do interessado versar sobre cancelamento de gravames que restrinjam a propriedade, como, por exemplo, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, não é competente o juízo de registros públicos, *ratione materiae* para a análise e o oferecimento da prestação jurisdicional, já que o registro encontra-se formal e materialmente perfeito, não havendo neste nenhuma incorreção ou omissão passível de análise por parte do Juízo Registral.

Nesse sentido, trago à baila os seguintes arestos:

Dada a especialidade das Varas de Registros Públicos, as demandas a serem por ela conhecidas devem versar a respeito de conflitos de interesses decorrentes do próprio ato registrário e não de causa determinadora do registro. Isto é, compete a esse juízo especializado dirimir os conflitos, quer na esfera administrativa e então exercendo o Magistrado a função de corregedor permanente das serventias extrajudiciais, quer na jurisdicional, em processos de jurisdição contenciosa ou voluntária, quando o ponto controvertido residir na regularidade formal do ato notarial atacado. Outrossim, quando a alteração ou cancelamento do registro surge como decorrência lógica da invalidação ou desconstituição do título que o determinou, o conhecimento da respectiva ação foge da esfera de competência da vara especializada e é determinada pelas regras normais fixadores de competência jurisdicional. Pensar-se de modo diverso significaria admitir ser competente a Vara de Registros Públicos para o conhecimento, por exemplo, de todas as ações que visassem a invalidação do negócio jurídico que implicasse a transmissão de bem imóvel, posto que, para a efetiva transferência de propriedade de bem imóvel, necessário o registro do título no cartório de registro de imóveis da circunscrição imobiliária competente. Isto, por óbvio, desvirtuaria a intenção do legislador em proporcionar uma melhor distribuição da Justiça ⁶³.

Se ataca única e exclusivamente o registro, em seus requisitos formais ou substanciais, a competência é do Juízo da Vara de Registros Públicos (art.73, § 1º, II, da ResP nº 61/75, com a redação dada pela LC nº 7.655/79).

Somente é competente a Vara de Registros Públicos para conhecer as demandas que versem sobre conflitos de interesses decorrentes do próprio ato registrário. ⁶⁴

⁶³ Ver: TJSP – Ccomp. 34.201-0/1 – Câ. Especial – RT 741/246-7, voto do Des. Dirceu de Mello.

⁶⁴ Ver: TJSP – Ccomp. 34.201-0/1 – Câ. Especial – RT

PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS – IMÓVEL RECEBIDO POR TESTAMENTO – INCOMPETÊNCIA DO TJMG. Não se tratando de ação relativa à sucessão ou ao registro público em si, ou seja, não havendo discussão sobre a validade jurídica ou formal e nem sobre alguma espécie de irregularidade ou vício do ato registrado, a competência para apreciar e julgar o recurso interposto contra a decisão proferida em pedido de revogação de cláusulas restritivas gravadas em imóvel recebido por sucessão testamentária, com base na vontade das partes é do *eg.* Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Declinar da competência.⁶⁵

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CLÁUSULAS DE IMPENHORABILIDADE, INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE GRAVAME SOBRE IMÓVEL DOADO. CAUSA QUE NÃO TRATA DIRETAMENTE DE REGISTRO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO ART. 106, II, “D”, DA CONSTITUIÇÃO MINEIRA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS PARA CONHECER E JULGAR O RECURSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 108, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.^{66,67}

Registro de Imóveis. Cancelamento na via administrativa com declaração de falsidade do título que o determinou. Inadmissibilidade. O cancelamento que pode ser determinado em processo administrativo é o de registro nulo de pleno direito, não o que decorre de nulidade ou falsidade do título que o originou, mormente quando tal já produzia todos os efeitos, ensejando novos registros material e formalmente perfeitos que não são atingidos pelo cancelamento.⁶⁸

4.5 - PROCEDIMENTO DE DÚVIDA

No exercício das atribuições dos oficiais registradores, a eles cabe perquirir sempre as regularidades intrínsecas e extrínsecas do título, indagando sobre a legalidade desse, como *vero fiscal* que é, ainda que este tenha sido originado do Poder Judiciário, o que, por si só, não lhe confere livre ingresso ao fôlio real sem análise e cumprimento dos requisitos legais. Portanto, caso haja pendência ou a existência de alguma exigência por ele formulada, sua indicação por escrito é obrigatória.

Na eventualidade de o apresentante não se conformar com a exigência formulada ou na impossibilidade de seu cumprimento, poderá requerer

741/246-7.

⁶⁵ Ver: TJMG, Processo nº 1.0105.02.068467-3/001, 28/11/2003. Rel. Des. Eduardo Andrade

⁶⁶ Ver: TJMG, Apelação Cível nº 1.0000.00.305167-9/000 – Comarca de Uberlândia. Rel. Des. Brandão Teixeira

⁶⁷ No mesmo sentido: Apelação Cível nº 0305166-9, 1ª Câmara Cível do TAMG, Juiz de Fora, Rel. Des. Vanessa Verdolim Andrade. j. 06.06.2000, unânime; Ap. Cível nº 1.0000.00.316511-5/000 - Comarca de Belo Horizonte. 19/09/2003. Rel. Des. Brandão Teixeira.

⁶⁸ Ver: Ac. unân. da 1ª T. do STF, RE 90.530-RJ, rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ, 94:345.

ao oficial a suscitação da dúvida.⁶⁹ Dessa forma, a dúvida é procedimento de natureza administrativa, cujo requerimento deverá ser formulado pelo apresentante do título ao oficial. É vedada ao oficial a suscitação de dúvida *ex officio*.

4.5.1 - DÚVIDA NÃO IMPUGNADA

O prazo para impugnação é de quinze dias e corre a partir da notificação feita pelo oficial.

Sendo assim, caso a parte permaneça inerte, os autos irão imediatamente ao juiz, para que este decida, independentemente de manifestação do Ministério Público, eis que sua manifestação é exigida apenas na hipótese de impugnação, conforme estabelece a Lei nº 6.015/73⁷⁰.

4.5.2 - DÚVIDA IMPUGNADA

Por ser o oficial *vero fiscal* do título, portanto, aquele que inquire acerca dos requisitos legais, deverá o Promotor de Justiça analisar caso a caso, orientado pelos princípios do direito emanados da Lei nº 6.015/73⁷¹

4.5.3 - DÚVIDA INVERSA

A dúvida inversa, aquela deflagrada pelo próprio apresentante do título, não é mais prevista no ordenamento jurídico, visto que não atende ao que estabelece o art. 198 da Lei nº 6.015/73. Todavia, há entendimento do sentido de admiti-la por recusa do registrador em suscitá-la, apesar de requerida. Não havendo recusa e sendo ajuizada dúvida inversa, a pretensão afigura-se como juridicamente impossível.

⁶⁹ Assim estabelece o art. 198 da Lei nº 6.015: “Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indica-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte: I - no Protocolo, anotará o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida; II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas; III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias; IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título”.

⁷⁰ Assim estabelece o art. 199 da Lei nº 6.015/73: “Se o interessado não impugnar a dúvida no prazo referido no item III do art. anterior, será ela, ainda assim, julgada por sentença”.

⁷¹ Princípios enumerados por Afrânio de Carvalho na obra Registro de Imóveis: princípio de inscrição, princípio de presunção e de fé pública, princípio de prioridade, princípio de especialidade, princípio de legalidade, princípio de continuidade e princípio de instância.

4.5.4 - DÚVIDA *EX OFFICIO*

Mutatis mutandis, a dúvida de ofício assemelha-se à dúvida inversa, entretanto, neste caso, o oficial deflagra a dúvida não obstante a ausência do requerimento do apresentante do título.

4.6 – HIPÓTESE DE NÃO RETIFICAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA ATRAVÉS DE PROVOCAÇÃO DO JUÍZO REGISTRAL

Não se retifica escritura pública senão por outra escritura pública, visto que não há, no ordenamento jurídico, procedimento ou ação judicial que importe na referida retificação.

A Lei nº 6.015/73 não se aplica aos notários, uma vez que esses não desempenham atividades de natureza registral.

Portanto, não se retifica escritura pública por meio de mandamento judicial. A solução, no caso da pretensão de retificação de escritura pública, surge com a realização de outra, de rerratificação, entre as mesmas partes ou entre os seus herdeiros e sucessores.

4.7 – PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

4.7.1 – ASPECTOS GERAIS

Estabelece o novo Código Civil quais são os documentos necessários para a habilitação para o casamento:

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: I – certidão de nascimento ou documento equivalente; II – autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; III – declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; IV – declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; V – certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Poderá o contraente celebrar o casamento por procuração⁷², por meio de instrumento público⁷³, com

⁷² NCC, art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.

⁷³ NCC, art. 1.542, § 4º Só por instrumento público se poderá revogar o mandato.

poderes especiais, respeitada a validade⁷⁴ do mandato.

No nosso modesto entendimento, as certidões de nascimento ou casamento dos nubentes não precisam encontrar-se atualizadas, o que representa gasto desnecessário aos interessados. A declaração dos contraentes firmadas pelos nubentes apresenta o condão de responsabilizá-los legalmente por qualquer dado inverídico nela aposto.

4.7.2 – TRASLADAÇÃO

A trasladação⁷⁵ é ato superveniente ao registro. Portanto, deverá guardar estreita consonância com o documento que ensejou a sua realização. Em suma, se o documento que deu causa à transcrição contiver erro, por incrível que possa parecer, a transcrição conservará o erro existente. A solução para tal problema é a retificação do documento causal a ser realizada nas repartições consulares ou nos órgãos estrangeiros onde foi realizado o registro. Posicionamento diverso redundaria em divergência entre o documento causal e a sua transcrição, prejudicando a transparência imprescindível que deve nortear os registros públicos.

Na eventualidade de os registros serem realizados sob a égide de legislação alenígena, não é permitido aos interessados requerer, por ocasião da transcrição, a alteração de quaisquer dados, como, por exemplo, a supressão ou a inserção de patronímicos, tendo em vista o princípio do *locus regit ac-*

⁷⁴ NCC, art. 1.542, § 3º A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.

⁷⁵ LRP, art. 32. "Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular. § 1º Os assentos de que trata este art. serão, porém, trasladados nos cartórios de 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no País, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores. § 2º O filho de brasileiro ou brasileira, nascido no estrangeiro, e cujos pais não estejam ali a serviço do Brasil, desde que registrado em consulado brasileiro ou não registrado, venha a residir no território nacional antes de atingir a maioridade, poderá requerer, no juízo de seu domicílio, se registre, no livro "E" do 1º Ofício do Registro Civil, o termo de nascimento. § 3º Do termo e das respectivas certidões do nascimento registrado na forma do parágrafo antecedente constará que só valerão como prova de nacionalidade brasileira, até quatro (4) anos depois de atingida a maioridade. § 4º Dentro do prazo de quatro anos, depois de atingida a maioridade pelo interessado referido no § 2º deverá ele manifestar a sua opção pela nacionalidade brasileira perante o juízo federal. Deferido o pedido, proceder-se-á ao registro no livro "E" do Cartório do 1º Ofício do domicílio do optante. § 5º Não se verificando a hipótese prevista no parágrafo anterior, o oficial cancelará, de ofício, o registro provisório efetuado na forma do § 2º".

tum, por meio do qual se respeita a parametrização legal existente no país estrangeiro.

Enumera Walter Ceneviva⁷⁶ os seguintes elementos probantes indispensáveis à transladação de casamento estrangeiro indicados pelo Curador José Carlos de Camargo Ferraz: a) certidão estrangeira do casamento, no original, legalizada pelo cônsul brasileiro no país de origem. A firma do cônsul deve ser reconhecida no Brasil, seja na Delegacia do Ministério da Fazenda, seja no serviço notarial; b) tradução oficial da certidão estrangeira (tradutor juramentado); c) certidão de nascimento de inteiro teor, atualizada (três meses), do cônjuge brasileiro, para que se verifiquem possíveis averbações anteriores ao casamento no estrangeiro; d) cédula de identidade de estrangeiro do cônjuge alienígena e seu passaporte, quando daquela não conste seu estado civil; e) prova de residência dos requerentes (conta de água, luz, telefone).

Certidão de Nascimento – Nascimento no estrangeiro – Transcrição do assento – “A transcrição do assento de nascimento ocorrido no estrangeiro é feito uma vês só, no Cartório do 1º Ofício do domicílio do interessado ou do Distrito Federal, e não tantas vezes quantas pretende ele por ter mudado de país” (Ac. na *Rev. Forense*, XCIX/276).⁷⁷
Certidão estrangeira – Efeitos no Brasil – Transcrição – “Quando o interessado quiser que o feito no estrangeiro produza no país certos efeitos deve requerer a transcrição da certidão. Se o assento é tomado nos termos da lei do lugar a certidão desse assento é que legalizada servira para a transcrição” (Ac. na *Rev. Forense*, LXXXVII/703).⁷⁸

4.7.3 – NUBENTE ESTRANGEIRO

Na hipótese de um dos contraentes ser estrangeiro, caso é de se traduzir a sua certidão por tradutor público juramentado, aplicando-se a regra do art. 148⁷⁹ da Lei nº 6.015/73, c/c o art. 157⁸⁰ do Código de Processo Civil. Ademais, deverá o Curador requerer a apresentação de “[...] passaporte traduzido ou acompanhado de atestado passado pela

⁷⁶ in *Lei de Registros Públicos Comentada*.

⁷⁷ ROCHA, Osiris. *Curso de direito internacional privado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 209.

⁷⁸ ROCHA, op. cit., p. 209.

⁷⁹ Assim estabelece o art. 148 da LRP: “Os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade. Para produzirem efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão, entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução, o que, também, se observará em relação às procurações lavradas em língua estrangeira.”

⁸⁰ Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado.

autoridade consular de seu país de origem”, ensina Walter Ceneviva⁸¹. Enumeramos, ainda, a apresentação de declaração expedida pelo Departamento de Polícia Federal, que informará acerca da legalidade do estrangeiro em território nacional, a fim de fiscalizar sua regularidade no país, sendo de competência da Justiça Federal conhecer e julgar eventuais irregularidades.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO PARTICULAR. ESTRANGEIRO. PERMANÊNCIA IRREGULAR NO TERRITÓRIO NACIONAL. 1. A competência da Justiça Federal justifica-se quando a falsidade constitui meio empregado para a permanência de estrangeiro em território brasileiro (art. 109, X, CF/88). 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara de São Bernardo do Campo, o suscitado. CC 25155 / SP CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1999/0009506-5 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 13/10/1999 Data da Publicação/Fonte DJ 16/11/1999 p. 178 LEXSTJ vol. 128 p. 272

4.7.4 – PROCURAÇÃO NO ESTRANGEIRO

Como já analisado anteriormente, é permitida a habilitação e a celebração do casamento por procuração. Por razões diversas, o nubente estrangeiro, ocasionalmente, não se encontra no país, na maioria das vezes, em razão de algum impedimento que o impeça de permanecer em território nacional, como, por exemplo, quando seu visto expira. A procuração realizada no estrangeiro, por razões óbvias, cria a presunção de que aquele nubente não mais se encontra no país, devendo ser aceita pelo curador de registros.

4.7.5 – PROCURAÇÃO EM TERRITÓRIO NACIONAL

Problema que por vezes surge, refere-se a estrangeiro que se encontra em situação irregular no país. Não raras são as situações, em que aquele outorga procuração em território nacional e alega que se encontra fora do país. Forçoso é de se concluir que, se o mandato foi outorgado em nosso país, o estrangeiro aqui se encontra, tratando-se, em verdade, de mera tentativa de burlar a lei em razão dos já mencionados impedimentos os quais possam impedir a sua permanência aqui. Nesses casos, o Curador de Registros Públicos deverá tomar especial atenção e, tendo dúvidas, requerer a juntada de Declaração do Departamento de Polícia Federal, inquirendo sobre sua entrada e saída no país, bem como sobre a legalidade de sua permanência, caso o estrangeiro se encontre em nosso país.

⁸¹ CENEVIVA, op. cit., p. 152.

4.7.6 – A DESNECESSIDADE DE EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL DE PROCLAMAS NO RESPECTIVO CONSULADO DO NUBENTE ESTRANGEIRO

Torna-se absolutamente desnecessária a publicação de edital de proclamas no consulado do nubente estrangeiro. Isso se justifica pelo princípio da nacionalidade, consubstanciado no fato de que um Estado exerce jurisdição sobre os seus nacionais. Na essência, como corolário lógico da exclusividade da competência territorial, não é dado a um Estado o poder de exercer sua jurisdição dentro do território de outro Estado. Levando-se em consideração que o Consulado é território estrangeiro, impossível a exigência do cumprimento da lei brasileira para a publicação de edital de proclamas em sua jurisdição.

4.8 - AVERBAÇÕES

4.8.1 – ATOS REALIZADOS SOB A ÉGIDE DA LEI ESTRANGEIRA

Os casamentos, nascimentos e óbitos celebrados no estrangeiro devem guardar estreita obediência à lei estrangeira. Assim estabelece o art. 32, *caput*, da Lei nº 6.015/73: “Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos [...]”.

Portanto, eventuais retificações não ocorrerão na Vara de Registros Públicos, uma vez que a lei do local do fato o regulará e não a brasileira, por aplicação do princípio *locus regit actum*.

Retificação de Registro Civil - Registro lançado no exterior - Submissão ao princípio *locus regit actum* - Incompetência da Vara de Registros Públicos. Sendo o Registro Civil de Nascimento do Autor lançado no exterior, a ele se aplica o princípio *locus regit actum*, disposto no art. 13, da LICC, segundo o qual a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigora, não tendo o Código Civil em vigor afastado o preceito, bem como o art. 32, da Lei nº 6.015/73. SÚMULA: DERAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0024.06.244321-3/001(1) Relator: JARBAS LADEIRA Relator do Acórdão: JARBAS LADEIRA Data do Julgamento: 4/12/2007 Data da Publicação: 18/12/2007.

Assim, ocorrendo o registro do título alienígena, a lei do lugar dos assentos regulará os elementos formais, não cabendo ao oficial registrador perquirir sobre os mesmos interessando ao oficial.

Afirma Walter Ceneviva que:

I – assento estrangeiro autêntico, no sentido de verdadeiro e assim documentalmente expresso;
II – assento conforme a lei do lugar, pois, na espécie, prepondera o preceito *locus regit actum*;
III – certidão correspondente ao assento legaliza-

da no Brasil, o que compreende: a) firma do serventuário estrangeiro reconhecida no consulado brasileiro do lugar do registro; b) firma do cômulo reconhecida no Ministério das Relações Exteriores do Brasil ou na repartição fiscal federal do Estado; c) documento estrangeiro, traduzido em vernáculo por tradutor juramentado; d) transcrição do documento e da tradução no registro de títulos e documentos (art. 129, § 6º).⁸²

4.8.2 – ATOS REALIZADOS NO CONSULADO

Na hipótese de realização de registro no estrangeiro por cônsul do Brasil, este se submete à legislação brasileira, preleciona Walter Ceneviva: “O cônsul brasileiro tem funções de notário e de oficial do registro civil com a mesma fé pública que a estes se atribui, quando no exercício da função (Convenção de Viena, em vigor no Brasil desde o Decreto nº 61.068/67)”.

Certidão de Nascimento – Legalização pelo Cônsul Brasileiro – “Certidão de registro de nascimento passada em país estrangeiro, para que produza fé, em Juízo, precisa ser competentemente legalizada pelo Cônsul brasileiro”. (Ac. na Rev. Forense, XXXIX/276).⁸³

4.9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Maria do Carmo de Toledo. **Parcelamento do solo urbano**: loteamento e desmembramento. Belo Horizonte: O Lutador, 2007.
- AFONSO, Maria do Carmo de Toledo. **Protesto de títulos e outros documentos de dívidas**. Belo Horizonte: O Lutador, 2006.
- AFONSO, Maria do Carmo de Toledo. **Serviços notariais e de registro**. Belo Horizonte: O Lutador, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentário à lei de registros públicos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1.
- CARVALHO, Afranio de. **Registro de imóveis**. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. Alfenas: Arte Gráfica Atenas, 2005.
- CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das sucessões, inventário e partilha**: teoria, jurisprudência e esquema práticos atualizados conforme a lei 11.441/07. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ⁸² CENEVIVA, op. cit., p. 84.
- ⁸³ ROCHA, op. cit., p. 209.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Registros Públicos**.

FAÉ, Roy Tadeu. **Vocabulário forense dos registros públicos**. Bauru: Edipro.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **A nova lei de investigação de paternidade: Lei nº 8.560, de 29/12/92**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

ROCHA, Osiris. **Curso de direito internacional privado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1.

5. ATUAÇÃO NO JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA E EXECUÇÕES FISCAIS⁸⁴

Procuradora de Justiça Nadja Kelly P. de Souza Miller

5.1 – INTRODUÇÃO

A atribuição do Órgão do Ministério Público perante os Juízos da Fazenda Pública e Execuções Fiscais é essencialmente *custos legis*, nos casos previstos em lei e, como tal, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de forma a assegurar o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, tanto os subjetivos materiais quanto os formais.

Nas ações de rito ordinário verifica-se a intervenção Ministerial, normalmente, nas seguintes hipóteses: a) na proteção dos interesses inerentes aos incapa-

zes; b) envolvam interesse público primário da Administração (art. 81 do CPC); c) mediante previsão legal, recepcionada pelo atual perfil constitucional do Ministério Público. No entanto, a atuação desta Promotoria é mais exigida nos remédios constitucionais: Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data* – estes últimos raramente manejados.

Nesses contornos, apresentamos alguns apontamentos de natureza prática, em ações mais presentes no dia-a-dia do Promotor de Justiça no exercício de tal atribuição.

5.1.1 - MANDADO DE SEGURANÇA⁸⁵

Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretório, cumpre ao autor demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito a ser protegido.

A nova legislação de regência, Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, consolidou as normas referentes ao mandado de segurança, contidas em leis esparsas, bem como ratificou, em parte, o pensamento jurisprudencial vigente.

Logo no seu artigo 1º acrescentou que os direitos amparados por *habeas data* não poderão ser objeto do mandado de segurança e dispôs expressamente “[...] que tanto pessoa física como jurídica são legitimados ativos”, em substituição à expressão “alguém” contida no art. 1º da Lei n.1533/51. Ainda no que tange à legitimação ativa, quanto ao titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, estabeleceu prazo (30 dias) para a impetração do mandado de segurança a favor do direito originário, quando notificado judicialmente, substituindo a expressão subjetiva “em prazo razoável” – art. 3º da Lei n. 12.016/09 (LMS). No parágrafo único estabeleceu que o exercício do direito do terceiro submete-se ao prazo decadencial fixado no artigo 23, que possui a mesma redação do antigo artigo 18, ou seja, de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Com fundamento no princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário, bem como no artigo 5º, inciso LXX, da Carta Federal, a jurisprudência vigente até a edição da nova LMS permitia que pessoas jurídicas defendessem o interesse de seus membros ou associados, fortalecendo, desse modo, as organizações classistas, independentemente de autorização expressa dos membros da associação ou do sindicato (Súmula n. 629 do STF), por cuidar-se de substituição processual, podendo o remédio heróico defender interesse apenas de uma parte da respectiva categoria (verbete 630-STF).

⁸⁴ Na primeira edição desta obra os autores da presente área foram Procuradores de Justiça Marco Paulo Cardoso Starling, Nadja Kelly Pereira de Souza Miller e Elvêzio Antunes de Carvalho Júnior e Promotores de Justiça Franklin Higino Caldeira Filho e Iraídes de Oliveira Marques.

⁸⁵ Texto revisado e atualizado pela redação da **nova Lei do Mandado de Segurança**, nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.

A Lei nº 12.016/2009 esposou esse pensamento jurisprudencial nos arts. 21 e 22, inclusive fixando os limites da coisa julgada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Repetindo dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (art. 104), estabeleceu que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, excluindo dos efeitos benéficos da coisa julgada o impetrante a título individual que não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

Por fim, ainda quanto ao mandado de segurança coletivo, a liminar somente poderá ser concedida após a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, devendo este se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Ao receber o feito, deve o Promotor oficiante zelar pela regular formação da relação processual, verificando a legitimidade ativa e passiva para o *mandamus*, bem como pugnano pela citação de eventual litisconsorte necessário.

A autoridade apontada como coatora deverá estar apta a desfazer a ilegalidade, caso reconhecida judicialmente, pena de se proferir comando judicial inexecutível. No dizer de Hely: “incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário⁸⁶”.

Não obstante, recomenda-se que a legitimidade passiva no mandado de segurança deve prescindir de rigor extremado, uma vez que nem sempre a complexa estrutura estatal propicia condições para identificar a autoridade coatora, pena de inviabilizar o direito ao livre acesso à Justiça.

Demais disso, a jurisprudência superior tem preempitoriamente advertido que se a autoridade impetrada limita-se a suscitar sua ilegitimidade passiva, apenas para provocar um desarrazoado imbróglio de competência, passando, logo em seguida, a tecer considerações meritórias, não faz desaparecer, como que por encanto, a sua característica de autoridade coatora, mormente quando *contesta* o mérito da impetração e não se verifica qualquer dificuldade no cumprimento da ordem liminar, situação que denota a capacidade da autoridade informante para desfazer o ato impugnado, especialmente cuidando-se de autoridade superior, sede onde se aplica a conhecida *teoria da encampação*.

Vale anotar que não cabe ao Juiz alterar de ofício o pólo passivo da relação processual, adentrando na vontade da parte, ainda que objetivando corrigir errônea indicação da autoridade dita coatora. Verificada a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, impõe-se a extinção do feito sem exame do mérito.⁸⁷

Ainda quanto à legitimação passiva, a Lei nº 12.016/09 equiparou às autoridades (aptas a responder pelo *mandamus*) os órgãos de partidos políticos, substituindo, lado outro, a qualificação “representantes” de pessoas jurídicas por “dirigentes”. Por fim, dispôs que “não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público, situação também já reconhecida pelos Pretórios”.

Antes de qualquer apreciação meritória, deve o Ministério Público verificar o Juízo competente para o writ, lembrando que a competência no caso se regula pela sede funcional da autoridade impetrada, bem como pela sua categoria, sendo, a propósito, pertinente o disposto no artigo 2º da nova LMS, que manteve maior parte da redação anterior, substituindo a expressão “ou pelas entidades autárquicas federais” pela expressão “ou entidade por ela controlada”. Portanto, irrelevante, para tal fito, a natureza do ato impugnado. Cuidando-se de competência absoluta, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC, deve ser declarada de ofício, anulando-se os atos decisórios e remetendo-se os autos ao juízo competente. Os casos de competência originária para o *mandamus* encontram-se previstos no artigo 106, I, c, da CE.

Tratando-se de impetração contra ato omissivo de autoridade em que haja prazo fixado para sua prática

⁸⁷ STJ –139045) PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CORREÇÃO *EX OFFICIO* PELO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Constatada a ilegitimidade passiva *ad causam* da única autoridade indicada como coatora, a extinção do mandado de segurança, sem julgamento de mérito, se impõe, não podendo o juiz, de ofício, corrigir o pólo passivo da demanda, redirecionando-a para o juízo competente.

2 - Recurso especial conhecido e provido. Extinção do *mandamus* decretada.

3 - Prejudicadas as demais alegações.

Decisão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Os Ministros Hamilton Carvalho, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator.

(Recurso Especial nº 242377/PE (1999/0115160-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 06.08.2002, DJ 26.08.2002, p. 318).

Referência Legislativa: Leg. Fed. Lei n. 5.869/73 - CPC-73 Código de Processo Civil, art. 267 Inc. VI (grifo nosso).

⁸⁶ In: **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais [s.d.].

ca, o dies a quo do prazo decadencial para a impetração é o dies ad quem para realização do mesmo. Nesse sentido tem decidido a Corte Superior:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO, CONCURSO PÚBLICO. LEI ESTADUAL 7.109/77 DE MINAS GERAIS. ATO OMISSIVO. PRAZO ESTABELECIDO EM LEI. DECADÊNCIA RECONHECIDA.

1. Quando a lei fixar prazo para a autoridade praticar o ato e a realização deste não depender de pedido do interessado, devendo ser praticado *ex officio*, o prazo para o requerimento do mandado de segurança começará a correr no dia em que terminar aquele prazo fixado na lei, pois aí começará o ato lesivo (Resp. nº 34.875/SP, Relator o Ministro Pedro Acíoli).

2. Precedente.

3. 'Recurso improvido' (ROMS 14.672/MG, Rel. Min. Paulo Galloti, 6ª Turma, DJ 03/12/2002).

Importante ressaltar que, dadas as repercussões cíveis e até criminais que podem ocorrer após o deslinde do feito, a notificação da autoridade dita coatora deve ser pessoal, não se admitindo, como não raro acontece, a simples entrega do mandado judicial na repartição pública com recebimento pelo servidor presente no momento da diligência. No dizer de Hely: "deferindo a inicial, o Juiz ordenará a notificação pessoal do impetrado [...]". Mais adiante reforça o Mestre:

as intimações aos advogados das partes serão feitas por publicação no órgão oficial, na forma comum, mas a notificação do julgado, para ser cumprido pelo impetrado, deve ser feita direta e pessoalmente ao coator. (In: Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas-Data". 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais).

Após as informações, em alguns casos, verifica-se a necessidade de formação de litisconsórcio necessário (antigo art. 19, da Lei nº 1533/51, e atual art. 24, da Lei nº 12.016/09), não pedido na inicial, porquanto eventual comando judicial favorável ao impetrante teria repercussão no patrimônio jurídico de terceiro, até aquele momento não integrante do processo. Nessa situação, deve o Promotor de Justiça oficiante requerer ao Juízo a regularização do feito, devendo o autor promover a citação do litisconsorte necessário, sendo certo que, nos termos da Súmula nº 631 do STF, *extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.*

Como é de curial sabença, a prova no mandado de segurança é pré-constituída, não se permitindo dilação probatória em sua via estreita, o que decorre da própria finalidade do remédio heróico, qual seja, proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*. O conceito de direito líquido

e certo é fundamentalmente processual e diz respeito aos fatos que devem ser provados de forma incontestável.

Isto não significa que pode o Juiz, com fundamento no artigo 10 da Lei nº 12.016/09, antigo artigo 8º da Lei nº 1.533/51, indeferir a inicial adentrando no mérito da impetração, situação que já vem se tornando corriqueira, embora repelida pelos Pretórios⁸⁸. Portanto, se o ato de autoridade impugnado é ilegal, ou não, trata-se de matéria a ser definida no momento em que o mérito for apreciado.

Pode ocorrer que o documento necessário à prova do alegado encontre-se em repartição pública ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo, hipótese prevista e solucionada no artigo 6º, §1º, da Lei nº 12.016/09, antigo art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, mediante ordem judicial de exibição.

Em alguns feitos, tem-se verificado, com razoável frequência, que o Juiz posterga a apreciação da liminar para após as informações, devendo o Ministério Público, nesses casos, zelar pela efetiva manifestação judicial a propósito do pleito urgente, uma vez que tal pronunciamento constitui direito subjetivo da parte. Aliás, pela redação do antigo artigo 7º, da LMS n. 1.533/51 e atual art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, a suspensão *ab ovo* do ato impugnado deveria ser apreciada pelo Juiz ao despachar a inicial, quando puder ser ineficaz a medida futura e houver relevante fundamento do pedido, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica (acréscimo da Lei nº 12.016/09).

Ainda preliminarmente, deve o membro do Ministério Público zelar pelo cumprimento do disposto no art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/09, ou seja: "[...] que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, en-

⁸⁸ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DA INICIAL ANTES DA INSTAURAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL - APRECIÇÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO - NULIDADE DA DECISÃO - INTERPRETAÇÃO QUE PRESERVA O REMÉDIO CONSTITUCIONAL EM TODA A SUA EXTENSÃO E PROFUNDIDADE. Se a matéria que fundamenta o indeferimento da inicial constitui o objeto litigioso do mandado de segurança e representa o seu substrato material, só podendo ser resolvida através de decisão de mérito, não é legítimo que o julgador examine as questões de direito no juízo prévio do "writ", antes da instauração da relação processual. "O aspecto processual não pode, em hipótese alguma, provocar distúrbio na aplicação de um instituto de natureza constitucional, destinado a proteger direitos e garantias individuais e coletivas. Dito de outra forma: na dúvida escolhe-se, sem dúvida, uma interpretação que prestigie a aplicação do remédio constitucional em toda a sua extensão e profundidade."

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.349081-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): GLEICE DA SILVA LOPES - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. GOUVÊA RIOS.

viando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito”. Esta medida já era exigida quando do deferimento de liminar, no artigo 3º, da Lei nº 4.348/64, com redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.910/04, situação que assume especial relevo por conta da legitimidade recursal, a par de possível pedido de suspensão da decisão.

A Lei nº 12.016/09 disciplinou, no art. 7º, §1º, que da decisão que conceder ou denegar a liminar caberá Agravo de Instrumento, entendimento já esposado na redação anterior deste Manual, embora parte da Jurisprudência fosse contrária a essa possibilidade. Afasta-se, assim, pretérita restrição pretoriana no sentido de que o Agravo, nesses casos, deveria ter como fundamento a existência ou não do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*⁸⁹.

Apesar de revogada a Lei nº 4.348/64, que dispunha que a decisão liminar e mesmo a sentença poderiam ter sua execução suspensa, a requerimento da pessoa jurídica interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, mediante pedido fundamentado dirigido ao Presidente do Tribunal competente, os seus dispositivos foram absorvidos pela nova Lei do Mandado de Segurança, uma vez que proibiu a execução provisória da sentença nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar – art. 14, §3º, e art 15.

É que a sentença concessiva do *mandamus*, embora sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, pode ser executada provisoriamente, lembrando-se que a apelação eventualmente interposta, no caso, não conta com efeito suspensivo. Todavia, *a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Su-*

⁸⁹ Relator: WANDER MAROTTA. Data do acórdão: 14/02/2006 Data da publicação: 24/03/2006. Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE A LIMINAR - CABIMENTO - INTIMAÇÃO DOS IMPETRADOS PARA A APRESENTAÇÃO DE CONTRA-MINUTA - IMPOSSIBILIDADE - ARTIGO 526, CPC - DESCUMPRIMENTO - AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO - OMISSÃO INEXISTENTE. REJEIÇÃO - ERRO MATERIAL. Segundo entendimento dominante do STJ, “o agravo de instrumento é o recurso cabível para atacar decisão de Juiz singular que concede ou não medida liminar, em mandado de segurança, quando o fundamento for a existência ou não do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”. (STJ - REsp 232909 / SP - Relator Ministro CASTRO MEIRA - SEGUNDA TURMA - j. 26/04/2005 - Data da Publicação/Fonte: DJ 01.07.2005, p. 459) Nos termos do parágrafo único do art. 526 do CPC, o agravado deve provar o descumprimento da exigência contida no “caput”, para o efeito de desconhecimento do recurso, o que aqui não ocorreu. Não implica contradição ou omissão o simples fato de a decisão ser contrária aos interesses da parte.

Súmula:

Ministério Público: Atuação Cível. REJEITARAM OS EMBARGOS. Proc. 1.0024.05.698760-5/002(1) (grifo nosso).

premo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração (Súmula 626 - STF).

Prevalecia o entendimento que a autoridade apontada como coatora não detinha legitimidade para defender, em grau de recurso, o ato impugnado. A legitimidade recursal pertenceria à pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence e que suportará os efeitos da decisão concessiva da segurança. A Jurisprudência excepcionava os casos em que a ordem mandamental ao reconhecer a prática de ilegalidade, com contornos de improbidade administrativa, pela autoridade impetrada, permitiria, em tese, o recurso da autoridade pública⁹⁰.

A Lei nº 12.016/09, colocando termo à sobriedade discussão, estendeu o direito de recorrer, expressamente, à autoridade coatora em seu art. 14, §2º.

Não obstante a existência de entendimento diverso, a legitimidade recursal do Ministério Público no *writ* deve ser ampla, ainda que denegada a segurança e inexistente recurso da parte impetrante, consoante orientação da Súmula nº 99, do STJ.

Nos casos em que a sentença se omite em relação ao duplo grau de jurisdição obrigatório, recomenda-se a interposição de embargos declaratórios, mormente quando o Promotor de Justiça oficiante concorda com mérito do *decisum*.

É de se ressaltar que o mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança, não possuindo, pois, efeitos patrimoniais pretéritos, conforme dispõe a Lei nº 5.021/66, tratando-se de matéria sumulada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 271.

Importante destacar que o prazo do Ministério Público para manifestação passou a ser de 10 (dez) dias e peremptório – art. 12, da Lei nº 12.016/09.

⁹⁰ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - ILEGITIMIDADE RECURSAL - AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. A autoridade coatora não possui interesse recursal, sendo parte ilegítima para irresignar-se com a decisão monocrática que deferiu a liminar, salvo em situações nas quais a concessão da ordem reconhece a prática por parte da autoridade coatora de uma ilegalidade, que em alguns casos poderá constituir improbidade administrativa, causando-lhe prejuízos, ou naqueles casos em que o ato ilegal foi praticado pelo Prefeito Municipal, que possui a qualidade de agente da pessoa jurídica de direito público, podendo representá-la em juízo. Como é a Fazenda Pública quem suporta os efeitos patrimoniais da decisão concessiva de liminar em mandado de segurança, cabe ao Município de Santos Dumont, representado pelo Sr. Prefeito, a legitimidade para recorrer, com a apresentação de eventual inconformismo com a decisão judicial.

AGRAVO Nº 1.0607.05.026890-5/001 - COMARCA DE SANTOS DUMONT - AGRAVANTE(S): DIRETOR SECRETARIA MUN. SAÚDE DESENV. SOCIAL SANTOS DUMONT - AGRAVADO(A)(S): MARCOS PAULO MANSUR DE SOUZA REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE SILVANE MANSUR DE SOUZA - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Dessa forma, verifica-se que algumas questões restaram firmadas, aclaradas, pela edição da Lei nº 12.016/09. Além das questões já abordadas, é mister citar:

1. não atendimento do mandado judicial caracteriza crime de desobediência (art. 26, da Lei nº 12.016/09);
2. quanto ao ato disciplinar – não há mais a vedação de impetração do mandado de segurança – já se entendia adequado o mandado de segurança não só quando o ato fosse praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial, mas também quando afrontasse a Constituição ou a lei, *v.g.*, punição não prevista em lei, falta de fundamentação, etc. ante a vedação ao Judiciário de adentrar no mérito do ato disciplinar; e,
3. denega-se o mandado de segurança nos casos previstos no art. 267 do CPC, mas a impetração poderá ser renovada neste caso - art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09.

5.1.2 - DA AÇÃO POPULAR

A ação popular é um remédio constitucional colocado à disposição de qualquer cidadão, objetivando obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, devendo concorrer para a sua procedência, simultaneamente, a *ilegalidade* do ato e a *lesividade* do patrimônio público.

Deve o Ministério Público cuidar para que a ação popular seja instrumento de defesa da coletividade, não se prestando ao amparo de interesses individuais.

Nos termos do art. 6º, da Lei nº 4.717/65, são legitimados passivos para a ação popular as pessoas indicadas no art. 1º na mencionada legislação de regência; as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado; as autoridades, funcionários ou administradores que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão e os *beneficiários diretos do ato lesivo*, razão pela qual impõe-se ao *Parquet* zelar pela correta formação da relação processual.

Importante questão exsurge quando o autor popular abandona o feito, dando causa à absolvição de instância prevista no artigo 9º da LAP e, após, a publicação dos editais ali previstos, não comparece qualquer cidadão objetivando promover o prosseguimento da presente ação.

Cumpra, nesses casos, verificada a ausência de qualquer cidadão interessado em dar prosseguimento ao feito, apreciar-se a possibilidade de o Ministério Público promover o prosseguimento da ação popular.

Pois bem.

O artigo 9º da LAP, fundamental para a momento da edição da ação popular (29/06/65), porquanto dotava o *Parquet* de importante instrumento para a defesa do interesse coletivo, razão pela qual alguns chegaram a defender a obrigatoriedade do prosseguimento pelo Ministério Público na hipótese de abandono pelo autor original, deve ser interpretado presentemente como uma faculdade, mormente tendo-se em conta o posterior ingresso no mundo jurídico da ação de improbidade administrativa – Lei nº 8.492/02, cujo objeto é mais amplo e adequado aos casos de lesão ao Patrimônio Público praticada por agentes públicos.

A propósito, a Lei nº 8.492/92 dispõe que o autor de ato de improbidade administrativa está sujeito ao ressarcimento integral do dano (*pedido normalmente na ação popular*), perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, além da proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais.

Nesse norte, tem-se que, não raro, o prosseguimento da ação popular pelo Ministério Público, longe de proteger o interesse público, somente iria beneficiar o agente público ao qual se imputa a prática de improbidade administrativa.

Não se afirma que o artigo 9º da LAP perdeu sua eficácia em relação ao *Parquet*, uma vez que, cuidando-se de faculdade conferida ao Ministério Público, deve-se, tendo em conta as peculiaridades do caso concreto e da prova já produzida, avaliar sobre a conveniência de sua aplicação, o que ocorre, *v.g.*, quando já realizada a instrução do feito ou a prova for somente documental, além daqueles casos em que o abandono do autor popular ocorrer na fase de execução, impondo, nesta última situação, o prosseguimento pelo Promotor de Justiça oficiante.

Com efeito, casos há em que o eventual prosseguimento pelo Ministério Público iria transformar a ação popular em verdadeiro inquérito civil, procedimento que evidentemente deve ser prévio à instauração da ação de improbidade, sem que se pudesse aplicar todas as sanções pertinentes, caso confirmada a prática de improbidade administrativa.

Vale anotar que a Corte Máxima de Minas Gerais já reconheceu cuidar o artigo 9º da Lei nº 4.717/65 de uma faculdade conferida ao Ministério Público⁹¹.

⁹¹ EMENTA: AÇÃO POPULAR - DESISTÊNCIA DO AUTOR - INTERESSE DE OUTRO CIDADÃO PARA DAR PROSEGUIMENTO AO FEITO - INEXISTÊNCIA - MINISTÉRIO PÚBLICO PELA EXTINÇÃO DO PROCESSO - EXTINÇÃO DECRETADA. Inexistindo cidadão interessado em promover o prosseguimento da ação popular e tendo o representante do Ministério Público optado por não se utilizar da sua faculdade de assim o fazer, deve ser decretada a extinção do processo, sem julgamento de mérito. APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.170.643-1/00 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELANTE(S): JD 1ª V CV

No corpo do julgado, destaca-se:

O Ministério Público, que *poderia utilizar-se da faculdade que lhe assegura a lei de promover o prosseguimento da ação popular*; após a desistência do autor e publicação dos editais, requereu a extinção do processo sem julgamento de mérito, em síntese, por entender seu i. Representante que há necessidade de apuração das irregularidades apontadas na inicial, através de procedimento de investigação já instaurado.

Assim, na hipótese de abandono pelo autor popular, não sendo de interesse público o julgamento meritório do feito, deve o Ministério Público pugnar por sua extinção, nos termos do artigo 267, II, ou III (conforme o caso), do CPC, provocando a instauração de procedimento investigatório para a apuração devida dos fatos descritos na inicial.

5.1.3 - DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública é instrumento de defesa dos interesses sociais, que integram o interesse de preservação do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, que são de todos e de cada um, não passível de individualização dos direitos subjetivos ou situações jurídicas inerentes.

Ao Ministério Público “custos legis” compete zelar pela utilização da ação civil pública para os fins a que legalmente se destina, sob pena de ser utilizada como substitutivo de ações ordinárias, em que devem ser julgados os interesses individuais ou meramente patrimoniais da administração, apenas pelo rito especial da ação e seus consectários legais.

Assim, entendemos que o interesse público defensável via ação civil pública pelos legitimados legais é o conhecido por interesse primário – que é o interesse social da coletividade – e não o interesse secundário da administração, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁹²,

independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito.

COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELADO(S): PREFEITO MUNICIPAL DE GOVERNADOR VALADARES E OUTROS, FUSHIP FUND SERVIÇO HOSPITALAR GOVERNADOR VALADARES - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

⁹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 67-68.

A propósito da natureza dos interesses públicos sociais que podem ser objeto da ação civil pública, ou outros interesses difusos e coletivos, vale a pena citar o acórdão proferido em julgamento de Recurso Especial pela Egrégia 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo i. Ministro Luiz Fux, citando Teori Albino Zavascki⁹³:

A Constituição identifica claramente vários exemplares dessa categoria de interesses, como, por exemplo, a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja defesa pode ser exercida inclusive pelos próprios cidadãos, mediante ação popular (CF, art. 5.º, LXXIII), o exercício probo da administração pública, que sujeita seus infratores a sanções de variada natureza, penal, civil, e política (CF, art. 37, § 4.º), e a manutenção da ordem econômica, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170). São interesses, não apenas das pessoas de direito público, mas de todo o corpo social, de toda a comunidade, da própria sociedade como ente coletivo.

Não sendo parte ativa, atuando como *custos legis* – art. 5º, §1º, da Lei em comento, zelará pela correta formação da relação processual observando se presentes as condições específicas da ação civil pública, verificando nos Estatutos da associação ou sindicato se, além do tempo de constituição, o seu objetivo social está arrolado na letra “b” do inciso V do art. 5º da LAP ou em outro dispositivo legal que tenha acrescido outro interesse social, além destes.

Ainda tratando da legitimação para a propositura da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor acrescentou o §3º ao art. 5º, instituindo a legitimação extraordinária para continuação da ação, como substituto processual, podendo ser tanto o Ministério Público como outro legitimado, a exemplo do art. 9º da Lei da Ação Popular.

Nesses casos, cumpre ao Ministério Público atuante como *custos legis* requerer a publicação de edital visando permitir ao outro legitimado dar prosseguimento à ação, aplicando-se subsidiariamente a regra da ação popular.

Conforme já esposamos, ao discorrermos sobre a ação popular e, pelos mesmos motivos, caso verificada a ausência de qualquer cidadão interessado em dar prosseguimento ao feito, é facultado ao *Parquet* avaliar acerca da conveniência de sua aplicação, considerando se já realizada a instrução do feito ou se a prova é somente documental, ou se ocorre na fase de execução. Ocorrendo o abandono na fase de execução da sentença, *v.g.*, impõe-se o prosseguimento pelo Promotor de Justiça oficiante.

⁹³ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52-54. REsp 786328 / RS - 2005/0165035-2 Rel. Ministro LUIZ FUX (1122) T1 - 1ª TURMA - j. 18.10.2007 - DJ 08.11.2007, p. 168.

Por fim, quanto à atuação dos Promotores como *custos legis* perante os Juízos das Varas da Fazenda Pública, *entendemos relevante à busca da efetividade do processo e da prestação jurisdicional* que haja interação entre os membros do Ministério Público oficiantes como *custos legis* e os atuantes perante as Promotorias Especializadas no direito social objeto da ação, de forma a robustecer a prova produzida pelo outro legitimado, se for o caso, e ainda levar ao conhecimento os termos em que a ação foi proposta e a resposta do Judiciário.

Entendemos que temos o dever institucional de garantir o acesso ao Judiciário e o respeito aos direitos constitucionalmente garantidos. Para tanto, recomenda-se a propositura de ação civil pública visando à defesa de interesses da sociedade considerados difusos ou coletivos ou individuais homogêneos, que não sejam da atribuição de Promotoria Especializada, de forma a coibir ato de autoridade, lesivo a tais direitos, e que tenha sido assim declarado repetidamente em sentenças proferidas em ações de mandado de segurança individual⁹⁴.

Apresentamos apenas alguns apontamentos processuais, sem a pretensão de esgotar as situações jurídicas que ocorrem nas ações que tramitam perante os Juízos das Varas da Fazenda Pública e Execuções Fiscais, respeitando princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

5.2 - JURISPRUDÊNCIA

Cotejada nas peças processuais apresentadas.

5.3 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Legislação Federal

Constituição Federal

Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Dispõe sobre ICMS).

Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Lei nº 10.910 de 15 de julho de 2004 (Alterou o art. 3º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, determinando a intimação pessoal dos representantes judiciais dos entes públicos e suas respectivas autarquias e fundações, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder).

Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 (Dispõe sobre a gestão de Recursos Humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências).

Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 (Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de Coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos).

Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000 (Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional).

Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 (Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).

Lei nº 9.841, de 05 de outubro de 1999 (Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal).

Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 (Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria).

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 (Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998 (Dispõe sobre a recuperação de haveres do Tesouro Nacional e do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, a utilização de Títulos da Dívida Pública, de responsabilidade do Tesouro Nacional, na quitação de débitos com o INSS, altera dispositivos das Leis nºs 7.986, de 28 de dezembro de 1989, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e 9.639, de 25 de maio de 1998).

Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998 (Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 05 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Lei nº 9.507, de 11 de novembro de 1997 (Dispõe sobre o *Habeas Data*).

⁹⁴ Vide cópia da ação civil pública, promovida nestes termos, nas peças práticas que acompanham este Trabalho.

Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo).

Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica).

Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 (Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL).

Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995 (Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos).

Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995 (Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991).

Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal).

Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994 (Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações).

Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994 (Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica, o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor - URV).

Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992 (Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público).

Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional).

Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.) (atualizada).

Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 (Regula o Mandado de Injunção).

Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens

e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado)).

Lei nº 6.496, de 07 de dezembro de 1977 (Institui a "Anotação de Responsabilidade Técnica" na prestação de serviços de Engenharia, de Arquitetura e Agronomia; autoriza a criação, pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, de uma Mútua de Assistência Profissional).

Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Regula a Ação Popular).

Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal).

Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962 (Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação).

Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (Dispõe sobre Mandado de Segurança).

Legislação Estadual

Constituição Estadual

Estatuto dos Servidores Públicos Civis

Estatuto dos Servidores Militares

Lei 14.310, de 19 de junho de 2002 (Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais).

Decreto nº 23.085 de 1983 (Aprova o regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (R-116)).

Lei nº 13.317, de 24 de setembro de 1999 (Código de Saúde do Estado de Minas Gerais).

Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002 (Institui o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais).

Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975 (Consolida a legislação tributária do Estado de Minas Gerais).

Legislação Municipal

Lei Orgânica do Município

Código de Posturas Municipais

Estatuto do Servidor Público Municipal

5.4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviços Públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CASSONE, Vittorio Cassone. **Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *et al.* **Processo Tributário – Teoria e Prática**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CRETELLA JÚNIOR, J. **Licitação e contratos do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DECKER; Muller, C. F. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Heidelberg, 1985. v.I, 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.
- GASPARINI, Diógenes. **O Município e o Parcelamento do Solo Urbano**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- JHERING, Rudoff von. **L'espirit du Droit Romain: dans les diverses phases de son développement**. Librairie Marescq Ainé, 1936. v.2.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo *apud* ALVIM *et. al.* **Comentários ao Código de proteção do consumidor**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 648.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUKAI, Toshio. **Licitação e Contratos Públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.4.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. 180 p.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RAMOS, Saulo. Previdência, imprevidência do constituinte. **O Globo**, Rio de Janeiro, 24 jan. 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RICOUER, Paul. **O único e o singular**. São Paulo: Universidade Estadual de São Paulo, 2002.

SANTOS, Cláudio. *Leasing* – questões controvertidas. Porto Alegre: **Revista Jurídica**, n. 223, p. 5, mai. 1996.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEABRA, Antônio Luiz Bandeira. **Lei de Improbidade Administrativa**. 1. ed. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2002. 381 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SALIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZIPELLIUS, Reihol. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. **A Constituição Federal de 1988**. Teoria de Friedrich Müller. 1978.

5.5 - PEÇAS JURÍDICAS

Nesta oportunidade expomos algumas peças processuais selecionadas em razão das questões preliminares apresentadas, bem como pelo interesse institucional da questão meritória.

Como dissemos, há mecanismos que estão ao alcance do Promotor de Justiça *custos legis*, que auxiliam na prestação jurisdicional coletiva. A exemplo apresentamos petição de ação civil pública nesse sentido e ofício (recomendação) que evitaram o manejo de inúmeros mandados de segurança individualmente.

As peças a seguir dispostas têm natureza diversa: pareceres finais, interlocutórios, recursos aviados em ações de mandado de segurança, ação popular, ação civil pública e em ações ordinárias. Ainda a petição inicial de ação civil pública ajuizada em defesa dos interesses sociais, não objeto de atuação pelas Promotorias Especializadas e atuação extrajudicial, na seguinte ordem:

1. PROCESSO CIVIL;
2. ADMINISTRATIVO/ CONSTITUCIONAL;
3. TRIBUTÁRIO;
4. PREVIDENCIÁRIO;
5. ATUAÇÃO COLETIVA.

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CLASSIFICAÇÃO 1º LUGAR – DIREITO À NOMEAÇÃO

IMPETRANTE: N. M. O.

Impetrado: Diretor-Geral da Loteria do Estado de Minas Gerais

MM. Juiz:

Tratam os autos de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por N. M. O., qualificada, contra ato atribuído ao Diretor-Geral da Loteria do Estado de Minas Gerais.

Assere a autora ter participado de certame público promovido pela Loteria do Estado de Minas Gerais, para o cargo de Analista de Gestão Lotérica, conforme Edital publicado no dia 06 de janeiro de 2006, logrando aprovação em primeiro lugar, conforme documento anexado aos autos.

Registra que a realização do concurso público está submetida à existência de vagas, não se podendo admitir que a Administração, depois de percorrido todo o processo de seleção, ainda tenha discricionariedade no tocante à nomeação dos aprovados dentro no número previsto de vagas.

Nessa senda, adverte a autora que a necessidade de ocupação dos cargos em que foi aprovada já foi auferida quando da elaboração do Edital, havendo, pois, omissão do impetrado em nomeá-la.

Colaciona, ainda, julgado do STJ, bem como doutrina acerca do tema.

Com efeito, roga a impetrante, em liminar, o seu provimento imediato ao cargo ao qual logrou aprovação em dito certame público, situação a ser consolidada em sede meritória.

Com a inicial, os documentos colacionados às fls.15/59.

A súplica liminar restou indeferida, fls. 61/64, decisão agravada pela impetrante.

Devidamente notificada, a autoridade em tela prestou as informações necessárias – fls. 92 e seguintes.

Afirma que o candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa à nomeação ao cargo público pretendido, restando ao administrador público decidir sobre a conveniência e a oportunidade da nomeação dos servidores.

Roga a denegação da segurança.

É o relatório, no essencial.

Cinge-se a controvérsia na possibilidade de se exarar comando judicial corretório, impondo-se à Loteria do Estado de Minas Gerais a nomeação da impetrante, aprovada em primeiro lugar para o cargo de Analista de Gestão Lotérica, em concurso público regulado pelo Edital publicado no dia 06 de janeiro de 2006.

Não há dúvidas de que, em se tratando de concurso público, em princípio, o candidato aprovado detém mera expectativa de direito à nomeação.

Contudo, sobredita assertiva não é absoluta, não podendo ser tomada como um dogma jurídico, pena de se premiar o engodo e cerrar-se os olhos para a injustiça.

Pois bem.

Poder-se-ia invocar, no caso, a discricionariedade administrativa, como justificativa para a não nomeação da impetrante.

Todavia, discricionariedade, que não pode ser confundida com arbitrariedade, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante o caso concreto [...].⁹⁵

A nosso aviso, no caso vertente, o administrador não conta com possibilidade de escolha, eis que esta já foi manifestada quando da realização do certame, uma vez que a necessidade da ocupação dos cargos foi auferida e avaliada quando da elaboração do instrumento convocatório do concurso.

Isto é, ao publicar o edital do certame, a Administração, vinculou-se ao regramento ali contido, inclusive no tocante ao número de vagas ofertadas, causando mesmo perplexidade que, decorridos dois anos, na iminência do fim do prazo de validade do concurso, não tenha havido, ainda, a nomeação da impetrante, aprovada em primeiro lugar.

Esse considerável lapso de tempo já indica a negligência da Administração, não podendo prevalecer a singela afirmativa de que a aprovação em concurso público não gera direito subjetivo à nomeação, pena de se permitir a realização sucessiva de certames, com despesas para o Poder Público e para os candidatos, sem que se nomeie um concorrente sequer.

Semelhante situação criada pelo administrador público alcança, a nosso sentir, verdadeira preterição do candidato aprovado.

A pretensão da impetrante encontra amparo nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, notadamente em atenção ao princípio da moralidade, previsto no artigo 37 da Carta Máxima.⁹⁶

A moralidade administrativa não consiste apenas no cumprimento da lei em seu sentido estrito, mas sim no respeito aos princípios éticos de razoabilidade e justiça, cuidando-se, conforme lição do mestre Hely Lopes Meirelles, de um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Não por acaso, o artigo 2º, III, da CEMG, estabelece como objetivo prioritário do Estado de Minas Gerais, preservar os valores éticos.

A ética ou filosofia moral é a parte da filosofia que se ocupa com a reflexão a respeito das noções e princípios que fundamentam a vida moral. Consideramos válida para os nossos fins (ou seja, valoramos como suficientemente correta, boa, digna de crédito) a concepção aristotélica de ética. Sabatinada por inúmeras gerações, ainda se mantém como norte para todos que vagueem pela seara da Filosofia, e sem dúvida demonstra-se utilíssima para todos os juristas, como no caso em questão.

Aristóteles apresenta-nos a ética como *o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação ou valoração do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto*.

Portanto, a ética permeia todos os juízos de valoração (apreciação) que a conduta humana pode racionalmente sofrer. Esses juízos de valoração podem ser positivos (bons), negativos (maus) ou ainda mesmo isentos (neutros), mas a ética abrange todas essas manifestações.

Todavia, as normas éticas não envolvem apenas um juízo de valor sobre comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade. Da tomada de posição axiológica resulta a imperatividade da via escolhida⁹⁷ (grifo nosso).

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁹⁶ **Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...].**

⁹⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 4 ed. São Paulo : Saraiva. p. 33.

À evidência, tem-se que a possibilidade de a Administração promover um concurso público, ofertando um número limitado de vagas, para, ao final, recusar-se a nomear o primeiro colocado, iludindo a boa-fé e confiança dos administrados, em genuíno engodo, representaria o rompimento de valores éticos, com ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

A propósito, a jurisprudência superior é *peremptória* a respeito, vale saber:

TRF4-069417) ADMINISTRATIVO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSOR AUXILIAR. HOMOLOGAÇÃO DO CONCURSO. NOMEAÇÃO.

As falhas que levaram a administração a deixar de homologar o concurso correspondem a meras formalidades que devem ceder em prol da observância dos princípios da finalidade e interesse público, que foram plenamente atendidos, e da moralidade e impessoalidade, que restariam vulnerados com a declaração de nulidade do certame. Tendo o edital do concurso oferecido uma vaga determinada, fica a autoridade administrativa vinculada ao seu conteúdo, devendo nomear o candidato aprovado em primeiro lugar no certame: mera alegação de discricionariedade não permite que a administração se furte à promessa, sob pena de iludir-se a confiança e boa-fé dos administrados.

Indevido o pagamento de vencimentos a partir de, nos dizeres do autor, "escoado prazo razoável para a posse", eis que estes têm como fato gerador o desempenho do cargo público, sendo bastante à correção do ato administrativo nulo a determinação de que se proceda à nomeação do demandante.

Apelação parcialmente provida.

Decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. (grifo nosso).

Mais:

TRF4-069271) ADMINISTRATIVO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. ART. 37, IV, DA CF.

1. Tendo o edital do concurso oferecido uma vaga determinada, fica a Autoridade Administrativa vinculada ao seu conteúdo, devendo nomear o candidato aprovado em primeiro lugar no certame: alegação de discricionariedade não permite que a Administração se furte à promessa, sob pena de iludir-se a confiança e boa-fé dos administrados.

2. A legitimidade passiva da autoridade impetrada decorre de a segurança dirigir-se contra ato seu e de ser a Universidade apelante entidade com personalidade jurídica própria, distinta da União, detentora de condições para executar a decisão ora recorrida.

3. *A expectativa de direito à nomeação converte-se em direito líquido e certo quando não observada a prioridade de convocação do candidato sobre novos concursados, incluindo-se no conceito de preterição o preenchimento da vaga para a qual o candidato foi aprovado, por servidor contratado em caráter temporário.*

4. *No caso, a contratação ocorrida, embora temporária, denota necessidade perene da Instituição Federal de Ensino, relativa ao preenchimento do cargo de professor permanente e não circunstância excepcional que autorizasse a contratação temporária.*

5. *Apelação e remessa oficial improvidas.*

Decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.04.01.065104-4/SC, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Sérgio Renato Tejada Garcia. j. 08.11.2001, Publ. DJU 16.01.2002 p. 917) (grifo nosso).

Nesse sentido, inúmeros outros arestos confirmam e dão sustentáculo à pretensão manifesta nesta via mandamental, como, aliás, bem demonstra a autora:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO.

Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF.

Recurso provido.

Processo RMS 15034/RS; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0075522-7 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 19/02/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 29.03.2004 p. 255.

Importante, ainda, destacar recente decisão do STJ, indicando novo norte para a discussão *sub examine*:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO

- RECURSO PROVIDO.

1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.

2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital.

Precedentes.

3. Recurso ordinário provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso em mandado de segurança nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Hamilton Carvalhido, que lhe negavam provimento. Os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallott votaram com o Sr. Ministro Relator .

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Data Julgamento – 04.12.2007 – Data Publicação – DJ 03.03.2008 p. 1.

Mercê de tais considerações, o parecer ministerial é pela concessão da segurança pretendida, impondo-se à Loteria do Estado de Minas Gerais a nomeação da impetrante para o cargo de Analista de Gestão Lotérica, nos termos do Edital publicado no Minas Gerais de 06 de janeiro de 2006.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2009.

Elvécio Antunes de Carvalho Júnior
Promotor de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIÇOS CARTORÁRIOS – ISSQN –
BASE DE CÁLCULO – VALOR BRUTO DOS EMOLUMENTOS**

Processo nº 09 481 719 - 4

Impetrante: SINOREG/MG E OUTROS

Impetrado: PREFEITO MUNICIPAL DE XXX

Parecer pelo *Parquet*

MM. Juiz:

Tratam os autos de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por **SINOREG/MG E OUTROS** contra ato atribuído ao **EXMO. SR. PREFEITO MUNICIPAL DE XXX**.

Buscam os impetrantes, Entidade de Classe e Oficiais Cartorários, o recolhimento do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, conforme previsto no Decreto-Lei 406/68, artigo 9º, § 1º, e não com base na receita de emolumentos, nos termos da Lei Municipal 9.677/08.

Relatam que a atividade exercida pelos notários é prestada de forma pessoal, com prévio concurso público, situação ignorada pela Lei 9.677/08, sustentando a inconstitucionalidade do referido diploma legal, com a suspensão do da cobrança do ISSQN sobre 2% do valor bruto dos emolumentos, com incidência do artigo 9º, § 1º, Decreto - lei 406/68, isto é, o recolhimento por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

Documentos às fls. 29/171. Às fls. 172, o Juízo decidiu ouvir o impetrado antes do desate liminar.

Em suas informações, fls. 194/242, a digna autoridade está a defender o ato impugnado.

Alega ser fato público e notório a natureza empresarial das atividades de cartórios, sendo certo que, nos termos da Lei 8.935/94, os notários poderão contratar escreventes, dentre eles escolhendo um substituto, além de auxiliares, sob o regime da CLT.

Registra ser impossível enquadrar-se o impetrante como profissional autônomo, sendo admitida a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros, no caso.

Busca, ao final, a denegação da segurança.

Remetidos os autos para esse Juízo da 6ª Vara da Fazenda Municipal, presente o instituto da conexão, a liminar foi negada às fls. 246/249.

É o breve relatório. À fundamentação.

A preliminar pertinente à ausência de liquidez e certeza não merece acolhida, com o mérito se confundindo, devendo no momento oportuno ser apreciada.

Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretivo, cumpre ao autor demonstrar, de plano, a liquidez e certeza do direito a ser protegido.

Na clássica lição do Mestre Hely Lopes Meirelles, *direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração*.

No caso vertente, o cerne da controvérsia diz respeito ao regime de contribuição de ISSQN ao qual estariam submetidos os impetrantes, isto é, se com base na receita bruta dos emolumentos ou na forma excepcional prevista no artigo 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68.

Cumpra anotar que se encontra superada a discussão acerca da incidência do ISSQN sobre os serviços notariais e de registro, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ITENS 21 E 21.1. DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. CONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III, e 236, caput, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais também ofenderia o art. 150, VI, a, e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados. As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

ADI 3089 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 13/02/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

No caso, pretende a parte autora a aplicação do artigo 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68, afastando-se a base de cálculo sobre o preço do serviço, ao argumento de que se trata de prestação de serviço sob a forma de trabalho pessoal.

Como se sabe, para a consecução do favor fiscal *sub examine*, a prestação de serviços deve ser feita em caráter pessoal pelo próprio contribuinte, que assume, individualmente, a responsabilidade profissional pelo serviço prestado.

Isto é, o legislador complementar, distanciando da base de cálculo geral do ISSQN – o preço do serviço, permitiu a existência de tratamento mais favorável, quando se tratar de prestação de serviços sob a forma pessoal pelo contribuinte.

Cuida-se evidentemente de norma de exceção, cuja interpretação não comporta analogia, pena de desvirtuar a intenção legislativa.

Não se pode negar que a atividade dos impetrantes assume contornos empresariais, com intuito lucrativo, ainda que se cuide de serviço exercido por delegação do Poder Público. Na sobredita ação direta de inconstitucionalidade, destacou o douto Ministro Joaquim Barbosa:

As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º, da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva [...]. (grifo nosso).

Nesses termos, seria ilógico admitir-se que, nos cartórios, o trabalho seja prestado de forma pessoal pelo contribuinte, sob a responsabilidade exclusiva deste, quando se sabe que os cartórios contam com complexa estrutura administrativa, intuito lucrativo, podendo, conforme previsto na legislação de regência, contratar empregados sob o regime da CLT.

Vale lembrar que os oficiais contam também com escrevente substituto, sendo certo que este pode praticar atos inerentes à função.

Seria razoável permitir-se a exceção pretendida admitindo-se que a prestação de serviços seja realizada, no caso dos cartórios, de forma pessoal?

A resposta é evidentemente negativa, pena de se ignorar a realidade dos fatos.

No entendimento de BERNARDO RIBEIRO DE MORAIS:

Trabalho pessoal do próprio contribuinte é o serviço (*puro fornecimento de trabalho*) prestado por pessoas físicas em caráter de trabalho da própria pessoa. Não atinge o serviço prestado por pessoas jurídicas e nem os realizados em caráter empresarial. É o caso do trabalho do médico, do advogado, do contador, do arquiteto, etc. (*In: Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 537, grifo nosso).

Relevante, por oportuno, a informação colacionada às fls. 234 dos autos, dando conta de que os trinta e um Cartórios de Belo Horizonte auferem uma receita anual com emolumentos no montante de R\$ 125 milhões, o que revela a impossibilidade fática de se admitir o exercício do labor de forma pessoal.

Corroborando tal raciocínio, tem-se que o Estado pode ser responsabilizado de forma objetiva por evento danoso causado por ato do tabelionato, não podendo a atividade delegada aos notários ser tomada como serviço prestado por autônomo.

Pontofinalizando, merece transcrição trecho do voto do Ministro Marco Aurélio quando do julgamento da mencionada ADIN:

No tocante à base de incidência, descabe a analogia – profissionais liberais, Decreto n.º 406/68 –, caso ainda em vigor o preceito respectivo, quando existente lei dispendo especificamente sobre a matéria. O artigo 7º da lei complementar n.º 116/03 estabelece a incidência do tributo sobre o preço do serviço. (grifo nosso)

Destarte, a base de cálculo deve ser regulada pela regra geral – preço do serviço –, sendo incabível a exceção pretendida, não se cuidando de serviço prestado sob a forma de trabalho pessoal.

Mercê de tais considerações, o parecer ministerial é pela denegação da segurança.

Belo Horizonte, 19 de março de 2009.
Elvêzio Antunes de Carvalho Júnior
Promotor de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA – BRONZEAMENTO – ATUAÇÃO DA ANVISA – EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Processo nº 09 719 445 - 0
Impetrante: J. C. S.
Impetrado: Chefe da Vigilância Sanitária/BH – MG

MM. Juiz:

Tratam os autos de Mandado de Segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por J. C. S., qualificada, contra ato atribuído ao Chefe da Vigilância Sanitária/BH - MG.

Busca a impetrante, esteticista, combater ato da Vigilância Sanitária, consistente na apreensão de sua câmara de bronzeamento, utilizada regularmente até a publicação da Resolução n.º 56 da ANVISA.

Alega que a máquina mencionada possuía registro e autorização de comercialização e funcionamento do Ministério da Saúde e da ANVISA; todavia, a Vigilância Sanitária, através do auto de apreensão n.º 04925/2009, determinou que a autora inutilizasse o equipamento.

Nesse norte, entendendo arbitrária a conduta da Vigilância Sanitária, a impetrante busca, inclusive em sede liminar, comando judicial corretório, para que possa continuar exercendo suas atividades com a câmara de bronzamento.

Documentos às fls. 19/41. Às fls. 28/29, o pleito liminar restou indeferido.

Liminar parcialmente deferida às fls.47/48, decisão agravada pela impetrante, fls.72/74.

Instada a se manifestar, a autoridade impetrada prestou informações às fls. 75/80, batendo-se pela denegação da segurança, afirmando cuidar-se de legítima fiscalização fundada no poder regulamentar da Anvisa.

É o relatório. À fundamentação.

Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretivo, cumpre ao autor demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito a ser protegido.

In casu, cinge-se a discussão na possibilidade de se proferir comando judicial corretório para que possa a impetrante continuar exercendo suas atividades com a câmara de bronzamento, ainda que tenha a Anvisa proibido em todo o território nacional a utilização desse equipamento.

Invoca a impetrante o princípio da legalidade, postulado fundamental do *Estado de Direito*, através do qual a Administração deve completa submissão às leis, uma vez que a atividade administrativa é infralegal e não substitutiva do Poder Legislativo.

Disso não se ousa divergir.

Todavia, não se pode confundir o princípio da reserva legal com o princípio da legalidade. Este significa o respeito à lei, ou seja, a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, ao passo que aquele consiste em estabelecer que a regulamentação de determinada matéria necessita obrigatoriamente de lei formal.

No caso, a ANVISA é uma autarquia criada pela Lei 9.782/1999, cuja finalidade institucional é promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionadas, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Pois bem.

Nos termos do artigo 7º do mencionado diploma legal, destaca-se:

[...] III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

[...]

IV - estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;

[...]

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou do risco iminente à saúde;

[...]

Ora, a Resolução nº. 56/2009 encontra respaldo na Lei nº 9.782/99, cuidando-se do legítimo exercício do poder regulamentar, transferindo, no presente caso, o legislador a competência para regulamentação técnica, dentro de certos parâmetros, para as agências autárquicas.

Raciocínio diverso importaria na obrigatoriedade de edição de uma nova lei no sentido formal cada vez que surgisse no mercado um medicamento ou equipamento novo, interpretação absurda que deve ser desprezada.

Sobre o assunto:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ANVISA - MEDICAMENTOS ANOREXÍGENOS - RESOLUÇÃO 58/2007 - EXERCÍCIO REGULAR DO PODER REGULAMENTAR E DO PODER DE POLÍCIA. Se a Constituição da República impõe ao PODER Público o dever da saúde, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, há de se entender a Re-

solução nº. 58/2007 da ANVISA como legítima, sob pena de ser frustrado o bem maior a ser protegido, bem como as ações para sua promoção e proteção. O controle mais rígido no uso de substâncias psicotrópicas anorexígenas revela-se regular no exercício do PODER de POLÍCIA regulamentar da ANVISA, tendo claro objetivo de reduzir os danos causados pelo uso abusivo dos referidos medicamentos, resguardando a saúde da população.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.965256-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): SOC. PIRES & LACERDA LTDA. - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS – AUTORID. COATORA: DIRETOR DEPTO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA SECRETARIA SAÚDE ESTADO MINAS GERAIS - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE – publicação 10/07/2009.

Assim nenhuma ilegalidade vislumbra-se no caso em apreço, uma vez que a ANVISA está se utilizando do seu regular poder de polícia para proteger a saúde da população. Consoante doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*'non facere'*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo". (*In: Curso de direito administrativo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 724).

Destarte, inexistente direito líquido e certo a ser protegido no caso *sub examine*.

Mercê de tais considerações, o parecer ministerial é pela denegação da segurança pretendida.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2010 .

Elvécio Antunes de Carvalho Júnior
Promotor de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO – CONCESSÃO EFEITO
SUSPENSIVO A RECURSO CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE**

PROCESSO Nº 0024 05 680602-9

MM. JUIZ:

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar, impetrado por M. M. C. contra ato do Sr. COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Alega, em síntese, que ajuizou ação contra o Estado de Minas Gerais buscando anular o ato que o considerou contra-indicado no exame psicotécnico levado a efeito no concurso CTSP/04; que obteve medida liminar que lhe autorizou matricular-se no aludido CTSP/04, freqüentou todo o curso e se formou em abril do corrente ano, quando foi promovido a soldado de 1ª classe, e designado para trabalhar em cidades da região; que durante a instrução da ação já mencionada, foi submetido a exame pericial minucioso e foi considerado indicado; que durante todo o tempo em que freqüentou o CTSP/04 demonstrou aptidão física, intelectual e psicológica e dedicou-se exclusivamente à corporação; que, enquanto tramitava a ação judicial supramencionada, foi julgado o Agravo de Instrumento interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra a decisão que lhe concedeu a liminar pleiteada, tendo sido dado provimento a dito recurso; que a súmula do acórdão foi publicada no mesmo dia em que foi publicada a sentença de primeiro grau, a qual anulou o exame psicotécnico e lhe garantiu o direito à freqüência do curso e permanência na PMMG; que, no entanto, o impetrado, mesmo após tomar conhecimento da interposição de Recurso Especial contra o acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento já aludido, e do julgamento da sentença de primeiro grau que lhe foi favorável, acabou por excluí-lo da PMMG, desconsiderando os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e razoabilidade. Requereu a concessão da segurança “[...] declarando a exclusão nula e portanto, ineficaz o ato, considerando pois o impetrante apto a continuar integrando as fileiras da PMMG, tornando definitiva sua matrícula e anulando ainda os atos de cancelamento e exclusão do curso”, ao acrescentar, também, que “nada deverá sofrer o impetrante, inclusive quanto às faltas, que não foram da sua vontade”.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 08/60.

A análise do pleito de liminar foi postergada para após as informações (fls. 62).

Devidamente notificada (fls. 63), a autoridade apontada como coatora apresentou as informações de fls. 64/68, acompanhadas dos documentos de fls. 69/72, alegando, em preliminar, não existir o direito líquido e certo pleiteado. No mérito alegou, em síntese, que o ato impugnado é legal, pois que a liminar concedida ao impetrante, em ação ordinária por si proposta, foi cassada pelo eg. Tribunal de Justiça, sendo certo que o recurso especial interposto pelo impetrante, contra tal decisão, tem efeito apenas devolutivo, e, ademais, a sentença proferida em primeira instância somente produz efeito após o julgamento em duplo grau de jurisdição.

A liminar pleiteada foi deferida às fls. 73/75.

Pelo Estado de Minas Gerais foi comunicada a interposição de Agravo de Instrumento contra a r. decisão concessiva da liminar, às fls. 78, cujas razões encontram-se acostadas, por cópia, às fls. 79/87.

Vieram os autos ao Ministério Público.

É o relatório. Passo a me manifestar.

Alegou o impetrado, em preliminar, não existir o direito líquido e certo pleiteado. No entanto, *data venia*, entendemos que a análise sobre a existência ou não do direito líquido e certo, na ação mandamental, é matéria que concerne ao próprio mérito da ação, e como tal será analisada.

No mérito insurge-se o impetrante contra ato do impetrado consistente na sua exclusão das fileiras da PMMG, após a cassação, pelo eg. Tribunal de Justiça, da liminar que lhe havia sido concedida em ação por si intentada, pleiteando a anulação do exame psicológico realizado para o ingresso na PMMG, a matrícula no curso, e a promoção a soldado de primeira classe.

Argumenta que a ação ordinária por si ajuizada foi julgada procedente em primeira instância, e que interpôs recurso especial contra o acórdão que cassou a liminar concedida na aludida ação, razão porque o ato impugnado ofende os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e razoabilidade.

Da análise dos autos, *data venia*, entendemos que o impetrante não possui o direito líquido e certo alegado, porquanto o ato impugnado não se reveste de ilegalidade ou abuso de poder.

Ora, o impetrante foi matriculado no CTSP/04, após o concurso realizado pela Polícia Militar de Minas Gerais, e posteriormente promovido a soldado de primeira classe, por força de decisão que concedeu a antecipação de tutela por si requerida em ação ordinária onde pleiteou a anulação do teste psicotécnico por si realizado.

Ocorre que o Estado de Minas Gerais interpôs recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão já mencionada, tendo o eg. Tribunal de Justiça dado provimento a dito recurso, reformando a decisão agravada e denegando a tutela antecipada postulada pelo ora impetrante.

Desta forma, constata-se que o pleito do impetrante na presente ação é, na verdade, de reforma, em primeira instância, do acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça, que cassou a tutela antecipada que lhe dava direito de continuar na Polícia Militar, o que é impossível; ora, o que pretende o impetrante é justamente o que pretendeu ao pleitear a tutela antecipada na ação ordinária por si proposta, vale dizer, permanecer na Polícia Militar.

É sabido que o recurso especial possui efeito apenas devolutivo; lado outro, a apelação interposta na ação ordinária ajuizada pelo impetrante foi recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Assim é que, nem o recurso especial interposto pelo impetrante contra o acórdão que cassou a liminar que lhe permitia permanecer na PMMG, nem a sentença de primeiro grau que julgou procedente seu pleito de anulação do teste psicotécnico, de matricular-se no CTSP/04 e de ser promovido a soldado de primeira classe, têm o condão de permitir que permaneça na Polícia Militar.

No entanto, poderá o impetrante se valer das medidas próprias para pleitear a concessão do efeito suspensivo no recurso especial por si interposto, contra o acórdão que cassou a tutela antecipada que lhe havia sido concedida em ação ordinária, *v.g.*, medida cautelar.

A propósito, vejamos decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg na MC 1198/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, Data do Julgamento 02/05/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 11.05.2006, p. 142:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ESCASSA PROBABILIDADE DE PROVIMENTO DO RECURSO QUE AFASTA O REQUISITO DO *FUMUS BONI JURIS*. AUSÊNCIA DO REQUISITO DO *PERICULUM IN MORA*.

1. Em situações excepcionais, presentes o forte risco de dano irreparável e a relevância do direito alegado, mostra-se cabível a medida cautelar para antecipar efeitos que decorreriam do provimento do recurso especial interposto.
2. Não configuração, no caso concreto, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* cuja presença cumulativa é indispensável à concessão do provimento cautelar.
3. ...
4. ...
5. ...
6. Agravo regimental a que se nega provimento.

Diante do exposto, e do mais que dos autos consta, o Ministério Público, por meio de sua Promotora de Justiça em exercício perante este r. Juízo, manifesta-se pela denegação da segurança, com revogação da liminar concedida.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2006.

IRÁIDES DE OLIVEIRA MARQUES
Promotora de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA INICIAL COM ANÁLISE DO MÉRITO –
NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE**

PROCESSO Nº 0024 06 992638-4

RAZÕES DE APELAÇÃO
EGRÉGIO TRIBUNAL,

COLENDIA CÂMARA,

DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA,

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar impetrado por T. M. C., apontando como autoridades coatoras os Srs. FISCAL DE TRIBUTOS ESTADUAIS e DELEGADA FISCAL DFBH-2, integrantes da DELEGACIA FISCAL/1º NÍVEL-2/SRF-1 e da DELEGACIA FISCAL/1º NÍVEL-DF/BH-1, respectivamente, insurgindo-se contra ato que indeferiu seu pleito de isenção de IPVA sobre o veículo de sua propriedade, Fiat Strada Adventure, placa XXX, ano de fabricação 2001, modelo 2002, alegando, em síntese, que tem direito à isenção pleiteada, nos termos previstos na Lei 14.937/03, art. 3º, inciso III, por ser portador de poliomielite, hipotrofia da musculatura, membros inferiores e marcha claudicante, conforme certidão expedida pelo DETRAN/MG, tendo aludido órgão de trânsito lhe fornecido laudo concluindo pela necessidade de adaptação do veículo a ser conduzido por ele, recomendando-lhe uso de câmbio automático ou semi-automático.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 10/32.

A r. decisão de fls. 40/42 indeferiu não só a liminar pleiteada, mas a própria inicial, ao fundamento de que "...o câmbio automático ou semi-automático, a princípio, não é uma adaptação, mas um produto de linha, o chamado 'opcional'", e de que se trata "...de matéria sujeita a interpretação, senão a constatação de outros elementos, inclusive no que tange à indigitada deficiência do impetrante".

E é contra tal decisão que se insurge o Ministério Público.

Com efeito, a r. sentença recorrida indeferiu a inicial, com fulcro no art. 8º da Lei 1.533/51, que assim dispõe: "Art. 8º A inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei."

No entanto, *data venia*, a r. sentença recorrida, ao indeferir a inicial, adentrou ao próprio mérito da questão, decidindo que trata-se "de matéria sujeita a interpretação, senão a constatação de outros elementos, inclusive no que tange à indigitada deficiência do impetrante", e que "o câmbio automático ou semi-automático, a princípio, não é uma adaptação, mas um produto de linha, o chamado 'opcional'".

Ocorre que o impetrante juntou aos autos os documentos de fls. 23/24, no intuito de comprovar que seu veículo sofreu adaptação, conforme exigência do DETRAN, sendo certo que tais documentos foram desconsiderados pela r. decisão recorrida, que entendeu tratar-se de “produto de linha”, sem, no entanto, possibilitar ao Ministério Público sua obrigatória intervenção.

E, ainda que o honrado Juízo *a quo* já tenha convicção jurídica formada sobre a matéria tratada no mandado de segurança, para haver o enfrentamento do mérito da questão necessário que se obedeça à legislação em vigor, qual seja, o Código de Processo Civil e a Lei 1.533/51, vale dizer, há que se proceder à notificação do impetrado e à oitiva do Ministério Público, conforme determinam os arts. 9º e 10 da Lei 1.533/51, sob pena de nulidade do julgado.

Ademais do disposto no artigo 10 da Lei 1.533/51, é de se observar o comando do art. 83, I, do CPC, que assegura ao Ministério Público vista dos autos depois das partes, bem como a intimação de todos os atos do processo quando sua intervenção se dá como fiscal da lei, e ainda o disposto no art. 84 do CPC, que considera causa de nulidade a não intervenção do Ministério Público nas causas em que tal intervenção é obrigatória, como ocorre *in casu*.

Frise-se que nas ações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória e expressamente prevista em lei, como *in casu*, é necessário o efetivo pronunciamento do Ministério Público, sob pena de nulidade, pois que o Ministério Público não intervém na defesa do direito do impetrante ou do impetrado, mas sim na defesa da ordem jurídica, cabendo-lhe velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo, advogando os altos interesses da Justiça, razão porque da obrigatoriedade de sua efetiva manifestação, sob pena de nulidade.

A propósito, assim já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 1533/51, APLICAÇÃO DO ART. 10 - PROCESSUAL CIVIL - MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO NECESSÁRIA E OBRIGATÓRIA.

I - Em mandado de segurança é necessário e obrigatório o efetivo pronunciamento do Ministério Público, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, C.F.).

II - Anulação do processo, para ficar assegurada a participação do Ministério Público. (REsp nº 73887-AM, Primeira Turma, DJ 20.05.96, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PRONUNCIAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE.

1. Consoante entendimento assente na Primeira Seção do STJ, é obrigatória a intervenção do Ministério Público nos mandados de segurança, sob pena de nulidade.

2. Por seu manifesto interesse público, esse pronunciamento não se subordina ao prazo estipulado no art. 10 da Lei 1.533/51.

3. Embargos de divergência conhecidos e recebidos. (REsp nº 26709-AM, Primeira Seção, DJ 25.09.95, Rel. Min. Peçanha Martins).

Diante do exposto, e de tudo mais que dos autos consta, o Ministério Público, através de sua Promotora de Justiça que esta subscreve, requer seja dado provimento ao presente recurso, para que seja anulada a r. sentença *a quo*, determinando-se o normal prosseguimento do feito, com a notificação do impetrado e, posteriormente, vista dos autos ao Ministério Público para oferecimento de parecer.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2007.

Iraídes de Oliveira Marques
Promotora de Justiça

RAZÕES DE RECURSO – AÇÃO ORDINÁRIA – DANO MORAL – VALOR FIXADO IRRISÓRIO

Processo nº 03 137 985 – 2
Apelante: Ministério Público
Apelado: Estado de Minas Gerais

Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Colenda Procuradoria de Justiça

Nos autos de ação ordinária movida por L. S. R., G. S. R. e I. S. R., qualificados em face do Estado de Minas Gerais, o douto sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido exordial, reconhecendo o dever

de indenizar do réu, por conta da morte de G. J. R., esposo e pai dos autores, ocorrida no dia 08 de março de 2003, em cela da Delegacia de Furtos e Roubos desta Capital.

Inconformado, no tocante à fixação do dano moral em apenas R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cuidando-se de menores impúberes, este membro do *Parquet* apresenta a tempo e modo a presente apelação.

Relatados, à fundamentação.

Recurso próprio e tempestivo, merecendo conhecimento.

Discute-se nesses autos a repercussão jurídica da morte de G. J. R., ocorrida no dia 08 de março de 2003, quando encontrava-se custodiado na famosa Delegacia de Furtos e Roubos desta Capital.

A jurisprudência pátria apresenta-se, *in casu*, absolutamente pacífica no que tange ao dever do Estado de assegurar, de forma efetiva (e não apenas fictícia), a incolumidade física e mental de todo e qualquer preso que se encontra sob sua custódia.

Cretella Júnior assevera:

Pessoas recolhidas a prisões comuns ou quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão. (O Estado e a obrigação de indenizar. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 251-252).

Nesse norte, foi o pedido inicial julgado parcialmente procedente, arbitrando o culto magistrado de primeiro grau indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), isto é, R\$ 3.333,33 (três mil, trezentos e trinta e três reais, trinta e três centavos), poucos mais de 11 (onze) salários mínimos para cada um dos autores.

A nosso pensar, não agiu com o costumeiro acerto o douto magistrado *a quo*, afastando-se dos critérios jurisprudenciais e doutrinários que delimitam a fixação do dano moral.

Como é de curial sabença, na fixação do dano moral, deverá o juiz, atendo-se ao nexos de causalidade inscrito no art. 1.060 do Código Civil, levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Assim manifesta-se a jurisprudência:

No arbitramento do valor do dano moral é preciso ter em conta o grau em que o prejuízo causado terá influído no ânimo, no sentimento daquele que pleiteia a reparação. A intensidade da culpa, a violência, as circunstâncias em que ocorreu o evento danoso poderão informar o critério a ser adotado em tal arbitramento, árduo e delicado, porque entranhado de subjetividade (RT, 602/180).

É verdade que a indenização por dano moral não pode constituir-se em locupletamento ilícito para quem a postula, devendo o arbitramento operar-se com cometimento, proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Todavia, não se pode esquecer, lado outro, que semelhante recomposição deve servir de verdadeiro desestímulo ao ofensor, caso pretenda repetir aziago ato.

Nos presentes autos, tem-se mais uma das inúmeras condutas omissivas perpetradas pela Administração Pública que, como cedição, entrega seus presos à própria sorte.

Ora, dos 22 (vinte e dois) assassinatos de presos ocorridos até o mês de agosto de 2003, 16 (dezesseis) foram da Divisão de Crimes Contra o Patrimônio (fls.60/70).

Repete-se a malfadada conduta: pouco importou à Administração Pública estadual se, entre as inúmeras pessoas que dividiam o exíguo espaço de uma cela, existiam pessoas que, por qualquer motivo (ou sequer imbuídas de motivação plausível), entenderam por dar cabo à vida do marido e pai dos autores.

Nesse sentido, o irrisório dano moral fixado presta-se a fomentar a notória negligência do Estado no tocante aos presos sob sua custódia, sendo, de outra parte, insuficiente para compensar ainda que precariamente a dor sofrida pelos autores, dada a gravidade objetiva dos fatos – duas crianças perderam estupidamente o pai.

Não se pretende enriquecer os requerentes, mas não se pode permitir a fixação ínfima do dano moral, pena de se provocar efeito inverso, aumentando-se o sofrimento dos menores que perderam de forma repentina e violenta o genitor. Sobre o assunto:

Relator: LUCAS SÁVIO V. GOMES. Data do acórdão: 26/08/2004. Data da publicação: 24/09/2004. Ementa: INDENIZAÇÃO - REEXAME NECESSÁRIO - MORTE DE PRESO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - ART. 37, §6º DA CF - CARACTERIZAÇÃO - DANO MORAL - PARÂMETROS. O Estado tem o dever de indenizar a morte de preso ocorrida no interior de cadeia pública, quando ocorrida conduta omissiva de seus agentes, verificada a partir do momento em que se deixa de zelar pela higidez do detento, por sua integridade corporal e por sua vida, nos moldes do art. 5º, XLIX, da CF. Na fixação do dano moral considerar-se-á um montante indenizatório que possa proporcionar à ofendida algum lenitivo para sua dor, bem como elemento de punição eficaz ao ofensor, conjugando-se, a isto, a extensão do dano e as condições econômicas e sociais das partes envolvidas. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.

Súmula:

EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, VENCIDO O RELATOR PARCIALMENTE. Proc.nº 1.0056.99.005331-8/001(1) (grifo nosso).

No corpo do sobredito acórdão, assim se manifestou o Des. Prof. Kildare Carvalho, acerca do dano moral em posicionamento vitorioso:

Trata-se de reexame necessário da r. sentença que, nos autos da ação de indenização movida por MARIA GUIOMAR SOUZA contra o ESTADO DE MINAS GERAIS, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu a indenizar a autora pelos danos materiais e pelos morais, fixando estes na quantia de R\$ 48.000,00, corrigidos monetariamente com base no INPC-IBGE, até o efetivo pagamento, e acrescidos de juros de mora, a partir da citação, no percentual de 0,5% ao mês até dezembro de 2002 e, a partir de janeiro de 2003, calculados à taxa de 1% ao mês.

Peço vênua ao eminente Desembargador Relator para dele divergir quanto ao valor da indenização pelos danos morais experimentados pelo autor.

Isto porque, conforme manifestei em casos análogos (Apelação Cível n. 224878-9), na fixação do valor da reparação por dano moral, deve o juiz levar em consideração as contingências factuais da lide, não podendo o *quantum* indenizatório constituir lucro fácil para o lesado, nem seja ínfimo ou irrisório.

Na hipótese dos autos, contudo, não merece reforma o valor fixado pelo MM. Juiz singular pois, muito embora a indenização por danos morais não pague a dor experimentada pelo ofendido, conforme entendimento da mais moderna e perfeita doutrina, a prestação pecuniária tem não apenas função satisfatória, mas também punitiva, visando suavizar os limites das forças humanas para certos males, injustamente produzidos.

Diante do exposto, em reexame necessário, confirmo a r. sentença. (grifo nosso).

Destarte, não merece prosperar o dano moral fixado na instância primeva, sendo claramente irrisório o valor de pouco mais de 11(onze) salários mínimos para cada um dos autores.

Mercê de tais considerações, busca o Ministério Público a reforma parcial do *decisum*, elevando-se o dano moral para valor não inferior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada um dos autores menores, G. S. R. e I. S. R., reportando-se, a propósito, o *Parquet* ao parecer final lançado às fls.173/186.

Belo Horizonte, 02 de setembro de 2005.

Elvécio Antunes de Carvalho Júnior
Promotor de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA – TRÂNSITO – RESOLUÇÃO Nº168/2004 DO CONTRAN – ILEGAL

PROCESSO Nº 024.06.206.486-0

MM. Juiz:

P.A.A. manejou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, em face do CHEFE DO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DE MINAS GERAIS – DETRAN/MG.

A impetrante aduz que iniciou seu respectivo processo de obtenção de Carteira Nacional de Habilitação em 09.04.2002, no qual recebeu o nº de candidato 7133545.

Acrescenta que em 23.06.2003 realizou o exame médico sendo considerada apta.

Informa que o exame médico realizado tem validade de 5 (cinco) anos, ou seja, até 23.06.2008, conforme determina a norma do art. 147, §2º, do CTB.

Salienta que em 03.10.2005 foi aprovada no exame de Legislação.

Afirma que mesmo que o poder regulamentar conferido por Lei ao CONTRAN de disciplinar matérias de sua alçada, ao exarar a Resolução 168/2004 e a Resolução 169/2005, estabelecendo que o processo de habilitação do candidato ficará ativo no órgão de trânsito do Estado, pelo prazo de 12 meses, contados da data do requerimento do candidato, este não merece prevalecer, vez que a Legislação vigente no momento do exame médico dispõe que, teria o prazo de 5 (cinco) anos para concluir seu processo de habilitação, a contar da data da realização do referido exame, conforme dispõe o art. 147, §2º, do CTB.

Roga a impetrante, em sede liminar, comando judicial para que a autoridade coatora se abstenha de cumprir as Resoluções 168 e 169 do CONTRAN e a Portaria nº 15, do DENATRAN, ou seja, se abstenha de cancelar seu processo de habilitação, situação a ser confirmada em sede meritória.

Com a inicial, foram juntados os documentos de fls. 14/29.

À fl. 32 esse i. Juízo deferiu o pleito liminar, determinando a notificação da autoridade impetrada.

Às fls. 39/41, o Chefe do Departamento de Trânsito de Minas Gerais prestou informações, batendo-se, em preliminar, pela decadência e ilegitimidade *passiva ad causam*. No mérito, pela denegação da segurança, haja vista que o Código de Trânsito Brasileiro em nenhum dispositivo tratou de prazo para a conclusão do processo de aprendizagem e habilitação, deixando a cargo do Conselho Nacional de Trânsito disciplinar referido processo.

É o relatório, no essencial.

Da preliminar de decadência.

Arguiu o impetrado a decadência do direito à impetração, ao argumento de que o ato impugnado há que ser a normatização do processo de habilitação por parte do CONTRAN, cujo ato se exteriorizou através das Resoluções 168/04 e 169/05, publicada a primeira no Diário Oficial da União em 22/12/04, e republicada em 17 de março de 2005 com as alterações introduzidas pela Resolução 169/05.

No entanto, *data venia*, não se trata de mandado de segurança contra a normatização da matéria pelo CONTRAN ou pelo DENATRAN, mas sim contra ato concreto praticado pelo impetrado, com base em normatização da lavra de tais órgãos.

A propósito do tema, assim ensina HELY LOPES MEIRELLES:

É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante [...]. (In: **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, pág. 49).

Da preliminar de ilegitimidade de parte.

Ainda em preliminar alegou o impetrado sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que o DETRAN/MG apenas cumpre uma norma regulamentar estabelecida pelo órgão competente, qual seja, o CONTRAN.

Nesse ponto, melhor sorte não assiste ao impetrado, pois que é a autoridade indicada no proêmio a responsável, administrativamente, no âmbito do Poder Executivo de Minas Gerais, pela efetivação da normatização do CONTRAN e do DENATRAN.

Vale lembrar que autoridade coatora é aquela que detém poderes para praticar ou não o ato, não importando que a ordem provenha de seu superior, não sendo contra a autoridade de onde emanou o ato, mas contra quem o executa é que deve ser dirigido o *writ*. Tanto é verdade, que buscou a nominada autoridade espancar, com veemência, as múltiplas assertivas exaradas no instrumento exordial.

Portanto, em resumo, devem ser repelidas as preliminares.

Do mérito.

Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial, que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretivo, cumpre ao autor demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito a ser protegido.

A Constituição Federal, conquanto não defina o *writ*, reza, em seu artigo 5º, inciso LXIX, que:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público.

Cretella Júnior define o mandado de segurança como:

[...] a ação de conhecimento, de rito sumariíssimo, pela qual todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública ou delegado do poder público, sofra violação de direito líquido, certo e incontestável, não amparável por *habeas corpus*, ou tenha justo receio de sofrê-lo, tem o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que se devolva, 'in natura', ao interessado aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou efetivamente tirou. (*In: Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 335).

Na clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, “direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, além da ausência de dúvidas quanto aos fatos, o direito líquido e certo para fins do *mandamus* deve apresentar alguns requisitos, quais sejam: “certeza jurídica, direito subjetivo próprio do impetrante e objeto determinado”.

No caso vertente, o cerne da questão consiste no exame da legalidade do ato administrativo que alterou a data de validade do exame médico e psicotécnico realizado pela impetrante.

Com efeito, o art. 147, § 2º, do CTB, assim dispõe:

Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte forma:

[...]

§ 2º O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado.

Ora, os documentos acostados aos autos demonstram que a impetrante realizou o exame de sanidade física e mental e foi considerada apta, sendo que o dito exame ainda tem validade, nos termos da legislação supramencionada.

As Resoluções 168 e 169 do CONTRAN, a Portaria 15 do DENATRAN, e a Instrução 001/2006 do DETRAN, a pretexto de regulamentar o processo de habilitação do condutor, extrapolaram o previsto no CTB, criando prazos inferiores ao previsto no aludido Código para a validade do exame médico e psicotécnico, ou seja, extrapolaram a correta aplicação da Lei, uma vez que não se limitaram a explicitá-la e que não estabeleceram regras gerais e abstratas de conduta.

A propósito, ensina o Prof. HELY LOPES MEIRELLES que os atos administrativos normativos possuem caráter geral e abstrato, mas quando surgem sob a aparência de norma, com efeitos concretos, podem ser atacados e invalidados pelo Judiciário, e que, nem o Decreto regulamentar nem a Resolução podem extrapolar o previsto na Lei. Vejamos:

Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.

Tais atos conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados.

dados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes dos tribunais, órgãos legislativos, e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais.

As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicitá-los. (*In: Direito administrativo brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros. p. 158-159).

Assim sendo, conclui-se que as Resoluções 168 e 169 do CONTRAN e a Portaria 15 do DENATRAN extrapolaram o mencionado no art. 147, § 2º, do CTB, ao anteverem prazo inferior ao previsto em dito artigo legal para a validade do exame preliminar médico e psicotécnico para o candidato à habilitação.

No tocante ao prazo de validade dos demais exames, mormente do exame de legislação, entendo que a impetrante não logrou êxito em demonstrar ofensa a seu direito líquido e certo, pois não foi comprovado que antes das Resoluções mencionadas o exame de legislação tinha prazo de validade de cinco anos.

Isto posto, opino pela parcial concessão da segurança, afastando-se a decisão administrativa tão-somente em relação ao exame médico e psicotécnico já realizado, nos termos do art. 147, § 2º, do CTB.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2010.

Franklin Higino Caldeira Filho
6º Promotor de Justiça
1ª Promotoria de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA – TETO CONSTITUCIONAL PENSIONISTA DO IPSEMG

AUTOS N.º 442.924-2

MM. Juiz:

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por T. N. S., qualificada, contra ato atribuído ao Diretor da Superintendência de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Fazenda e ao Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais.

A autora verbera que na condição de pensionista do Estado de Minas Gerais, desde o ano de 1988, está a sofrer redução em seus proventos, por força do que prescreve a Lei nº 15.013, de 24.01.2004, em seu art. 1º, que instituiu, novamente, a figura do *abate teto*, editada em razão da EC nº 41/03.

Informa que, após requerer a conferência dos proventos a que faria jus, foi informada de que estes ultrapassariam o teto estadual previsto na sobredita legislação estadual. Em face disso, a primeira autoridade impetrada decotou em seu desfavor o suposto excesso, limitando sua pensão em R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais).

Verbera, em síntese, o entendimento no qual a Emenda Constitucional 41/03 não pode infirmar direitos adquiridos, de forma a comprometer a segurança jurídica.

Busca prestação liminar para que seja efetuado o pagamento de seus proventos, sem o expurgo do aludido *limite constitucional* mineiro, situação a ser consolidada em sede meritória.

Juntou os documentos de fls. 12/32.

A liminar rogada restou deferida às fls. 22/24.

Devidamente notificado, o Presidente do IPSEMG prestou as informações de fls. 38 e seguintes.

Adentrando na seara meritória, assevera, em síntese, que a remuneração dos servidores públicos estaria excluída do alcance dos direitos e garantias individuais e sociais ou das chamadas cláusulas pétreas, não sendo infensa, assim, pela vontade mesma do constituinte originário ao exercício do poder constituinte derivado.

O Diretor da Superintendência de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Fazenda – fls. 83 e seguintes – manifestou-se arguindo as mesmas razões profligadas pela primeira autoridade coatora.

O IPSEMG informa o aviamento de recurso de agravo em desfavor da decisão que deferiu a pretensão liminar – fls. 65/77, irresignação essa acolhida pelo eminente Des. Brandão Teixeira – fls. 96/97.

É o relatório no essencial.

A questão permeando a legitimidade passiva *ad causam* suscitada pela primeira autoridade impetrada, resta de todo improcedente. Vale lembrar, autoridade coatora é aquela que detém poderes para praticar ou não o ato, não importando que a ordem provenha de seu superior, não sendo contra a autoridade das quais emanou o ato, mas contra quem o executa que deve ser dirigido o *writ*.

Tanto é verdade, que buscou a nominada autoridade espancar, com veemência, as múltiplas assertivas exaradas no instrumento exordial.

A legitimidade passiva no mandado de segurança deve prescindir de rigor extremado, pois as peculiaridades, *in casu*, autorizam concluir que nem sempre a complexa estrutura estatal propicia condições para identificar a autoridade apontada como coatora, não podendo, destarte, inviabilizar o direito ao livre acesso à Justiça.

Demais disso, a jurisprudência superior tem peremptoriamente advertido que se a autoridade impetrada limita-se a suscitar sua ilegitimidade passiva, apenas para provocar um desarrazoado imbróglio processual, passando, logo em seguida, a tecer considerações meritórias, não faz desaparecer, como que por encanto, a sua característica de autoridade coatora (mormente quando, como dito alhures, *contesta* o mérito da impetração).

Superada a questão preambular agitada pelo Diretor da Superintendência de Recursos Humanos da SEF, urge adentrar no mérito da impetração.

Ao Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, cabe reformar a Constituição Federal por meio de emendas. Porém, deve respeitar as vedações expressas e implicitamente impostas pelo poder *constituente originário* – hierarquicamente superior – porquanto manifestação da vontade soberana do povo.

Segundo Alexandre de Moraes:

A emenda constitucional somente ingressará no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias, pois é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Ressalte-se que a Emenda constitucional somente permanecerá no ordenamento jurídico se em sua edição tiver respeitado as limitações expressas e implícitas decorrentes do art. 60 da Constituição Federal.⁹⁸

A Emenda Constitucional nº 19/1998 atendeu às limitações expressas e implícitas contidas no art. 60 da CF/88.

Todavia, com o implemento da Emenda Constitucional nº 41/2003, restaram novamente alterados os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revogando-se os cânones da EC nº 20/98 e o inciso IX do § 3º do artigo 142.

O decote de vencimentos e/ou proventos da aposentadoria, ou *qualquer outra espécie remuneratória*, a ser levado a efeito pela autoridade impetrada (cognominado de *abate teto*), encontraria suporte nos arts. 1º, 8º e 9º, do novel excerto constitucional derivado, assim redigido:

Art. 1º. A Constituição Federal passa vigorar com as seguintes alterações:

Art. 37. (*omissis*)

[...]

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal em espécie, dos Ministros do

⁹⁸MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 347.

Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

[...]

Art. 8º. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Art. 9º. Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Por sua vez, a Lei Estadual nº 15.013/04 - alterada pela Lei nº 16.658/2007, estabelece:

Art. 1º. O subsídio mensal do Governador do Estado, do Vice-Governador, de Secretário de Estado e de Secretário Adjunto de Estado, composto de vencimento e representação, em partes iguais, é o constante no Anexo⁹⁹ desta Lei.

Art. 2º.: (*omissis*).

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de fevereiro de 2003.

A par de malferir o *pacto federativo*, a *independência dos poderes* e inúmeras outras questões de índole pétrea, semelhantes cláusulas constitucionais introduzidas pelo *Constituinte Derivado* sofrem de outros males, por mais que os dignos parlamentares pretendessem obter uma redação escoreita e isenta de dúvidas.

Inequívoco que, em simultâneo caminhar, existe a necessidade de aperfeiçoamento do sistema legal e magno, diante das sucessivas alterações que se apresentam nos diuturnos crescimento e complexidade das nações, mormente a brasileira, que mal ajustou suas vestes no modelo democrático de direito.

Entrementes, não se pode perder de vista, exatamente diante do Estado Democrático de Direito, que as alterações, abruptas, intempestivas e teratológicas enfeixadas em determinadas normas magnas, podem subverter princípios originários de direito (os quais permitiram o renascimento desse mesmo e louvado Estado Democrático).

Na admoestação de Reinhol Zippelius, a indispensável busca pela inovação e aperfeiçoamento da ordem jurídica não pode ensejar, noutra giro, a sadia confluência axiológica estabilizadora do ordenamento.¹⁰⁰

Nessa senda, inadmissível a subversão do Princípio de Segurança Jurídica, incunábulo dos ordenamentos jurídicos de escol (e felizmente recepcionado pelo ordenamento pátrio), revelador do clássico Princípio da não Retroatividade.

⁹⁹ “Anexo (a que se refere o art. 1º da Lei nº 16.658, de 5.1.2007):

Cargo:	Subsídio:
Governador do Estado	R\$ 10.500,00
Vice Governador	R\$ 10.250,00
Secretário de Estado	R\$ 10.000,00
Secretário Adjunto	R\$ 9.000,00

¹⁰⁰ In: **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland Heidelberg**. Constituição Federal. Müller, 1978. p. 16.

Semelhante cânon tem alcance geral e irrestrito, submetendo não apenas as relações erigidas sob o império do Direito Privado, mas, também, aquelas constituídas sob a égide do Direito Público.¹⁰¹

Vale gizar que, historicamente, mesmo após os embates institucionais históricos da humanidade, onde tradições jurídicas públicolas foram sangrenta e reiteradamente substituídas por regimes de exceção, as instituições que se instalaram, via de regra, jamais suprimiram o Princípio da Irretroatividade, tendo-o como cânon irrenunciável em prol da segurança e da coerência.

Nessa senda, soa institucionalmente sagrada a certeza de que havendo a produção de uma norma jurídica pretendente a regular uma relação jurídica plenamente constituída sob o amparo das normas legal/magna precedentes, essa pretérita disposição deve ter eficácia ou verossimilhança para o futuro; jamais para o passado, que a erigiu, sem máculas ou teratologia.

Ora, como visto alhures, a cláusula-norma, ao medir forças com as normas constituídas sob o império da norma anterior, não pode, de maneira sub-reptícia, submeter as pretéritas aos novos horizontes normativos, sem acautelar-se ou respeitar determinados limites e condições, absolutamente inafastáveis.

Urge assinalar: a novel norma não pode retrotrair seus efeitos para alcançar situações definitivamente esteadas na afluência da norma pretérita – principalmente quando esta apresentar-se procedente de norma constitucional originária.

Vale dizer, cada relação jurídica se configura e, conseqüentemente, materializa os seus efeitos, em consonância com a norma do tempo de sua configuração.¹⁰²

Noutro giro, o Princípio da Segurança das Relações Jurídicas merece destaque, quando eclodem os inevitáveis conflitos de normas temporais. Semelhante postulado encontra predomínio na regulação da maioria das nações civilizadas, sendo certo que, em terras tupiniquins, outorgaram-lhe, em boa hora, a condição de direito universal, assim erigida no preâmbulo e no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Diante do auspicioso quadro democrático ensejado através da Constituição Cidadã de 1988 (que assim seja eternizado), a estabilidade – inclusive do próprio sistema solapado pela Revolução de 1964 – irmã gêmea da segurança jurídica, tornou-se fenômeno importante nas lindes do Direito Público.

Assim, o postulado alhures, iniludivelmente pétreo, propõe-se a salvaguardar as relação jurídicas verossímeis contras as modificações subitâneas, oportunistas, muitas das vezes politicóides, que venham a atentar, sem dó nem piedade, contra normas preexistentes, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, da prescrição; e, até mesmo, da decadência.

Semelhantes prescrições, não é exagero dizer, estruturam o Estado de Direito.

Norbert Achterberg em boa hora preleciona: “[...] em sentido material, Estado de Direito significa um Estado em que a Justiça e a Segurança Jurídica, inclusive a paz jurídica, devem ser procuradas e desenvolvidas”¹⁰³.

Com efeito, o próprio significado de Estado, exatamente aquele constante da Teoria Geral do Estado, submete a sua existência (sim, existência e por que não, sobrevivência) ao Princípio da Segurança Jurídica, de molde que esses dois conceitos necessariamente se completam.

Por isso mesmo, submetida a um complexo de relações interpessoais cada dia mais dinâmico e abstruso, uma das principais incumbências ou gravames dirigidos ao Direito, quer público quer privado, indica ser a de resguardar (ou ressalvar) um razoável grau, não de vaticinação, mas de ponderável seqüência das expectativas e das escolhas antes priorizadas pelo sistema jurídico.

¹⁰¹ JHERING, Rudolf von. *In: Léprit du Droit Romain*. Libraire Marescq Ainné, 1936, v. II, p. 75.

¹⁰² Segundo a memória jurídica brasileira, desde o Império (Constituição Federal de 1824), já se consagrava o princípio da irretroatividade (art. 179): “Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. A sua disposição não terá efeito retroativo”. A era republicana, em 1891, deu continuidade ao citado cânon (art. 11): “... § 3º: É vedado aos Estados, como à União: prescrever leis retroativas”. Até os dias atuais, semelhante princípio permanece intocável (vide Constituição Federal de 1934, art. 113, nº 3; Constituição Federal de 1946, art. 141, § 3º; Constituição Federal de 1967, arts. 149, IX, 153, § 3º; e Constituição Federal de 1988, art. 5º, XL).

¹⁰³ *In: Allgemeines Verwaltungsrecht Heidelberg*. DECKER; MÜLLER, C.F. § 5º, I, 1, 1985. p. 73.

Quem de nós não deseja o respeito e a manutenção de *vínculos estáveis* contra os desgastes do presente e as incertezas do futuro? (As amizades, o emprego e, principalmente, as instituições do Estado, *v.g.*, o casamento, a família, as sociedades comerciais, os governos etc., pugnam por isso em seus regimes).

Em razão da busca de certa perenidade que deve contagiar as relações humanas, a norma constitucional derivada deve, ao administrar o incógnito conflito entre o passado e o futuro, comutar-se num mecanismo de *redução da complexidade*, impedindo uma visceral fragmentação e ulterior descontinuidade endêmica dos princípios ou marcos que orientam os agentes sociais e econômicos, assegurando as condições de estabilidade institucional de determinada nação.

É isso, aliás, que vem o Judiciário realizando quando lícitamente espanca as manobras econômicas e sociais realizadas por inúmeras administrações públicas que, perseguindo o idílio do populismo, reiteradamente editam normas cujos azaigos conteúdos redundaram em infesto sismo no seio das relações econômicas e sociais deste País.

Por isso mesmo, Reinhold Zippelius (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Heidelberg. Constituição Federal. Müller, 1978. p. 338) leciona: “Bentham e outros consideraram praticamente como finalidade principal do Direito criar segurança jurídica e, conseqüentemente, uma base segura para as regulações”, postulado este dirigido, principalmente, ao próprio legislador.

De tudo isso, extrai-se hoje a *ratio* da *vedação*, via de regra, de normas retroativas de Direito, de molde a ensejar a integridade teleológica do próprio arcabouço jurídico (e do próprio sistema democrático).

Vale trazer à balha a frase esculpida por Paul Ricouer, para quem democracia “[...] é um sistema que só funciona se as pessoas acreditarem nele. Pois não repousa sobre a legitimidade ou sobre a força, repousa sobre a confiança”.¹⁰⁴

A conduta do constituinte derivado, sempre e peremptoriamente dirigida a introduzir preceitos dessa natureza (criando emenda constitucional, cujo principal objeto é o de mandar aplicar prescrição de norma constitucional originária, cujo bojo carrega iniludível carga de transitoriedade), não passa de tentativa, clarividente, de malferir o postulado pétreo da *segurança das relações jurídicas*, situação que por si só abala os alicerces do próprio sistema democrático¹⁰⁵.

E não venham os mais incautos verberar o contrário ou que se trata de comparação abominável ou desatinada.

Foi sob a alegação da necessidade de se *preservar* e *garantir* a ordem jurídica e democrática, que nestas e em outras terras muitos perpetraram toda a sorte de infortúnios em desfavor do sistema que hoje tanto louvamos...

Num mundo de transformações diuturnas, às vezes extravagantes e oportunistas, onde *valores* surgem num segundo e esvanecem em outro; onde as garantias contratuais são alborcadas por promessas populistas e imediatistas; onde aos *inativos*, antes portadores de determinadas prerrogativas contratuais, mormente de cunho laboral, vêm-nas transformadas em pó; e onde respectivamente à *terceira idade* entremostra-se uma *salutar (sic)* oportunidade para ingressar numa sucessão de demandas judiciais, exsurge o Judiciário como o inerrador da continuidade formal, da estabilidade jurídica e da confiabilidade material do sistema normativo democrático.

Pretende a fustigada Emenda Constitucional nº 41/2003 coatar a auto-aplicabilidade, direta e imediata, do teto e do subteto salariais, de molde a reanimar, de forma surpreendente, o originário art. 17 da ADCT.

Busca, com efeito, emprestar retroatividade à norma vulgarmente denominada *abate-teto*. Semelhante conduta legislativa entremostra-se aziaga, na medida em que ultraja as máximas, suso discriminadas, de direito intertemporal.

Inequivoco que o art. 17 do ADCT constitui originária; porém, dispensa do exegeta esforço no sentido de se tratar de norma transitória, aplicável imediatamente à época de seu advento (“*serão imediatamente reduzidos*”). Ou seja, a transitoriedade ali prevista esgotou-se no momento em que esse dispositivo restou aplicado.

¹⁰⁴ *In*: O Único e o Singular. São Paulo: Unesp-Eepa, 2002. p. 64.

¹⁰⁵ Nessa senda, urge lembrar que o constituinte originário determinou: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a *defesa da ordem jurídica, do regime democrático* e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Sem hesitar, é sabido e ressabido que dita indicação é ou foi aplicada, sendo indubitável que o art. 17 do ADCT já foi ou deixou de ser aplicado, muito antes do nascimento da Emenda Constitucional n. 41/2003. Esta norma não tem, absolutamente, a dádiva de revigorar semelhante cânon, pelo menos no tópico que não permite a invocação de direito adquirido (porquanto o dispositivo originário, diante de sua transitoriedade, exauriu-se – urge repetir).

Pretender que um excerto constitucional seja dilargado, a ponto de abominar direitos individuais (não se trata apenas de suprimir a norma do art. 5º da CF/88, mas o próprio direito ali consignado), é conduta legislativa teratológica.

Nesse aspecto, a emenda deve sempre, sob pena de restar natimorta, reverenciar as cláusulas intangíveis, exatamente porque exterioriza uma vontade não processualmente habilitada, mas, principalmente, um anelo constitucional derivado.

A norma prevista no art. 5º XXXVI, não enfrenta apenas o legislador ordinário.

Não se está falando sobre a impossibilidade de a Constituição Federal sofrer derrogação em face de direitos adquiridos. O que se quer deixar claro é a certeza de que ao afirmar o Pretório Excelso sobre a inexistência de direitos adquiridos contra a Constituição (ou que os dispositivos constitucionais têm constância imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos pretéritos e não os fatos consumados no passado (REx nº 157.538 e REx nº 140.499), não pretendeu negar que a retroação não poderia aspirar a abolir direitos individuais).

O desacordo com a Constituição – que excepcionalmente autorizaria emprestar ressalva à invocação do direito adquirido – é aquele apresentado em face da Constituição originária e, nunca, em relação à derivada.

Do contrário, resultaria sem tino o art. 60 da Constituição Federal, cujo cânon peremptoriamente veda Emenda Constitucional propensa a abolir direitos individuais. Aliás, o próprio art. 3º da EC nº 41/03 pugna reverência aos direitos individuais:

Art. 3º. É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

Jorra aos olhos a abundante certeza de que semelhante e novel excerto constitucional entremostra-se em dissensão com a Constituição originária, pois, segundo o disposto no art. 60 da Carta Republicana de 1988, é vedado o implemento de norma derivada tendente a abolir direitos individuais.

Assim, o artigo 9º da EC n. 41/2003, não poderá emprestar novo corpo ao teor do inumado art. 17 do ADCT. Do contrário, fustigará as regras de direito intertemporal, mormente aquela que distingue as ocasiões claramente delimitadas dos momentos *originário e derivado*, no exercício do poder constituinte.

Como em toda e qualquer reforma pretendida pelo constituinte derivado, a ele é defeso revogar preceitos emanados e solidamente abarcados por normas constitucionais originárias. Permite-se, tão-somente, ensejar disposições para o *futuro*. Vedados estão os cortes de vencimentos e/ou proventos (muito menos retroativos).

Soa írrita uma suposta salvaguarda de princípios fiscais a despeito de princípios constitucionais inquebrantáveis.

Ademais, quando se percebe que os eventuais abatimentos salariais não têm o condão de resolver os problemas estruturais da Previdência Social, o suposto efeito *moralizador* (?) da emenda, certamente terá o condão de erradicar princípios ptreos de índole democrática.

Por que, adiante, não se ousará canhonear o próprio regime democrático de direito? Outros, em era recente ou de antanho, muito fizeram contra as garantias individuais, aliás, em nome de regras ou garantias muito menos vitais...

Nesse diapasão, cumpre assinalar que sob o prisma da necessidade de reformulação do arcabouço jurídico, ao Poder Legislativo, no mais primoroso exercício de seus inescurecíveis misteres, cabe escolher a alternativa menos gravosa aos direitos dos cidadãos.¹⁰⁶

¹⁰⁶ LARENZ, Karl. *In: Richtiges Recht*. München: Verlag C. H. Beck, 1979. p. 131.

A missão de inovar é mister do qual não podemos nos afastar. Mas esse encargo não pode desviar-se do zelo pela vitalidade do sistema. Não se pode desprezar o enfermo, mas também de maneira nenhuma deve ser ministrado fármaco excessivo.

A medicação e o seu *quantum* devem fazer frente à mazela, sendo certo que a terapia deve sempre avaliar a capacidade do corpo de enfrentar o mal e reabilitar-se. O excesso de fármaco aniquila. Assim deve ser a intenção do legislador constituinte derivado. Ao tratar a mazela deve buscar e, se possível, experimentar os mesmos processos mentais e espirituais do Criador (*in casu*, o constituinte originário).

Estabilizar é feito que não comporta apenas um parâmetro perseguido pelos dirigentes de uma nação (o fiscal). É empreitada que diz respeito principalmente à própria norma originária. Não se encontrará, jamais, a sonhada *estabilidade social*, enquanto se fustigar toda a sorte de direitos e garantias individuais.

A estabilidade, mormente constitucional, é condição *sine qua non* para o implemento da Justiça, difusamente considerada.

Tanto isso é verdade que neste País o Judiciário encontra-se mergulhado em demandas multifacetadas, provocadas (e sempre proteladas) pelo Poder Público. Entrementes, assistimos boquiabertos os eventuais administradores públicos, perante os meios de comunicação, confessando a marosca incutida nessas ações; porém, nada fazem para espancá-las, de molde a possibilitar ou mesmo fazer a Justiça Social que tanto pregam nos momentos eleitoreiros!

Saulo Ramos, em artigo publicado em “O Globo”¹⁰⁷, de 24.01.2003, sintetiza com perspicácia o imbróglio ora enfeixado:

[...] Há o segundo aspecto do problema, que levou o presidente do Supremo a falar em ‘revolução’ para a alteração desta garantia constitucional, entendimento que provocou, por uns dias, crise no mercado financeiro, sempre atrás do toco e pronto para especular diante de qualquer fato. Desta vez, foi surpreendente; especulou com a singela opinião doutrinária, porque segundo a ciência constitucional, o parlamento não pode alterar constituições desconstituindo as garantias fundamentais, ou o direito adquirido, a não ser quando convocada uma constituinte originária; o que somente acontece depois de revoluções ou golpe de estado. É matéria escolar, valores jurídicos sem cotação em bolsa ou mercado.

Nesta segunda complicação, há aquela regra inventada pelo constituinte de 1988 (sempre ele!), no art. 60, § 4º, que proíbe emenda constitucional abolindo direito e garantia individual, a chamada cláusula pétreia e que fará muita gente lembrar de Drummond, poeta e também mineiro: ‘no meio do caminho tinha uma pedra’.

Enfim, se o direito for considerado apenas como adquirido, o que realmente é segundo Vicente Ráo, a reforma poderá ser feita para os futuros servidores que ingressarem na carreira depois da emenda constitucional e não para os que estão caminhando. Se for considerado protegido pela cláusula pétreia, isto é, inalterável, não poderá ser objeto de emenda alguma. A tesouraria terá que buscar outras soluções [...].

Prosseguindo, a conduta praticada pela autoridade impetrada não pode alcançar situação já consolidada nos termos da legislação anterior, sob pena de iniludível ofensa, também, ao ato jurídico perfeito, igualmente garantido pela Constituição Federal.

O § 1º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil assim estipula ato jurídico perfeito: “Art. 6º. [...] § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

A Lei de Introdução ao Código Civil, na verdade, não define o que seja ato jurídico, mas apenas diz o que se entende como ato jurídico perfeito, que é o *ato consumado ou concretizado* no tempo de vigência de uma lei que o tornou possível. A definição de ato jurídico perfeito nos é dada ainda pelo ar. 81 do Código Civil de 1916, cujo cânon considera ato jurídico todo ato lícito que tenha por fim imediato *adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito*.

Depreende-se, pois, do conceito de ato jurídico que nem toda ação humana é considerada ato jurídico, mas somente aquela conduta que, praticada em conformidade com a ordem jurídica vigente, objetiva adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito.

Com efeito, o ato jurídico perfeito a que se refere o art. 5º, XXXVI, da CF/88 diz respeito ao ato que se aperfeiçoou em período anterior a uma lei que, para não ser retroativa, não pode alcançá-lo, nem aos seus efeitos futuros. Está, pois, este conceito ligado ao direito intertemporal.

¹⁰⁷ **Previdência, imprevidência do constituinte.**

O ato jurídico, portanto, constitui uma declaração de vontade, que visa a obter um resultado. Hoje, pela doutrina moderna, esta declaração de vontade denomina-se negócio jurídico.

O conceito de “negócio jurídico” (*Rechtsgeschäft*), encarecido pelos escritores tedescos como dos mais importantes da moderna ciência do Direito, deve ser imaginado como um pressuposto do fato, tencionado ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido.

O fundamento e seus efeitos do negócio do efeito jurídico assentam então na vontade, não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal. E tão relevante é o papel da vontade na etiologia do negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria idéia conceitual com a declaração de vontade, erigindo-se, desta forma, a sua definição.

O ato jurídico – tal como entendido e estruturado na sistemática do Código Civil de 1916, art. 81 – conceitualmente também se funda na declaração de vontade, uma vez que, analisado em seus elementos, acusa a existência de uma emissão volitiva, em conformidade com a ordem legal e tendente à produção de seus efeitos jurídicos.

A inalterabilidade do ato jurídico perfeito, em face da nova lei que disciplinou a matéria envolvida da declaração de vontade, é um dos princípios de garantia da confiança do cidadão; e a sua manutenção, até por dispositivo constitucional, protege o Estado de Direito.

A lei não pode retroagir, pois os vencimentos e/ou proventos da inatividade preexistentes, porquanto pactuados de acordo com as leis vigentes à época, configuram um ato jurídico perfeito.

A propósito, vale a pena transcrever as lições do saudoso Caio Mário da Silva Pereira¹⁰⁸, ao aderir à cátedra de Pontes de Miranda, também registrando que a regra que declare nula ou anule comando legal pretérito, não poderá ter efeito retroativo, face ao suporte fático-jurídico regido ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (*tempus regit factum*):

Ato jurídico perfeito, que é o que já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. É o ato plenamente constituído, cujos requisitos se cumpriram na pendência da lei sob cujo império se realizou, e que fica a cavaleiro da lei nova.

Vejo que, se por absurdo não prevalecer a tese alhures, outros argumentos devem vir à balha, cujos fundamentos, não obstante singelos, dão cabo à conduta teratológica perpetrada pelo Estado.

Ora, evidente, como afirmado suso, que vantagens pessoais que se incorporaram em *data pretérita* ao patrimônio jurídico do autor do benefício a que faz jus a impetrante, não podem ser afetadas pela Emenda n. 41/03, ainda que o *quantum* dos proventos somente tenha ultrapassado o teto estadual após a discutida alteração constitucional.

Um raciocínio diverso importaria em desprezo à soberana decisão judicial que reconheceu ilegalidade no *anterior* cálculo do benefício devido à autora (*precedente* inclusive à inovação magna levada a efeito por discutível excerto constitucional), permitindo-se, via de conseqüência, malferimento ao princípio da irredutibilidade de vencimentos/proventos, postulado reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do célebre julgamento do MS 24.975-1 (tendo como impetrantes ministros aposentados da Excelsa Corte).

Não obstante subseqüente cálculo (correto) dos proventos da autora, inequívoca a consolidação (ou existência) dessa situação em momento *precedente* ao da vigência da EC 41/03 ou da própria Lei nº 15.013/04; situação que impede a Administração Pública estadual de subtrair ou nulificar o postulado da irredutibilidade de vencimentos. Semelhante ícone, felizmente, não foi olvidado pela egrégia Suprema Corte.

Desse molde, defeso alterar a situação jurídica da impetrante – mesmo que consolidada em momento superveniente ao advento de novel e irritó excerto magno (ou diploma ordinário estadual nele inspirado) – sob pena de se admitir, embora reconhecida, no âmbito jurisdicional ordinário derradeiro, a *manutenção* da teratologia perpetrada em desfavor da autora.

Sim, evidente que a autora continuaria a ser penalizada com a incúria da Administração, desta feita com espeque na Lei nº 15.013/2004. Pensar e agir de outro modo, certamente ensejará (ou, melhor, perdurará) o locupletamento ilícito do Estado em detrimento de determinada pensionista.

¹⁰⁸ *In: Instituições de Direito Civil*. v. I. p. 105.

Com efeito, manifesto-me pela concessão da segurança.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2008.

Marco Paulo Cardoso Starling
7º Promotor de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO – PRELIMINAR PERDA DO OBJETO –
IDADE LIMITE – EXAME PSICOLÓGICO – LEGALIDADE**

AUTOS Nº 004.776-8

MM. Juiz:

R.G.P. propõe o presente *writ* em desfavor de conduta supostamente arbitrária perpetrada pelo **Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais** e também pelo **Chefe do Centro de Recrutamento e Seleção da PMMG** e pelo **Diretor de Recursos Humanos da PMMG**.

Relata o autor que pretende participar do concurso público para o Curso Técnico em Segurança Pública, da Força Pública estadual. Entrementes, relata que ao buscar inscrever-se no referido certame, semelhante pretensão restou obstada pelas autoridades policiais militares sobreditas, ao aviso de que ultrapassara a idade limite fixada em edital.

Verbera que semelhante exigência entremostrou-se-ia ilegal, porquanto a vigente Constituição Federal tem como teratológica qualquer discriminação por idade ensejada pela administração pública, quando da realização de certames públicos, *ex vi* dos arts. 5º, II e XIII, 7º, XXX e 37, I, todos da Constituição Federal. Roga, em sede liminar, o direito de ser inscrito no certame público alhures discriminado, situação a ser confirmada em sede meritória.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 12/43.

O *writ* foi extinto por força da decisão de fls. 47/49.

O recurso de apelação aviado pelo autor (fls. 51/52) logrou provimento, mediante decisão relatada pelo em. Des. Fernando Bráulio (fls. 115/119).

Proferido o despacho de fls. 124/125, compareceram aos autos as duas primeiras autoridades impetradas (fls. 137/144, 146/154).

Assinalam, após suscitarem preliminares, que o limite etário, inscrito na Lei nº 5.301/69 (art. 5º, III, “a”, nº 3), encontra guarida nos cânones dos artigos 37 I e II e 142 § 3º, VIII e X, além do artigo 42 § 1º, da vigente Constituição Federal.

Apontam, também, a exigência contida no item 3.1., “d”, do edital do certame, cujo cânon informa as datas de nascimento – máxima e mínima – como condição ou requisito para a inscrição no mencionado certame público.

É o breve relatório.

As preliminares permeando a existência ou não de direito líquido e certo alcançam o tema meritório. Lado outro, a questão vestibular relacionada com eventual perda do objeto mandamental parece deter pertinência.

Pelo teor das informações, vislumbra-se que o concurso (em suas fases subseqüentes) teve o seu andamento regular sem a participação do autor (encerrado em 07.12.07 – fls. 139). Efetivamente, indeferida a liminar, o certame teve desate, situação que provoca a perda e objeto desse *mandamus*.

Com efeito, tem-se por exaurida a pretensão formulada na exordial, não havendo pedido alternativo objetivando uma possível reserva de vagas ou mesmo inclusão em concurso posterior.

Sobre o assunto:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - MAGISTRATURA ESTADUAL - JUIZ SUBSTITUTO - 2ª FASE - INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE - CERTAME ENCERRADO - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - PERDA DE OBJETO.

1 - Se à época dos fatos (1992) o concurso já se havia se encerrado e seu resultado, homologado, sendo reconhecida a prejudicialidade do *mandamus* pelo Tribunal a *quo*, motivo maior teria sua não manutenção depois de tão longo lapso temporal, pois impossível perpetrar no tempo os efeitos da via eleita, ficando exaurida a pretensão. Ademais, se a liminar tivesse sido concedida, com reserva de vaga, quando requerida (no dia anterior à realização da 2ª fase do certame) e o impetrante tivesse logrado aprovação, esta Corte poderia garantir-lhe a posse. Todavia, isto não ocorreu, faltando ao impetrante interesse para agir. Perda de objeto do recurso reconhecida.

2 - Precedentes (RMS números 1.279/ES e 9.970/CE).

3 - Recurso julgado prejudicado.

Decisão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Félix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

TRF1-089620) PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA 1ª REGIÃO SEM A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOIS ANOS DE PRÁTICA FORENSE. LIMINAR INDEFERIDA. PERDA DE OBJETO DO *MANDAMUS*.

1. Perde o objeto o mandado de segurança que visava garantir a participação do impetrante em concurso público para o cargo de Juiz Federal Substituto da 1ª Região, sem a exigência de comprovação de dois anos de prática forense, quando o impetrante não logra obter liminar que lhe possibilite participar da primeira fase do certame.

2. Processo extinto sem julgamento do mérito, ante a perda de objeto do *mandamus*.

Decisão: A Corte, por unanimidade, declarou extinto o processo sem julgamento do mérito, ante a perda de seu objeto.

(Mandado de Segurança nº 01000282400/DF (199901000282400), Corte Especial do TRF da 1ª Região, Rel. Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva. j. 16.05.2002, DJ 22.10.2002, p. 73).

TJRS-237495) MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - LIMINAR INDEFERIDA.

Não comparecimento das impetrantes à prova designada. Perda de objeto do *mandamus*.

Segurança extinta. (fls. 4)

(Mandado de Segurança nº 70004614269, 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso. j. 13.09.2002).

Se, eventualmente, for ultrapassada a questão preliminar alhures, tenho que o aspecto não dá guarida à pretensão formulada pelo autor.

Efetivamente, consta do edital do certame fustigado a exigência de que os inscritos tenham nascido entre 12/02/1977 e 12/02/1989 – fls. 20. Esse pré-requisito etário, específico, tem razão de ser por força do que determina a Lei nº 5.301/69 (art. 5º, IV). Assim, quando do *ingresso* na Força Pública não poderá o candidato possuir idade superior a 30 anos. Vale dizer, a *idade limite* fixa-se pela data do ingresso na Polícia Militar – e não pela singela inscrição no certame público respectivo.

Urge salientar que mencionada disposição não foi revogada ou sequer modificada por qualquer legislação superveniente. Analisando essa condição, não vejo como prevalecer, em prol do autor, qualquer argumento, situação pessoal, ou quiçá norma magna específica (ao contrário).

Tenho que a pretensão da autora esbarra em severo óbice, posto que as regras alinhavadas no artigo 7º, XXX, da vigente Constituição Federal, *admitem exceções*, eis que os servidores militares encontram-se jungidos à regra especial do § 9º do art. 42, da mesma Carta Republicana.

Urge salientar também: o ingresso na inatividade, em se tratando de servidor castrense, impõe o lapso de 30 (trinta) anos de efetivo exercício (art. 136, I, da Lei nº 5.301/69); sendo certo, por outro lado, que a compulsoriedade para ingresso na reserva dar-se-á, para o policial militar, aos 60 (sessenta) anos de idade (art. 142 do dispositivo legal estadual referido). Com efeito, inúmeros são os precedentes jurisprudenciais que afastam a limitação imposta pela Administração Pública aos cargos em função da idade.

Mas, convém gizar, semelhantes decisões, de forma majoritária, sempre colocam os cargos militares ao largo de semelhante exigência, ante expressa prescrição constitucional. Vale dizer, a limitação etária inserta no concurso público de soldado da Polícia Militar de Minas Gerais observa e reverencia o *postulado da reserva legal*.

Alexandre de Moraes explica:

[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente tendo-se por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]. O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária [...]. (*In: Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 62-63).

Por seu turno, a i. Min. Carmem Lúcia Antunes Rocha leciona:

O Supremo Tribunal Federal vem se pronunciando, reiteradamente, no sentido de aceitar o critério idade desde que tanto não signifique discriminação. RMS 21045-DF - Concurso Público - [...] - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (CF, art. 39, § 2º, c/c art. 7º, XXX), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorre da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido. - O tema concernente à fixação legal do limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos públicos tem sido analisado pela jurisprudência desta Corte em função e na perspectiva do critério de razoabilidade. Precedentes: RTJ 135/528 - RTJ 135/958 - DJ 30/04/94, p. 26169. (*In: Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 211).

Impende ressaltar, nessa senda, em se tratando de certame objetivando a seleção de futuros soldados da Força Pública, nada mais *razoável* que se imponha a limitação etária. Sim, porquanto evidente, em face da carga laboral sabidamente extenuante a que se submeterá o futuro militar (ao contrário daqueles ocupantes de funções burocráticas e/ou profissionais de saúde, mesmo estritamente castrenses)¹⁰⁹.

Mister trazer à balha algumas decisões nesse sentido:

O artigo 7º, inc. XXX, da Constituição Federal, *aplicável aos servidores públicos civis* (art. 39, § 2º) é regra de especial garantia ao princípio da isonomia, no que diz respeito ao direito ao trabalho e ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas.

A Constituição Federal de 1988, explícita ou implicitamente, deixou claras todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas fundadas na idade, nada restando à legislação infraconstitucional no particular. [...] (RMS 289/RS, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU-I de 17.12.90 e RMS 5.480/RS).

O acesso aos cargos públicos civis não pode ser impedido por questão de idade. As únicas limitações admissíveis, na espécie, são as previstas na Constituição Federal. (RMS nº 1.435/RS, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU-I de 17.05.93).

A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF/88, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF/88 art. 5º, *caput*), que se estende, a falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares – CF/88 art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil.

É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo. As únicas limitações admissíveis, na espécie, são as preencher [...]. Precedentes RMS 21.046, de 14.12.90, Pertence; RMS 21.033, de 01.03.91, Velloso. (REX nº 156.404/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU-I de 01.10.93, pág. 20.222).

[...] Há cargos que exigem o concurso de pessoas mais jovens, porque exigem esforço muito maior. De outro lado, o servidor público deve ser encarado em termos racionais, quer dizer, o exercício dos cargos públicos pressupõe pessoa capaz no sentido amplo da palavra. [...] Não fosse assim, seria impossível interpretar harmonicamente os arts. 7º, XXX, 37, I, e 39, § 2º, da Constituição em vigor, até porque nela se encontram, outras normas que demonstram a relatividade da vedação genérica em que se apóiam os impetrantes, ao estabelecer limites etários, quer para o acesso aos cargos eletivos (art. 14, VI e suas alíneas), quer para o provimento de diversos cargos públicos (arts. 87, 128, § 1º, e 131, § 1º), inclusive no âmbito do Poder Judiciário (art. 101, parágrafo único do art. 104, art. 107, *caput*, 111, § 1º, e parágrafo único do art. 123). [...]

Trata-se, no caso dos autos, da Lei nº 5.301/69 (Estatuto do Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais) que

¹⁰⁹ [...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *In: Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 17).

estabelece, em seu art. 5º, III, alínea *a*, nº 3, as idades mínima e máxima reproduzidas no edital, exigência que não padece da alegada inconstitucionalidade.” (AP Nº 1.0000.00.338271-0/000. TJMG. RELATOR: EXMO. SR. DES. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE. 16/09/2003).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. LIMITE DE IDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL. RAZOABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. APELO DESPROVIDO. Não há inconstitucionalidade na exigência, legal, de limite de idade para ingresso na carreira militar, vez que a Constituição Federal autoriza tal limite, que é compreensível, dada a peculiaridade da função desempenhada pelo Policial Militar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.700396-4/003 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ELIZIO AGOSTINHO DA CRUZ - APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - AUTORID. COATORA: COMANDANTE-GERAL POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS, TENENTE-CORONEL COM. 26º BATALHÃO PMMG - RELATOR: EXMO. SR. DES. NEPOMUCENO SILVA – Minas Gerais de 10.03.2006.

DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PARA CURSO TÉCNICO EM SEGURANÇA PÚBLICA DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS REFERENTE AO ANO DE 2006 (CTSP/2006) - SOLDADO - LIMITE IDADE - LEGALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. A Constituição Federal permite que a lei estabeleça requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir, sendo certo que os pressupostos legais devem guardar pertinência com as funções que serão exercidas pelo servidor. Em se tratando de atividade policial, mostra-se coerente a exigência de limite etário para o ingresso na carreira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.697681-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): JONIS MACHADO SANTOS - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - AUTORID COATORA: COMANDANTE-GERAL PMMG POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ – Minas Gerais de 16.02.2007.

Com efeito, a norma que trata dos servidores policiais militares no âmbito federal (Decreto nº 92.577/86 – art. 34, § 2º), bem recepcionada pela Constituição Federal vigente e o ordenamento jurídico estadual (Lei nº 5.301/69), antes de permitir ou facultar o estabelecimento de limite de idade para o *ingresso* na carreira militar, acaba por estabelecer verdadeira limitação nessa específica senda (art. 5º, IV) – requisitos esses recepcionados pela jurisprudência da Excelsa Corte.¹¹⁰

Outrossim, além dos escólios jurisprudenciais transcritos nas informações, outros são contundentes a emprestar verossimilhança à tese esposada pelo impetrado (MS nº 303-0/DF, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJU-I de 08.06.1992; REsp nº 149.471/RS, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU-I de 18.12.1998; dentre outros mais recentes).

A questão tem gerado um verdadeiro imbróglio de interpretações perante as diversas instâncias jurisdicionais, situação que certamente será pacificada na instância constitucional¹¹¹.

Contudo, tenho que as regras magnas alhures discriminadas, devem ser analisadas e enfeixadas entre si, de molde a fornecer, em derradeira análise, o máximo de eficiência à administração pública (mormente em sede de servidores da Força Pública, como destacam as decisões que acolhem o estabelecimento de limite etário para ingresso nos quadros militares).

¹¹⁰ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. LEI 7.289/1984 DO DISTRITO FEDERAL. LIMITAÇÃO DE IDADE APENAS EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. A fixação do limite de idade via edital não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei. Agravo regimental a que se nega provimento - RE-AgR 559823 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 27/11/2007 - Órgão Julgador: Segunda Turma.

Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso público para policial militar. Limitação de idade. Edital que fixa idade limite para o ingresso na corporação, o que a Lei ordinária (L. 7.289/84), não restringiu. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido - RE-AgR 307112 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 02/05/2006 - Órgão Julgador: Primeira Turma.

¹¹¹ APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS - EXIGÊNCIA DE IDADE MÁXIMA DE 30 ANOS - REQUISITO DISCRIMINATÓRIO E ARBITRÁRIO - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL - SENTENÇA MANTIDA. I - A exigência editalícia de que o candidato tenha no máximo 30 anos de IDADE, para concorrer ao cargo de AUXILIAR de SAÚDE da polícia militar de Minas Gerais revela-se contrária à nova ordem constitucional, na medida que tal restrição só ganha validade quando constituir requisito indispensável em razão da natureza e atribuições do cargo. 2 - Em reexame necessário, manter a r. sentença monocrática; prejudicado o recurso voluntário. APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.298125-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): REMETENTE: JD 5ª V. FAZ. COMARCA BELO HORIZONTE, ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): HELOÍSA FERNANDES - RELATOR: EXMO. SR. DES. BATISTA FRANCO – Minas Gerais de 03.12.2004. Em sentido contrário, vide: EMBARGOS INFRINGENTES (C. CÍVEIS) Nº 000.146.354-6/04 NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 146.354-6/00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - EMBARGANTE(S): MIRTES SILVA DE ASSIS - EMBARGADO(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - COM. GERAL DA PM DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO – Minas Gerais de 12.05.2000.

Aliás, admoesta com precisão o ínclito Min. José de Jesus Filho, *in verbis*:

[...] Dispõe-se no art. 37, item I da Constituição da República, que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. [...] Resta saber se a Constituição Federal excluiu os militares frente ao art. 7º, item XXX. Penso que sim. Porque essa exclusão excepcional decorre do próprio texto constitucional segundo o § 9º do artigo 42. Por isso a imposição do limite de idade previsto na lei não infringe o dispositivo constitucional em que se louvou o impetrante, assim como o princípio da igualdade perante a lei, em face das peculiaridades da caserna. O tema é polêmico e tormentoso, ainda mais se for visto à luz do art. 3º, item IV, da Lei Maior [...].

Pelo exposto, manifesto-me pela denegação da segurança.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2008.

Marco Paulo Cardoso Starling
1ª Promotoria de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – FASE HABILITAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE
LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO – CAPACIDADE TÉCNICA – REQUISITOS**

PROCESSO Nº 0024 05 697475-1

MM. JUIZ,

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar, impetrado por MENDES JÚNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A contra ato do Sr. DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE MINAS GERAIS – DER/MG, consistente na sua inabilitação para o certame licitatório promovido pelo DER/MG, convocado pelo Edital de Concorrência Pública nº 066/2005, cuja finalidade é a contratação para Execução das Obras de Cobertura do Ribeirão Arrudas, no segmento entre Alameda Ezequiel Dias e Complexo de Viadutos da Lagoinha, ato praticado ao fundamento de que os atestados por si apresentados foram emitidos em nome de Mendes Engenharia S/A, decisão esta mantida em sede de recurso administrativo.

Alega, em síntese, que os atestados por si apresentados, emitidos originariamente em nome de Mendes Júnior Engenharia S/A, são de sua propriedade, pois que sustentados pela viabilização do procedimento ultimado pela empresa supramencionada, e pertencente ao Grupo Mendes Júnior, relativo à incorporação de bens imateriais (*know-how*) ao seu patrimônio; que em 07 de abril de 1998 foi aprovada a incorporação dos bens pertencentes a Mendes Júnior Engenharia S/A, Mendes Júnior Montagens e Serviços Ltda. e Mendes Júnior Empreendimentos Ltda., ao capital da Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, operação formalizada em Assembléia Geral Extraordinária de seus acionistas, conforme ata registrada sob o nº 1621826, em 08 de abril seguintes, na JUCEMG, e posteriormente, em 10 de outubro de 2002, na Junta Comercial do Estado de São Paulo; que dita incorporação de bens, que compreende, inclusive, Acervos Técnicos, encontra amparo no art. 7º da Lei n. 6.404/76; que a operação realizada resultou em uma incorporação de bens, transferindo-se tecnologia de empresas de um mesmo conglomerado econômico, e de objetivos semelhantes, a outras, mediante apoio técnico e operacional, em que os Atestados são apenas a certificação; que a celebração de ajustes de transferência de tecnologia é tratada por vários doutrinadores brasileiros, bem como pela Resolução n. 317/86 do CONFEA; que o próprio CREA/MG atesta que está capacitada para executar obras similares às descritas nos acervos de seus responsáveis técnicos; que diversas decisões judiciais já reconheceram seu direito à utilização dos Acervos Técnicos incorporados em seu patrimônio, e a sua capacidade técnica operacional. Requeru a concessão de liminar para o fim de assegurar sua participação nos procedimentos posteriores do certame, e a concessão da segurança “[...] para que o ato ilegal cometido pela autoridade coatora seja inteiramente anulado.”.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 34/1.114.

A liminar pleiteada foi concedida às fls. 1.116/1.120.

Devidamente notificada (fls. 1.122/1.123), a autoridade apontada como coatora apresentou as informações de fls. 1.125/1.138, acompanhadas dos documentos de fls. 1.139/1.182, alegando, em preliminar, que as empresas que atenderam o chamamento do Edital, e que estão participando da licitação, devem ser chamadas a integrar a lide, na qualidade de litisconsortes necessárias, nos termos do art. 47 do CPC. No mérito, alegou, em síntese, que a obra licitada é uma das mais importantes financiadas pelo Estado nas últimas décadas, razão porque a qualificação técnica, a que faz referência a Lei de Licitações, relaciona-se à existên-

cia de condições práticas e concretas de se executar o objeto licitado; que a impetrante não demonstrou capacitação técnica em seu nome, conforme preceitua o art. 30, II da Lei 8.666/93; que o item 7.1 do Edital é claro ao exigir que a demonstração da capacitação técnica é em relação à pessoa licitante, e não de terceiros ou de outra pessoa jurídica, ainda que integre eventual grupo econômico de que faça parte; que o que está demonstrado é que a impetrante adquiriu, contratualmente e por meios lícitos, a tecnologia de construção, que é o conhecimento técnico-científico do qual era detentora outra empresa, não estando demonstrado que a impetrante tem experiência concreta na execução das tarefas que foram elencadas no Edital, item 7.1.16, de organização e arrematação de elementos, pessoas e materiais.

Vieram os autos ao Ministério Público.

É o relatório. Passo a me manifestar.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Alegou o impetrado, em preliminar, que as empresas que atenderam o chamamento do Edital, e que estão participando da licitação, devem ser chamadas a integrar a lide, na qualidade de litisconsortes necessárias, nos termos do art. 47 do CPC.

No entanto, *data venia*, somente são considerados litisconsortes necessários os beneficiários do ato ou contrato impugnado, nos dizeres de HELY LOPES MEIRELES (*In: Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 49.)

In casu, não há que se falar em beneficiários do ato, eis que a licitação estava na fase de habilitação ou qualificação, destinada a exame da documentação de todos os licitantes. A inabilitação de qualquer licitante, ao nosso entendimento, não beneficia nem prejudica qualquer outro licitante.

Ademais, qualquer licitante que entender afrontado seu direito poderá se socorrer do Poder Judiciário.

No mérito, insurge-se a impetrante contra ato do impetrado que a inabilitou para o certame licitatório promovido pelo DER/MG, convocado pelo Edital de Concorrência Pública nº 066/2005, cujo objeto é a contratação para Execução das Obras de Cobertura do Ribeirão Arrudas, no segmento entre Alameda Ezequiel Dias e o Complexo de Viadutos da Lagoinha, ao fundamento de que os atestados por si apresentados foram emitidos em nome de Mendes Engenharia S/A, decisão esta mantida em sede de recurso administrativo.

Argumenta que em 07 de abril de 1998 foi aprovada a incorporação dos bens pertencentes a Mendes Júnior Engenharia S/A, Mendes Júnior Montagens e Serviços Ltda. e Mendes Júnior Empreendimentos Ltda., ao capital da Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, operação formalizada em Assembléia Geral Extraordinária de seus acionistas, conforme ata registrada sob o nº 1621826, em 08 de abril seguintes, na JUCEMG, e posteriormente, em 10 de outubro de 2002, na Junta Comercial do Estado de São Paulo; afirma que dita incorporação, que encontra amparo no art. 7º da Lei 6.404/76, resultou na transferência de tecnologia de empresas de um mesmo conglomerado econômico, e de objetivos semelhantes, a outras, mediante apoio técnico e operacional.

Já o impetrado alega que o que está demonstrado é que a impetrante adquiriu, contratualmente e por meios lícitos, a tecnologia de construção, que é o conhecimento técnico-científico do qual era detentora outra empresa, não estando demonstrado que a impetrante tem experiência concreta na execução das tarefas que foram elencadas no Edital, item 7.1.16, de organização e arrematação de elementos, pessoas e materiais.

Com efeito, é sabido que o procedimento licitatório é integrado por atos e fatos da Administração, que abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, dentre as quais a Administração Pública selecionará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Certo é que o procedimento licitatório rege-se pelo princípio da legalidade, estando vinculado à Lei n.º 8.666/93, que disciplina rigorosamente todas as fases do procedimento, bem como ao edital, que é a lei interna da licitação.

A fase de habilitação é reservada para a abertura dos envelopes, contendo os documentos exigidos no edital, e que estão indicados no art. 27 da Lei n. 8.666/93, podendo se referir somente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Nos dizeres de HELY LOPES MEIRELLES:

Comprova-se a capacidade técnica genérica, pelo registro profissional; a específica, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação; e a operativa, pela demonstração da disponibilidade desses recursos materiais e humanos adequados, necessários à execução. (*In: Direito Administrativo Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 266).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que:

Na fase de habilitação a promotora do certame deve abster-se de exigências ou rigorismos inúteis. Isto bem se entende à vista das considerações enunciadas em acórdão que, no dizer do eminente Adílson Dallari, já se tornou clássico: “Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase de habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório (TJRS, AgPet 11.336, RDP 14/240). (*In: Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros. p. 544).

A desclassificação da impetrante se deu ao fundamento de que não comprovou possuir capacitação técnica, tendo em conta que os Atestados apresentados foram emitidos em nome da empresa Mendes Júnior Engenharia S/A.

No entanto, da análise dos documentos acostados aos autos, constata-se que houve incorporação de acervos técnicos das empresas Mendes Júnior Engenharia S/A, Mendes Júnior Empreendimentos Ltda. e Mendes Júnior Montagens e Serviços Ltda. pela ora impetrante, sendo que todas as empresas são participantes de um mesmo grupo econômico, controladas pela Mendes Júnior Participações S/A.

Constata-se mais que a incorporação dos acervos técnicos das empresas supramencionadas foi registrada na Junta Comercial e aceita pelo CREA, razão porque, conforme bem colocado pela Professora CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, no parecer acostado às fls. 489/505, a impetrante:

[...] dotou-se, iniludivelmente, do conhecimento, informações, tecnologia sobre processos e experiências relativas à engenharia, construções, elaboração de projetos e prestação de serviços na área especificada como seu objeto social, o que ainda se alia à admissão aos seus quadros dos recursos humanos, constituídos pelos profissionais vinculados àqueles elementos tecnológicos, além de fazer contar com a disponibilização dos equipamentos necessários para o desempenho das obras e serviços correspondentes àquele complexo tecnológico.

Ora, a exigência de comprovação de qualificação técnica, por parte do licitante, visa garantir ao Poder Público que a empresa possui aptidão necessária para desempenhar a atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

Assim é que, *in casu*, em estando comprovado que a impetrante adquiriu o acervo técnico de empresas “irmãs”, na forma prevista na legislação brasileira, com atestação pelo CREA/MG, que é o órgão responsável pelo controle de acervos técnicos, entendemos ilegal o ato que inabilitou a impetrante no procedimento licitatório em questão.

Conforme bem ressaltado pela Professora CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, no parecer já mencionado, o que é vedado pela legislação brasileira:

[...] é apenas a transferência aparente de conhecimentos, que se faz pela formalização de passagem de atestados de uma para outra empresa sem substrato fático e legítimo. Nesse caso há um simulacro de transferência, burlando-se a legislação, fraudando-se os objetivos do processo licitatório e da lisura dos processos de publicidade das condições empresariais, de tal modo que se tenha segurança jurídica nas relações de terceiros com a entidade societária.

Diante do exposto, e do mais que dos autos consta, o Ministério Público, por meio de sua Promotora de Justiça em exercício perante este r. Juízo, manifesta-se pela concessão da segurança.

Belo Horizonte, 08 de novembro de 2005.

IRÁIDES DE OLIVEIRA MARQUES
Promotora de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DISCIPLINAR – PRELIMINAR LITISCONSÓRCIO –
NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL – NÃO PRECISÃO DOS FATOS QUE VISA APURAR**

PROCESSO N.º 0024 05 654068-6

MM. Juiz,

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar, impetrado por A. R., contra ato da Sra. AUDITORA-GERAL DO ESTADO.

Alega, em síntese, que em 23/06/2004 a impetrada instaurou contra o impetrante, através da Portaria 86/2004, processo administrativo “objetivando apurar o possível descumprimento dos deveres previstos no art. 216, incisos V, VI e VIII e possível infringência aos ilícitos previstos nos arts. 217, inc. II, 245 e parágrafo único, 246, I e III, e 250, III, da Lei 869/52”; que elaborou sua defesa em relação a tais imputações, mas acabou sendo punido por argumento novo, “criado pela comissão processante no momento da elaboração do relatório”, do qual não teve oportunidade de se defender especificadamente, qual seja, descumprimento ao dever de discricão, previsto no art. 216, III, da Lei 869/52; que o fundamento utilizado pela comissão processante foi o de que o art. 383 do CPC, que permite dar ao fato uma definição jurídica diversa daquela inicialmente proposta, e o de que a infração prevista no inc. III do art. 216 está implícita no inc. VI do mesmo artigo legal; que, no entanto, não foi aberto novo prazo para se defender contra tal imputação, o que afronta o direito à ampla defesa; que, ademais, se foi punido porque descumpriu o dever de discricão, não lhe poderia ser aplicada a pena de suspensão, pelo prazo de noventa dias, mas tão-somente a pena de repreensão, tendo em conta o disposto no art. 245 da Lei 869/52, como também de não ter sido constatado, pela comissão processante, dolo ou má-fé de sua parte; que o mesmo raciocínio se aplica ao inc. VI do art. 216 da Lei 869/52, no qual estaria implícito o inc. III, segundo a impetrada, que classificou a falta como grave, usando o critério subjetivo de considerar os “transtornos” supostamente decorrentes da aludida falta; que, ademais, os deveres elencados no art. 216 não constituem, de forma alguma, transgressões da mesma natureza e severidade daquelas capituladas nos incisos do art. 246, não podendo um fato ser enquadrado concomitantemente como descumprimento de dever funcional e falta grave, sob pena de se considerar duas penalidades para um mesmo fato; que, lado outro, a impetrada não justificou porque teria majorado a penalidade sugerida pela comissão processante, de 30 (trinta) para 90 (noventa) dias de suspensão. Requereu a concessão da segurança para o fim de revogar o ato administrativo que culminou com o decreto condenatório contra si e “reenquadrar a penalidade aplicável em decorrência do evento danoso para repreensão, como determina o art. 245, *caput*, da Lei Estadual nº 869/52”, e, alternativamente, para revogar o ato administrativo que culminou em seu decreto condenatório “e determinar que a autoridade apontada como coatora profira nova decisão, desta feita fundamentando a dosimetria da penalidade aplicável, levando em consideração a atenuante reconhecida no inc. V, do item 11.3, do relatório que lhe foi encaminhado pela comissão processante”.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 14/44.

A liminar pleiteada foi indeferida às fls. 48/50.

Às fls. 51/63 o impetrante emendou a inicial e requereu a reconsideração da r. decisão indeferitória da liminar, pleiteando a suspensão do ato impugnado, em sede de liminar, e a concessão da segurança para o fim de confirmar a liminar e revogar o ato impugnado.

O pedido de reconsideração foi indeferido à fl. 64.

A autoridade apontada como coatora foi devidamente notificada às fls. 65/66; às fls. 68 encontra-se acostado ofício procedente do eg. Tribunal de Justiça, acompanhado dos documentos de fls. 69/144, dando conhecimento da decisão proferida no mandado de segurança impetrado contra a r. decisão indeferitória da liminar.

Informações da impetrada às fls. 145/158, acompanhadas dos documentos de fls. 159/198, alegando, em preliminar: 1) necessidade de citação do DER/MG, na qualidade de litisconsorte necessário, ao argumento de que, em caso de concessão da segurança, aludida autarquia é que deverá suportar a presença do impetrante em suas dependências no período da suspensão questionada, bem como lhe pagar os vencimentos; 2) ausência de prova do direito líquido e certo alegado; 3) não cabimento de mandado de segurança contra ato disciplinar. No mérito defendeu a legalidade do ato impugnado argumentando que o processo administrativo foi instaurado por autoridade competente e obedeceu a todas as formalidades legais; que restou comprovado que o impetrante não só descumpriu o dever de discricão como infringiu o dever de observância das normas legais e regulamentares, previsto no art. 216, VI, da Lei 869/52, o que foi considerado falta grave, punida com suspensão, nos termos do art. 264, I, da Lei já mencionada; que não há que

se questionar a conveniência e oportunidade do ato que suspendeu o impetrante, por tratar-se de mérito administrativo.

Manifestação do Ministério Público às fls. 199, requerendo fosse apreciado o pedido de emenda à inicial levado a efeito pelo impetrante, e opinando pelo seu indeferimento, tendo em conta que foi formulado após a notificação do impetrado; sobreveio a r. decisão de fls. 199, indeferindo a emenda à inicial levada a efeito, contra a qual o impetrante interpôs Agravo Retido, às fls. 201/209, oportunidade em que requereu a juntada aos autos de cópia do processo administrativo contra si instaurado, o que foi deferido à fl. 210.

Vieram os autos ao Ministério Público.

É o relatório. Passo a me manifestar.

Alegou a impetrada, em preliminar, ser necessária a citação do DER/MG, na qualidade de litisconsorte necessário, ao argumento de que, em caso de concessão da segurança, aludida autarquia é que deverá suportar a presença do impetrante em suas dependências no período da suspensão questionada, bem como lhe pagar os vencimentos.

Manifestamo-nos pela rejeição de tal preliminar, pois que o ato contra o qual se insurge o impetrante foi praticado pela impetrada, e a concessão da segurança não atinge nenhum interesse jurídico do DER/MG, já que, em sendo o impetrante servidor da aludida autarquia, a presença do impetrante em suas dependências, bem como o recebimento dos vencimentos, são decorrentes do vínculo existente entre o impetrante e o DER/MG, nos termos da Lei, não importando em nenhum ônus extra para dita autarquia eventual correção do ato que suspendeu o impetrante.

Alegou ainda a impetrada não existir prova do direito líquido e certo alegado. No entanto, *data venia*, entendemos que a análise da existência ou não do direito líquido e certo, na ação mandamental, é matéria que tem relação com o próprio mérito da ação, e como tal será analisada.

Argumenta a imperada não ser cabível mandado de segurança contra ato disciplinar.

Com efeito, o art. 5º, inc. III, da Lei 1.533/51 prescreve que:

Art. 5.º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

Ora, um dos fundamentos do impetrante é justamente a inobservância de formalidade essencial, qual seja, respeito ao devido processo legal, ao argumento de que foi punido por infração diversa das infrações pelas quais foi processado, bem como de inobservância ao princípio da legalidade na aplicação da penalidade, razão porque entendemos ser cabível o mandado de segurança.

A propósito, o colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 7074/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 3ª Seção, DJ 07/10/2002, p. 168, decidiu que:

No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

No mérito, argumenta o impetrante que teve contra si instaurado processo administrativo “objetivando apurar o possível descumprimento dos deveres previstos no art. 216, incs. V, VI e VIII e possível infringência aos ilícitos previstos nos arts. 217, II, 245 e parágrafo único, 246, I e III, e 250, III, da Lei 869/52”, e que, ao final, a comissão processante concluiu que praticou infração diversa daquelas pelas quais foi processado, qual seja, descumprimento ao dever de discricão, prevista no art. 216, III, ao fundamento de que dita infração está implícita no inc. VI do citado artigo e de que pode dar ao fato definição jurídica diversa daquela inicialmente proposta, com fundamento no art. 383 do CPP.

Com efeito, da análise do processo administrativo juntado aos autos pelo impetrante, constata-se que a portaria de instauração do dito processo administrativo não mencionou fatos, mas sim possível descumprimento dos deveres previstos no art. 216, incs. V, VI e VIII e possível infringência aos ilícitos previstos nos arts. 217, inc. II, 245 e parágrafo único, 246, incs. I e III e 250, inc. III, da Lei 869/52, que estão sujeitos às penalidades previstas no art. 233, I ou III ou VI do citado diploma legal.

Sobre os requisitos da portaria de instauração de processo administrativo disciplinar, vejamos os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES:

O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente *na qual se descrevam os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas*, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado. A comissão - especial ou permanente - há que ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado, para que não se quebre o princípio hierárquico, que é o sustentáculo dessa espécie de processo administrativo. (grifo nosso) (*In: Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 568).

No mesmo sentido, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO. DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

A instauração do processo disciplinar é efetuada mediante ato da autoridade administrativa em face de irregularidades funcionais praticadas pelo servidor público, o qual deve conter a descrição e qualificação dos fatos, a acusação imputada e seu enquadramento legal, além da indicação dos integrantes da Comissão de Inquérito.

O inquérito administrativo disciplinar instaurado para apuração da prática de ilícito administrativo mediante Portaria que não contém a descrição dos fatos imputados ao servidor público contém grave vício de nulidade, porque afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recurso ordinário provido. (grifo nosso). (RMS 10578/PA, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, DJ 22/11/1999. p. 194).

Assim sendo, verifica-se que a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar contra o impetrante é nula, pois que não consta nem mesmo a descrição sucinta dos fatos, melhor dizendo, não consta uma palavra sobre os fatos a se apurar, mencionando apenas as infrações a serem punidas, tratando-se de nulidade insanável, da qual decorre grande prejuízo, como o que ocorreu *in casu, data venia*, conforme se demonstrará.

É certo que no bojo do aludido processo administrativo consta um ofício dirigido ao Sr. Advogado-Geral do Estado, subscrito pelos Drs. Ana Paula Muggler Rodarte, Sérgio Timo Alves, Liana Portilho Mattos e Marco Túlio Caldeira Gomes, ilustres Procuradores do Estado, relatando que o impetrante, na qualidade de servidor do DER/MG, teria fornecido, ao atender solicitação dos advogados do exequente em um processo judicial, os cálculos por ele elaborados, ocasionando uma séria ou intransponível dificuldade em embargar a execução, e mais, que encontravam dificuldades em serem atendidos pelo impetrante, que, apesar de ter sido exonerado do cargo em comissão que exercia na autarquia, continuava trabalhando no mesmo setor, encarregando-se dos cálculos.

Mesmo admitindo-se que os fatos pelos quais o impetrante estaria respondendo são os supramencionados, o que, repita-se, não consta da portaria de instauração do processo administrativo disciplinar, o que se constata é que, ao final, a comissão processante, em seu relatório, concluiu que o impetrante não forneceu informações financeiras que permitiriam a elaboração de cálculo para advogados de exequentes em processo judicial, não deixou de prestar informações solicitadas pela Advocacia-Geral do Estado, e permaneceu no Departamento Pessoal, após ter sido exonerado do cargo de Chefe de Divisão a pedido do Diretor de Recursos Humanos.

No entanto, concluiu ainda a comissão processante que, apesar de não ter restado provado que o impetrante forneceu cópia de um memorando ao advogado Joel Rezende Júnior, que o juntou a um processo judicial, dito memorando chegou às mãos do advogado Joel Rezende porque o impetrante, hipoteticamente, deixou sobre sua mesa cópia “de alguma versão anterior” ou “impressão dessa versão que se encontrava em rede”, não agindo, portanto, com a discrição necessária, o que caracteriza infração prevista no art. 216, III, da Lei 869/52.

Concluiu também a comissão processante que o dever de discrição, previsto no art. 216, III, da Lei 869/52, está implícito no art. 216, VI, do mesmo diploma legal, e, valendo-se do art. 383 do CPP, que permite à autoridade julgadora dar ao fato definição jurídica diversa daquela inicialmente proposta, e que a falta de discrição do indiciado constitui falta grave, terminou por sugerir a aplicação da pena de suspensão por um período de 30 (trinta) dias, tendo a impetrada aplicado ao impetrante a pena de suspensão pelo prazo de 90 (noventa) dias, por infração ao art. 216, VI, da Lei já mencionada.

Ora, *data venia*, não há que se falar em aplicar ao fato definição jurídica diversa da inicialmente proposta, pois que, conforme já dito, a portaria inaugural do processo administrativo disciplinar não se referiu a nenhum fato, e, ademais, nem mesmo no ofício dirigido ao Sr. Procurador-Geral do Estado, pelos Drs. Ana Paula Muggler Rodarte, Sérgio Timo Alves, Liana Portilho Mattos e Marco Túlio Caldeira Gomes, ilustres Procuradores do Estado, consta o fato pelo qual o impetrante acabou sendo punido.

Não se está aqui a analisar o mérito do ato administrativo, mas sim a legalidade do ato que puniu o impetrante, no bojo de um processo administrativo disciplinar.

E, por não constar na portaria de instauração do processo administrativo, que culminou com a punição do impetrante, os fatos pelos quais estaria respondendo, o que se constata é que houve realmente intransponível prejuízo para a defesa do impetrante, pois que, ao responder pela infração prevista no art. 216, VI, da Lei 869/52 “observância das normas legais e regulamentares”, e, com base no ofício dirigido ao Sr. Procurador-Geral do Estado, tendo-se defendido da acusação de ter entregado um memorando ao advogado Joel Rezende, defesa esta acolhida pela comissão processante, acabou sendo punido pelo fato de supostamente haver deixado o citado memorando “desprotegido”, permitindo sua divulgação, o que, segundo a comissão processante constitui falta de discricção, infração prevista no art. 216, III, do mesmo diploma legal, implícita no art. 216, VI, conforme restou decidido pela impetrada.

A se admitir tal situação, com base em um dispositivo legal que prevê uma infração específica, pode o processado administrativamente ser punido por qualquer fato que a comissão processante e a autoridade responsável pela punição venham a entender como caracterizadora de tal infração, o que constitui, a toda evidência, gritante arbítrio, *data venia*.

Em conclusão, entendemos que o ato de punição do impetrante é nulo, pois que fundado em processo administrativo disciplinar em que não constou, nem mesmo de forma sucinta, os fatos pelos quais o impetrante estava sendo investigado, e, ademais, aplicada a punição por conduta diversa daquelas constantes do ofício enviado por Procuradores do Estado ao Sr. Procurador-Geral do Estado, documento este que serviu de base para a comissão processante desenvolver suas investigações, sem que fosse dada oportunidade ao impetrante de se defender, o que constitui grave ofensa ao devido processo legal e seus consectários.

Ressalte-se que

[...] o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado para os requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição. (STJ-AgRg no Resp 511670/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 08.08.2005, p. 240).

Diante do exposto, e do mais que dos autos consta, o Ministério Público, por sua Promotora de Justiça em exercício perante este r. Juízo, manifesta-se pela rejeição da preliminar aduzida pela autoridade apontada como coatora, e, no mérito, pela concessão da segurança, para o fim de reconhecer a nulidade do ato administrativo impugnado.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2005.

IRÁIDES DE OLIVEIRA MARQUES
Promotora de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – RENÚNCIA – PROVENTOS DE APOSENTADORIA E
APROVEITAMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO EM OUTRA CARREIRA – POSSIBILIDADE**

Processo nº 024.04.257.274-3

MM.Juiz:

O.A.P. impetra Mandado de Segurança Preventivo contra ato iminente do *Diretor de Contagem de Tempo e Aposentadoria da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais* que indeferiu o pedido de renúncia à aposentadoria no cargo de Defensor Público, sob a alegação de inexistência de amparo legal, o que considera ilegal o impetrante, sob o fundamento de que a aposentadoria fora voluntária e, portanto, também pode voluntariamente renunciar ao recebimento da mesma, como ato unilateral que é, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.

Alega o impetrante que, após aposentadoria no cargo de Defensor Público deste Estado, ingressou no Tribunal de Alçada, na vaga decorrente do quinto constitucional com a pretensão de utilizar o tempo de serviço como Defensor Público para exercício dos direitos decorrentes do cargo de Juiz de Direito de segunda instância e, para tanto, renuncia aos proventos da aposentadoria no cargo de Defensor Público.

Concluiu requerendo que seja determinado à autoridade apontada como coatora que acate, acolha e averbe o pedido de renúncia à aposentadoria, conforme requerido e forneça ao impetrante certidão de contagem de tempo de serviço para os fins que forem necessários.

Inicial instruída com os documentos de fls. 08/42.

Liminar indeferida às fls. 43/46, sob alegação de ausência de fumaça do bom direito.

Notificada, a tempo e modo, a autoridade prestou as informações de fls. 53/56 alegando ausência de direito líquido e certo e que aceitar a renúncia à aposentadoria seria provocar a reversão do servidor público, sendo que a forma, legalmente permitida para ingresso no serviço público, é através de concurso público.

Autos com vista ao Ministério Público.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

No mérito, pretende o impetrante que a autoridade apontada como coatora acate, acolha o pedido de renúncia à aposentadoria e forneça ao impetrante certidão de contagem de tempo de serviço para os fins que forem necessários.

Desta forma, restringe-se a análise do mérito à possibilidade ou não de renúncia da condição de aposentado e, conseqüentemente, dos proventos da aposentadoria e do direito à certidão de tempo de serviço.

Ora, a renúncia é ato de vontade, que *consiste na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato*¹¹². Logo, é um ato unilateral, *vez que consiste na manifestação de vontade de uma só pessoa*¹¹³.

Aposentadoria, por sua vez, é o direito de receber proventos nos termos e condições estatuídas no artigo 40 da Constituição Federal, em decorrência de contribuição efetivada, quando na atividade, ao sistema previdenciário vigente. Portanto, revela natureza patrimonial e, portanto, disponível.

Logo, com as premissas retro esposadas, pode-se concluir que, sendo disponíveis os benefícios decorrentes da aposentadoria, o cidadão titular destes benefícios poderá a eles renunciar, independentemente da aquiescência do Estado, quando lhe convier.

Ademais, inexistente no nosso sistema jurídico vedação à renúncia do estado jurídico de aposentado. E, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, senão em virtude de lei.

Portanto, impedir o impetrante de deixar de ser aposentado é lesar o seu direito líquido e certo de dispor dos proventos para os quais contribuiu, efetivamente. É ilegal.

Quanto aos efeitos do exercício da renúncia, por princípio geral de direito, é certo que deverão surtir após a postulação da mesma, permanecendo a condição de aposentado, no período anterior à renúncia da aposentadoria, visto que lícito e legítimo o ato da aposentação, não passível de invalidação.

Não há que se falar em reversão, que é

[...] o reingresso do aposentado no serviço ativo, 'ex officio' ou 'a pedido', por não subsistirem, ou não mais subsistirem, as razões que lhe determinaram a aposentação; ou seja, por ter sido erroneamente decidida, ou porque, em inspeção médica, apurou-se a ulterior superação das razões de saúde que a estribavam¹¹⁴.

É que, no caso da renúncia, os motivos que deram origem à aposentadoria permanecem íntegros. O ato de aposentação permanece legítimo e válido, gerando os efeitos da mesma até a postulação da renúncia. Logo, os atos praticados durante a aposentação e antes da postulação da renúncia, não vedados pela lei, são válidos e geram efeitos. Os proventos recebidos decorreram de contribuição anterior ao sistema previdenciário.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros.p. 320.

¹¹³ FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5ed. São Paulo: Saraiva. p. 114.

¹¹⁴ *Op. cit.* nota anterior, p. 222.

Por fim, o tempo de serviço prestado, é patrimônio do impetrante, sendo direito seu a obtenção de documento público certificando o mesmo para que o utilize ou não, conforme queira. Se o tempo de serviço prestado poderá ou não ser utilizado em outro sistema, como adianta o autor ser sua pretensão futura, não é objeto do presente mandado de segurança. É que, salvo melhor juízo, nestes autos, a análise da existência ou não de direito à averbação do tempo de serviço como Defensor Público para ingresso em outro sistema previdenciário – que sequer restou afirmado lhe tenha sido negado esta averbação – extrapola os limites do pedido e da relação processual formada.

Por fim, é de se acrescentar que, consultando os arquivos do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, constata-se estar consolidado o entendimento da possibilidade de renúncia à aposentadoria, diante das regras vigentes no atual sistema jurídico.

Apenas para ilustrar, algumas decisões:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO DA UNIÃO PARA FUNCIONAR COMO LITISCONSORTE NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO AFASTADA. ALÍNEA "C". AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. ART. 255/RISTJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. INTUITO PROCRASTINATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I- A *aposentadoria* é direito patrimonial disponível. Portanto, passível de *renúncia*. Precedentes.

II- Descabida a tese alusiva à nulidade do feito, tendo em vista a lide não objetivar concessão ou não de benefício previdenciário mas, tão somente, declarar a possibilidade de *renúncia* do benefício, para eventual obtenção de certidão de tempo de serviço. Neste particular, o interesse é exclusivo da Autarquia Previdenciária. III- A admissão do Especial com base na alínea "c" impõe seja colacionado repositório oficial. A mera juntada de ementa extraída da "internet", somente a ementa, não satisfaz, para fins de comprovação da divergência, o comando contido no art. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ.

IV- As razões insertas na fundamentação do agravo interno devem limitar-se a atacar o conteúdo decisório da decisão hostilizada. No presente caso, tal hipótese não ocorreu. Aplicável, à espécie, o verbete Sumular 182/STJ.

V- Não existindo qualquer fundamento relevante que justifique a interposição do agravo interno, ou que venha a infirmar as razões contidas na decisão agravada, impõe-se a aplicação da multa de que trata o § 2º do art. 557 do Código de Processo Civil, arbitrada em 2% (dois por cento), sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. VI- Agravo desprovido.

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA COM CANCELAMENTO DE APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA.

I. Concedida aposentadoria previdenciária por tempo de serviço, nada impede que, posteriormente, o beneficiário dela renuncie, visando a se aposentar estatutariamente, em virtude de nomeação e exercício de cargo público, decorrente de aprovação em concurso. (AMS 1997.01.00.046806-3/DF).

II. Possibilidade de renúncia a aposentadoria previdenciária anterior, com conseqüente contagem do tempo de serviço, pertinente após cancelamento para obtenção de aposentadoria pelo Regime Jurídico Único. (REO 1998.01.00.074740-8/DF).

III. Apelação e remessa oficial improvidas.

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA COM CANCELAMENTO DE APOSENTADORIA. LEI Nº 8.112/90 (ART. 103, I, REDAÇÃO ANTERIOR À EC 20/98).

I – A Constituição (art. 40, § 3º, com a redação anterior à EC 20/98) prescrevia que “o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

II – A Lei nº 8.112/90 é expressa em que “contar-se-á apenas para o efeito de aposentadoria e disponibilidade o tempo prestado aos entes públicos citados e que o tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria.

III – Possibilidade de renúncia a aposentadoria previdenciária anterior, com conseqüente contagem do tempo de serviço, pertinente após cancelamento para obtenção de aposentadoria pelo Regime Jurídico Único.

IV – Remessa Oficial improvida.

(REO 1998.01.00.074740-8/DF, Relatora Des. Fed. Assusete Magalhães, Relator p/ acórdão Des. Fed. Jirair Aram Meguerian, 2ª Turma, TRF-1ª R., DJ 31/05/2001).

[...] Por outro lado, não há que se falar em impossibilidade de o INSS aceitar a renúncia do autor, pois trata-se de ato unilateral de vontade que independe de aceitação de outrem. Ademais, pode o segurado renunciar o benefício, em virtude da disponibilidade do direito patrimonial em debate.[...] – Relator FRANCISCO NEVES DA CUNHA, na APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.34.00.029911-9 / DF, citando o eminente Relator p/ Acórdão Des. Fed. Jirair Aram Meguerian ao proferir voto-vista, em precedente da Casa.

Com esses fundamentos, opina o Ministério Público pela concessão da segurança, nos termos do pedido inicial, por considerar ilegal a recusa da homologação da renúncia à aposentadoria do impetrante no cargo de Defensor Público e emissão da contagem do tempo de serviço operada pela impetrada, lesiva a direito líquido e certo do impetrante.

É o parecer, à consideração de Vossa Excelência.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2004.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – BEM IMPORTADO MEDIANTE LEASING – NÃO INCIDÊNCIA

PROCESSO Nº 06.193.704-1
4ª VARA DOS FEITOS TRIBUTÁRIOS

Meritíssimo Juiz:

LÍDER TAXI AÉREO S/A, já qualificada, impetrou mandado de segurança preventivo com pedido de liminar contra iminente ato do SUPERINTENDENTE DA RECEITA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, que pretende exigir o pagamento do ICMS na operação de entrada no Brasil do bem descritos a fls. 07 (aeronave Sikorsky, S76C, série 760617 – prefixo N81189/2006) da inicial, que foi arrendado no exterior, o que considera ilegal visto que na operação de arrendamento mercantil não incide o ICMS diante do disposto na Lei Complementar 87/96, art. 3º, inc. VIII, no Código Tributário Nacional e na Lei Estadual 6.763/75. Requer seja deferida em liminar e em definitivo a segurança para que a autoridade abstenha-se de exigir o pagamento do ICMS.

Instruíram a inicial os documentos de fls. 30/442.

O MM. Juiz deferiu o pedido de liminar às fls. 448/455.

Devidamente notificada, a autoridade coatora informou, às fls. 459/475, que é devido o ICMS na operação de *leasing* – arrendamento mercantil – pois, para sua caracterização, é indiferente a natureza jurídica da operação que o constitua, bastando a entrada do produto no mercado interno e seu conseqüente desembaraço aduaneiro, sendo o importador o contribuinte em razão de ser o responsável pela entrada da mercadoria no território nacional. Pede seja negada a segurança.

Chegam os autos ao Ministério Público.

É o relatório, do essencial.

Presentes os pressupostos processuais, bem como as condições gerais e específicas da ação, vamos ao mérito, propiamente dito.

Tratam os autos de irresignação do impetrante ante a pretendida exigência do ICMS na operação de arrendamento mercantil realizada no exterior, a partir do desembaraço do bem móvel (aeronave) descrito na inicial realizada pela impetrada, visto que não se trata de importação de mercadoria adquirida no exterior para revenda ou para uso próprio do importador, de pessoa física no Brasil. Alega o impetrante que se trata de situação diversa, ou seja, que se trata de operação de arrendamento mercantil de aeronave, realizada na forma que permite a Lei n. 9.430/96, regulamentada pelo Decreto 2.889/98.

A lei brasileira (Lei 6.099/74, alterada pela Lei 7.132/85) define o *leasing* financeiro ou arrendamento mercantil da seguinte forma:

considera-se arrendamento mercantil, para efeitos desta lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

Dessa forma, a entrada no País de bem objeto de contrato de *leasing* firmado no exterior é permitida pela legislação brasileira, que, a propósito do imposto de importação, dispõe, no art. 17, da L. 7.132/83:

Art. 17. A entrada no território nacional dos bens objeto de arrendamento mercantil, contratados com entidades arrendadoras domiciliadas no exterior, não se confunde com o regime de admissão temporária de que trata o Decreto-lei n.º 37, de 18 de novembro de 1966, e se sujeitará a todas as normas legais que regem a importação.

A questão é se esta operação é fato gerador do ICMS ou não.

Poderia afirmar que sim, que há fato gerador na operação mercantil, pela leitura pura e simples do art. 155, § 2º, IX, "a", da CF/88, especialmente após a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 33/2001 que dispõe que o ICMS incide

[...] sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.

Entretanto, mister não esquecer o comando do inciso XII do mesmo artigo 155 da Carta Magna, visto que determina que competirá à Lei Complementar:

a) definir seus contribuintes;

[...]

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

[...]

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

Por sua vez, a atual Lei Complementar 87/96, apesar de estatuir no art. 2º, inc. I que incidirá o ICMS sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade (Redação dada pela LC 114, de 16.12.2002), é clara em seu artigo 3º, inciso VIII, ao estabelecer que:

Art. 3º - O imposto (ICMS) não incide sobre:

[...]

VIII – operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário.

Dessa forma, **somente haverá o fato gerador do ICMS**, salvo melhor juízo, se houver a circulação econômica, ou seja, após a transferência de domínio, quando e se o arrendatário exercer a opção de compra ao final, ocasião em que, então, deverá promover o recolhimento do tributo estadual, na modalidade do auto-lançamento.

É que não pode se confundir com a compra e venda, inobstante as semelhanças com a compra e venda com cláusula de reserva de domínio, pois o concedente do *leasing* não se obriga a transferir a propriedade dos bens entregues ao tomador, como sucede na venda com reserva de domínio; tal obrigação nasce quando o tomador exerce a opção reservada no contrato. Assim, o direito que o tomador de *leasing* adquire é de uso temporário da coisa, mas de natureza obrigacional, como na locação e no empréstimo.¹¹⁵

Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

Acórdão. EDRESP 253882/SP; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL (2000/0031293-2); Fonte: DJ DATA:27/11/2000, PG:00134. Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082). Data da Decisão: 24/10/2000. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Ementa PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - IMPORTAÇÃO DE AERONAVE - CONTRATO DE *LEASING* - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO A CONVÊNIO - CABIMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PRESSUPOSTOS - EFEITOS MODIFICATIVOS. A importação de aeronave mediante contrato mercantil de leasing não caracteriza o fato gerador do ICMS. A violação a convênio não enseja a interposição de recurso especial. Inexistindo no acórdão embargado obscuridade, contradição ou omissão são incabíveis embargos de declaração. Efeitos modificativos só são possíveis em casos excepcionais. Embargos rejeitados.

Acórdão. MC2741/SP; MEDIDA CAUTELAR (2000/0041430-1) Fonte: DJ DATA: 27/11/2000 - PG:00127 Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082). Data da Decisão 17/10/2000 Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA – Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - REQUISITOS - PRECLUSÃO - ICMS - *LEASING* - INCIDÊNCIA. Inexistindo recurso da decisão que conceder liminar para conferir efeito suspensivo a recurso especial, ocorre a preclusão, estando definitivamente decidida a questão concernente à existência do bom direito e do perigo da demora. No arrendamento mercantil (*leasing*), não se caracteriza o fato gerador do ICMS. Medida cautelar procedente.

Acórdão - RESP253882/SP; RECURSO ESPECIAL (2000/0031293-2) – Fonte: DJ DATA:14/08/2000 PG:00154. Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082). Data da Decisão: 15/06/2000. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Ementa: ICMS - IMPORTAÇÃO DE AERONAVE - USO PARTICULAR SEM AQUI-

¹¹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6 ed. São Paulo: Forense, 1978. p.567.

SIÇÃO. Importação de aeronave mediante contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) não caracteriza o fato gerador do ICMS. Recurso improvido. Acórdão - RESP 58376/SP; RECURSO ESPECIAL (1994/0040387-9). Fonte DJ DATA:08/05/1995 PG:12315. Relator(a) Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096). Data da Decisão 22/03/1995. Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Ementa: TRIBUTÁRIO - ICMS - IMPORTAÇÃO - LEASING - AERONAVE. A IMPORTAÇÃO DE AERONAVE, MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL NÃO É FATO GERADOR DE ICMS. Decisão. POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Ademais, como bem lembrado pelo nobre julgador Cláudio Santos, Ministro do Superior Tribunal de Justiça,¹¹⁶ em contrato de subarrendamento de bem arrendado no exterior há uma exceção a respeito da cláusula de opção de compra. Ela pode ser dispensada, mediante as "condições que estabelecer o CMN", consoante estabelece o § 5º do art. 16 da Lei 6.099/74, com a redação dada pela Lei 7.132/83, o que permite raciocinar que o bem deverá retornar ao lugar de origem, não permanecendo, portanto, no País.

Enquanto não houver a transferência de domínio, será devido o ISSQN, tributo municipal, já que a operação de arrendamento mercantil encontra-se hoje incluída na lista de serviços editada pela Lei Complementar n.º 56/87.

É o teor da Súmula 138 do STJ: “O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis”.

Assim, a exigência do recolhimento do imposto (ICMS) praticada pela impetrada, configura ameaça de lesão a direito líquido e certo do impetrante, por ausência de fato gerador do ICMS na operação de *leasing* objeto da ação, nos termos da legislação vigente a autorizar a cobrança do citado imposto.

Ante todo o esposado, Excelência, o Ministério Público opina seja CONCEDIDA A SEGURANÇA, por ser inteira aplicação da Norma!

É o parecer, salvo melhor juízo.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2006.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – RESOLUÇÃO 276/08 CONTRAN –
CNH ANTIGA – PROIBIÇÃO ILEGAL DA RENOVAÇÃO FORA DO PRAZO**

PROCESSO Nº: 08.266.715-5
6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
IMPETRANTE: E.R.S.F.
IMPETRADO: CHEFE DO DETRAN

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz:

Cuidam os presentes autos de mandado de segurança impetrado por E. R. S. F., contra ato do CHEFE DO DETRAN DE MINAS GERAIS que recusa promover a renovação da sua CNH antiga, sob a alegação de que teria esgotado o prazo para fazê-lo, como determinou a Res. 276/08 do CONTRAN, o que considera ilegal, uma vez que tem direito adquirido, ofensa ao princípio da irretroatividade das leis.

Requereu a concessão da segurança para o fim de determinar à autoridade coatora as providências necessárias a fim de viabilizar a renovação da habilitação da impetrante, sem que tenha que se submeter a novo processo de habilitação.

Instruiu a inicial com os docs. de fls.05/09.

Decisão liminar às fls.05/09, INDEFERINDO A LIMINAR.

Decorrido o prazo legal, a autoridade, devidamente notificada, prestou informações, alegando em preliminar ilegitimidade passiva, ao argumento de que o DETRAN/MG apenas cumpre uma norma regulamentar estabelecida pelo órgão competente, qual seja, CONTRAN.

¹¹⁶In: *Leasing* - questões controvertidas. Revista Jurídica nº 223, p.5, mai. 1996.

No mérito defendeu a legalidade ao ato impugnado, ao argumento de que o prazo para renovação da CNH antiga da impetrante venceu no dia 01/12/2002 e que esta teria até o dia 10/08/2008 para se adequar e não o fez. Portanto, deverá se submeter a novo processo de habilitação, nos termos do art. 1º da Resolução 276/08 do CONTRAN; e, que o CTB confere ao CONTRAN autonomia para normatizar o processo de habilitação. Concluiu pela denegação da segurança.

Chegam os autos ao Ministério Público.

É o relatório.

Presentes as condições da ação e pressupostos processuais, uma vez presente a legitimidade passiva, pois o ato impugnado é o de recusa da renovação da CNH com determinação de reinício do processo de habilitação.

No mérito:

O Código de Trânsito Brasileiro dispõe que:

Art. 5º o Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades.

Art. 6º São objetivos básicos do Sistema Nacional de Trânsito:

I - estabelecer diretrizes da Política Nacional de Trânsito, com vistas à segurança, à fluidez, ao conforto, à defesa ambiental e à educação para o trânsito, e fiscalizar seu cumprimento;

II - fixar, mediante normas e procedimentos, a padronização de critérios técnicos, financeiros e administrativos para a execução das atividades de trânsito;

III - estabelecer a sistemática de fluxos permanentes de informações entre os seus diversos órgãos e entidades, a fim de facilitar o processo decisório e a integração do Sistema.

Art. 7º Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

I - o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;

II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRAN-DIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;

III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - a Polícia Rodoviária Federal;

VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e

VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI.

Assim, o CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito, que tem como função coordenar o Sistema é o órgão máximo normativo e consultivo – arts. 7º, inc. I e 12, do Código de Trânsito Brasileiro e que tem atribuições de fixar normas regulamentares ao Código de Trânsito Brasileiro.

Ocorre que o ato normativo torna-se ilegal ao extrapolar os limites da lei.

A propósito, ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles que os atos administrativos normativos possuem caráter geral e abstrato, mas quando surgem sob a aparência de norma, com efeitos concretos, podem ser atacados e invalidados pelo Judiciário, e que, nem o Decreto regulamentar nem a Resolução podem extrapolar o previsto na Lei. Vejamos:

Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.¹¹⁷

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 158-159.

Tais atos conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes dos tribunais, órgãos legislativos, e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais.

As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicitá-los.

A Resolução 276/2008, fundamento do ato administrativo atacado, apesar de não declarar expressamente que “estará suspenso o direito de dirigir”, declarou a perda de validade da CNH, por ser antiga e não renovada e, considerando o fato de ser pressuposto para dirigir veículo, segundo o Código de Trânsito, portar a CNH, constituindo infração dirigir sem estar habilitado. O cidadão em tal situação estará com o seu direito de dirigir suspenso.

O Código de Trânsito, em vários momentos estabeleceu a suspensão do direito de dirigir, mas como penalidade por infração de trânsito.

Então, antes de tudo, para ter tornado legal o ato mister que a conduta descrita na Resolução que o fundamentou, não recadastramento no prazo em que fixou, estivesse tipificada no Código de Trânsito como uma infração. Não há esta infração no CTB.

Não há pena sem prévia cominação legal!

E mais, *in casu*, aplicação de pena sem o devido processo legal, sem ampla defesa, sem contraditório, etc.

O Código de Trânsito Brasileiro é claro:

Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

Art. 263. A cassação do documento de habilitação dar-se-á:

I - quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo;

II - no caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inciso III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175;

III - quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160.

§ 1º Constatada, em processo administrativo, a irregularidade na expedição do documento de habilitação, a autoridade expedidora promoverá o seu cancelamento.

§ 2º Decorridos dois anos da cassação da Carteira Nacional de Habilitação, o infrator poderá requerer sua reabilitação, submetendo-se a todos os exames necessários à habilitação, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

Art. 265. As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa. (grifo nosso).

Percebe-se a desproporcionalidade do ato impugnado quando se verifica que uma infração grave ou gravíssima somente poderá constituir obstáculo à concessão da CNH definitiva ao detentor de Permissão para Dirigir após o trânsito em julgado administrativo da decisão que confirme a validade do ato infracional a ele imputado. E pela simples perda do prazo, em dois dias, para renovação da CNH antiga, que visa informatizar o sistema, o cidadão é punido com a pena mais grave que há – suspensão do direito de dirigir, cancelamento da CNH, sem direito a defesa!

Neste sentido, somente para ilustrar o disparate:

ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. ACÚMULO DE PONTOS NA CNH. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. NECESSIDADE DE ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DO CTB E DA RESOLUÇÃO Nº 182/05 DO CONTRAN.

1. Enquanto pendente de julgamento recurso em processo administrativo para suspensão do direito de dirigir, não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de renovação da CNH. Interpretação conjugada do art. 290, parágrafo único, do CTB e do art. 24 da Resolução nº 182/05 do Contran.
2. Recurso especial improvido. (Recurso Especial nº 852.374 - RS (0105509-3). Recorrente: Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN/RS. Recorrido: Rosana Pereira Sant'anna. Procurador: Cristian Ricardo Prado Moisés e outros. Advogado: José Antônio Ribeiro e outro. Rel. Min. Castro Meira. 2006).

ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PERMISSÃO PARA DIRIGIR. CONCESSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DEFINITIVA. CONDUTOR AUTUADO POR INFRAÇÃO GRAVÍSSIMA DURANTE O PERÍODO DE PROVA DE UM ANO. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. Trata-se de recurso especial interposto nos autos de mandado de segurança impetrado por motorista portador de Permissão para Dirigir contra o Diretor do DETRAN/RS, buscando o direito de obter a CNH definitiva após o período de prova de 1 (um) ano, apesar da ocorrência de autuações por infrações de trânsito de natureza gravíssima, que ainda estão pendentes de julgamento na esfera administrativa. A sentença concedeu a segurança sob o entendimento de que não podem ser considerados os efeitos do ato infracional antes de julgados os recursos administrativos.

Interposta apelação pelo DETRAN/RS, o acórdão do TJRS deu provimento ao apelo sob o fundamento da falta de interesse do impetrante, visto que as multas já haviam sido pagas, e o pagamento convalida o vício. O impetrante opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos, mas mantiveram a conclusão do acórdão embargado quanto ao provimento da apelação. No recurso especial o recorrente alega violação do art. 290 do CTB, sustentando que as penalidades de trânsito somente podem ser cadastradas no RENACH (Registro Nacional de Carteiras de Habilitação) após o esgotamento dos recursos administrativos.

2. Os §§ 3º e 4º do art. 148 do CTB impõem a penalidade de suspensão do direito de dirigir, obrigando o condutor detentor de Permissão para Dirigir a reiniciar o processo de habilitação caso, no período de prova de 1 (um) ano, tenha cometido infração grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média.

3. Entretanto, urge salientar que a aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir, bem como todas as demais previstas no Código de Trânsito, reclama prévio processo administrativo, com observação das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, estes consectários do primeiro (CF, art. 5º, LIV e LV).

4. O CTB expressamente dispõe no art. 265 que "As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa.

5. A ocorrência de infração grave ou gravíssima somente poderá constituir obstáculo à concessão da CNH definitiva ao detentor de Permissão para Dirigir após o trânsito em julgado administrativo da decisão que confirme a validade do ato infracional a ele imputado.

6. Recurso especial provido. (Grifo nosso.) (Recurso Especial nº 800.963 - RS (2005/0198105-9).

Conclui-se, portanto, que a Resolução 276/2008 do CONTRAN é legítima ao estabelecer o dever de recadastramento, mas extrapola o previsto no art. 261 do CTB ao estabelecer que o não cumprimento será penalizado, criando uma infração e uma penalidade administrativa, deixando o papel de regulamentar, criar os critérios, as formas, etc.

A impetrante não se recusou a realizar os exames exigidos e a renovar a CNH, somente não entende justo ter que realizar novamente todos os exames, como se fosse a primeira habilitação, sendo que já os prestou na forma juridicamente exigida.

Entender de forma diversa é permitir que um ato administrativo torne sem efeito um ato jurídico perfeito e viole direitos constitucionais como ampla defesa e contraditório, e não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei.

O objetivo de informatizar não pode atropelar os direitos e garantias individuais, salvo melhor juízo.

Ex positis, opina o Ministério Público pela CONCESSÃO DA SEGURANÇA, já que restou ferido direito líquido e certo da impetrante de renovar sua CNH, mesmo que fora do prazo estabelecido na Resolução.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2010.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – PRORROGAÇÃO LICENÇA-MATERNIDADE – DIREITO À
PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA – INEXISTÊNCIA – AUTONOMIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO**

6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

PROCESSO nº 024.09.695.367-4

IMPETRANTE: A.L.A.R.

IMPETRADO: CHEFE DE DEPARTAMENTO DE SERVIÇO DE GESTÃO DE PESSOAS DA FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS - FHEMIG

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz:

Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado por A. L. A. R., já qualificada, em face do CHEFE DE DEPARTAMENTO DE SERVIÇO DE GESTÃO DE PESSOAS DA FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS – FHEMIG, que recusou a prorrogar a sua licença-maternidade para seis (06) meses, invocando por analogia a Lei Federal n.º 11.770/2008 e o Decreto n.º 6.690/2008, apesar de que seu filho, nascido no dia 26 de setembro de 2009.

Concluiu requerendo a concessão de liminar e segurança definitiva para determinar a prorrogação da sua licença-maternidade nos termos da lei federal retro citada.

Instruíram a inicial os documentos de fls. 17/54.

A liminar requerida foi indeferida às fls. 55/57. Aviado agravo de instrumento – fls. 61/80.

Às fls. 117/136 a impetrada apresentou suas informações alegando, em síntese, em preliminar inadequação do mandado de segurança e no mérito seja a segurança negada ante a ausência de direito líquido e certo, visto que não possui regramento próprio que autorize a prorrogação da licença-maternidade a seus servidores, lembrando que a Lei Federal nº 11.770/08 não se aplica aos servidores estatutários.

Chegam os autos ao Ministério Público.

É o breve relatório.

Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretivo, cumpre ao autor demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito a ser protegido.

Na clássica lição do mestre Hely Lopes Meirelles, *direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.*

A impetrante pretende a prorrogação da licença-maternidade de quatro para seis meses, com fundamento na Lei Federal nº 11.770/06.

Sobredito diploma legal instituiu o *Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do artigo 7º da Constituição Federal*, criando mecanismos de compensação para a pessoa jurídica que aderir à prorrogação¹¹⁸.

Conforme previsto no artigo 2º da citada legislação, foi a *administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.* (grifo nosso).

Por sua vez, o Decreto n.º 6.690/2008, valendo-se da autorização legislativa, instituiu no âmbito federal o Programa de Prorrogação de Licença à Gestante e à Adotante, possibilitando ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a expedição de normas para a sua execução.

Não resta dúvida de que a prorrogação da licença-maternidade propicia o fortalecimento dos laços afetivos entre filhos e mães, estimulando o desenvolvimento intelectual da criança e prevenção de doenças.

¹¹⁸ “Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.”

Todavia, embora se reconheça a importância e a necessidade do Programa de Prorrogação de Licença à Gestante e à Adotante, não há possibilidade de se aplicar por analogia o Decreto Federal n.º 6.690/2008, concedendo-se o beneplácito para a servidora estadual ou mesmo municipal.

É que a Lei Federal 11.770/08 não concedeu de maneira automática a prorrogação da licença-gestante para as trabalhadoras regidas pela CLT, uma vez que o benefício depende da adesão das empresas envolvidas; tampouco para as servidoras públicas, porquanto foi a Administração Pública federal autorizada a instituir o programa.

Não por acaso, foi editado ato normativo pela Chefia do Executivo federal objetivando assegurar a prorrogação da licença gestante às servidoras públicas federais.

No âmbito do estado de Minas Gerais e da municipalidade, entretanto, a situação carece de regramento próprio, sendo impertinente falar-se em analogia, o que estaria a ferir a autonomia política do ente federativo.

É cediço que o Judiciário não pode substituir-se ao legislador, sob pena de indevida interferência na função legislativa, não se podendo olvidar que, após a Carta de 1988, o ente da Federação assumiu contornos de detentor de autonomia, inclusive e, principalmente, no aspecto normativo.

Portanto, a legislação federal invocada pela impetrante não tem o condão de permitir a automática prorrogação da licença-maternidade, tampouco o ato normativo editado pelo Presidente da República, este de aplicação exclusiva às servidoras públicas federais.

Sobre o assunto, *mutatis mutandis*:

TJRS-146827) SERVIDOR MUNICIPAL. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR. HORAS EXTRAS. HORA-MÁQUINA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE OU PERICULOSIDADE. HONORÁRIOS.

Ao Município compete organizar seu funcionalismo, conseqüência da autonomia administrativa que lhe assegura o art. 30, I, da Constituição Federal. Por isso não se estendem aos servidores municipais disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, salvo se assim determinar expressamente a lei local.

[...]

Apelo não-provido.

(Apelação Cível nº 599047982, 1ª Câmara Especial Cível do TJRS, São Leopoldo, Rel. Des. Genaro José Baroni Borges. j. 17.08.2000).g/n.

Ainda:

TJSP-051520) SERVIDOR MUNICIPAL - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - GRATIFICAÇÃO INEXISTENTE NO MUNICÍPIO - BENEFÍCIO QUE DEPENDE DE LEI ESPECIAL PARA SUA REGULAMENTAÇÃO - NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA.

Inaplicabilidade de outra legislação, em face da autonomia dos entes federativos previstos na Constituição Federal. Ação procedente. Decisão reformada. Recursos providos, para o fim de julgar improcedente a ação.

(Apelação Cível nº 082.944-5, 4ª Câmara de Direito Público do TJSP, Indaiatuba, Rel. Des. Aldemar Silva. j. 09.11.2000, un.). (grifo nosso).

Ex positis, opina o Ministério Público seja denegada a segurança.

Belo Horizonte, 12 de Fevereiro de 2010.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA – TÉCNICO FARMACÊUTICO – RESPONSÁVEL TÉCNICO
POR DROGARIAS E FARMÁCIAS – IMPOSSIBILIDADE**

PROCESSO Nº. 09.473.347-4
5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
IMPETRANTE: DROGARIA SANTA MÔNICA LTDA.
IMPETRADO: PREFEITO MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz:

DROGARIA SANTA MÔNICA LTDA., já qualificada, impetrou mandado de segurança contra ato do PREFEITO MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, pelo fato de negar a emissão de ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO SANITÁRIO sob a alegação de que o Técnico Farmacêutico não pode ser responsável técnico por drogarias na capital, somente o Farmacêutico pode sê-lo, citando o art. 15, §3º da Lei nº 5.991/73, o que fere direito líquido e certo da impetrante, cujo representante é proprietário e Técnico em Farmácia, registrado no Conselho Regional de Farmácia, conforme Súmula 120 do Superior Tribunal de Justiça, o que considera ilegal e abusivo, já que afronta os princípios constitucionais da legalidade e da ordem econômica.

Requer a concessão de liminar e, em definitivo, da segurança, a fim de que o impetrado emita o alvará sanitário para funcionamento regular da impetrante, tendo como responsável técnico seu proprietário.

Instruíram a inicial os documentos de fls.08/66.

Às fls. 67/68 o MM. Juiz deferiu o pedido liminar.

A autoridade impetrada, devidamente notificada, prestou informações às fls. 71/77, alegando ausência de ato ilegal, pois em se tratando de farmácia ou drogaria, nos termos da Lei nº 5.991/73, somente pode ser responsável técnico o Farmacêutico (curso superior em Farmácia), sendo permitido ao Técnico em Farmácia ser responsável técnico em situações excepcionais descritas no art. 15, § 3º da lei retro citada, o que não é o caso de Belo Horizonte, onde existem farmacêuticos registrados no Conselho Regional de Farmácia (CRF). Concluiu pela denegação da segurança.

Chegam os autos ao Ministério Público.

É o relatório.

PRELIMINARMENTE:

Não apresentou a impetrante qualquer ato concreto de violação ao direito de ter o alvará de funcionamento sanitário e que este tenha como fundamento a inexistência de Farmacêutico.

O que há nos autos são cópias de outras ações promovidas com o mesmo pedido e causa de pedir, com algumas circulares internas do Órgão Sanitário Municipal.

O mandado de segurança não é substituto da ação declaratória, como há muito têm decidido os Tribunais Superiores.

Logo, o pedido passível de análise *in casu* é o ato da autoridade apontado como ilegal – ou seja, indeferimento do alvará de funcionamento sanitário por ausência de Farmacêutico como responsável técnico e/ou recusa em aceitar o Técnico de Farmácia, proprietário da impetrante, como responsável técnico.

Assim, adotando o princípio da fungibilidade e, em respeito ao princípio constitucional do acesso ao Judiciário, opina o Ministério Público, preliminarmente, seja o remédio constitucional aviado recebido como PREVENTIVO, onde há uma ameaça de ofensa ao direito que entende possuir de ser considerado o Técnico em Farmácia como responsável técnico a autorizar a emissão do Alvará de Funcionamento Sanitário.

Apesar de a autoridade ter alegado incorreção na indicação da autoridade coatora pela impetrante, prestou as informações defendendo os atos praticados nos quais se baseia o pedido do impetrante.

Nesse sentido, presentes as condições da ação e pressupostos processuais.

NO MÉRITO:

Sem razão a impetrante, senão vejamos.

A Lei Federal nº 5.991/73 que regula o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, estabelece de forma clara os requisitos para obtenção de alvará de funcionamento sanitário em seus arts. 15, 22, 23 e 24. Estatui o § 3º do art. 15 que:

[...]

A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da Lei (art. 15, *caput*) e que o órgão sanitário somente licenciará os estabelecimentos sob responsabilidade técnica de prático de farmácia, oficial de farmácia ou “outro”, igualmente inscritos no CRF, em razão do interesse público.

O legislador não deixou sequer margem para interpretação. Foi claro ao estabelecer a situação: *interesse público*. Ainda, declarou o que é considerado interesse público: *caracterizada a necessidade da existência de farmácia ou drogaria e na falta de Farmacêutico*.

Assim, não cabe ao intérprete acrescentar outras circunstâncias que são de interesse público. Trata-se de ato vinculado. Nele, o administrador não tem liberdade de ação, porque, para determinada situação, já existe o ato legalmente tipificado a ser realizado e o administrador não tem qualquer liberdade para adotar outra solução. No ato discricionário, depara-se o administrador com certa margem de liberdade para se decidir, usando de critérios próprios, porém sempre tendo por norte o interesse público da administração. A liberdade do administrador não é ilimitada; relativiza-se pelo interesse público.

Ainda, a Lei nº 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, inclui as atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária, em todos os níveis, inclusive nos municípios, autorizando-os a adotar medidas para cumprimento das normas de dispensação e manipulação de medicamentos.

A impetrante argumenta que o ato é ilegal, escorado na Súmula 120 do STJ. É verdade que este foi o pensamento do egrégio Tribunal em 29/11/1994.

No entanto, em 19/03/2003 foi publicado no DJ, p. 141, a Súmula 275 do STJ com o seguinte enunciado: “O auxiliar de farmácia não pode ser responsável técnico por farmácia ou drogaria.”

E, neste sentido sempre decidiu o nosso Tribunal de Justiça:

Número do processo: 1.0024.06.990217-9/001(1). **Precisão:** 27. Relator: CLÁUDIO COSTA. Data do Julgamento: 01/03/2007. Data da Publicação: 23/03/2007. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO. A autorização para funcionamento de drogaria, por parte da autoridade sanitária, depende de estar ela assistida por farmacêutico registrado no CRF. Em hipóteses excepcionais, poderá ser autorizada com a assistência de técnico, sendo imperioso demonstrar a caracterização dos requisitos, a saber, interesse público na instalação do estabelecimento e inexistência de profissional, na localidade, habilitado a prestar o serviço. Não é o mandado de segurança o meio apropriado para se discutir matéria que demanda dilação probatória, por se tratar de ação de rito sumariíssimo, a exigir prova pré-constituída. Apelação improvida. Sentença confirmada.

Número do processo: 1.0114.02.001374-3/001(1). **Precisão:** 51. Relator: Manuel Saramago. Data do Julgamento: 03/05/2005. Data da Publicação: 20/05/2005. Ementa: DROGARIA. ALVARÁ SANITÁRIO. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE TÉCNICO RESPONSÁVEL. OFICIAL DE FARMÁCIA. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO. Não sendo farmacêutico, não se comprovando circunstâncias legais que o alçariam à condição de responsável técnico, nem tampouco tendo-se submetido a provisionamento previsto por lei, não se há deferir a pretensão a alvará formulado por oficial de Farmácia para assumir a responsabilidade técnica de drogaria. Precedentes.

O representante tem inscrição no CRF desde 08/07/05. Logo, não se enquadra na situação dos *provisiionados*, os quais têm a situação definida na Lei nº 3.820/60, em seu art. 14, parágrafo único, que previu a possibilidade de inscrição nos quadros dos Conselhos Regionais de Farmácia de profissionais de Farmácia que não farmacêuticos (práticos, oficiais, etc.), permitindo aos declarados que já atuavam no ramo prosseguir em suas atividades, desde que preenchessem os requisitos declarados no art. 16 do referido diploma legal. Situação esta ratificada pela lei vigente – Lei nº 5.991/73, no art. 15, § 3º, e no art. 57, quando foi estatuído que, em razão do interesse público e sob outras condições impostas no mesmo dispositivo, tais profissionais poderiam assumir a responsabilidade da permissão.

Logo, não restou comprovado ato ilegal lesivo ou ameaça de lesão a direito da impetrante.

Ao contrário, trata-se de exercício do dever legal a exigência de ser o Farmacêutico o único passível de ser responsável técnico por farmácia ou drogaria na capital mineira e de somente ser emitido o alvará de funcionamento sanitário mediante comprovação desse tal requisito legal.

Ante o exposto, opina o Ministério Público pela denegação da segurança, perante a ausência de ato lesivo a direito líquido e certo da impetrante, em termos que exigem a Lei nº 1.533/51 e o art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal.

É o parecer, *sub censura*.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2009.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça

**MANDADO DE SEGURANÇA - TAXA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DE MINAS GERAIS –
ENQUADRAMENTO QUANTO AO PORTE DA EMPRESA – EXIGÊNCIA LEGAL**

PROCESSO Nº 09.664.829-0
4ª VARA DE FEITOS TRIBUTÁRIOS
IMPETRANTE: POSTO AUTOMAN LTDA. (MATRIZ E FILIAIS)
IMPETRADO: SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL DE MINAS GERAIS

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz:

POSTO AUTOMAN LTDA. (MATRIZ E FILIAIS) ajuizou o presente MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, com pedido de liminar contra ato ilegal e iminente do SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL DE MINAS GERAIS de exigibilidade do impetrante que é empresa que desenvolve atividades potencialmente poluidoras e utilizadora de recursos ambientais sob a fiscalização da FEAM – anexo I da Lei nº 14.940/03 – na categoria de revenda no varejo de combustíveis e demais produtos derivados de petróleo, a pagar a Taxa de Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais – TFAMG, instituída pela Lei Estadual nº 14.940/03, e alterada pelas Leis nº 15.972/06 e nº 17.608/08, pela soma das receitas brutas de todos os seus estabelecimentos, o que considera inconstitucional e ilegal por afrontar o disposto nos arts. 145 e 150, II, da Constituição Federal e arts. 77 e 78 do Código Tributário Nacional.

Requer a concessão de liminar e da segurança “para declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 17.608/08, reconhecer o seu direito líquido e certo de recolher a ‘Taxa de Fiscalização e Controle Ambiental do Estado de Minas Gerais – TFAMG’ com base no faturamento individualizado de cada estabelecimento contribuinte (sem somar, portanto, os faturamentos das filiais e matriz), ordenando-se ao impetrado que se abstenha de praticar qualquer ato tendente à cobrança daquela exação com base nos preceitos da predita Lei nº 17.608/08 em face de sua manifesta inconstitucionalidade”.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 20/45.

Liminar concedida às fls. 46/52.

Notificada a parte impetrada (fls. 54), foram prestadas as informações de fls. 56/75, subscritas também por Procurador do Estado, alegando, em preliminar: 1) ausência de prova da liquidez e certeza do direito pleiteado. No mérito, a legalidade do ato impugnado foi defendida, ao argumento de que o fato gerador da taxa impugnada é a atividade de poder de polícia desempenhada pelo órgão competente, nos termos da legislação que rege a matéria, tratando-se de competência concorrente entre os entes federados; que a Lei nº 17.608/08 baseia-se no fato de a empresa ser considerada como um todo, e não como matriz e filiais; que o STF já se pronunciou pela constitucionalidade da Taxa de Controle de Fiscalização Ambiental (TCFA), que possui a mesma natureza da taxa questionada pelas impetrantes. Concluiu pugnano pela extinção sem resolução do mérito ou denegação da segurança.

Chegam os autos ao Ministério Público.

É o relatório.

Preliminarmente, a ausência de prova da liquidez e certeza do direito pleiteado, bem como a ausência de ilegalidade e abuso de poder, alegados pelo impetrante, ao argumento de que o ato impugnado foi praticado com fundamento na Lei nº 17.608/08, que alterou a Lei nº 14.940/03, *data venia*, tais matérias pertinem ao próprio mérito da ação.

Quanto ao mérito, insurge-se o impetrante contra ato do impetrado, consistente na exigência da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais (TFAMG), instituída pela Lei Estadual nº 14.940/2003, alterada pelas Leis nº 15.972/06 e nº 17.608/08, respectiva à soma das receitas brutas de todos os seus estabelecimentos.

Salvo melhor juízo, improcedente o argumento do impetrante de que é ilegal e inconstitucional a cobrança da TFAMG “considerando o somatório das receitas brutas de todos os estabelecimentos do contribuinte”, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 14.940/03, com a redação dada pela Lei Estadual nº 17.608/08, tendo em conta que o § 1º do art. 8º da Lei Estadual nº 14.940/03 dispõe que a TFAMG será devida por estabelecimento.

Da análise da Lei nº 14.940/03, com a redação dada pela Lei nº 17.608/08, constata-se que a cobrança da TFAMG continua sendo cobrada por estabelecimento.

O que determina o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 14.940/03, com a redação dada pela Lei Estadual nº 17.608/08, é que

[...] para efeito de enquadramento nos incisos do *caput* e na tabela constante do Anexo III desta Lei, será considerado o somatório das receitas brutas de todos os estabelecimentos do contribuinte.

Com efeito, a base de cálculo da TFAMG, nos termos da Lei nº 14.940/03, é obtida a partir dos valores expressos em UFEMG constantes no Anexo III, e da correlação do Potencial de Poluição e Grau de Utilização (previstos nos Anexos I e II) como também do porte da empresa, definido no art. 2º (da Lei).

Ora, ao que se constata, a Lei nº 14.940/03 determina que se deve considerar o porte da empresa, e não do estabelecimento, sendo certo que se trata de conceitos distintos, podendo a empresa possuir diversos estabelecimentos.

Nos termos do art. 966 do Código Civil, empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica e organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Já o art. 982 do mesmo codex dispõe que:

Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeita ao registro (art. 967); e simples as demais. (grifo nosso).

Por fim, o art. 1.142 do Código Civil estabelece que “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Desta forma entendemos, *data venia*, que o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 14.940/03, com a redação dada pela Lei nº 17.608/08, não afronta direito líquido e certo do impetrante, uma vez que o enquadramento dos contribuintes, para efeito de cobrança da TFAMG, ocorre em relação ao porte da empresa, e não do estabelecimento, tanto pela Lei nº 14.940/03 como pela Lei Federal nº 6.938/81 (art. 17-D).

Diante de todo o exposto opina o Ministério Público pela DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA ante a ausência de lesão a direito líquido e certo do impetrante.

É o parecer, sub censura.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 2010.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça

PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA _____ VARA DA FAZENDA PÚBLICA E AUTARQUIAS DE BELO HORIZONTE

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelos Promotores abaixo assinados, com atribuições perante a 1ª Promotoria de Justiça/Juízo da Fazenda Pública e Execuções Fiscais da Comarca de Belo Horizonte, vem à presença de V.Exa., com fundamento no art. 1º, inc. IV c/c arts. 5º e 12 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 81, parágrafo único, inc. III e art. 82, inc. I, da Lei nº 8.078/90; e nos arts. 127 e 129, incs. II e III, ambos da Constituição Federal, maneja a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA em desfavor do ESTADO DE MINAS GERAIS, com pedido de liminar, em vista das seguintes razões e fundamentos adiante deduzidos:

I – INTRODUÇÃO - OS FATOS E AS AÇÕES INDIVIDUAIS

Diuturnamente o Judiciário vem recebendo centenas de demandas mandamentais objetivando a correção de ato do Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN/MG), órgão da administração indireta do réu, que, com fundamento na Resolução nº 168/04, alterada pela Resolução nº 169/05, do CONTRAN, na Portaria nº 15 do DENATRAN, e na Instrução nº 001/2006 do DETRAN, passou a proceder ao cancelamento dos processos para habilitação de candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação após doze meses contados da data do requerimento do candidato.

Não se justifica que semelhante ato seja combatido, de forma individual, abarrotando o Judiciário com demandas absolutamente idênticas, ensejando decisões similares, que poderiam (e podem) ser proferidas através de um instrumento processual exclusivo, trazendo celeridade à prestação jurisdicional.

II – DA NATUREZA DA PRETENSÃO MINISTERIAL

Objetiva o Ministério Público seja determinado ao réu, através do Departamento Estadual de Trânsito, órgão que integra a Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, que doravante se abstenha de cancelar o processo de habilitação dos candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação após decorrido o prazo de doze meses, contado da data do requerimento do candidato, em todo o Estado de Minas Gerais, sob pena de malferimento ao Código de Trânsito Brasileiro que, em seu art. 147, § 2º, disciplina o prazo do exame preliminar de aptidão física e mental do candidato à habilitação, fixando-o em cinco anos, e, excepcionalmente em três, para condutores com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Tem-se, outrossim, clara violação ao princípio da legalidade, postulado fundamental do *Estado de Direito*, com ofensa direta ao art. 37, *caput*, da Carta Máxima, porquanto deve a Administração completa submissão às leis, sendo a atividade administrativa infralegal e não substitutiva do Poder Legislativo.

Levando-se em consideração a origem comum dos interesses cuja defesa se busca através da presente ação, conclui-se inequivocamente que estamos diante de direitos individuais homogêneos, previstos expressamente no inc. III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos quais tem o Ministério Público o dever de agir. Sobre eles, escreveu com propriedade o mestre Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] Por fim, no que concerne à titularidade dos interesses ou direitos individuais homogêneos (inc. III do art. 81), já se anotou a singeleza do texto legal. Tudo indica que esses interesses não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas apenas apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais, que lhes confere coesão ou aglutinação suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. [s.d.]. p. 278-279).

Na definição do jurista Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes:

[...] os direitos individuais homogêneos particularizam-se por serem singulares, próprios de cada pessoa (pois, divisíveis), decorrentes de fato comum, mas que por motivos de interesse social podem ser tutelados coletivamente. (FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Revista de Processo n.71. p. 139).

Ada Pellegrini Grinover também empresta o seu valioso escólio, fornecendo argumentos jurídicos que concedem ao *parquet* a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos de relevante repercussão social:

[...] As disposições processuais do Código – e, entre elas, as atinentes à defesa coletiva dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos – aplicam-se integralmente à LACP, ampliada pela CDC.

[...]

Em virtude disso, surge uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

[...]

Todo o Título II do CDC, portanto, pode ser utilizado nas ações de que trata a LACP, disciplinando o processo civil dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Esses direitos individuais, desde que homogêneos, podem ser tutelados pela ação civil pública [...]. (GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em evolução. 1 ed. Forense. Universitária, 1996. p. 427).

Comentando o dispositivo, assevera Rodolfo de Camargo Mancuso:

Aplicando-se essa fórmula à ação referida no art.92 do CDC, teremos o Ministério Público como autor (isoladamente ou em concorrência com algum outro co-legitimado do art.81) de uma “ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”, ou seja, uma ação que é coletiva na sua forma de ajuizamento e no seu procedimento peculiar (arts.94 e s.), mas cujo objeto são “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 317).

A tutela jurisdicional coletiva, embora ainda incipiente em nosso País, deixou de ser apenas aquela idealizada pelo legislador pátrio a partir das *class actions* norte-americanas e das *relator actions* inglesas, traduzindo em sincero e eficaz meio de reduzir o malefício maior que hoje aflige o Judiciário e constitui fonte de todas as críticas que a sociedade impõe àquele Poder: a demora na prestação jurisdicional.

Evidente que com o advento desse novel mecanismo processual, até então inédito nos países de tradição romano-germânica, esse modelo de composição coletiva sofreu severa resistência, inclusive no seio do Ministério Público. Mas até os críticos concordavam com um fato: as soluções individuais secularmente compostas não mais se prestavam a dar uma resposta eficaz aos conflitos de natureza tipicamente metaindividuais.

III – O DIREITO E A CONTROVÉRSIA CRIADA PELO RÉU

Com efeito, o art. 147, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro disciplina o prazo de validade para o exame preliminar de aptidão física e mental, para o candidato à habilitação, fixando-o em cinco anos, e excepcionalmente em três, para maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Vejamos:

Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte forma:

[...]

§ 2º O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado. (grifo nosso).

Não obstante dispositivo estatuído no artigo 147, § 2º, do CTB supramencionado, as Resoluções nº 168 e nº 169 do CONTRAN, a Portaria nº 15 do DENATRAN, e a Instrução nº 001/2006 do DETRAN, a pretexto de regulamentarem o processo de habilitação do condutor, extrapolaram o previsto no CTB, criando prazos inferiores ao previsto no aludido Código para a validade do exame médico e psicotécnico.

É certo que, nos termos previstos no CTB, é competência do CONTRAN regulamentar o processo de habilitação.

Ocorre que ditos atos normativos extrapolaram a correta aplicação da Lei, uma vez que não se limitaram a explicitá-la.

Oportunamente, ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles que os atos administrativos normativos possuem caráter geral e abstrato, mas quando surgem sob a aparência de norma, com efeitos concretos, podem ser atacados e invalidados pelo Judiciário, e que, nem o Decreto regulamentar nem a Resolução podem extrapolar o previsto na Lei. Vejamos:

Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.

Tais atos conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes dos tribunais, órgãos legislativos, e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais.

As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicitá-los. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros. p. 158-159).

Conclui-se que as Resoluções nº 168/04 e nº 169/05 do CONTRAN, a Portaria nº 15 do DENATRAN e a Instrução nº 001/06 do DETRAN/MG, extrapolaram o previsto no art. 147, § 2º, do CTB, ao fixarem prazo inferior ao enunciado em dito artigo legal para a validade do exame preliminar médico e psicotécnico para o candidato à obtenção da CNH.

Outrossim, a conduta administrativa, nessa via guerreada, encontra embaraço nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, notadamente em atenção ao princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Carta Máxima.¹¹⁹

Trata-se de postulado fundamental do *Estado de Direito*, devendo a Administração completa submissão às leis, uma vez que a atividade administrativa é infralegal e não substitutiva do Poder Legislativo.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] é a consagração da idéia de que a Administração Pública só deve ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente da expedição de comandos complementares à lei.¹²⁰

Dentro desse caráter subalterno da atividade administrativa, o ato administrativo, em qualquer de suas modalidades, somente poderá agregar à lei nível de concreção, sendo-lhe vedado inovar, mormente no cerceio a direitos dos administrados.

Em síntese: no Direito brasileiro, a Administração não pode fazer nada senão o que a lei determina.

Nesse norte, constando do art. 147, § 2º, do CTB, que o exame de aptidão física e mental tem validade por cinco anos, não se permite à Administração adentrar no terreno legislativo, ao arrepio do princípio da legalidade, inovando por meio de ato normativo inferior à lei, com a redução, ainda que indireta, de prazo legalmente fixado. Sobre o assunto:

TRF4-072271) ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE CONTABILIDADE. CERTIDÃO DE REGULARIDADE PROFISSIONAL. RESOLUÇÃO Nº 899/2001 - INSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO SEM AMPARO LEGAL.

1. A Resolução é ato administrativo inferior a lei, não podendo contrariá-la, restringi-la ou ampliá-la, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio não permite que atos normativos infralegais inovem originariamente o sistema jurídico.

2. É defeso ao Conselho Federal de Contabilidade impor restrição ao livre exercício da profissão a que está legalmente habilitado o impetrante, criando impedimento não previsto em lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do relator.

(Apelação em Mandado de Segurança nº 79694/PR (200170000277818), 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Amaury Chaves de Athayde. j. 05.09.2002, DJU 20.11.2002, p. 449).(grifo nosso)

Mais:

TRF1-083593) CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RESTRICÇÕES AO INGRESSO NA CARREIRA DE MAGISTÉRIO IMPOSTAS POR RESOLUÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E À ORDEM HIERÁRQUICA DAS NORMAS JURÍDICAS.

1. Conforme entendimento jurisprudencial e com base no art. 37, I, da CF/88, somente lei, ato normativo primário, pode estabelecer requisitos para o ingresso no serviço público.

2. Ilegítima a criação de restrições para o acesso ao cargo público de Professor Auxiliar da Universidade Federal do Maranhão, por meio de norma terciária (Resolução nº 05/93 do CONSUN), em afronta ao Decreto nº 94.664/87, o qual regulamentou a Lei nº 7.596/87 que, no artigo 5º, determinou que os requisitos para o ingresso no cargo fossem fixados pelo regulamento.

3. Remessa Oficial a que se nega provimento.

Decisão:

¹¹⁹“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

¹²⁰*In: Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Por unanimidade, negar provimento à Remessa Oficial.

Remessa *Ex Officio* nº 1997.010.00.41646-9/MA, 3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região, Rel. Juiz Leão Aparecido Alves (Conv.), j. 27.06.2001, Publ. DJ 09.07.2001, p. 58) (grifo nosso).

Destarte, não podem prevalecer os atos normativos esposados pelo DETRAN/MG, sob pena de se negar vigência ao art. 147, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, além de vilipêndio ao art. 37 *caput* da Carta Máxima.

IV – DO PEDIDO LIMINAR

A Lei nº 7.347/85, embaçadora da ação civil pública, garante em seu art. 12 a concessão de mandado liminar. Por seu turno, a Lei nº 8.078/90, disciplinadora da ação civil coletiva, prevê em seu art. 84, § 3º, idêntico provimento, quando presentes a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio da ineficácia, do provimento final.

A quantidade excessiva de ações individuais tendo como objeto o narrado na presente ação civil pública, aliada ao termo final de validade dos processos de habilitação, conforme Portaria nº 001/2006 do DETRAN/MG, demonstra que estão sendo atingidos diretamente os interesses de todos os indivíduos candidatos à obtenção da CNH no Estado de Minas Gerais, que vêm tendo seus processos de habilitação cancelados, com a determinação de nova submissão a todos os exames, inclusive o de aptidão física e mental.

Esta situação exige pronta e preventiva intervenção de órgão estatal: o Poder Judiciário, equilibrador e garantidor dos interesses individuais homogêneos constitucionalmente protegidos.

Tal abusividade vem sendo constatada pelo elevado número de ações individuais distribuídas contra o ato administrativo descrito, tratando-se de fato público e notório, noticiado amplamente pela imprensa mineira.

A demora na concessão da tutela jurisdicional tem reflexo imediato, qual seja, cancelamento dos processos de habilitação dos candidatos à obtenção da CNH, em ofensa ao CTB e ao princípio constitucional da legalidade, obrigando os candidatos à obtenção da CNH que ainda tenham seus exames de sanidade física e mental válidos se submeterem a novo exame.

Nos fundamentos de fato e de direito, o Ministério Público deixou clara a posição de refém em que foram colocados os candidatos à obtenção da CNH no Estado de Minas Gerais, fruto do exercício abusivo do poder pelos agentes públicos do réu.

V - DOS PEDIDOS

Assim, na forma do CPC, art. 282, IV, requer o Ministério Público que V. Exa. se digne:

LIMINARMENTE, *inaudita altera pars*, seja determinado ao réu, através do Departamento Estadual de Trânsito, órgão que integra a Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, que doravante se abstenha de cancelar os processos de habilitação dos candidatos à obtenção da CNH no prazo de validade do exame preliminar de sanidade física e mental, estatuído no CTB, em todo o Estado de Minas Gerais, consignando-se multa cominatória no valor diário de R\$ 5.000 (cinco mil reais), caso o réu deixe de cumprir a decisão liminar determinada, nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei nº 7.347/85.

EM PROVIMENTO DEFINITIVO

A confirmação da liminar, com a determinação ao réu, através do Departamento Estadual de Trânsito, órgão que integra a Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, que doravante se abstenha de cancelar os processos de habilitação dos candidatos à obtenção da CNH no prazo de validade do exame preliminar de sanidade física e mental – cinco anos – previsto no CTB, em todo o Estado de Minas Gerais, consignando-se multa cominatória no valor diário de R\$ 5.000 (cinco mil reais), caso o réu deixe de cumprir a decisão definitiva, nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei 7.347/85.

Requer ainda:

- seja oficiado aos demais juízos da Fazenda Pública Estadual informando-os do ajuizamento da presente ação para, se for o caso, adoção do disposto no art. 104 da Lei nº 8.078/90 c/c art. 21 da Lei nº 7.347/85;
- a publicação de edital, no órgão oficial do Estado, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes (art. 21 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 94 da Lei nº 8.078/90);

- a CITAÇÃO do réu, na pessoa do Senhor Advogado-Geral do Estado, na forma do art. 12, inc. I do Código de Processo Civil, para que responda, querendo, o pedido, sob pena de revelia, seguindo-se o rito ordinário;
- na forma do art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil, as intimações dos atos e termos processuais deverão ser dirigidas ao autor, na sede da 1ª Promotoria de Justiça/Juízo da Fazenda Pública e Execuções Fiscais da comarca de Belo Horizonte, situada na Rua Timbiras, 2.928, 8º andar, Bairro Barro Preto, nesta Capital, CEP 30140-062, tel. (31) 3250-5000;
- a condenação dos réus nas custas processuais.

Atribuindo à causa o valor de R\$ 1.000,00, (mil de reais), comprovará o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, sem exceção.

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2006.

Elvécio Antunes Carvalho Júnior
Promotor de Justiça

Franklin Higino Caldeira Filho
Promotor de Justiça

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça

Iraídes Oliveira Marques
Promotora de Justiça

OFÍCIO – PEDIDO DE EMENDA A EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO

Ofício n. 035/2003 – 1ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte
Sugestão (Apresenta)
Belo Horizonte, 8 de agosto de 2003.

Prezado Senhor,

Ratificando integralmente os termos da reunião verificada nesta Promotoria de Justiça na data de ontem, sugerimos a V. Sa., objetivando emprestar verossimilhança legal aos Editais de Concurso Público para matrícula no Curso Técnico em Segurança Pública (CTSP) e Curso de Formação de Oficiais (CFO) da Polícia Militar (PM) para o ano de 2004, publicado no órgão oficial de 24.07.2003, a adoção das seguintes emendas aos textos:

1. Suprimir a condição exclusiva de ser o candidato solteiro, como requisito para admissão de sua inscrição, porquanto fustiga os princípios da isonomia e da razoabilidade, preceitos que devem imperar em toda e qualquer conduta desenvolvida pelo administrador público;
2. Instalar a observância, no que se refere aos testes psicológicos, das disposições insertas na Resolução n. 002, de 24.03.2003, do Conselho Federal de Psicologia, cujos devem obediência aos parâmetros previamente delimitados pelo referido órgão;
3. Inserir prazo razoável para a interposição do recurso contra o resultado de indeferimento dos exames psicológicos, de molde a admitir a formulação de irresignação escrita, uma vez que os editais não contemplam qualquer prazo ou condição para a apresentação das razões, quando interposto o recurso pelo próprio candidato, o que torna inexecutível a própria hostilização.

Solicitamos que semelhantes alterações sejam editadas no órgão oficial do Estado de Minas Gerais, de forma ágil, possibilitando aos candidatos que se julgaram preteridos uma tempestiva inscrição.

Certos do atendimento das observações alhures formuladas, as quais atendem ao interesse público e colocam essa prestigiosa Instituição na vanguarda entre as corporações policiais militares de todo o País, reiteramos a V. Sa. os nossos protestos de elevada estima e distinta consideração.

Promotores de Justiça da 1ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte

Ao Senhor
Antônio Expedido Ribeiro
Tenente-Coronel da Polícia Militar
Chefe do Centro de Recrutamento e Seleção da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais
BELO HORIZONTE - MG

6 – ATUAÇÃO RESIDUAL NO CÍVEL

Promotora de Justiça Élide de Freitas Resende¹²¹

6.1 – INTRODUÇÃO

A reorientação imprimida nesta área é de racionalização da atuação ministerial. Com isso, deixa o Ministério Público de intervir em determinadas ações, sem grande expressão social, para se dedicar a questões de interesse difuso, que demandam sua atuação como órgão agente.

Nesse novo enfoque, o Ministério Público não mais intervém nos seguintes feitos: separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes; ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens em que não houver interesse de incapazes; ação ordinária de partilha de bens entre partes capazes; ação executiva de alimentos entre partes capazes, excetuada a hipótese do art. 733 do CPC; ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada aquela que imponha encargos ou cláusulas restritivas, bem como a aprovação, o cumprimento e o registro de testamento, e aquela que envolva reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; requerimento de falência, na fase pré-falimentar; ação em que for parte a massa falida - por exemplo, nas execuções fiscais, nas ações de cobrança etc. - fora do Juízo Universal; ação acidentária ou ação revisional do valor do benefício (e respectivas execuções), propostas por advogado regularmente constituído ou nomeado, salvo nos casos em que o beneficiário seja incapaz ou idoso em condições de risco; usucapião não coletiva de imóvel registrado, exceto na hipótese em que haja interesse de incapazes (art. 82, I, do CPC) ou em que se vislumbre risco, ainda que potencial, de lesão a interesses sociais e individuais indisponíveis; processo de avaliação da renda e dos prejuízos decorrentes da pesquisa mineral (art. 27, VIII, do Decreto-Lei n.º 227/67), conforme incisos I a X da Recomendação Conjunta PGJ CGMP n.º 03, de 12/11/2007.

Por disposição legal, somente é necessária a intervenção ministerial nas ações consumeristas individuais, se a parte autora for incapaz.

Seguindo orientação do CAO Idoso, endossada pela CGMP/MG (art. 99 da Consolidação dos Atos Normativos – Ato CGMP n.º 1, de 12/02/08), o idoso como parte somente irá determinar a intervenção se estiver em situação de risco:

Art. 99. Recomenda-se aos Promotores de Justiça, como forma de legitimar a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos dos idosos, a interpretação conjunta dos arts. 75 e 43 da Lei Federal n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do

Idoso), atentando-se para a obrigatoriedade da atuação ministerial somente nas hipóteses em que o idoso encontrar-se em situação de risco.

A providência primeira ao se analisar um processo cível é verificar se existe, naquele momento, a causa da intervenção. Cessada a incapacidade da parte, cessa a intervenção ministerial.

Se um espólio estiver presente na relação processual, impõe-se investigar se há herdeiros incapazes, sendo que nessa hipótese, a intervenção será necessária.

O conceito de que não há nulidade se não houve prejuízo deve inspirar a atuação ministerial. O pleito de nulidade do feito pela falta de intimação do Ministério Público só deve ser feito se verificado que houve efetivo prejuízo à parte a quem cumpria o MP tutela. Caso contrário, cumpre ratificar os atos realizados até então, contribuindo para a celeridade processual.

Se a incapacidade da parte é alegada nos autos sem que haja a interdição, requerer a comprovação médica do status e, sendo o caso, requerer a nomeação de curador ad hoc e insistir na promoção da ação de interdição no juízo próprio, sem que haja suspensão do processo.

Para não onerar o jurisdicionado, não exigir procuração por instrumento público e documentos autenticados, desde que não haja impugnação séria.

Os relatórios dos pareceres deverão ser concisos, consignando os atos processuais importantes. O parecer de mérito, sempre em favor do melhor direito e não da parte que determina a atuação ministerial. Ao contrário, na dilação probatória, permitir atuação mais voltada para o incapaz, requerendo a baixa dos autos em diligência quando necessário, solicitando provas, etc.

A seguir, abordaremos aspectos práticos das ações mais recorrentes nesta área de atuação.

6.2 – AÇÃO DE USUCAPIÃO

A princípio, a intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião visa à preservação da segurança dos registros públicos. Se o imóvel usucapiendo está devidamente registrado, remanesce exclusivamente o interesse patrimonial das partes, o que justifica a racionalização da intervenção do Ministério Público nessas ações.

Adotando-se as Cartas de Ipojuca e Araxá, a intervenção ministerial será devida somente nas ações em que o imóvel usucapiendo não seja registrado, nas hipóteses de usucapião especial coletivo (Lei n.º 10.257/2001) e quando houver interesse público ou de incapazes. Apesar da pouca complexidade da

¹²¹ Na primeira edição desta obra esta área foi redigida pela Procuradora de Justiça Valéria Dupin Lustosa.

ação, não rara são às vezes em que se inviabiliza o registro da sentença declaratória, por irregularidades na formação da relação processual. Assim, cumpre ao Promotor de Justiça velar para que todos os réus e interessados sejam citados.

6.2.1 – ASPECTOS A SEREM OBSERVADOS NA AÇÃO DE USUCAPÃO

• Pólo ativo

Sendo ação de natureza real imobiliária, necessário o consentimento do cônjuge/convivente do(a) autor(a) (art. 10 do CPP), se o litisconsórcio ativo não é formado entre ambos.

Deve se atentar para o estado de viuvez da parte autora e requerer a juntada da certidão de óbito do cônjuge, para cotejar com a data de início da posse, visto que se a posse foi exercida também pelo falecido, a rigor, seus herdeiros deverão integrar o pólo ativo. Havendo co-legitimidade dos herdeiros, eles também podem renunciar seus direitos em favor do cônjuge supérstite, lembrando que renúncia é ato formal e requer, quando menos, declaração com firma reconhecida. O condômino pode usucapir a integralidade da propriedade em condomínio se estiverem presentes todos os requisitos legais. Também o herdeiro pode usucapir contra co-herdeiro, nas mesmas circunstâncias.

• Pólo passivo.

Na ação de usucapião há um chamamento geral das pessoas ligadas ao imóvel usucapiendo. Todos são réus – proprietários, confinantes, interessados certos (aquele que consta como contribuinte do IPTU, o promissário-comprador, etc) e interessados incertos, entes fazendários. Com isso, qualquer resposta ao pedido deve ser feita via contestação nos próprios autos, sendo impróprias as *intervenções de terceiros*.

Em observância ao art. 10 do CPP, também se faz necessária a citação dos cônjuges dos réus. Se a posse é transmitida à parte autora por herança, deve se atentar para a necessidade de se incluir todos os co-herdeiros no pólo passivo, como interessados certos, e promover a citação deles. Não há necessidade de nomeação de Curador Especial aos réus incertos e eventuais interessados citados por edital, mas apenas quando o citado pela forma fictícia for pessoa certa.

- Indicação, na inicial, do fundamento jurídico (espécie de usucapião pretendido) e fático (data e forma de ingresso na posse, qualidade da posse).

Nos casos de soma de posses, os requisitos da posse *ad usucapionem* também devem estar bastante esclarecidos e comprovados com relação à posse anterior.

- A identificação do imóvel usucapiendo deve ser indene de dúvidas.

O imóvel urbano deve ser descrito num contexto de lote, quadra e bairro. A certidão de registro imobiliário atualizada deverá ser apresentada com base no indicador real do imóvel (sua descrição) e não extraída em nome do seu proprietário. Não raro, certidões desses cartórios consignam somente o nome do promitente-comprador do imóvel, devendo, nesse caso, ser requisitada nova certidão, para identificação do proprietário.

A Lei de Registros Públicos instituiu a matrícula, condensando os registros, mas antes dela fato comum era encontrar mais de um registro para um mesmo imóvel, lavrados em cartórios diferentes. Assim, havendo mais de um Cartório de Registro Imobiliário na cidade de situação do imóvel usucapiendo, mister a apresentação das respectivas certidões, expedidas com base no indicador real, se o imóvel não for matriculado. Por vezes o imóvel não tem registro e, nessas circunstâncias, o feito deve ser instruído com *certidão de origem* expedida pela prefeitura local, que pode, quando menos, identificar um *interessado certo* na relação processual.

- A planta é documento indispensável e deve apresentar o imóvel usucapiendo num contexto de quadra, onde se visualize, pelo menos, todos os lotes confinantes e as vias públicas próximas.

Deve ser elaborada por profissional habilitado, porém hábil à instrução do feito também é a planta oficial do bairro, que a parte pode obter junto à Prefeitura Municipal.

O memorial descritivo é essencial quando o imóvel usucapiendo se tratar de área não registrada ou de área que contiver descrição diferente do registro imobiliário, a menor ou a maior (exemplo, parte da Fazenda X, lote Y mais parte do lote Z).

- Zelar pela obtenção da prova documental, além da testemunhal.

Informações da companhia fornecedora de luz ou de água, sobre a data da prestação dos serviços no endereço e o nome da pessoa que fez a solicitação são de grande utilidade. Dificilmente se faz possível o julgamento antecipado da lide nas ações de usucapião, visto que determinados requisitos da posse, tais como atualidade e continuidade demandam prova testemunhal.

- Velar para que o valor da causa seja compatível com o valor do imóvel usucapiendo.
- No usucapião constitucional, zelar para que o feito seja instruído com certidões negativas de propriedade, extraídas com base no indicador pessoal.

- O usucapião argüido em sede de defesa não enseja a intervenção ministerial.
- Nas ações conexas ao usucapião (possessórias ou reivindicatórias), a atuação do Ministério Público somente é exigida se ocorrerem as hipóteses do art. 82 do CPC.
- O Ministério Público não intervém em usucapião de coisa móvel, salvo se presentes outras hipóteses do art. 82 do CPC.
- Evitando-se fraude à execução e contra credores, em detrimento do incapaz, nos casos de permuta e de sub-rogação do preço, exigir, além da certidão de registro imobiliário atualizada do imóvel a ser adquirido, certidões relativas aos alienantes desse imóvel (dos distribuidores cíveis da Justiça Comum e Federal – inclusive do Trabalho, últimos vinte anos e dos cartórios de protestos, últimos cinco anos).

6.3 - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Assentado está, pelas Cartas de Ipojuca e Araxá, que nos procedimentos de jurisdição voluntária, devem coexistir pelo menos uma das hipóteses do art. 82 do CPC, para ensejar a intervenção do Ministério Público. Mas em qualquer procedimento de jurisdição voluntária deve ser feita uma prévia análise da legitimidade ativa, verificar se efetivamente inexistente interesse de incapazes, antes de se declinar pela não-intervenção. Comumente vêm-se pedidos encabeçados por parte capaz, que não tem legitimidade exclusiva ou legitimidade alguma para o pleito.

6.3.1 - LEVANTAMENTO DE VALORES NÃO RECEBIDOS EM VIDA PELOS RESPECTIVOS TITULARES

Nos casos de alvarás contendo pedido de levantamento de valores não recebidos em vida pelos seus respectivos titulares (PIS, FGTS, etc), regidos pela Lei nº 6858/80, solicitar *certidão de dependentes habilitados* expedida pelo INSS e certidão de óbito do titular, para verificar se ele deixou filhos menores ou designou dependentes incapazes. Havendo interessados incapazes, exigir sua participação na relação processual.

Deve-se velar para que os alvarás de pequena monta sejam expedidos em favor dos representantes legais dos incapazes e não de seus patronos. Para os de grande monta, evitando-se dispersão do numerário, solicitar seja feita sua transferência para depósito em conta judicial.

6.3.2 - ALVARÁS PARA PERMUTA E ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS DE INCAPAZES

- Conferir se ambos os genitores do menor estão anuindo ao pleito (art. 1.690, parágrafo único, CC). Havendo divergência, ela poderá ser dirimida nos próprios autos.
- Certidão atualizada do registro imobiliário é indispensável nesses casos.
- O foco é impedir a defasagem patrimonial do menor, por isso velar para que a alienação não se dê por valor inferior ao valor de mercado, o que será obtido mediante avaliação judicial. Solicitar guia de IPTU atualizada para se ter um parâmetro mínimo desse valor. Excepcionalmente, avaliações realizadas por imobiliárias (mínimo de três) poderão substituir a avaliação oficial.

- Nos pedidos de alienação de imóvel de incapaz para aquisição de outro, pugnar para que a escritura pública seja feita de forma casada, num único instrumento, de forma a garantir que o negócio realmente efetive.
- Pugnar por prestação de contas em prazo a ser estabelecido pelo Juiz, com a consignação da pena de desobediência, em desfavor do representante legal do requerente incapaz, para o caso de descumprimento.
- Exigir escritura pública de compra e venda do imóvel cuja alienação foi autorizada e a certidão de registro imobiliário do imóvel adquirido, se for o caso.
- Velar pelo depósito judicial em caso de venda de imóvel, sem sub-rogação do preço.
- O numerário poderá ser levantado *a posteriori* nos próprios autos se forem comprovadas a oportunidade e a conveniência, preferencialmente com a aquisição de um outro bem de raiz. Um estudo social, com a visita do profissional na residência do incapaz, pode ser solicitado para aferir-se a necessidade desse levantamento.
- Manter certa flexibilidade nos casos em que o imóvel tenha advindo ao patrimônio do incapaz por doação dos pais. Muitas vezes, na intenção de garantir o futuro dos filhos, os doadores acabam por privar-lhes de viverem um presente digno. Dívidas sobre esse imóvel, desemprego dos pais e outras situações podem ensejar a alienação do imóvel com sub-rogação do preço em outro imóvel de menor valor, de forma que parte do dinheiro seja utilizada para quitar débitos ou suprir outras necessidades (sempre em benefício do incapaz).

6.4 - PEDIDOS DE SUB-ROGAÇÃO DE VÍNCULOS

Racionalizando a atividade, a intervenção ministerial só deverá ocorrer havendo interessado incapaz ou se os vínculos decorrerem de disposição testamentária. Nesses casos, velar para que os autos sejam instruídos com:

- a) título de origem do vínculo registrado e averbado;
- b) certidão de registro imobiliário atualizada do imóvel sub-rogando;
- c) certidões dos distribuidores da Justiça Comum e Federal (inclusive do Trabalho), dos últimos vinte anos, relativamente aos proprietários do imóvel sub-rogando;

- d) certidões dos cartórios de protestos, últimos cinco anos, idem;
- e) avaliação judicial de ambos os imóveis (se realizada por precatória, requerer seja ouvido o MP do juízo deprecado sobre o laudo);
- f) guias de IPTU de ambos os imóveis, de forma a servir de cotejo à avaliação.

6.5 – AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR MORTE

- Verificar o pólo ativo e a eventual necessidade de sua integração. Para tanto, exigir certidão de óbito da vítima e, se necessário, certidão de dependentes habilitados emitida pelo INSS.
- Solicitar sejam requisitadas peças do eventual processo criminal, se as partes não o fizerem.
- Se a parte a quem cumpre a tutela do MP não requerer prova testemunhal, arrolar as testemunhas do boletim de ocorrência ou outras do inquérito policial.
- Se a renda mensal da vítima não for comprovada, pugnar para que seja calculada no equivalente a 2/3 do salário-mínimo.
- Pugnar para que seja a indenização paga “pro rata”, partes iguais para todos, assegurado o direito de reversão.
- Havendo denúncia à lide, o MP não se manifesta acerca da lide secundária, salvo nas hipóteses do art. 82 do CPC.

6.6 – HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO

Nos pedidos de homologação de acordo, seja no curso do processo, seja nos pedidos autônomos de homologação de acordo extrajudicial, velar para que o incapaz tenha seus direitos resguardados. Para tanto, pode o Promotor de Justiça impugnar cláusulas e exigir nova redação, requerer perícias se houver necessidade de aferição da extensão do dano para cotejar com o valor acordado a título de indenização, etc.

6.7 – AÇÕES ANULATÓRIAS OU DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO

A intervenção do Ministério Público dar-se-á apenas nas hipóteses do art. 82 do CPC. Nas ações anulatórias ou de nulidade de doação, compra e venda, etc, a repercussão registral não enseja a intervenção do Ministério Público. Ela deve ocorrer quando o ato registral propriamente dito é atacado, ou seja, quando não traduz a realidade jurídica do ato jurídico subjacente.

6.8 - POSICIONAMENTOS ADVINDOS DE DISCUSSÕES DOS MEMBROS DA PROMOTORIA CÍVEL DA CAPITAL

1 - Compete à Justiça Federal o julgamento de Mandado de Segurança impetrado contra ato de dirigente de instituição pública federal ou particular de ensino superior, enquanto a Justiça Estadual tem competência quando o impetrado for dirigente de universidade pública estadual ou municipal, inte-

grantes do sistema estadual de ensino. Eventual dúvida sobre a essência do ato e, por consequência, sobre o cabimento do mandado de segurança é de ser dirimida no Juízo Federal. Correrão na Justiça Estadual as ações ordinárias relativas à gestão interna de estabelecimentos particulares de ensino.

O ensino é livre à iniciativa privada, mas depende, nesse caso, de autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209, CF).

Equipara-se a autoridade, para fins de mandado de segurança, o dirigente da instituição de ensino no exercício de atribuição do Poder Público, excluídas dessas atribuições, expressamente, os atos de mera gestão comercial.

As instituições públicas ou privadas de educação superior integram o sistema federal de ensino. Já as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público estadual ou municipal estão na esfera do sistema estadual de ensino (cf. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, artigos 16 e 17).

Registre-se que por força da ADIN 2501-5 foi declarada a inconstitucionalidade do inciso II, do § 1º do art. 82 dos ADCT da Constituição Mineira, que previa hipótese de sujeição de instituição sem vínculo com o Poder Público Estadual a supervisão pedagógica do Conselho Estadual de Educação.

Assim, a fixação da competência, no mandado de segurança, está diretamente ligada ao poder mantenedor da instituição pública ou àquele a quem compete autorizar e fiscalizar o funcionamento do estabelecimento privado.

2- Tratando-se de modo originário de aquisição da propriedade, a não aprovação do loteamento e a falta de averbação da edificação não impedem a declaração de domínio, na ação de usucapião.

3- É possível usucapir área inferior ao módulo mínimo para parcelamento do solo.

Embora encontradas decisões em sentido contrário, inclusive do STJ, as decisões no sentido da possibilidade do pedido ressaltam que a metragem mínima não é requisito para a declaração de domínio.

4- Devem ser citados para a ação de usucapião o confinante proprietário e também eventual confinante possuidor.

5- A citação editalícia de eventuais interessados não supre a necessidade de chamamento de interessados certos (promitente comprador, antecessor na posse etc) nas ações de usucapião.

6- O promitente comprador, enquanto detém o imóvel com amparo na relação contratual, exerce apenas posse direta, despida de animus domini, e que, por isso, não conduz à prescrição aquisitiva.

Poderá usucapir, todavia, por período posterior ao cumprimento do contrato ou à modificação, por qualquer outra circunstância, do caráter da posse.

7- O pagamento da indenização referente ao seguro obrigatório DPVAT deve ser proporcional ao grau de incapacidade, no caso de invalidez permanente parcial, inclusive nas situações anteriores à Medida Provisória 451/08, convertida na Lei 11.945/09.

Nesse sentido vem se manifestando o STJ, ao fundamento de que só o pagamento proporcional justificaria a imposição legal de quantificação das lesões.

No Tribunal Mineiro são encontradas decisões nesse e no sentido contrário, estas com o argumento de que apenas com a Medida Provisória 451/08, convertida na Lei 11.945/09, foi estabelecida a diferenciação entre invalidez permanente parcial e total.

Todavia, o art. 3º da Lei 6.194/74 já previa, em redações anteriores, pagamento de até quarenta salários mínimos e até R\$13.500,00 (com a redação dada pela Lei 11.482/07), o que descarta o pagamento integral independentemente da extensão das perdas anatômicas ou funcionais.

Além disso, o art. 5º daquela Lei, com a redação que lhe deu a Lei 8.441/92, estabelecia a necessidade de quantificação das lesões, “de acordo com a tabela das condições gerais de seguro de acidente suplementada, nas restrições e omissões desta, pela tabela de acidentes de trabalho e da classificação internacional das doenças”.

8- O valor do seguro obrigatório, efetivamente recebido ou não, deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

Neste sentido a Súmula 246 do STJ.

Justifica-se esse entendimento quando se atenta para o fato de que o dono de veículo é, por lei, obrigado a constituir seguro tendente ao ressarcimento de danos físicos causados a terceiro, no caso de acidente de trânsito.

O recebimento, pela vítima, duas vezes, de verba destinada à mesma reparação, ambas a cargo do causador do dano, constituiria enriquecimento ilícito.

Deve-se lembrar, ainda, que a indenização do seguro obrigatório é disponibilizada à vítima, cabendo-lhe diligenciar para o efetivo recebimento.

Todavia, há decisões, inclusive do Tribunal Mineiro, repelindo a possibilidade de desconto desses valores, considerando que distinta a natureza das duas

verbas – uma decorrente de seguro, a outra advinda do ato ilícito.

9- Devem ser remetidos ao juízo da curatela os valores recebidos pelo interdito em feitos que corram noutros juízos e que não tenham destinação preestabelecida na sentença.

Recebidas quantias para determinado fim, a eventual liberação e respectiva prestação de contas devem dar-se no juízo de onde emanou a determinação.

Não sendo o caso de remessa dos valores, deve ser dado conhecimento ao juízo da curatela sobre o desfecho de ações envolvendo bens e direitos do interdito.

10- As Fazendas Públicas devem ser pessoalmente intimadas para manifestar eventual interesse nos processos de insolvência.

11- Há interesse processual para o cancelamento de cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, ainda quando não imposta, também, a inalienabilidade.

Embora as cláusulas apenas de incomunicabilidade e impenhorabilidade não sejam empecilho para a alienação, há várias decisões, inclusive do TJMG, no sentido de que há interesse, seja em razão da exigência do Oficial do Registro Público, seja para dar continuidade ao registro, já que, havendo a alienação, o novo registro conteria ainda as cláusulas, se não canceladas.

12- A parte beneficiária de assistência judiciária gratuita pode contratar honorários de proveito. Todavia, nos pedidos de levantamento de valores atribuídos a incapazes para o pagamento desses honorários deve ser aferida a razoabilidade da estipulação.

Vale acentuar que os honorários contratuais não se regem pelo art. 20 do CPC, mas pelas normas da Lei 8.906/94. Contudo, há decisões adotando aquele patamar – 10 a 20% - como parâmetro de razoabilidade.

E, em qualquer hipótese, deve ser observado o que prescreve o 38 do Código de Ética do Advogado:

Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescido dos honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte do cliente.

13- Não é necessária a intervenção do Ministério Público nos pedidos de nomeação de administrador provisório a que se refere o art. 49 do CC.

6.9 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

- Constituição Federal.
- Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 - Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao Mandado de Segurança.
- Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964 - Estabelece normas processuais relativas a Mandado de Segurança.
- Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 - Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.
- Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980 - Dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares.
- Decreto nº 85.845, de 26 de março de 1981 – Regulamenta a Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980.
- Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974 - Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não.
- Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990 - Dispõe sobre o FGTS e dá outras providências.
- Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 - Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.
- Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 – Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.
- Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (trata do usucapião especial coletivo).
- Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 – Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.
- Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.
- Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos.
- Lei 6.194/74 – artigos 3º e 5º - redação atual e anteriores.
- CF – art. 209.
- Lei 9.394/96 – arts. 16 e 17.
- Lei 1.533/51 – arts. 1º e 2º.
- Lei 12.016/09 – arts. 1º e 2º.
- SÚMULAS.
15 e 60 – extinto TFR
34 – STJ
246 do STJ

6.10 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11 ed. São Paulo: RT, 2007.1344p.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.1148p.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: com comentários ao Código Civil de 2002**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.1952p.
- RIBEIRO, Benedito S. **Tratado de Usucapião**. 2 v. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Insolvência Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 477p.
- PEREIRA, Caio M. S. **Instituições de Direito Civil**. v. 6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

6.11 - JURISPRUDÊNCIA

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. INTERESSE DE MENORES SURGIDO NO CURSO DA LIDE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. CPC, ART. 82, I, E 246. I.Surgindo no curso da ação reivindicatória o superveniente interesse de incapazes em face do óbito de seu pai, herdando-lhe os direitos sucessórios provenientes de imóvel deixado por seu extinto avô, objeto da disputa judicial, torna-se necessária a intervenção do Ministério Público, ao teor do art. 82, I, da lei adjetiva civil.

II.Recurso especial conhecido e provido, para declarar a nulidade parcial do processo. (STJ, Recurso Especial nº 35.083-PR (1993/001.3380-2), Rel. Ministro Aldir Passarinho Jr, j. 28/06/01, publ. DJ de 5/11/01).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – MINISTÉRIO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO – NULIDADE. De acordo com o disposto no art. 246, e seu parágrafo, do Código de Processo Civil, o processo que tiver tramitado sem a intimação do Ministério Público deve ser anulado a partir do momento em que esta deveria ter ocorrido.

(TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0702.05.252380-1/002(1), Comarca de Uberlândia, Relator Des. Moreira Diniz, julgado em 29/03/07, publicado em 12/04/07).

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONEXA À OPOSIÇÃO E IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – INTERESSE DE INCAPAZ – AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PREJUÍZO VERIFICADO – NULIDADE.

Verificada a ausência de intimação do Ministério Público para intervir em feitos conexos na instância *a quo*, em que há interesse de incapaz, anulam-se parcialmente os processos como medida que se impõe para regularidade de todos os procedimentos.

tos, propiciando ao *Parquet* a sua obrigatória intervenção nos processos.

(TJMG, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.689564-2/001(1), Comarca de Belo Horizonte, Relator Desemb. Duarte de Paula, julg. 19/09/07, publicado 29/09/07).

ACÇÃO ORDINÁRIA – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – INTERESSE DE MENOR – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – OBRIGATORIA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO – DECISÃO CONTRÁRIA AOS INTERESSES DO MENOR – PREJUÍZO – NULDADE INSANÁVEL.

Transcorrendo o processo sem a intervenção do Ministério Público, por ausência de sua intimação, não decorre diretamente a nulidade do processo, não obstante os termos do art. 246 da lei processual, se o interesse tutelado se acha preservado no decisório, ante a procedência dos pedidos. Da mesma forma, a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pode suprir a falta de intervenção do Ministério Público na instância inferior, através de parecer que, ao invés de se limitar a alegar a nulidade, cuide do mérito da causa e afaste eventuais prejuízos. Verificada a ausência de intimação do *Parquet* para intervir no feito na instância *a quo* e julgada improcedente a lide, em prejuízo dos interesses do incapaz, argüida a nulidade do feito pela douta Procuradoria de Justiça, a anulação é medida que se impõe.

(TJMG, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00.517390-0/000(1), Comarca de Belo Horizonte, Relator Des. Dárcio Leopardi Mendes, JULG. EM 9/03/06, PUBLICADO EM 28/04/06)

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I – Nas causas relativas a interesses de incapazes, não se declara a nulidade do feito em razão da ausência de intervenção do Ministério Público, se o interesse do menor foi preservado, sem demonstração objetiva de qualquer prejuízo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0056.05.101584-2/001, Comarca de Barbacena, Relator Des. Bitencourt Marcondes, julgado em 6/03/08, publicado em 28/03/08).

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INTERESSE DE MENOR – AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VÍCIO SANÁVEL – DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DE NATUREZA SUBJETIVA – NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA DO MÉDICO E DEMAIS FUNCIONÁRIOS DO HOSPITAL – INEXISTÊNCIA – AUSÊNCIA DE PROVAS – INEXISTÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA.

Considera-se suprida a ausência de manifestação do Ministério Público em primeira instância, se na instância recursal foi emitido parecer pelo suprimimento do vício e não se alegou qualquer nulidade ou prejuízo. [...]. Vv.: A intervenção do Ministério Público é obrigatória nas ações que versem sobre interesses de menores (CPC, art. 82,I). Impõe-se

a anulação do processo a partir do momento em que o Órgão Ministerial devia ter sido intimado para acompanhar o feito na instância de origem, *ex vi* dos art.s 83 e 84, ambos c.c. art. 246, todos do CPC.

(TJMG, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0625.02.022785-0/001(1), Relator Des. Elias Camilo, julgada em 14/06/07, publicada em 2/07/07).

7 - APÊNDICE

7.1 - CARTA DAS FAMÍLIAS

I Simpósio Estadual de Direito de Família: Novos Desafios do Ministério Público na área de Família - por uma Atuação mais Resolutiva

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Belo Horizonte - MG

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e dos seus órgãos de execução com atribuição na área do Direito das Famílias, torna pública a presente carta “para um Ministério Público mais resolutivo na defesa dos direitos das famílias”, resultado do I Simpósio Estadual dos Direitos de Família, realizado em Belo Horizonte (MG), na Procuradoria-Geral de Justiça, no dia 6 de outubro de 2010.

Durante a realização do Simpósio, foi assinado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Alceu José Torres Marques, o ato de criação da Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias (Resolução PGJ nº 67, de 6 de outubro de 2010).

Em seguida, após votação e aprovação em suas 5 (cinco) oficinas, aprovou-se perante o órgão Plenário do Simpósio a presente **Carta das Famílias** com o seguinte texto:

CONSIDERANDO que as famílias são células fundamentais da Sociedade e a tutela dos seus direitos, individuais e coletivos, está inserida na teoria dos direitos fundamentais;

CONSIDERANDO que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO o dever constitucional do Ministério Público de defesa dos direitos fundamentais, individuais indisponíveis e coletivos e a multifuncionalidade dessa imposição constitucional em todas as áreas de atuação da Instituição (arts. 5º, 127 e 129, todos da CF/1988);

CONSIDERANDO o compromisso constitucional do Ministério Público com a promoção da transformação da realidade social (arts. 3º, 127, *caput*, e 129 da CF/1988);

CONSIDERANDO que as questões de família se revestem de relevância social, sendo a própria família reconhecida na Constituição Federal como base da sociedade, destinatária de especial proteção do Estado, especialmente no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, por sua condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento;

CONSIDERANDO que o princípio da tutela especial à família exige do Ministério Público uma atuação proativa nos âmbitos judicial e extrajudicial;

CONSIDERANDO que compete ao Ministério Público a promoção dos objetivos fundamentais da República, especialmente o da construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária;

CONSIDERANDO que o novo perfil constitucional do Ministério Público exige que a instituição zele sempre pela utilidade, relevância social e pela efetividade de suas intervenções, em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO a necessidade de aproximar o Ministério Público da sociedade, ampliando suas atividades finalísticas no direito de família e assumindo seu papel de agente facilitador na composição dos conflitos surgidos nessa área;

CONSIDERANDO que as interfaces existentes entre o Direito das Famílias e outras áreas de atuação do Ministério Público tornam imprescindíveis a articulação, a integração e o intercâmbio entre os respectivos órgãos de execução;

CONSIDERANDO que a instauração e o acompanhamento de procedimentos administrativos e outras medidas extrajudiciais ou judiciais pelos órgãos de execução do Ministério Público, na área do Direito das Famílias, demandam sejam editados atos normativos, de caráter não vinculativo, bem como lhes seja prestado suporte operacional e fornecidas informações de ordem técnico-jurídica;

CONSIDERANDO que a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público devem ser subsidiadas, em caráter permanente, com sugestões para aperfeiçoamento da atuação dos órgãos de execução na área do Direito das Famílias;

CONSIDERANDO que, no interesse de efetivar os direitos fundamentais afetos às famílias, o Ministério Público deve abrir canais de interlocução com entidades públicas e privadas atuantes na área, firmando convênios, prestando orientação e estabelecendo intercâmbios de estudos;

CONSIDERANDO que se afigura essencial para a consecução dos objetivos institucionais do Ministério Público monitorar e intervir na formulação de políticas públicas relacionadas aos direitos das famílias, nas esferas estaduais e federal, inclusive para fins de acompanhamento das proposições legislativas pertinentes;

CONSIDERANDO que a evolução dos segmentos temáticos afins ao Direito das Famílias envolve, necessariamente, o fomento de cursos, palestras e outros eventos de cunho científico e cultural, assim como o desenvolvimento constante de estudos e pesquisas, por intermédio de grupos e comissões de trabalho;

CONSIDERANDO a inserção dos direitos ou interesses coletivos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1988) e sua multifuncionalidade no sistema, torna-se necessária a implementação de medidas que garantam a tutela coletiva no âmbito da proteção das famílias e promovam a transformação social (arts. 3º, 127, *caput*, e 129, 203, todos da CF/1988);

CONSIDERANDO que a atuação do Ministério Público na Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes ocorre, entre outras, em três vertentes destacadas, Justiça da Infância e da Juventude, Justiça de Família e atuação extrajudicial nas referidas áreas, a zona de contato entre as duas áreas de atuação – Infância e Juventude e Família – é bastante significativa e recomenda estreita e permanente atuação conjunta;

CONSIDERANDO que o legislador, ao adotar a teoria da proteção integral, conferiu ao Ministério Público todos os instrumentos conhecidos para a efetivação dos direitos próprios das crianças e dos adolescentes, cabendo à Instituição ministerial atender a essa demanda em todas as frentes próprias de atuação, em especial quando vise à tutela das famílias;

CONSIDERANDO, por fim, os dois modelos constitucionais do Ministério Público, o demandista e o resolutivo;

CONCLUI-SE que o Ministério Público poderá e deverá tomar medidas de tutela jurídica, judiciais e extrajudiciais, na área do Direito das Famílias, com DESTAQUE para:

Tutela coletiva na área do Direito das Famílias – Enunciados 1 a 9

Atuação do Ministério Público como órgão agente e interveniente no processo judicial de família – Enunciados 10 a 15

Homologação de acordo extrajudicial na família –

Enunciados 16 a 19

Alienação parental – Enunciados 20 a 24
Mediação e conciliação da área de família – **Enunciados 25 a 26**

TUTELA COLETIVA NA ÁREA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Enunciado 1. O Ministério Público deve direcionar a sua atuação para a implementação e a garantia do programa oficial ou comunitário de proteção à família, encaminhamento dos pais a curso ou programas de orientação, inclusive o planejamento familiar e paternidade responsável (art. 203 da CF/1988 e art. 129, I, do ECA). *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 2. O Ministério Público deve atuar visando à implementação de programa de encaminhamento dos pais a cursos ou programas de orientação (art. 129, IV, ECA). *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 3. É imprescindível garantir o Visitário Público, assim entendido como um local adequado para as chamadas visitas em local terapêutico, quando haja determinação judicial para que as visitas sejam monitoradas. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 4. O órgão do Ministério Público com atribuição na área da tutela do Direito das Famílias poderá instaurar inquérito civil, expedir recomendações, tomar termo de ajustamento de conduta, coordenar projetos sociais e ajuizar ações coletivas, entre elas a ação civil pública (arts. 3º, 127, *caput*, 129, III, da CF/1988 e art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985). *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 5. Para a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público na área das Famílias na implementação da tutela coletiva, é importante a integração em rede, de forma sistêmica e continuada, entre todas as Promotorias de Justiça que atuam em áreas afins, tais como infância e juventude, saúde, idosos, direitos humanos, direitos dos deficientes, violência doméstica. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 6. É necessário que a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias faça um diagnóstico da situação do Estado e de seus municípios sobre as políticas públicas e programas sociais na área dos Direitos das Famílias, observadas as diretrizes da LOAS (Lei nº 8.742/93) e da Resolução CNAS nº 109/2009, contando com a colaboração de todos os colegas que atuam na área da defesa do Direito das Famílias no Estado e outras áreas afins. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 7. É necessário, ainda, que a Coordenadoria obtenha informações junto aos CAOs nas áreas da infância e juventude, saúde, idosos, direitos humanos, direitos dos deficientes e violência doméstica acerca das políticas públicas, programas

e serviços sociais implementados nas respectivas áreas, assim como as providências tomadas para a garantia da execução de tais medidas, nos termos da LOAS (Lei nº 8.742/93), da Resolução CNAS nº 109/2009 e da CF/1988. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 8. É necessário que a Procuradoria-Geral de Justiça crie estrutura de apoio às Promotorias de Justiça das Famílias, formada por uma equipe multidisciplinar, composta de oficiais, analistas jurídicos, analistas contábeis, assistentes sociais, psicólogos, médicos, entre outros. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 9. É imprescindível a realização de cursos de capacitação dos Promotores de Justiça que atuam na defesa do Direito das Famílias, incluindo técnicas de negociação com o Poder Público, de mediação, assim como cursos sobre a elaboração e a coordenação de projetos sociais. *(aprovado por unanimidade)*.

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO AGENTE E INTERVENIENTE NO PROCESSO JUDICIAL DE FAMÍLIA

Enunciado 10. Sendo indisponível o direito à filiação, o Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento da ação com pedido declaratório de paternidade, ainda que de pessoa capaz, sendo, neste caso, indispensável o consentimento do interessado. *(aprovado por maioria)*.

Enunciado 11. O Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento de ação com pedido de interdição, podendo atuar por seus órgãos com atribuições na área de família ou nas promotorias especializadas. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 12. Ante a precariedade financeira do incapaz e a existência de rendimentos suficientes apenas para sua manutenção, faz-se possível a dispensa da prestação de contas, a ser analisada em cada caso concreto. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 13. É premente a formação, no âmbito do Ministério Público, de comissão destinada ao estudo do Projeto de Lei nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias) e à formulação de propostas de alteração de dispositivos que restringem a atuação ministerial, notadamente o art. 130. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 14. As regras do cumprimento de sentença são aplicáveis à execução do crédito alimentar, estando tacitamente revogado o art. 732 do CPC. *(aprovado por maioria)*.

Enunciado 15. Não há impedimento legal à inscrição, por ordem judicial, de ofício ou a pedido do

exequente ou do Ministério Público, do nome do devedor nos cadastros do SPC/Serasa, sendo obrigatória a imediata comunicação judicial do pagamento para cancelamento dos registros. *(aprovado por maioria)*.

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL NA FAMÍLIA

Enunciado 16. O Ministério Público é agente indutor de acordos extrajudiciais no âmbito das relações familiares, devendo ser aprimorada a legislação e os regulamentos existentes de forma a vencer eventuais obstáculos com relação a essa função. *(aprovado por maioria)*.

Enunciado 17. A atuação do Ministério Público como agente propulsor das prioridades sociais se perfaz mediante a defesa dos direitos das famílias e a sua preservação, em seus amplos aspectos, sem quaisquer restrições. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 18. A atuação do Ministério Público no Direito das Famílias, inclusive por meio da atividade conciliatória, se legitima porque trata de um interesse de relevante valor social a ser tutelado nos termos da Constituição Federal de 1988. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 19. É reconhecida a necessidade de institucionalizar, no âmbito do Ministério Público, as Centrais de Atendimento e Conciliação, dotando-as de estrutura necessária para atendimento de suas finalidades. *(aprovado por maioria)*.

ALIENAÇÃO PARENTAL

Enunciado 20. O CPC se aplica subsidiariamente à Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), no que couber. *(aprovado por unanimidade)*

Enunciado 21. O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ações de alienação parental, autônomas ou incidentais, nos termos art. 4º da Lei nº 12.318/2010. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 22. O Ministério Público, atuando como *custos legis*, deverá intervir em todas as fases do processo de alienação parental, sob pena de nulidade. *(aprovado por unanimidade)*.

Enunciado 23. A guarda compartilhada deve ser incentivada pelo Ministério Público, como instrumento de prevenção da alienação parental. *(aprovado por maioria)*.

Enunciado 24. O Ministério Público em sua atuação na área das Famílias tem atribuição para instaurar procedimento administrativo visando à apuração da existência situação caracterizadora de alienação parental. *(aprovado por unanimidade)*.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA ÁREA DE FAMÍLIA

Enunciado 25. É premente a adoção de providências pelo Ministério Público mineiro para se fazer representar nas audiências realizadas na Central de Conciliação, nas hipóteses em que a lei exige a intervenção ministerial. *(aprovada com alteração, por unanimidade)*.

Enunciado 26. O substitutivo do Senado ao Projeto de Lei nº 94/2002 deverá assegurar a efetiva intervenção do Ministério Público na mediação, prévia ou incidental, nas demandas relativas aos direitos das famílias. Nesse sentido, necessário se faz o exposto posicionamento institucional acerca da questão, manifestado especialmente por intermédio do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE) e da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), bem como o acompanhamento da tramitação do projeto para eventual proposta de alteração legislativa. *(aprovado por unanimidade)*.

7.2 - RESOLUÇÃO PGJ Nº 67, DE 6 DE OUTUBRO DE 2010

Cria a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no exercício de suas atribuições e com fundamento nos artigos 33 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e 75 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, e; Considerando que as famílias são células fundamentais da Sociedade e que a tutela dos seus direitos, individuais e coletivos, está inserida na teoria dos direitos fundamentais;

Considerando que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

Considerando que as questões das famílias se revestem de relevância social, sendo as próprias famílias reconhecidas na Constituição Federal como base da sociedade, destinatária de especial proteção do Estado, principalmente no que diz respeito às crianças e adolescentes, por sua condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento;

Considerando que o princípio da tutela especial sobre as famílias exige do Ministério Público uma atuação proativa nos âmbitos judicial e extrajudicial;

Considerando que compete ao Ministério Público a promoção dos objetivos fundamentais da República, especialmente o da construção de uma sociedade de mais justa, livre e igualitária;

Considerando que o novo perfil constitucional do Ministério Público exige que a instituição zele sempre pela utilidade e pela efetividade de suas inter-

venções, em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;

Considerando a necessidade de aproximar o Ministério Público da sociedade, ampliando suas atividades finalísticas relacionadas aos direitos das famílias e assumindo seu papel de agente facilitador na composição dos conflitos surgidos nessa área;

Considerando que as interfaces existentes entre os direitos das famílias e outras áreas de atuação do Ministério Público tornam imprescindíveis a articulação, a integração e o intercâmbio entre os respectivos órgãos de execução;

Considerando que a instauração e o acompanhamento de procedimentos administrativos e outras medidas extrajudiciais ou judiciais pelos órgãos de execução do Ministério Público, na área do direito de família, demandam sejam editados atos normativos, de caráter não vinculativo, bem como lhes seja prestado suporte operacional e fornecidas informações de ordem técnico-jurídica;

Considerando que a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público devem ser subsidiadas, em caráter permanente, com sugestões para aperfeiçoamento da atuação dos órgãos de execução na área do direito de família;

Considerando que, no interesse de efetivar os direitos fundamentais afetos às famílias, o Ministério Público deve abrir canais de interlocução com entidades públicas e privadas atuantes na área, firmando convênios, prestando orientação e estabelecendo intercâmbios de estudos;

Considerando a inserção dos direitos ou interesses coletivos, ao lado dos direitos ou interesses individuais, nos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1988) e sua multifuncionalidade no sistema, torna-se necessária a implementação de medidas que garantam a tutela coletiva no âmbito da proteção das famílias e promovam a transformação social (arts. 3º, 127, caput, e 129, 203, todos da CF/1988);

Considerando que se afigura essencial para a consecução dos objetivos institucionais do Ministério Público monitorar e intervir na formulação de políticas públicas relacionadas aos direitos das famílias, na esfera estadual e federal, inclusive para fins de acompanhamento das proposições legislativas pertinentes;

Considerando, enfim, que a evolução dos segmentos temáticos afins aos direitos das famílias envolve, necessariamente, o fomento de cursos, palestras e outros eventos de cunho científico e cultural, assim como o desenvolvimento constante de estudos e pesquisas, por meio de grupos e comissões de trabalho;

RESOLVE:

Art. 1º Fica criada a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Art. 2º A Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias é órgão auxiliar da atividade funcional dos órgãos de execução com atuação na área de família, tendo atribuição em todo o Estado de Minas Gerais.

Art. 3º A Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias tem por objetivo precípua garantir aos cidadãos a observância dos princípios constitucionais relativos aos direitos das famílias.

Art. 4º Compete à Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias:

I - prestar auxílio aos órgãos de execução na área de família, fornecendo-lhes informações e apoio técnico-jurídico;

II - fomentar a integração entre órgãos de execução para atuação conjunta ou simultânea na área de família;

III - articular, propor e executar políticas institucionais relacionadas às questões dos direitos das famílias;

IV - prestar orientação às entidades de atendimento às famílias;

V - realizar convênios e parcerias para efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos direitos das famílias;

VI - estabelecer intercâmbio com entidades públicas e privadas que se dediquem ao estudo ou à proteção de interesses relacionados com as famílias;

VII - acompanhar a política nacional e estadual quanto aos assuntos relativos aos direitos das famílias, realizando estudos e oferecendo sugestões;

VIII - manter contato permanente com o Poder Legislativo, a fim de acompanhar os projetos de lei que tratem sobre os direitos das famílias;

IX - expedir atos normativos, sem caráter vinculativo, aos órgãos de execução com atuação na área de família;

X - organizar eventos, cursos, grupos de estudos e de pesquisas, além de manter intercâmbio de caráter técnico, cultural e científico com outras instituições nacionais ou estrangeiras;

XI - sugerir ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral do Ministério Público a adoção de medidas referentes aos órgãos de execução na área de família;

XII - promover a integração entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, os outros Ministérios Públicos estaduais, o Ministério Público Federal, instituições afins e a comunidade, no âmbito de sua atuação;

XIII - propor e desenvolver ações, programas e atividades, em parceria com organizações da sociedade civil e do Estado, cujo escopo seja o atendimento às famílias;

XIV - colaborar com órgãos e entidades públicas e privadas, especialmente na promoção de campanhas educativas e preventivas, bem como na implementação de programas e projetos que visem à efetivação dos direitos ligados à sua área de atuação;

XV - exercer outras funções compatíveis com sua finalidade;

XV - prestar auxílio aos órgãos de execução na elaboração de termo de ajustamento de conduta, recomendações, projetos sociais e ações coletivas na defesa de direitos transindividuais de tutela das famílias.

Art. 5º A Procuradoria-Geral de Justiça dotará a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias de toda a estrutura necessária ao cumprimento de seus objetivos, podendo, inclusive, firmar convênios com órgãos afins.

Art. 6º A Coordenadoria de que trata esta Resolução será instalada na Comarca de Belo Horizonte, na qualidade de projeto-piloto, onde assumirá o exercício de atividades judiciais e extrajudiciais relativas às questões dos direitos das famílias, objetivando, respectivamente, a propositura de ações em sua área de atuação e a resolução consensual dos conflitos.

Parágrafo Único. A atribuição a que alude o caput deste artigo não é exclusiva da Coordenadoria, podendo ser exercida pelos órgãos de execução da Promotoria de Justiça de Família que, nesse caso, devem fazer a devida comunicação ao coordenador, para fins de conhecimento.

Art. 7º A Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias será dirigida por membro do Ministério Público designado pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 8º Poderão ser designados outros membros do Ministério Público para prestar serviços na Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias.

Art. 9º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 6 de outubro de 2010
ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES
Procurador-Geral de Justiça

X

Promotorias de Justiça Atuação Especializada Parte 1



1 – ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E NO APOIO COMUNITÁRIO

Promotor de Justiça Rodrigo Filgueira de Oliveira
 Fabiana Mattoso Lemos
 Franciane Mary de Souza
 Aline Maria dos Santos

1.1 – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS CENÁRIOS INTERNACIONAL E NACIONAL

1.1.1 – BREVE HISTÓRICO

Muitas controvérsias rondam a busca da origem dos direitos humanos. Entretanto, não há como se negar que o humanismo religioso, o estoicismo e os antigos teóricos dos direitos naturais influenciaram o entendimento moderno de tais direitos. Assim, podemos verificar que textos religiosos como o Alcorão, a Bíblia e textos budistas já incorporavam princípios humanísticos e morais. Segundo Micheline R. Ishay¹:

O conceito de direitos humanos não apenas tirou subsídios da descrição do amor fraterno universal, feita por Miquéias (Bíblia), São Paulo, Buda e outros, mas também, de maneira diferente, do amor universal desinteressado professado pelos estoicos, como Epicteto, e paladinos como Platão, Aristóteles e Cícero.

A Bíblia, por exemplo, possui diversas injunções que correspondem a conceitos de respeito e garantia dos direitos dos outros, como os comandos *não matarás* e *não roubarás*. Já Platão, em sua obra *A República* (c. 400 a.C.), preconizava as idéias de *verdade* ou de formas representativas do universal e do absoluto. No entender do filósofo, só é possível alcançar a Justiça Absoluta quando os indivíduos conseguem cumprir as tarefas para as quais são aptos, em harmonia com o bem comum. Nesse conceito de bem comum, já se encontrava incorporada, por exemplo, a defesa de direitos iguais para a mulher, em uma época em que eram totalmente marginalizadas da vida política.

Durante o Iluminismo, período no qual a figura do Estado-nação brotava como um ente assegurador dos direitos seculares contra a autoridade papal, diversos pensadores e documentos políticos refletiram essa preocupação em relação a um modelo de Estado protetor e garantidor.

Micheline R. Ishay² menciona:

Thomas Hobbes definiu o Estado em termos seculares, como uma entidade destinada a proteger os direitos naturais do indivíduo à vida e seguran-

ça. Enquanto John Locke e Jean-Jacques Rousseau propugnavam um Estado concebido para garantir os direitos do indivíduo à propriedade, à representação política e à igualdade perante a lei, outros como Hugo Grotius, Abbé Charles de Saint-Pierre, Thomas Paine, Immanuel Kant e Maximilien Robespierre aprofundaram o debate propondo um alcance internacional para os direitos humanos

É nesse período da história da humanidade que alguns textos, obras e leis elaborados influenciaram as discussões e a defesa dos direitos humanos. Para elucidar o exposto, podemos citar o livro de Hugo Grotius, *O Direito da Guerra e da Paz* (1625), no qual se desenvolvia o conceito de guerra justa, *Leviatã* (1652) de Thomas Hobbes, no qual se procurou estabelecer um sistema de paz mostrando que os indivíduos aglutinados em uma espécie de pacto social deveriam ter assegurado o direito à vida e a obra *Dos Delitos e das Penas* (1766), de César Beccaria. São também dessa época a Lei de *Habeas Corpus* (1679), documento liberal promulgado com o objetivo de corrigir as violações dos direitos e da liberdade pessoal pelo Estado, e a Declaração de Direitos (1689), através da qual se instituíram os direitos e liberdades dos súditos da Coroa, ambos de origem inglesa.

Posteriormente, na era industrial, com a conseqüente miséria urbana oriunda de um modelo econômico que priorizava a produção em detrimento do ser humano mão-de-obra, os socialistas desenvolveram uma concepção alternativa de direitos humanos, qual seja, a garantia de direitos que o capitalismo não proporcionava, tais como direitos à saúde, a condições adequadas de segurança no trabalho, à educação, à proibição do trabalho infantil e referentes à emancipação das mulheres, que, apesar de serem contingente considerável de mão-de-obra da indústria, ainda não gozavam da igualdade de direitos e liberdades em relação aos homens.

Durante esse período, a concentração das propriedades nas mãos dos ricos foi duramente atacada como meio de centralização da riqueza, em detrimento de uma demanda pelo mesmo direito de propriedade por parte dos pobres. A propriedade concentrada de terras e dos meios de produção era vista como forma de exclusão social, além de configurar exploração da mão-de-obra. São dessa época obras como *O que é a Propriedade* (1840), de Pierre-Joseph Proudhon, *O Manifesto Comunista* (1848), de Karl Marx e *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado* (1884), de Engels.

No século XX, com a Revolução Bolchevique, em 1917, no meio da primeira Guerra Mundial, a luta pelo socialismo galgou outro nível, sendo que, paralelamente, a criação da Sociedade das Nações em 1919 representou um marco na agenda dos direitos humanos.

Todavia, somente após a Segunda Grande Guerra, o processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos ganha força maciça.

¹ ISHAY, Micheline R. **Direitos Humanos**: Uma Antologia – Principais Escritos Políticos desde a Bíblia até o Presente. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. p. 17.

² Ishay (2006, p. 23).

As atrocidades cometidas pelo Nazismo, culminando no período beligerante, que foi palco dos mais terríveis horrores, chocaram a consciência da humanidade, deflagrando a necessidade de promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em âmbito global.

Para elucidar o exposto, cita-se Comparato³, que demonstra a crueldade dos campos de concentração do regime nazista, no trecho que se segue:

Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão.

A humanidade compreendeu, com tal nefasto evento histórico, o valor supremo da dignidade humana. Segundo o mesmo autor⁴, “o sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens [...] veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos”.

Para selar essa nova perspectiva, a Organização das Nações Unidas, em Assembléia Geral, no ano de 1948, aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual foi sucedido por uma gama de outros documentos internacionais versando sobre os direitos humanos, firmados pelos Estados.

Consoante Hersch Lauterpacht, citado por Flávia Piovesan⁵, “os indivíduos passaram a adquirir um *status* e uma estrutura que os transformaram de objetos de compaixão internacional em sujeitos de direito internacional”. Reconhece-se o ser humano como titular de direitos e liberdades fundamentais, a ele inerentes e inalienáveis, não passíveis de redução ou negação pelo Estado, qualquer que seja o motivo.

Tal momento de transição mundial também requeria a configuração do conceito de direitos humanos. Dessa forma, o que se poderia entender por tais direitos?

³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 23.

⁴ Comparato (2001, p. 54).

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 07.

Na definição de Perez Luño⁶, são

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, a cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

O respeito à dignidade constitui a base sobre a qual se fundam os direitos humanos, pois por meio deles é que se asseguram as múltiplas dimensões da vida humana, garantindo-se a realização plena e integral da pessoa.

Não obstante o reconhecimento cada vez mais acentuado dos direitos humanos no cenário internacional, apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil passou a comungar dessa nova perspectiva humanitária.

De fato, os regimes anteriores se pautaram pelo flagrante desrespeito aos direitos humanos, tendo a escravidão como sustentáculo da economia nacional por quase três séculos e, posteriormente, a Ditadura Militar veio cercear e violar ainda mais esses direitos, ainda incipientes nos textos nacionais legais, postergando em décadas a consagração e efetiva realização dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

A Atual Carta Constitucional, que reinstaura a ordem democrática no Brasil, introduz, de forma inédita, uma vasta consolidação legislativa dos direitos e garantias fundamentais e a proteção de setores desfavorecidos e vulneráveis da sociedade brasileira.

Desde o preâmbulo, a Constituição de 1988 afirma a importância de salvaguardar os direitos fundamentais:

Instituindo um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Ademais, a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito fundado, consoante art. 1º, na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Tomando como referência, neste trabalho, o princípio da dignidade humana, convém ressaltar que ele serve de critério interpretativo para todas as normas do nosso ordenamento jurídico, como

⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. 3 ed. Madri: Tecnos, 1990. p. 48 (tradução livre)

parâmetro a ser seguido na realização dos direitos inerentes a cada ser humano, em respeito à sua integridade física, psíquica e moral, essencial à realização da sua felicidade plena. Como afirma Jorge Miranda⁷:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

O nosso País tem ainda como objetivos primordiais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, da CF/88). Como bem salienta Flávia Piovesan⁸:

Infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social.

Pode-se acrescentar também que, em suas relações internacionais, o Brasil rege-se pelos princípios da independência nacional; *prevalência dos direitos humanos*; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político (art. 4º da CF/88).

Assim, o reconhecimento dos direitos humanos no texto constitucional reforçou a introdução do tema na agenda internacional do País, que ratificou os principais tratados acerca da matéria em pauta, buscando a consolidação efetiva de tais direitos, inclusive permitindo a intervenção externa na fiscalização dessa efetivação.

1.1.2 – O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição de 1988 preceitua, em seu art. 127, *caput*, que o Ministério Público é

instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A mesma ordem constitucional que consagrou os direitos e garantias fundamentais consolidou o Ministério Público como uma instituição com autono-

mia, munida dos instrumentos necessários para a efetiva realização de tais direitos.

Assim preceitua Marum:

Em primeiro lugar, o regime democrático, cuja defesa o Constituinte de 88 incumbiu ao Ministério Público, indiscutivelmente envolve a preservação dos direitos humanos, o que se infere já pelo art. 1º da Constituição, onde se lê que, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui o Brasil, estão a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Assim, na sua função de defensor do regime democrático, cabe ao *Parquet* zelar pelo respeito a esses e outros princípios que caracterizam a democracia e envolvem a proteção e promoção dos direitos humanos.

Ora, a efetivação e a garantia dos direitos fundamentais são alicerces para a realização de um estado democrático de direito, que deve ser resguardado, na prática, pelo Ministério Público.

O mesmo autor⁹ acrescenta:

[...] na verdade, não há direitos humanos sem democracia. Como foi visto, num Estado totalitário ou ditatorial, a dignidade da pessoa humana é simplesmente ignorada em benefício da consecução das finalidades do regime. Direitos fundamentais como a vida, a liberdade e a integridade física são maciça e impunemente desrespeitados pelos agentes do poder. O povo não é ouvido e o poder é exercido despoticamente segundo os caprichos do governante. Mas democracia não significa apenas liberdade, requerendo também justiça social e busca da igualdade material, ou seja, condições de vida, saúde, moradia, educação e alimentação adequadas, o que se realiza mediante a garantia dos direitos (individuais), sociais, econômicos e culturais.

Daí a profunda ligação entre o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis, que cabe ao Ministério Público defender, e os direitos humanos.

1.1.2.1 – AS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS NA ATUAÇÃO EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Em se tratando de Ministérios Públicos estaduais, as atribuições na defesa de direitos humanos encontram-se diversamente distribuídas de acordo com cada instituição. O Ministério Público mineiro possui alto grau de especialização, o que acarreta uma pulverização da defesa de tais direitos em diversas promotorias especializadas. Em razão de tal fato, as atribuições da Promotoria Especializada na Defesa dos Direitos Humanos são subsidiárias às demais especializadas, não havendo resolução que defina especificamente tais atribuições.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. 4. Coimbra: Coimbra. 1988. p. 166.

⁸ Piovesan (2007, p. 27).

⁹ Marum (2005, p. 395).

A título de ilustração podemos mencionar a atuação nas questões de racismo, defesa da diversidade religiosa, homofobia, tratamentos desumanos e degradantes em quaisquer situações, direito a alimentação e a questão da segurança alimentar, direito a moradia, etc.

No tocante à questão do direito à moradia, recomenda-se a leitura da inovadora tese do colega Marcelo de Oliveira Milagres, apresentada no VII Congresso Estadual do Ministério Público de MG, disponibilizada na página do CAO-DH, no *site* institucional.

Considerando-se a transversalidade do tema direitos humanos, há sempre que se atentar para a eventual e aconselhável atuação conjunta com outras especializadas, inclusive à luz do que dispõe o art. 1º, § 5º, da Resolução nº 72, da PGJ de 2006.

A discussão sobre a conveniência e a necessidade de se fixarem ou não as atribuições da Promotoria Especializada na Defesa dos Direitos Humanos encontra-se por hora superada ante a prevalência do entendimento de que não se devem *engessar* as atribuições da especializada em face da pluralidade de frentes de defesa desses direitos, assim como a pluralidade de violações dessas garantias.

1.2 – DISCRIMINAÇÃO RACIAL¹⁰

Na seara de valorização dos direitos humanos, no contexto internacional pós-II Guerra, vários documentos foram firmados visando à erradicação de toda forma de discriminação racial, entre eles, por sua especificidade, podemos citar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEFDR), adotada pelas Nações Unidas em 1965.

Essa convenção foi elaborada para conter as atrocidades cometidas pelo regime nazista em nome da *superioridade da raça ariana* e impulsionada pelo ingresso de países afro-asiáticos, recém-saídos do sistema colonial, como membros da Organização das Nações Unidas (ONU). De fato, o sentimento anticolonialista-escravagista associado às repugnantes práticas racistas do nazismo serviram de substrato à implementação de normas internacionais contrárias à discriminação racial com aplicabilidade em âmbito global.

Em seu preâmbulo, a CIEFDR afirma que:

Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum.

Ademais, traz a definição de discriminação racial em seu art. I, assim a considerando:

Art. I

1. Nesta Convenção, a expressão discriminação racial significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Essa Convenção apresenta como metas básicas o combate a toda e qualquer forma de discriminação racial e a promoção da igualdade material.

1.2.1 – A QUESTÃO DO NEGRO AFRO-DESCENDENTE

No cenário nacional, a questão da discriminação é um fenômeno histórico, que remonta ao Brasil Colônia. A adoção do sistema escravagista de trabalho acarretou a percepção do negro como inferior, como mercadoria, utilizado, como um animal, na atividade agrícola colonial.

Com a abolição da escravatura, o negro alcança a igualdade jurídica formal, permanecendo, porém, não só a desigualdade econômica e social entre os escravocratas e a classe dos negros, mas também a ideologia que definia bem a diferença entre os dois e reservava a esses indivíduos uma posição de submissão e inferioridade.

Dessa forma, o processo de mudança da condição do negro de escravo para cidadão foi feito sem a adoção de medidas de integração desse homem livre à sociedade, ao mercado de trabalho, sem proporcionar-lhe o acesso mínimo aos meios de subsistência, como a posse da terra para sua fixação. Sem que lhe fosse garantida nenhuma oportunidade, dava-se mais um passo para a marginalização e o desfavorecimento desse grupo social.

Por um longo período da nossa história pós-escravidão, a comunidade afro-brasileira deixou de ser contemplada com políticas públicas de caráter compensatório. A implementação de medidas reparatórias vem no resgate à dignidade de uma comunidade que, desde a diáspora africana, encontra-se afastada da denominada sociedade inclusiva.

Nesse contexto de inclusão, o maior marco jurídico nacional contra todo e qualquer tipo de discriminação é a Constituição da República de 1988.

Logo no preâmbulo, a nossa atual lei Suprema institui como função do Estado Democrático de Direito, que então se constitui, garantir, entre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais,

¹⁰ A Lei 11.345/08 tornou obrigatória a inclusão, no currículo oficial da rede de ensino, da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”.

a liberdade, o bem-estar e a igualdade, como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Constitui como alguns dos objetivos fundamentais do Brasil reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e nenhuma outra forma de discriminação (art. 3º, III e IV). “O Estado reconheceu que não basta declarar que todos são iguais perante a lei; a República assume a responsabilidade de promover o bem de todos¹¹”.

Ademais, o País rege-se, nas suas relações internacionais, pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII). Daí ser signatário e ter ratificado os principais documentos internacionais gerais e especiais de proteção aos direitos humanos, entre eles a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A Constituição assegura, ainda, como garantia individual, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e determina que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLI e XLII).

Ante tal quadro, é dever de todo cidadão e do Estado respeitar o outro, independentemente de suas características físicas e de sua ideologia, porque isso não enseja cogitação alguma de hierarquia entre seres humanos, que têm, em si, um valor a ser reverenciado.

1.2.1.1 – COMUNIDADES QUILOMBOLAS

A Constituição Federal de 1988 introduziu a questão quilombola na agenda das políticas públicas brasileiras. O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), resultado da pressão do movimento negro, dispõe que: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos”.

Todavia, a efetivação de tal direito suscitou, de imediato, uma acalorada discussão acerca da exegese do termo *quilombo e remanescente de quilombo*. Dessa forma, a definição adequada do conceito era fundamental para a implementação do direito à propriedade da terra ao determinado grupo.

O texto constitucional utiliza a expressão *remanescentes das comunidades dos quilombos*, o que sugere uma noção de resíduo, de algo que estava no passado e que hoje resta apenas na lembrança. Porém, esse termo não condiz com o modo de tal grupo se autodenominar, tampouco com o conceito empregado pela antropologia e pela História.

Assim, a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), na tentativa de orientar e auxiliar a aplicação do art. 68 do ADCT, divulgou, em 1994, um documento elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais em que se define o termo *remanescente de quilombo*:

Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebeldes, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar.

Desse modo, comunidades remanescentes de quilombo são grupos sociais cuja identidade étnica os distingue do restante da sociedade, considerando-se essa identidade como um processo de auto-identificação dinâmico, que transcende a elementos materiais ou traços biológicos distintivos.

A origem das comunidades quilombolas remonta a uma diversidade de processos, que incluem as fugas com ocupação de terras livres e geralmente isoladas, mas também heranças, doações, recebimentos de terras como pagamento de serviços prestados ao Estado, simples permanência nas terras que ocupavam e cultivavam no interior de grandes propriedades, bem como a compra de terras, tanto durante a vigência do sistema escravocrata quanto após sua abolição.

Atualmente, a própria legislação brasileira adota conceito de comunidade quilombola, reconhecendo que a determinação dessa condição advém da sua auto-identificação, consoante se verifica no art. 2º do Decreto nº 4.887/03:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

[...]

Convém ressaltar que as comunidades quilombolas constituem, portanto, um patrimônio cultural brasileiro imaterial, uma vez que são portadores de referência à identidade, à ação, à memória de um diferente grupo da sociedade brasileira, nos ter-

¹¹ DA SILVA, Jorge. *Direitos civis e relações raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1994. p. 132.

mos do art. 216 da Constituição da República de 1988. Ademais, compete ao poder público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio das mais diversas formas de acautelamento e preservação, o que inclui a defesa de tais comunidades (art. 126, § 1º, da CF/88).

Por conseguinte, não só as terras ocupadas pelas comunidades quilombolas devem ser reconhecidas como de propriedade dessa comunidade, mas também se deve respeitar o seu modo de vida, o pleno exercício de sua cultura, de forma a resguardar a diversidade cultural do povo brasileiro, garantida constitucionalmente (art. 215 da CF/88).

1.2.2 – O CASO ELLWANGER: ANTI-SEMITISMO COMO CRIME DE RACISMO

Caso emblemático, no tocante à abrangência do crime de racismo, foi o que ensejou o Habeas Corpus nº 82.424-2, do Supremo Tribunal Federal. D. J. 19/03/2004.

Em resumo, trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que os impetrantes sustentam que, embora condenado o ora paciente, Siegfried Ellwanger, pelo crime tipificado no art. 20, da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90, o substrato da condenação foi a discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII, da Constituição, ficou restrito ao crime de racismo.

Assim, a fundamentação do habeas corpus se guiou no sentido de descaracterizar o povo judeu como raça, desaparecendo aí a figura do racismo e, conseqüentemente, a imprescritibilidade, alegando, ainda, que o paciente tem o direito constitucional sagrado de liberdade de pensamento e de opinião.

A questão central que se instaura gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Discorre-se, a seguir, sobre o tema, tendo como base o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa.

A divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Daí se considerar o preconceito racial, a aversão ao diferente, como fenômeno cultural. Isso porque a ciência mostrou que todo ser humano faz parte de uma única raça, que é a espécie ou raça humana, sejam os indivíduos brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos.

Nesse contexto, como bem elucidada o Eminentíssimo Ministro em seu voto, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude

de manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

Dessa forma, embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, nenhuma subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do art. 5º da Carta Política.

Ademais, nos tratados internacionais, o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o apartheid sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei nº 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei nº 8.081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender dar interpretação diversa e restritiva a este caso é negar toda a ordem jurídica que concebeu a posituação dos direitos fundamentais. Em conseqüência, condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia.

Não há que se cogitar, no caso em apreço, nenhuma violação do princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento, uma vez que tal garantia não é incondicional, devendo ser exercida de maneira harmônica com os demais preceitos da Constituição. Ato discriminatório de qualquer natureza ficaram expressamente vedados por nossa Lei Suprema.

Os Promotores de Justiça devem ter sempre em vista a interpretação dada ao racismo a partir da decisão em pauta e atuar de forma a garantir a prevalência dos direitos humanos em todas as situações concretas que se lhe apresentarem. Recomendo a leitura da íntegra do parecer exarado pelo colega do Rio Grande do Sul, Carlos Otaviano Brenner de Moraes, acerca do caso acima mencionado, constante do item de modelo de peças deste capítulo.

1.2.3 – INJÚRIA QUALIFICADA E CRIME DE RACISMO

O Código Penal trabalha, entre outras, com a injúria preconceituosa, introduzida pela Lei nº 9.459/97. A alteração legislativa foi motivada pelo fato de que réus acusados da prática de crimes descritos na Lei nº 7.716/89 (preconceito de raça ou de cor) geralmente alegavam ter praticado injúria, de menor gravidade, sendo beneficiados pela desclassificação. Diante disso, o legislador resolveu criar uma forma típica qualificada contra a discriminação racial, majorando sua pena.

Para elucidar o exposto, transcrevem-se as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Esta figura típica foi introduzida pela Lei nº 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que ocorriam quanto às pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei nº 7.716/89 (discriminação racial) porque não estavam praticando atos de segregação. [...]. Assim, aquele que, atualmente dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial [...]¹²

A injúria preconceituosa entre os crimes contra a honra da pessoa é, portanto, o mais grave. O mesmo autor afirma que, comparando-se singelamente a pena fixada em abstrato para a injúria preconceituosa e a pena fixada em abstrato para os outros crimes, há uma certa desproporcionalidade, isso porque “há épocas em que o Estado vê-se levado a punir de forma mais grave certas condutas, que estão atormentando mais severamente e com maior frequência a sociedade¹³”.

No que tange à Lei nº 7.716/89 (Lei anti-racismo), também alterada pela Lei nº 9.459/97, a modificação trazida por essa última alargou significativamente seu alcance ao incluir em seu bojo, além dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça ou de cor, também os delitos que atentem contra a etnia, a religião ou a procedência nacional. É de se notar que, ao abordar tais critérios, a legislação pátria não só se alinhou à definição de discriminação racial prevista internacionalmente pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, transcrita no início deste texto, mas foi além, ao englobar o critério religião, não abordado por essa Convenção.

Em relação à distinção entre o delito de injúria qualificada (art. 140, § 3º, do Código Penal) e os crimes de racismo previstos na Lei nº 7.716/89, convém dispor que a referida lei trata de condutas obstativas, enquanto que o Estatuto Penal tipifica condutas ofensivas.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5.ed. São Paulo: RT, 2005. p 567.

¹³ Nucci (2005, p. 571).

Acerca do tipo penal da injúria racial, ensina, ainda, Nucci:

[...] Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve uma injúria simples, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo judeu é corrupto ou que negros são desonestos), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva. Do mesmo modo, quem simplesmente dirigir a terceiro palavras referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, com o intuito de ofender, responderá por injúria racial ou qualificada ¹⁴.

Por outro lado, os tipos penais descritos na Lei Anti-Racismo, com suas alterações, tratam de toda conduta que impeça o acesso da pessoa a cargo profissional, a estabelecimentos públicos, comerciais, de ensino e de lazer, ao convívio familiar e social, em razão de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (arts. 3º ao 14, da Lei nº 7.716/89). Qualquer forma de prática, induzimento ou incitação de tais discriminações e preconceitos também é considerado crime de racismo, com pena majorada se tais condutas ocorrerem por intermédio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza ou se valendo de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propagandas que utilizem a cruz suástica ou gamada para divulgação do nazismo, conforme se verifica no art. 20, *caput* e § 1º e § 2º, da referida lei. Alguns juristas criticam o fato de a Lei nº 9459/97 ter minorado as penas de alguns delitos e de não agasalhar como conduta delitativa o uso de caracteres de outras seitas que apregoam a discriminação racial, além dos símbolos nazistas.

Assim, em síntese, para a configuração dos crimes de racismo, a hipótese deve envolver segregação racial, como proibir a entrada de negros em determinado estabelecimento de ensino, por exemplo.

E, ainda, relevante se faz conferir o entendimento jurisprudencial acerca da matéria:

A utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no § 3º do art. 140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e não o crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, que trata dos crimes de preconceito de raça ou de cor (RT 752/594).

Em corroboração ao exposto, juntamos jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

¹⁴ Nucci (2005, p. 471).

Ementa: CRIME DE PRECONCEITO DE RAÇA. RÉU QUE DIRIGE À VÍTIMA OFENSA LIGADA À COR DA PELE. REEXAME DE PROVAS. AUTORIA COMPROVADA. TIPICIDADE. *EMENDATIO LIBELLI*. CONDUTA TÍPICA QUE SE AMOLDA AO TIPO DO ART. 140, § 3º DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE AÇÃO PRIVADA. AUSÊNCIA DE QUEIXA. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE OFERECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. - Tendo o réu proferido ofensas alusivas à cor da pele da vítima, dirigidas a ela própria e não a um grupo social, pratica injúria qualificada, e não atos de discriminação, impondo-se a desclassificação para o crime do art. 140, § 3º, do Código Penal. - Em se tratando o delito praticado de crime de ação penal privada, e ausente condição de procedibilidade, deve ser declarada a nulidade de todo o processado, com a consequente extinção da punibilidade do apelante pela decadência do direito de oferecimento da queixa. Súmula: DERAM PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, DECRETARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE (Processo nº 1.0686.01.030756-5/001(1), Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Herculano Rodrigues, Julgado em 04/08/2005).

A diferença é essencial, uma vez que, de acordo com o art. 145 do CP, a ação penal do delito de injúria preconceituosa é de iniciativa privada, enquanto no crime de racismo a ação penal é pública incondicionada.

1.2.4 – HISTÓRIA E CULTURA AFRO-BRASILEIRA COMO TEMAS OBRIGATÓRIOS NO CURRÍCULO OFICIAL DA REDE DE ENSINO

A Lei nº 10.639/03, que altera a Lei nº 9.394/96, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, inclui no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática *História e Cultura Afro-Brasileira*.

O Conselho Nacional de Educação elaborou o Parecer CNE/CP nº 3/04 e editou a Resolução nº 1, de 17 de junho de 2004, visando regulamentar essa alteração legal.

A Resolução mencionada, em seu art. 2º, dispõe sobre Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africanas, estabelecendo a finalidade das temáticas:

§ 1º A Educação das Relações Étnico-Raciais tem por objetivo a divulgação e produção de conhecimentos, bem como de atitudes, posturas e valores que eduquem cidadãos quanto à pluralidade étnico-racial, tornando-os capazes de interagir e de negociar objetivos comuns que garantam, a todos, respeito aos direitos legais e valorização de identidade, na busca da consolidação da democracia brasileira.

§ 2º O Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana tem por objetivo o reconhecimento e valorização da identidade, história e cultura dos

afro-brasileiros, bem como a garantia de reconhecimento e igualdade de valorização das raízes africanas da nação brasileira, ao lado das indígenas, europeias, asiáticas.

Assim, os Promotores de Justiça devem verificar se há o devido cumprimento de tal norma na rede de ensino dos municípios e se a implementação do tema *História e Cultura Afro-Brasileira* está atingindo o fim proposto. Em caso de inobservância de tais pressupostos, é necessário tomar as medidas cabíveis, como um possível termo de ajustamento de conduta do município, ou, se necessário, o ajuizamento de ação civil pública para tutelar esse direito de cunho histórico-cultural.

1.3 – DIVERSIDADE SEXUAL

Em um passado não tão remoto, a homossexualidade foi considerada, na visão da psiquiatria, um desvio sexual, uma inversão do masculino e do feminino. No século XIX, mais especificamente, disseminou-se a idéia da homossexualidade como uma das formas emblemáticas da degeneração, o que desencadeou a proibição legal das relações entre pessoas do mesmo sexo. Acrescente-se a essa conotação a forte influência negativa que a Igreja exerceu na formação do pensamento acerca da homossexualidade.

Essa tradição tinha como base à crença de uma natureza comum aos homens e aos animais, em que a conjugação de dois órgãos sexuais distintos acarretaria a perpetuação da espécie. Logo, a sexualidade que se desviava dessa finalidade seria uma prática sexual contrária à natureza.

Com a diminuição do poder da Igreja, a influência do capitalismo, que preza a satisfação individual, e a eclosão dos movimentos de liberação homossexual, essa visão pejorativa vem se alterando e a sociedade abrindo espaço para o respeito à orientação sexual diversa assumida pela pessoa. Isso ocorreu, sobretudo, após o incidente de *Stonewall* em Nova York, em junho de 1969, entre a polícia norte-americana, que costumava fiscalizar severamente estabelecimentos para público homossexual, proibidos na década de 1960, e os frequentadores do bar. O episódio ficou marcado porque, ao contrário do que ocorria normalmente, houve resistência à ação policial, sendo que o grupo que estava frequentando o local liderou uma série de manifestações, que se prolongaram pelos três dias seguintes e mobilizaram diversas pessoas.

Em consequência desses diversos fatores, a homossexualidade deixou de ser considerada doença pelas principais organizações de saúde. Desde 1973, a homossexualidade não é classificada como tal pela Associação Americana de Psiquiatria e, na mesma época, foi retirada do Código Internacional de Doenças (CID). A Assembléia Geral da Organização

Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais, na década de 90, declarando que *a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão* e que os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura da homossexualidade. Todavia, os transtornos de identidade de gênero que englobam travestis e transexuais permanecem classificados no CID-10, indicando-se, em alguns desses casos, terapias hormonais e possibilidade de cirurgia de redesignação de sexo. Atualmente, a maioria dos países não mais criminaliza as relações entre pessoas do mesmo sexo, havendo alguns, inclusive, que as tratam em absoluta igualdade com as relações entre pessoas de sexo oposto.

No Brasil, contudo, há uma disposição no Código Penal Militar que define o crime de pederastia (art. 235); tal dispositivo vem sendo motivo de acirrado debate entre o Estado e os movimentos sociais de *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (GLBT), que pleiteiam a sua supressão do ordenamento penal miliciano.

Depois de longo período de ostracismo, de encobrimentos, de traumas, a diversidade sexual reapresenta-se no cenário social buscando derrubar preconceitos e reivindicando o exercício da cidadania e os direitos dos *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais e transgêneros.

1.3.1 – CONCEITOS¹⁵

- Homossexual: pessoa que tem desejos e práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com pessoas do mesmo gênero.
- *Gay*: pessoa do gênero masculino que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero masculino.
- Lésbica: pessoa do gênero feminino que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero feminino.
- Gênero: o conjunto de normas, valores, costumes e práticas através das quais a diferença entre homens e mulheres é culturalmente definida e hierarquizada. Envolve todas as formas de construção social das diferenças entre masculinidade e feminilidade, conferindo sentido e inteligibilidade às diferenças anatômicas, comportamentais e estéticas.
- Bissexual: pessoa que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com homens e mulheres.

¹⁵ Conceitos baseados no Texto-base da Conferência Nacional de *Gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais (2008), Presidência da República – Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

- Transexual¹⁶: pessoa com identidade de gênero que se caracteriza por uma afirmativa de identificação, solidariedade constituída e confortável nos parâmetros de gênero estabelecidos (masculino ou feminino), independente e soberano aos atributos biológicos sexualmente diferenciados. Esta afirmativa consolidada pode, eventualmente, transformar-se em desconforto ou estranheza diante desses atributos, a partir de condições socioculturais adversas ao pleno exercício da vivência dessa identidade de gênero constituída. Isso pode se refletir na experiência cotidiana de auto-identificação ao gênero feminino – no caso das mulheres que vivenciam a transexualidade, que apresentam órgão genitais masculinos no momento em que nascem –, e ao gênero masculino – no caso de homens transexuais, que possuem órgãos genitais femininos ao nascerem. A transexualidade também pode, eventualmente, contribuir para a alteração cirúrgica de atributos físicos da pessoa que a vivencia, inclusive de órgãos genitais, para que passem a corresponder estética e funcionalmente ao estado psicoemocional da identidade de gênero constituída.
- Travesti: pessoa que nasce do sexo feminino ou masculino, mas tem sua identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico, assumindo papel do gênero distinto daquele imposto pela sociedade.

1.3.2 – UNIÃO HOMOAFETIVA

A liberação sexual contribuiu sobremaneira para a formação de um novo perfil de família, não mais baseada no objetivo de procriação, mas atrelada à troca de afeto, de amor. Dessa forma, esse novo paradigma que se desenvolve numa sociedade complexa e múltipla pressupõe a aceitação da diversidade sexual.

Elucida Almeida Neto:

[...] o modelo de família constituído por um homem e uma mulher, casados civil e religiosamente, eleitos reciprocamente como parceiros eternos e exclusivos a partir de um ideário de amor romântico, que coabitam numa mesma unidade doméstica e que se reproduzem biologicamente com vistas à perpetuação da espécie, ao engrandecimento da pátria e à promoção da felicidade pessoal dos pais não esgota o entendimento do que seja uma família. Da mesma forma, sociólogos, antropólogos, historiadores e cientistas políticos sistematicamente têm demonstrado que as noções de casamento e amor também vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e de institucionalização plurívocos e

¹⁶ Abordaremos a transexualidade no item 4.3, inclusive a questão judicial de conseqüente alteração do registro civil, no que tange ao nome e sexo.

multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais¹⁷.

A partir dos anos 90, considerando, em especial, a luta dos movimentos sociais, as entidades familiares passaram a apresentar as mais diversificadas formas. Comumente, encontram-se as famílias monoparentais, formadas por um dos pais e seus filhos – biológicos ou adotivos, as unidades familiares formadas por homossexuais, homens ou mulheres, por irmãos, por avós e netos, tios e sobrinhos, primos, entre outras.

Todavia, a relação homossexual, marcada pela existência de um vínculo afetivo e amoroso e da qual decorre vida em comum e amparo recíproco, não é regulada pelo Direito no que diz respeito à união estável, partilha de bens, direitos sucessórios, entre outras questões. Os tribunais, entretanto, vêm reconhecendo os direitos das pessoas envolvidas nesse tipo de união.

De fato, o amor e a convivência homossexuais são uma realidade que não pode mais ficar à margem da devida tutela jurídica, a fim de alcançar-se como entidade familiar reconhecida pelo Estado.

A própria Carta Constitucional consagra a igualdade de todos, vedando qualquer tipo de discriminação. Exemplificando o exposto, a nossa Lei Suprema ressalta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), exaltando, como direito fundamental, a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de natureza alguma (art. 5º, *caput*).

Também o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e nenhuma outra forma de discriminação.

Ademais, a nossa Carta Magna já existe há praticamente duas décadas e naquela época a questão, embora existente, como em todos os períodos da história, não gerava grande polêmica. Conquanto isso, não houve vedação constitucional de relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo. Nessa seara, não podemos esquecer a diferença que existe entre a *proibição* e a *não-contemplação*.

Fato é que as pessoas que possuem orientação sexual diversa da estereotipada heterossexualidade são iguais na diferença e merecem ter seus direitos respeitados e reconhecidos juridicamente para que sejam judicialmente reivindicados e os conflitos pacificados.

Se o legislador não enfrentou tal desafio, como não o fez no Código Civil de 2002, que já nasceu ultrapassado no que tange à regulamentação do Direito de Família, deve o Judiciário promover a interpretação constitucional e a integração das leis para a melhor aplicação do direito.

Ante o quadro apresentado, os Tribunais vêm acolhendo as pretensões de reconhecimento de união homoafetiva e as conseqüências que dela decorrem.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmou jurisprudência no seguinte sentido:

EMENTA: APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA. (Apelação Cível nº 70021085691. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Rui Portanova. Julgado em 04/10/2007)

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apatnágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Tribunal de Justiça do RS. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 10/06/2005)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, embora com mais atraso, também tem decidido nesse sentido:

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união

¹⁷ ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. **Família no Brasil dos Anos 90: Um Estudo sobre a Construção Social da Conjugalidade Homossexual.** Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 1999. In: <http://www.asselegis.org.br>.

estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR E NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO. (Processo nº 1.0024.06.930324-6/001(1). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Heloisa Combat. Data do Julgamento 22/05/2007)

Ementa: UNIÃO HOMOAFETIVA. PENSÃO. SOBREVIVENTE. PROVA DA RELAÇÃO. POSSIBILIDADE - À união homoafetiva que irradia pressupostos de união estável deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo reconhecer os direitos decorrentes deste vínculo, pena de ofensa aos princípios constitucionais da liberdade, da proibição de preconceitos, da igualdade e dignidade da pessoa humana. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO. (Processo nº 1.0024.05.750258-5/002(1). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Belizário de Lacerda. Data do Julgamento 04/09/2007)

Também o STJ reconhece a união homoafetiva e os direitos e obrigações que dela decorrem:

Ementa: PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.

(Resp. 2387/RS. STJ. Terceira Turma. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento 07/03/2006)

Não obstante, há projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados que visam à regulamentação legal da união homoafetiva, como o Projeto de Lei nº 2285/07 proposto pelo Sr. Sérgio Barradas Carneiro e o Projeto de Lei nº 580/07 do Sr. Clodovil Hernandes, que foi justificado no sentido de acompanhar a tendência mundial de tolerância em relação às diferenças, procurando-se atender a reivindicação dos grupos homossexuais com vistas a integrá-los no ordenamento jurídico e caminhar para a eliminação de preconceitos em razão da orientação sexual.

1.3.3 – A QUESTÃO DA TRANSEXUALIDADE

Segundo a Classificação Internacional das Doenças (CID-10), a transexualidade caracteriza-se por um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o sexo preferido.

Portanto, há um descompasso entre o sexo anatômico e o psicológico, pois o transexual acredita ter nascido num corpo que não corresponde ao gênero por ele exteriorizado social, espiritual e emocional e sexualmente, devendo esse descompasso ser sanado por tratamentos de saúde, não podendo a pessoa continuar designada por um nome que não a identifique.

Assim, o pedido de retificação/alteração do nome e do sexo no registro civil de pessoa transexual tem encontrado amparo nos tribunais brasileiros que vêm se manifestando de modo favorável ao requerimento. Fundamentam que o nome da pessoa, direito personalíssimo, enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, assume fundamental importância individual e social, não podendo ser objeto de constrangimento pessoal.

Em conformidade com o exposto, colacionam-se julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ementa: PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE NOME E SEXO NO ASSENTAMENTO CIVIL DO REQUERENTE - TERAPÊUTICA CIRÚRGICA DE COMPLEMENTAÇÃO GENITAL - PEDIDO ACOLHIDO - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA - ERRO DE FATO NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA - APELO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL. (Processo nº 1.0000.00.263118-2/000(1). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Francisco Lopes de Albuquerque. Data do Julgamento 11/02/2003).

Ementa: Civil. Sexo. Estado individual. Imutabilidade. O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. A redefinição do sexo, da qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acatele e discipline. Rejeitam-se os embargos infringentes. VV. EMBARGOS INFRINGENTES - TRANSEXUAL - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - NOME E SEXO - Negar, nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo que sempre não convém, mas a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal, seria pouco científico. Embargos acolhidos para negar provimento à apelação, permitindo assim a retificação de registro quanto ao nome e sexo do embargante. Súmula: REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDOS O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL (Processo nº 1.0000.00.296076-3/001(1). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Carreira Machado. Data do Julgamento 22/04/2004).

1.3.4 – ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Adoção é o ato pelo qual uma pessoa ou um casal acolhe criança ou adolescente como seu filho ou filha, proporcionando-lhe a convivência no seio de uma família e constituindo a relação de maternidade e/ou paternidade. No dizer de Padre Antônio Vieira: “O filho por natureza ama-se porque é filho; o filho por adoção é filho porque se ama”.

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe como dever da família, da sociedade e do Estado salvaguardar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, incluindo-se, nessa proteção, o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, da CF/88).

A Lei nº 8.069/90, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispõe sobre a adoção.

No que tange aos requisitos legais a serem preenchidos pelo adotante, essa lei não traz nenhuma proibição à adoção por homossexual. Consoante o texto legal, pode adotar o maior de 21 anos, independentemente de estado civil, que guarde uma diferença etária mínima de 16 anos com o adotando, entre outros pressupostos (art. 42, *caput* e § 3º do ECA).

A polêmica se perfaz, então, sobre a possibilidade de adoção por casal homoafetivo.

Comenta Maria Berenice Dias:

O art. 28 do indigitado Estatuto permite a colocação no que chama de *família substituta*, não definindo qual a conformação dessa família. Limitou-se a lei, em seu art. 25, a conceituar o que seja família natural: *Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais, ou qualquer de-*

les, e seus descendentes. Diante da especificidade dessa definição, não se pode ter por coextensivos esses conceitos: que a família substituta deva ter a mesma estrutura da família natural. Sob esse enfoque, não há vedação para um casal homossexual ser reconhecido como uma família substituta apta a abrigar uma criança. A única objeção que ainda poderia ser suscitada emerge da dicção do art. 29 do diploma menorista: *Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado*. Porém, a priori, não se pode declarar ser o ambiente familiar inadequado com a natureza da medida ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo seja incompatível. Dita postura revela-se nitidamente preconceituosa, e, conforme lembra Delma Ibias, as relações homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores¹⁸.

Poder-se-ia, segundo a mesma autora, argumentar no sentido de que “a ausência de referência de ambos os gêneros poderia eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual [...]”¹⁹, gerando-se o perigo da identificação das crianças com o modelo dos pais, o que as levaria, por lealdade afetiva, a se tornarem também homossexuais.

Todavia, há entendimento no sentido de que, na formação da personalidade da criança, há realmente a identificação com os papéis que os pais representam, ou seja, a figura feminina e a masculina. Porém, a forma física, ou seja, a configuração biológica dos órgãos genitais, não importaria para tal identificação, desde que existisse o desempenho desses papéis diferenciados pelo casal homossexual, de modo que uma pessoa representaria o feminino e a outra, o masculino.

Para reforçar esse argumento, questiona-se, se a afirmação de que se os filhos, em tudo, imitam os pais, como se explicam crianças geradas, criadas e educadas no seio de uma família heterossexual com orientação homossexual?

Por outro lado, a grande questão apresentada pelas pessoas contrárias à adoção por casal homossexual seria a de que possivelmente as crianças seriam alvo de discriminação no meio que freqüentam, sofrendo ataques vexatórios, de modo a dificultar seu convívio social.

Considerando que qualquer forma de discriminação é vedada constitucionalmente, teoricamente, criança ou adolescente adotados por casal homos-

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁹ Dias (2001).

sexual teriam o direito de não sofrer tais atos atentatórios. Contudo, na prática, não é tão fácil inibir esse tipo de conduta preconceituosa.

Outro ponto invocado seria o que tange ao registro civil, que deveria consignar o nome dos adotantes como pais (art. 47, § 1º, do ECA), pressupondo, assim, a diversidade de sexo do casal. Dessa forma, na adoção, ocorrendo a substituição da filiação biológica, incoerente que os pais registrais sejam do mesmo sexo. Tal silogismo impossibilitaria a formalização da adoção por dois homens ou duas mulheres, porque não poderiam constar como pais no registro de nascimento.

De um enfoque diverso, a necessidade de haver a diversidade de sexos para o registro como mãe e como pai do adotado não deve prosperar, tendo-se em vista que a configuração registral, questão meramente formal, pode ser modificada, de modo a incorporar a possibilidade de inclusão de duas mães ou dois pais, em analogia à certidão em que só consta o nome da genitora.

Convém frisar que o objetivo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente é resguardar os direitos do adotando de forma a inseri-lo numa convivência familiar segura e equilibrada, proporcionando sua completa formação como pessoa. Para tanto, não se deferirá a sua colocação em família substituta se esta não se moldar à natureza da medida ou não oferecer ambiente adequado (art. 29 do ECA), uma vez que a adoção somente será efetuada quando apresentar reais vantagens para o adotando (art. 43 do ECA).

Dessa forma, independentemente da orientação sexual do casal adotante, esse deve proporcionar condições ao desenvolvimento integral da criança, sendo-lhe garantidos os direitos fundamentais e o atendimento às suas necessidades afetivas familiares.

Há julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendendo ser possível a adoção por casal homoafetivo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos

direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70013801592. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 5/04/2006)

Por fim, o tema em pauta pode ser apresentado invocando-se argumentos em sentido favorável ou contrário. Cabe ao Promotor de Justiça, ao deparar com a questão, analisar, precipuamente, o bem-estar da criança ou do adolescente a serem adotados, baseando-se na perícia psicossocial juntada aos autos e despidendo-se de quaisquer formas de preconceito, para, a partir do estudo do caso, firmar um posicionamento.

1.3.5 – SANÇÕES LEGAIS A PRÁTICAS HOMOFÓBICAS

Homofobia²⁰ é a conseqüência direta da hierarquização das sexualidades e do *status* superior conferido à heterossexualidade, considerada natural, em detrimento de outras manifestações e expressões das identidades e das práticas sexuais, tidas como inferiores e anormais. A homofobia é um fenômeno que costuma produzir ou se vincular a preconceitos e mecanismos de discriminação, de estigmatização e violência contra *gays*, lésbicas, bissexuais, transexuais e *travestis* e, mais genericamente, contra todas as pessoas (inclusive heterossexuais) cujas expressões de masculinidade e feminilidade não se enquadram nas normas de gênero, culturalmente estabelecidas. Dessa forma, desencadeia e realimenta processos discriminatórios, de exclusão, entre outros, voltados contra tudo aquilo que remeta, direta ou indiretamente, à orientação sexual discordante do padrão heterossexual e dos papéis estereotipados do gênero. A lesbofobia²¹ é uma expressão específica da homofobia, voltada a preconceito, estigmatização e violação de direitos de mulheres homossexuais. O não-reconhecimento da legitimidade social da vivência e da expressão pública da lesbianidade associa-se até mesmo à privação do direito de as lésbicas serem vistas ou entendidas como mulheres.

Na seara de proteção à diversidade sexual, o Estado de Minas Gerais editou a Lei nº 14.170/02, que determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual. Dessa forma, cabe ao Poder Executivo impor, no limite da sua competência, sanção à pessoa jurídica que, por ato de seu

²⁰ Definição de homofobia baseada no Texto-base da Conferência Nacional de *gays*, lésbicas, bissexuais, *travestis* e transexuais (2008), Presidência da República – Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

²¹ Definição de lesbofobia baseada no Texto-base da Conferência Nacional de *gays*, lésbicas, bissexuais, *travestis* e transexuais (2008), Presidência da República – Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

proprietário, dirigente, preposto ou empregado, no efetivo exercício da atividade profissional, discrimine ou coaja pessoa, ou atente contra os seus direitos, em razão de sua orientação sexual, conforme disposição do art. 1º da lei citada.

O Decreto nº 43.683/03, que regulamenta a Lei Estadual nº 14.170/02, atribui ao Conselho Estadual de Direitos Humanos, vinculado à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social de Minas Gerais, a competência para aplicar tais sanções legais. Dessa forma, o CONEDH estará implementando durante esse ano a câmara processante prevista no decreto referido.

Para coibir tais práticas preconceituosas, também foi apresentado o PL nº 5.003/01, no Congresso Nacional, que “determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas”. Esse PL, oriundo da Câmara dos Deputados, passou a ser designado, no Senado, por PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 122/2006, onde atualmente tramita.

1.3.6 – BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PARA COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS

Outra questão que se tem apresentado é a possibilidade de inscrição do companheiro homoafetivo como dependente para fins previdenciários.

A decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, proposta contra o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), pelo Ministério Público Federal, visando o reconhecimento dos direitos decorrentes da união entre homossexuais jungidos ao Regime Geral de Previdência, culminou na edição da Instrução Normativa/INSS/DC nº 50, de 8 de maio de 2001, que regulamentou os benefícios previdenciários para companheiros homossexuais.

A Juíza Federal, que proferiu liminar de alcance nacional, na referida ação, assim motivou sua decisão:

Efetivamente, a negativa do Instituto Nacional do Seguro Social em reconhecer a companheiros homossexuais direitos previdenciários, sob o argumento de que não é devida a concessão destes benefícios nos casos de relação homossexual, face o contido no § 3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 e no art. 226, § 3º da Constituição Federal [...], é violadora de diversos princípios e garantias constitucionais. (Juíza Federal Simone Barbisan Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre/RS)

Dessa forma, o próprio Estado, através de seu órgão de seguridade social, reconheceu a união homossexual como união estável, conferindo os direitos decorrentes do Regime Geral de Previdência Social a companheiro ou companheira homossexual, que poderá ser inscrito como dependente, concorrendo, preferencialmente, em caso de pensão por morte do segurado.

Para consulta à íntegra da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, acessar o link: <http://cf-internet.pgr.mpf.gov.br>.

Alguns estados brasileiros, como o Rio de Janeiro e Pernambuco, além de alguns municípios, seguindo essa tendência, incluíram a possibilidade de inscrição de companheiro ou companheira homossexual como dependente para fins previdenciários.

O governo de Minas Gerais encaminhou o projeto de Lei Complementar Estadual nº 41/2008 para a Assembléia Legislativa, visando contemplar tal possibilidade no IPSEMG, havendo resistência em se estender o benefício para o Instituto de Previdência do Servidor Militar.

O CAO-DH instaurou procedimento administrativo para acompanhar a questão e propor, eventualmente, as medidas judiciais cabíveis.

Sugere-se que cada Promotor de Justiça, em sua Comarca de atuação, promova a discussão no âmbito municipal, visando a admissão da inscrição do companheiro homoafetivo para fins previdenciários nos institutos de previdência municipais.

1.4 – DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E À SEGURANÇA ALIMENTAR

[...] o direito à alimentação adequada é indivisivelmente ligado à dignidade inerente à pessoa humana e é indispensável para a realização de outros direitos humanos consagrados na Carta de Direitos Humanos. Ele é também inseparável da justiça social, requerendo a adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais, tanto no âmbito nacional como internacional, orientadas para a erradicação da pobreza e a realização de todos os direitos humanos para todos [...] (CDESC, 1999).

O direito humano à alimentação adequada preceitua que todos os seres humanos nasceram com o direito a uma alimentação saudável, de fácil acesso, de qualidade, em quantidade suficiente e de modo permanente. Segundo os documentos oriundos da II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (2004), em observância às definições internacionais, tem-se:

Segurança Alimentar e Nutricional é a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis.

O Direito Humano à alimentação adequada é alcançado quando todos os homens, mulheres e crianças, sozinhos, ou em comunidades com outros, têm acesso físico e econômico, em todos os momentos, à alimentação adequada, em meios para sua obtenção. É importante destacar que o

conceito de *adequação* refere-se às calorias, proteínas e outros nutrientes, mas também às condições sociais, econômicas, culturais, climáticas e ecológicas dentre outras.

Esse direito possui duas dimensões complementares e indissociáveis: o direito de estar livre da fome e da má nutrição e o direito a uma alimentação adequada.

Dessa forma, não se limita a assegurar qualquer alimento para ingerir, é muito mais abrangente. Trata-se de garantia de uma alimentação diversificada, nutricionalmente adequada, isenta de contaminação, sem ser veiculada através de propagandas abusivas que imponham como necessidade de consumo alimentos pouco saudáveis, principalmente para crianças. O direito a alimentação adequada possui, ainda, um viés cultural, visto que os hábitos culturais das diferentes raças e etnias que vivem no território brasileiro devem ser observados na garantia desse direito.

Finalmente, engloba o direito de produzir o seu próprio alimento e de ter meios para alimentar-se satisfatoriamente. Assim, a promoção e a garantia do direito à alimentação adequada pressupõem a realização da reforma agrária, o apoio à agricultura familiar, a eficiência das políticas de abastecimento, a vigilância sanitária regular dos alimentos, a implementação da merenda escolar. Perpassa ainda pela garantia de um bom atendimento pré-natal, do aleitamento materno como alimento exclusivo da criança até seis meses de idade, de saneamento básico, de políticas de geração de empregos, entre outros aspectos.

No cenário internacional, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) destaca a questão da alimentação:

Art. 11 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

O direito à alimentação adequada terá de ser realizado de maneira progressiva, mas os Estados têm a obrigação de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome de forma imediata.

A realização progressiva do direito à alimentação adequada exige que os Estados estabeleçam planos e prazos para o cumprimento de suas obrigações, em virtude do direito internacional, relativas aos direitos humanos.

1.4.1 – SEGURANÇA ALIMENTAR NO BRASIL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos pilares no qual se constitui o Estado Democrático de Direito brasileiro, impõe como de observância obrigatória todos os direitos fundamentais necessários à realização plena do ser humano, entre eles a alimentação adequada e segura. Somem-se a esse preceito os objetivos precípuos da República Federativa do Brasil, conforme art. 3º da CF/88, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem nenhum tipo de preconceito ou discriminação, e teremos as diretrizes constitucionais para a implementação desse direito humano.

O marco legal nacional é a Lei nº 11.346/06, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) visando a assegurar o direito humano à alimentação adequada. Pioneiramente na América Latina, o Estado de Minas Gerais editou a Lei nº 15.982/06 versando especificamente sobre a questão da segurança alimentar.

A Lei nº 15.982/06 estabelece 13 diretrizes, quais sejam:

- a promoção e a incorporação do direito à alimentação adequada nas políticas públicas;
- a promoção do acesso à alimentação de qualidade e de modos de vida saudável;
- a promoção da educação alimentar e nutricional;
- a promoção da alimentação e da nutrição materno-infanto-juvenil;
- o atendimento suplementar e emergencial a indivíduos ou grupos populacionais em situação de vulnerabilidade;
- o fortalecimento das ações de vigilância sanitária dos alimentos;
- o apoio à geração de emprego e renda;
- a preservação e a recuperação do meio ambiente e dos recursos hídricos;

- o respeito às comunidades tradicionais e aos hábitos alimentares locais;
- a promoção da participação permanente dos diversos segmentos da sociedade civil;
- a municipalização das ações;
- a promoção de políticas integradas para combater à concentração regional de renda e à conseqüente exclusão social; e
- o apoio à reforma agrária e ao fortalecimento da agricultura familiar ecológica.

Considerando a relevância da matéria e a crescente articulação da sociedade civil e Conselhos de Segurança Alimentar Nacional, Estaduais e Municipais, o Ministério Público vem participando das discussões que envolvem as políticas públicas de Segurança Alimentar e Nutricional Sustentável (SANS). Assim, o Ministério Público Estadual, através da ação integrada transversal das Promotorias de Direitos Humanos, Saúde, Conflitos Agrários, Infância e Juventude e Meio Ambiente, poderá atuar de forma a:

- garantir a participação do Ministério Público nas políticas de SANS;
- assegurar o acesso à alimentação como direito humano básico;
- cumprir o Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange a SANS;
- garantir o cumprimento da Lei do SUS em SAN;
- promover a integração dos diversos conselhos em busca da criação e concretização das ações;
- promover o desenvolvimento de ações em rede;
- incluir a segurança alimentar e nutricional sustentável nas discussões do Conselho de Saúde;
- promover a articulação intersetorial, inclusive dos órgãos públicos, e monitoramento das ações nos âmbitos estadual e municipal, garantindo o funcionamento, participação e capacitação dos Conselhos Municipais de SANS;
- incluir a SANS como pauta permanente em todos os espaços de Políticas Públicas;
- mobilizar a sociedade para que os programas de segurança alimentar e nutricional sejam transformados em políticas de Estado;
- assegurar a implementação e efetivação da Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional.

1.4.2 – A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL COMO FORMA DE LIMITAÇÃO DA MONOCULTURA BIOENERGÉTICA E GARANTIA DE SEGURANÇA ALIMENTAR

Tema de especial relevância mundial no momento, a questão do biocombustível e seu impacto na questão alimentar tem reflexos diretos em nosso estado. Alguns municípios mineiros estão atentos à proliferação de monoculturas de matriz bioenergética (em especial a cana-de-açúcar), que pode desencadear nefastos efeitos ambientais e negativas conseqüências sociais. Outro efeito é a interferência na garantia da segurança alimentar.

De modo elucidativo, pode-se citar a atuação legislativa da Câmara Municipal de Sacramento com o fito de minimizar os efeitos danosos da expansão de tal cultura. O Município de Sacramento editou duas leis regulamentando o plantio da cana-de-açúcar, que se proliferou de forma acelerada na região. A Lei Municipal nº 1.008, de 2 de agosto de 2006, dispõe sobre a queima da palha da cana-de-açúcar, visando à eliminação gradual do emprego do fogo como método despalhador e facilitador do corte de tal cultura, em áreas passíveis de mecanização da colheita, e o regramento dessa prática. A Lei Municipal nº 1.009, de 8 de agosto de 2006, por sua vez, versa sobre o plantio de cana-de-açúcar, fixando o limite de 20% da extensão territorial total do Município para a monocultura bioenergética. Essa regulamentação legal se faz necessária porque em algumas regiões do Estado a monocultura da cana-de-açúcar aumentou demasiadamente, afetando diretamente a questão alimentar, social e ambiental. Conseqüência de tal proliferação é a inevitável erradicação de culturas alimentares tradicionais da localidade, gerando o encarecimento e dificultando o acesso a gêneros alimentícios básicos, além de promover a migração de mão-de-obra em condições precárias de trabalho e subsistência, inclusive com a adoção de trabalho escravo, o que sobrecarrega a estrutura de assistência social e saúde dos municípios. Ademais, a queima da palha da cana-de-açúcar causa degradação ambiental e impactos na questão da reforma agrária.

Dessa forma, deve o Promotor de Justiça, ante tal quadro, avaliar a viabilidade junto ao Poder Legislativo municipal da implementação de legislação específica que regulamente a matéria, como forma de minimizar os efeitos danosos que a expansão desenfreada da monocultura de matriz bioenergética possa acarretar, atentando-se também para o cumprimento da função social da propriedade aplicada à ordem econômica (art. 170, III, da CF/88), bem como das propriedades rurais (art. 186 da CF/88).

1.5 – PROGRAMA DE PROTEÇÃO, AUXÍLIO E ASSISTÊNCIA A VÍTIMAS E TESTEMUNHAS AMEAÇADAS – PROVITA

O Programa de Proteção, Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Provita), pioneiro na América do Sul, pretende ser uma alternativa fornecida pelo próprio Estado para que possa exercer seu poder-dever de apurar e punir delitos sem o sacrifício de bens maiores, razão finalística da própria existência do direito penal.

O Programa Estadual de Proteção faz parte do Sistema Nacional de Assistência a Vítimas e a Testemunhas, instituído pela Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que inovou ao estabelecer normas para organização de programas estaduais destinados a vítimas e a testemunhas de crimes “que estejam coa-

gidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborar com a investigação ou processo criminal”.

Há de se ressaltar que o Programa destina-se a proteção não somente do interessado vítima direta da ameaça, mas também para todo o seu núcleo familiar atingido por tal violação.

Hoje, dezessete estados integram o Sistema Nacional de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas: AC, AM, BA, CE, MA, ES, GO, MG, MS, PA, PE, PR, RJ, RS, SC, SP e DF.

No Estado de Minas Gerais, o Programa de Proteção, Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, PROVITA-MG, foi criado através da Lei Estadual nº 13.495/00, regulamentada pelos Decretos Estaduais nº 41.140/2000 e nº 43.273/2003, e está em atividade desde julho de 2000, através de convênios firmados, inicialmente, com o Ministério da Justiça, hoje, com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Esse modelo de proteção se iniciou no estado de Pernambuco através do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP), com sede em Recife, verdadeiro embrião do Programa Brasileiro nos moldes atuais.

Considerando essa origem histórica através da qual o programa era gerenciado por uma entidade da sociedade civil, o modelo hoje predominante no Brasil (exceto Rio Grande do Sul) é de que as verbas para custeio do programa são estatais (estado e união), mas a gestão do programa é feita por uma entidade da sociedade civil. Em Minas Gerais, especificamente, a gestão se dá através de órgão ligado à igreja católica.

A Lei nº 9.807/99 pretendeu de forma ampla conceituar o modelo de proteção, traçar o perfil do destinatário deste e estabelecer a forma segura de encaminhamento do usuário para o Programa. Tal diploma legal delimitou a forma de execução do programa através de Equipes Técnicas multidisciplinares e do Conselho Deliberativo, que no âmbito federal tem seu espelho no Conselho Federal, bem como em órgãos executores da sociedade civil.

O Conselho Deliberativo é uma espécie de instância política e deliberativa que tem suas atribuições estabelecidas em lei, atuando em cooperação, mas de forma autônoma, com a equipe técnica. Os membros do conselho são oriundos das diversas instituições com representatividade política e institucional, tais como Magistratura, Ministério Público, Polícias Civil e Militar, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, representantes do governo estadual, Advocacia Geral do Estado (ou Federal, se for o caso), Conselho Estadual de Direitos Humanos e o próprio órgão de execução do Programa.

A equipe técnica é a parte da estrutura do Programa que trava contato direto com os usuários na rede de proteção e, devido à especificidade da ação, é

composta por profissionais de especialidades diversas: assistentes sociais, psicólogos e advogados. São eles os responsáveis pela triagem dos pedidos, acompanhamento do usuário durante sua permanência no Programa e elaboração de relatórios conclusivos sobre os casos para apreciação do Conselho Deliberativo.

1.5.1 – REQUISITOS PARA ENCAMINHAMENTO DE UM PEDIDO DE INCLUSÃO AO PROGRAMA

- tratar-se de pessoa que colabora com investigação ou processo criminal;
- gravidade da coação ou ameaça à integridade física ou psicológica;
- dificuldade de prevenção da coação/ameaça através de meios convencionais;
- importância do testemunho/depoimento para produção da prova;
- ausência de restrição legal à liberdade ambulatoria do solicitante.

1.5.2 – QUEM PODE ENCAMINHAR UM PEDIDO DE INCLUSÃO

- o interessado;
- o Ministério público;
- a autoridade policial que preside a investigação;
- o juiz competente para a instrução processual;
- órgãos públicos e entidades com atuação em direitos humanos;
- ouvidoria de Polícia;
- membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos.

1.5.3 – DOCUMENTOS QUE DEVEM INSTRUIR O PEDIDO

- documentos comprobatórios da identidade do interessado;
- comprovantes da situação penal do interessado (folha de antecedentes criminais e certidão criminal do juízo da comarca);
- cópia de portaria inaugural de inquérito policial, procedimento penal investigatório do Ministério Público e da denúncia, conforme o caso;
- cópia dos depoimentos já prestados pelo interessado sobre os fatos.

1.5.4 – PERFIL LEGAL DO USUÁRIO DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO

- ser pessoa capaz de exprimir de forma livre e autônoma sua vontade (pois o ingresso na proteção é voluntário);
- gozar de plena liberdade ambulatoria legal (o que exclui pessoas contra as quais pese quaisquer espécies de prisões processuais);
- colaborar com a apuração de delitos em sede de inquérito ou processo judicial;

- prestar depoimento de relevância para a apuração de delitos;
- não contar com nenhuma alternativa de resguardar sua integridade física e psicológica, a não ser ingressar na rede solidária de proteção;
- possuir capacidade de adequar-se às rígidas normas de conduta e segurança do programa.

1.5.5 – FORMA DE ATUAÇÃO DA EQUIPE TÉCNICA

No Brasil, diferente do que acontece em alguns países, os técnicos multidisciplinares são os responsáveis por todas as etapas de atendimento aos usuários ou solicitantes de proteção.

A experiência nacional majoritária mostra que, sendo a equipe técnica a mesma que atua tanto no momento anterior ao ingresso, quanto no posterior, cuidados especiais com a segurança devem ser intransponivelmente adotados.

As triagens, como são chamados os atendimentos aos solicitantes de proteção, são realizadas em local seguro e neutro, de forma programada e coordenada.

A postura rígida com a segurança justifica-se sob o prisma da responsabilidade que o Programa detém em manter íntegra e sigilosa a rede de proteção. Parte dos casos encaminhados para triagem não ingressam na rede de proteção pelo fato de o interessado entender que a rigidez das regras mínimas de segurança não é compatível com o seu próprio estilo de vida, o que é respeitado.

O encaminhamento ao Programa para triagem pode ser diretamente para o órgão do Governo Estadual receptor das demandas. Em Minas, o órgão receptor das demandas de proteção é a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social (SEDESE), cujo secretário, por determinação legal, é o presidente do Conselho Deliberativo do PROVITA. Considerando que em Minas Gerais a maioria dos pedidos de ingresso é formulado por membros do Ministério Público, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa dos Direitos Humanos também recebe os pedidos e procede ao seu encaminhamento.

Ao receber o pedido de inclusão, a equipe técnica se encarregará de travar contato sigiloso com o interessado, com a brevidade possível, agendando a realização do procedimento de triagem.

O encaminhamento simplificado permite a ação segura e eficaz da Equipe Técnica, lembrando que evitar a compartimentação de informações é uma das regras mínimas de segurança que mantêm íntegra a rede.

1.5.6 – OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS PELO USUÁRIO

- Não realizar contatos telefônicos, radiofônicos, telemáticos, eletrônicos, escritos ou pessoais com familiares ou quaisquer pessoas de seu conhecimento de forma não intermediada pela Equipe Técnica.
- Deixar definitivamente o local do conflito.
- Não realizar transações econômico-financeiras, incluindo abertura de crediários, uso de cartões, cheques, etc, salvo se autorizado por deliberação do Conselho Deliberativo.
- Restringir comportamentos extravagantes e indiscretos que exponham de alguma forma o local em que se encontra protegido (incluindo restrição ao uso de bebida alcoólica).
- Manter sigilo com relação ao local de proteção.
- Seguir à risca as determinações da equipe técnica.
- Não ausentar-se do local de proteção.

1.5.7 – OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS PELO PROGRAMA

- fornecimento de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
- ajuda financeira mensal atrelada ao teto fixado pelo Conselho Deliberativo, para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
- direito de fazer-se acompanhar de advogado quando da apresentação para qualquer depoimento ou perante órgão de segurança pública. Não é prestado serviço de advocacia ao usuário, sendo que suas pendências jurídicas são encaminhadas à Defensoria Pública;
- assistência social, psicológica, de saúde em geral e educação na rede pública com intermediação da Equipe Técnica visando a segurança da proteção dada;
- sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
- suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar.

1.5.8 – O RÉU COLABORADOR

A Lei nº 9.807/99 previu, em seu art. 13 e seguintes, a figura do réu colaborador. Embora existam questionamentos se os réus colaboradores agregam o perfil do usuário de Programas de Proteção, é fato que em vários casos estes estão inseridos na rede de proteção de todo o país. Porém somente é possível a inclusão do réu colaborador que responda a processo em liberdade.

O art. 15 da Lei nº 9.807/99 dispõe sobre outras medidas especiais para a proteção do condenado

cumprindo pena em estabelecimento prisional, uma vez que está expressamente excluído do ingresso nos Programas de Proteção.

1.5.9 – O DEPOENTE ESPECIAL

A figura do depoente especial encontra-se prevista no art. 10 do Decreto Federal nº 3.518/00, tratando-se de perfil de interessado que não preencha todos os requisitos dos Programas de Proteção Estaduais ou que tenha sido excluído deles.

No caso da proteção do depoente especial, esta é de competência Federal, através da Polícia Federal com sede em Brasília.

1.6 – TORTURA

1.6.1 – HISTÓRICO DA TORTURA NO BRASIL

É impossível dissociar o processo de formação econômica e política do país da prática da tortura. No período colonial, a Coroa Portuguesa delegou a empreendedores privados a exploração das capitâneas hereditárias, sendo que os donatários poderiam designar capitães e governadores para as capitâneas. Tais homens eram munidos de extremo poder e comando, inclusive jurisdicional. Assim, a aplicação de penas, como a de morte e a de talhamento de escravos, índios e peões, era da competência deles.

A estrutura da economia colonial era baseada na exploração de mão-de-obra escrava, trazida de seu continente natal, a África, durante os séculos XVI e XIX. Os negros escravos foram vítimas de toda a forma de abusos e violências, sendo convertidos em verdadeiras *mercadorias*. Predominavam os interesses dos detentores do poder econômico e político sobre os mais frágeis, poder esse conduzido sob a égide do terror e da força. Nesse contexto, a tortura era comumente empregada como forma de dominação, punição e controle.

Posteriormente, já no século XX, mais especificamente entre os anos de 1964 e 1985, o Brasil viveu o período de ditadura militar, em grande parte sob *estado de exceção*. Nessa época, a tortura disseminou-se como instrumento político para a obtenção de informações e confissões de estudantes, jornalistas, políticos, advogados e cidadãos em geral, ou seja, contra todos os que ousavam manifestar opinião contrária à imposta pelo governo militar. Na concepção dos ditadores da época e sob forte influência norte-americana, o inimigo a ser vencido era o comunismo.

No regime democrático atual, a tortura persiste, assumindo, todavia, nova motivação. A crueldade deixa de ocorrer em razão de delitos de opinião e passa a ser empregada cotidianamente, envolvendo pessoas simples, marginalizadas socioeconomi-

camente. Normalmente, as vítimas de tortura são autores de crimes comuns ou que já estejam cumprindo pena por algum delito, submetidas a sofrimentos físicos e psicológicos seja dentro ou fora de estabelecimentos prisionais.

Assim, a tortura é usada como forma de obtenção ilícita de provas e/ou para incutir castigo por algum fato delituoso.

1.6.2 – A EVOLUÇÃO DO COMBATE À TORTURA

Após as atrocidades ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial, a comunidade internacional despertou para a necessidade de salvaguardar a dignidade da pessoa humana, especialmente, através do combate à tortura e a tratamentos desumanos e degradantes.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marco no processo de reconstrução da proteção dos direitos humanos, conferindo-lhes conotação internacional, abordou o tema da tortura, em seu art. 5º, ao dispor que *ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*. Também diversos outros documentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, foram firmados pelos Estados com o fim específico de erradicar a tortura.

Para tanto, as autoridades públicas foram impedidas de impor, instigar ou tolerar a tortura ou os maus-tratos, sendo que ordens nesse sentido são manifestamente ilegais, não podendo ser invocadas como justificativa para a tortura. Ademais, os Estados devem promover a criminalização de todos os atos de tortura, por meio da tipificação da conduta pela lei nacional, ensejando a persecução penal estatal e a punição dos responsáveis.

O Brasil, embora com bastante atraso em relação à perspectiva internacional, devido aos regimes autoritários adotados, incorporou no texto constitucional de 1988, como direito e garantia fundamental, a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes (art. 5º, III, da CF/88). Não poderia ser diferente para um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e é regido nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/88). Também, com tardia, foi promulgada a lei ordinária pátria que define os crimes de tortura, Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.

1.6.3 – CONCEITO DE TORTURA

O art. 1º da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) estabelece conceito internacionalmente aceito de atos que a constituem, qual seja:

[...] o termo *tortura* designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

A lei brasileira seguiu a mesma linha na conceituação da tortura, diferenciando-se no fato de não ter delimitado o tipo penal como *crime próprio*, apenas praticado por agentes públicos ou no exercício de funções públicas internas. Assim, ampliou a sua abrangência no que se refere à responsabilização penal. Há de se frisar, entretanto, que a Lei nº 9.455/97 se limitou a criminalizar a conduta, quando poderia ir mais além, estabelecendo expressamente a responsabilidade civil do Estado pelos atos delituosos de seus agentes.

Não obstante essa evolução do arcabouço jurídico, a mentalidade de muitos agentes públicos e da própria sociedade ficou estagnada. O próximo passo a ser dado é o da efetiva realização das normas no contexto fático, bem como da definitiva mudança da cultura histórica de tolerância e conivência com a prática da tortura.

1.6.4 - A APURAÇÃO DA TORTURA

1.6.4.1 - QUESTÕES PROBATÓRIAS

O crime de tortura, assim como o de abuso de autoridade, é, em regra, praticado por agente do Estado e sem a presença de testemunhas. Ante tal fato, o depoimento da vítima é de suma importância para a apuração do crime, porque esse será, em muitos casos, a prova principal, juntamente com a perícia médica e/ou psicológica.

Os depoimentos devem ser conduzidos de maneira sensível, atentando-se para o estado emocional e físico do depoente, a fim de se evitar qualquer tipo de nova traumatização. É necessário que o interrogador transmita confiança ao interrogado, o que pode ser alcançado iniciando-se a oitiva falando sobre outros assuntos que não a violência sofrida pela vítima e entrando gradualmente na discussão de tais assuntos específicos e relevantes.

Conforme ensina Conor Foley, em *Combate à Tortura: Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público*, no que tange, em especial, à tor-

tura praticada dentro de algum estabelecimento, as seguintes informações devem ser registradas:

- localização da sala na instituição: O depoente teve que subir ou descer escadas? Em caso afirmativo, aproximadamente quantos degraus ou lanços de escada; o que pode ouvir ou cheirar; havia algum marco no caminho; a sala possuía janela, podia-se ver algo do lado de fora?
- a sala em si: Qual era o tamanho; havia paredes, assoalho, teto, porta feita de; qual era o formato da sala; havia alguma característica incomum ou inconfundível nela?
- outras pessoas mantidas na sala: Havia outras pessoas sendo mantidas lá? Se sim, quantas; algumas delas são possíveis testemunhas; teriam notado algo sobre o estado de saúde da suposta vítima; qual era o estado de saúde das outras pessoas mantidas na sala?
- isolamento: Se o depoente foi mantido em isolamento, por quanto tempo e de que maneira?
- conteúdo da sala: O que havia na sala – cama, móveis, sanitário, pia?
- clima da sala: Como era a temperatura: havia ventilação; umidade?
- iluminação: Havia alguma iluminação? Era luz natural de uma janela ou luz elétrica; se era luz elétrica, por quanto tempo ficava acesa; cor, intensidade da luz.
- higiene: Havia instalações para higiene pessoal; onde e como o depoente ia ao sanitário ou tomava banho; como era a higiene do local em geral; havia algum tipo de infestação?
- comida e água potável: Com que frequência e qual a quantidade de comida e água ele recebia; como era a qualidade; quem trazia; era fornecida gratuitamente?
- serviços médicos: Havia um médico ou outro profissional de saúde presente ou disponível; o depoente foi examinado ou tratado em um consultório médico separado, por exemplo, por um médico de família ou hospital; havia remédios disponíveis; em caso afirmativo, quem os fornecia?
- visitas familiares: O depoente teve oportunidade de receber visitas de familiares; em caso afirmativo, onde ocorreram; as conversas podiam ser ouvidas por terceiros; a família sabia onde o depoente estava?
- representação legal: O depoente teve acesso a representante legal? Quando teve esse acesso pela primeira vez, isto é, quanto tempo depois de o depoente ter sido preso pela primeira vez? Com que frequência essa assistência era prestada? Quando ocorriam essas visitas, as conversas podiam ser ouvidas por terceiros?
- comparecimento perante membro do Judiciário: O depoente foi apresentado a um magistrado ou tribunal? Quando? Isto é, quanto tempo depois de ter sido preso?
- suborno: o depoente teve de pagar suborno por alguma coisa e alguém pediu suborno em algum momento?

Deve-se ter presente que tortura e maus-tratos também podem ocorrer fora da instituição e o profissional que toma o depoimento deve assegurar que se incluam todas as supostas violências que a vítima alega ter sofrido, tanto físicas quanto psicológicas, independentemente de onde aconteceram.

1.6.4.2 – A PERÍCIA MÉDICO-LEGAL

O Protocolo de Istambul, denominado *Manual para Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e de outras formas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de Castigo ou Punição*, de 9 de agosto de 1999, consiste no documento mais completo que subsidia os examinadores forenses sobre como devem proceder para identificação, caracterização e elucidação do crime de tortura. Dessa forma, pautados nesse documento, discorreremos acerca da perícia nesse delito.

Competência, imparcialidade, independência, prontidão e rigor são os princípios fundamentais de qualquer inquérito eficaz na apuração de tortura. Estes elementos podem adaptar-se a qualquer sistema jurídico e deverão orientar todas as investigações relativas a alegados casos de tortura.

O objetivo geral de um inquérito consiste em apurar os fatos relativos a alegados casos de tortura, a fim de identificar os responsáveis pelos ocorridos e facilitar a sua acusação no âmbito de um processo penal.

Os peritos médicos envolvidos na investigação de tortura ou maus-tratos deverão pautar a sua conduta, em todos os momentos, de acordo com os princípios éticos mais rigorosos, devendo, em particular, obter o consentimento esclarecido da pessoa em causa antes da realização de qualquer exame. Os exames devem ser efetuados em conformidade com as regras estabelecidas de prática médica e num clima de confiança, com paciência e cortesia, compreendendo-se que as vítimas de tortura, na maioria das vezes, mostram-se arredias, desconfiadas e abaladas, em face das situações vergonhosas e humilhantes por que passaram.

Ademais, os exames deverão ser efetuados preferencialmente em local privado, sob o controle do perito médico e nunca na presença de agentes de segurança ou outros funcionários governamentais. De fato, a presença de tais pessoas intimidaria a vítima, inviabilizando a idoneidade do laudo.

O perito médico-legista deve observar as recomendações específicas do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense no Crime de Tortura; para a realização de exames de lesões corporais nos casos de tortura, são elas:

- Valorizar, de maneira incisiva e técnico-científica, o exame esquelético-tegumentar da vítima.
- Descrever, detalhadamente, as localizações e as características de cada lesão (qualquer que seja o seu tipo e extensão), localizando-a, precisamente, na sua respectiva região anatómica.
- Registrar em esquemas corporais todas as lesões eventualmente encontradas.
- Detalhar, em todas as lesões, independentemente de seu vulto, a forma, idade, dimensões, localização e outras particularidades (como, por exemplo, o sentido de produção da lesão).
- Fotografar todas as lesões e alterações encontradas no exame externo ou interno, dando ênfase àquelas que se mostram de origem violenta.
- Radiografar, quando possível, todas as regiões e segmentos anatómicos agredidos ou suspeitos de ter sofrido violência.
- Conferir permanente atenção e cuidados para o exame das vestes e outras peças acessórias do vestuário da vítima, com ênfase para identificação, colheita, acondicionamento e preservação de evidências (manchas, marcas, pêlos, fibras têxteis etc.) encontradas junto à estrutura dos tecidos componentes dessas vestes e peças. Deve haver rotina prevista para o encaminhamento dessas amostras para os exames periciais complementares, que se constituirão parte importante do laudo de lesões corporais.
- Examinar a vítima de tortura sem a presença dos agentes de custódia.
- Trabalhar, quando possível e necessário, sempre em equipe multidisciplinar.
- Usar os meios subsidiários de diagnósticos disponíveis e indispensáveis, com destaque para os exames psiquiátricos e psicológicos, odontológicos, histopatológicos e toxicológicos.

Concluída a perícia, o técnico deverá elaborar imediatamente um relatório escrito rigoroso, que deverá incluir, no mínimo, os seguintes elementos:

- As circunstâncias em que decorre o exame – nome da pessoa examinada e nome e função de todos quantos estejam presentes no exame; hora e data exatas do exame; localização, natureza e morada (incluindo, se necessário, a sala) da instituição onde se realiza o exame (por exemplo, estabelecimento prisional, clínica, casa particular); condições em que se encontra a pessoa no momento do exame (por exemplo, natureza de quaisquer restrições que lhe tenham sido impostas quando da chegada ao local do exame ou no decurso deste, presença de forças de segurança durante o exame, comportamento das pessoas que acompanham o detido, ameaças proferidas contra a pessoa que efetua o exame) e quaisquer outros fatores relevantes;
- Histórico – registro detalhado dos fatos relatados pela pessoa em causa no decurso do exame, incluindo os alegados métodos de tortura ou maus-tratos, momento em que alega ter

ocorrido a tortura ou os maus-tratos e todos os sintomas físicos ou psicológicos que a pessoa afirme sofrer;

- Observações físicas e psicológicas – registro de todos os resultados obtidos na seqüência do exame, físico e psicológico, incluindo os testes de diagnóstico apropriados, e, sempre que possíveis, fotografias a cores de todas as lesões;
- Parecer – interpretação quanto à relação provável entre os resultados do exame físico e psicológico e a eventual ocorrência de tortura ou maus-tratos. Deverá ser formulada uma recomendação quanto à necessidade de qualquer tratamento médico ou psicológico ou exame ulterior;
- Autoria – O relatório deverá identificar claramente as pessoas que procederam ao exame e deverá ser assinado.

1.6.4.3 – O MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE A PERÍCIA

O Promotor de Justiça deve estar atento para a completude da perícia e do laudo técnico e do respeito dos peritos aos princípios que norteiam seu trabalho.

Se for necessária a apresentação de quesitos ou de pedido de esclarecimentos do relatório, as perguntas podem ser estruturadas da seguinte forma:

- há achados médico-legais que caracterizem a prática de tortura física?
- há indícios clínicos que caracterizem a prática de tortura psíquica?
- há achados médico-legais que caracterizem execução sumária?
- há evidências médico-legais que sejam características, indicadoras ou sugestivas de ocorrência de tortura contra o(a) examinado(a), que, no entanto, poderiam excepcionalmente ser produzida por outras causas?

Na prática, a perícia em casos de tortura, sevícia ou maus-tratos, principalmente quando as vítimas estão sob tutela judicial, muitas vezes, não elucida a ocorrência desse crime de evidências difíceis pela sofisticação dos meios utilizados e pela conivência dos agentes do poder em omitir tais ocorrências, não enviando as vítimas aos órgãos especializados da perícia oficial. Acrescente-se a isso o temor e a dificuldade que as vítimas têm de denunciar seus agressores e a escassez de recursos materiais e humanos, principalmente no que tange à devida especialização dos peritos, imprescindíveis à demonstração da conduta delitiva.

1.6.5 – O MONITORAMENTO DE LOCAIS DE DETENÇÃO – O PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA DA ONU

O Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura da ONU, do qual o Brasil também é signatário, estabelece a finalidade de sua criação:

Art. 1º - O objetivo do presente protocolo é estabelecer sistemas de visitas periódicas a cargo de órgãos internacionais e nacionais independentes aos lugares em que se encontrem pessoas privadas de liberdade, com o fim de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Para tanto, prevê a criação, em âmbito internacional, de um Sub-comitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Tal Sub-comitê é composto por dez membros independentes indicados e eleitos pelos Estados-Partes, com poderes para ter acesso não somente aos estabelecimentos prisionais, que incluem as Delegacias de Polícia com carceragem, mas também a qualquer centro para solicitantes de asilo, campos militares, centros de internação de adolescentes infratores, hospitais psiquiátricos e zonas de trânsito em aeroportos internacionais.

O Protocolo prevê a criação de mecanismos nacionais independentes, cabendo a cada Estado a obrigação de criação, manutenção e designação de tais mecanismos (art. 17). No Brasil, em âmbito interno, um Comitê foi instituído e está fomentando a criação de mecanismos similares nos estados federados através de iniciativa da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), não tendo o Estado de Minas Gerais concretizado, até o presente momento, tal mecanismo.

O CAO-DH tem participado da discussão sobre a implementação de tais mecanismos preventivos junto a SEDH e ao Comitê Nacional, assessorando o Procurador-Geral de Justiça, que representa o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais naquele comitê.

Ademais, em contato com a ONG *Associação para a Prevenção da Tortura (APT)*, sediada em Genebra, órgão com *status* consultivo da ONU, OEA, Comissão Africana, Conselho da Europa e da SEDH, o CAO-DH conseguiu autorização para disponibilizar, em sua página no *site* institucional, a publicação do *Monitoramento de Locais de Detenção: um guia prático*, editado pela gráfica Abrax, França, tratando-se de tradução da obra original publicada em inglês pela APT no ano de 2004, sob o título *Monitoring places of detention: a practical guide*.

Esse guia contém dicas e roteiros práticos para a melhoria de fiscalização e monitoramento dos locais em que pessoas se encontrem privadas de liberdade, sendo um material valioso para a atuação do Ministério Público e de outros órgãos e instituições na erradicação da tortura e dos tratamentos desumanos.

Considerando a possibilidade de consulta na íntegra de tal publicação no *site* institucional, na página do CAO-DH, apresentarei alguns aspectos e

orientações relevantes desse material, com as adaptações necessárias à nossa realidade estadual.

1.6.5.1 – CONCEITOS

Para a adequada compreensão dos objetivos do monitoramento propostos pelo Protocolo Facultativo e pelo guia prático da APT, impõe-se a definição de alguns conceitos básicos. Para tanto, apontaremos os de maior relevância para a atuação funcional do membro do Ministério Público.

Monitoramento de locais de detenção

Processo temporal de investigação e fiscalização regular, através de visitas ao local e entrevistas com as pessoas privadas de liberdade, de todos os aspectos da detenção. Tal atividade, investigativa e fiscalizatória, poderá abranger, ou não, a totalidade das categorias de detentos que se encontrem em um ou mais lugares de detenção.

O monitoramento implica necessariamente encaminhamento, divulgação e transmissão dos resultados aferidos pelo sistema de visitas às autoridades, órgãos e atores envolvidos na proteção das pessoas privadas de liberdade, nacionais e internacionais. O monitoramento visa também à expedição de orientações e recomendações às autoridades competentes pela custódia das pessoas privadas de sua liberdade.

Detento

Tal expressão possui uma pluralidade de conceitos de acordo com o país em que é empregada, bem como em documentos internacionais. Muitas vezes, é utilizada de forma a identificar aquele que se encontra com a sua liberdade de ir e vir privada, previamente a seu julgamento, ou em razão de prisão administrativa, onde houver. Para fins do Protocolo e do guia prático, tal expressão é utilizada no sentido mais amplo possível, contemplando quaisquer pessoas privadas de liberdade como resultado de prisão administrativa, prisão cautelar, temporária ou em razão de condenação transitada em julgado e sua reclusão em algum lugar de detenção.

Lugar de detenção

Da mesma forma que a expressão *detento*, aqui se busca o conceito amplo desse termo, referindo-se a qualquer lugar em que uma pessoa encontra-se privada de sua liberdade de ir e vir, tais como delegacias, cadeias públicas, presídios, penitenciárias, centros de internação de adolescentes, instituições psiquiátricas, cárceres ou celas de uso militar, entre outros lugares.

Visita

O termo *visita* deve ser entendido não somente como o deslocamento para o local a ser monitorado, o ingresso e a circulação por seu interior, mas também a sua preparação e acompanhamento.

1.6.5.2 – O MONITORAMENTO

A privação da liberdade é medida extrema e atinge diretamente direito fundamental do indivíduo, que tem sua liberdade de ir e vir cerceada, em razão de previsão legal e do respeito ao *due process of law* (devido processo legal). Entretanto, a dignidade da pessoa humana deve sempre ser resguardada, principalmente em relação às pessoas que se encontrem em tal situação excepcional.

A privação da liberdade pode se dar em local público ou privado, devidamente respaldada por autorização judicial, independe da vontade da pessoa submetida a tal medida.

Na página 21 do guia prático referido anteriormente, encontramos alguns exemplos de situações de privação de liberdade, as quais serão apresentadas com adaptações à nossa especificidade legislativa e com acréscimo de outras:

- detenção provisória (prisão temporária);
- prisão em flagrante antes da comunicação ao juízo;
- prisão preventiva (custódia cautelar);
- condenados definitivos;
- internação provisória ou definitiva de adolescentes infratores;
- internação involuntária psiquiátrica (que deve ser comunicada ao MP);
- medidas de segurança;
- detenção como sanção disciplinar na esfera militar.

Há de se ressaltar que, consoante dispõe o art. 6º das Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução nº 45/110 de 1990, a detenção preventiva não deve ser utilizada de forma sistemática, mas sim como “[...] último recurso, tendo-se em conta a investigação do suposto delito e a proteção da sociedade e da vítima”.

Para que se otimize o monitoramento de locais de detenção como forma de erradicação da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes, impõe-se a adoção de algumas medidas, como a existência de um marco legal (no Brasil, a Lei de Tortura), a capacitação de recursos humanos e a disponibilidade de recursos financeiros e materiais.

Ademais, é de suma importância o engajamento de diversos atores e a implementação de mecanismos que reforcem tal fiscalização, tais como serviços de inspeção interna, ONGs, mecanismos internacionais, advogados e a própria OAB, controle judicial, fiscalização rigorosa do Ministério Público, ouvidorias, organizações de direitos humanos, etc.

Frisa-se que o monitoramento abrange todos os aspectos da detenção, ou seja, medidas jurídicas e administrativas aplicadas internamente aos locais de detenção, às condições de vida durante a detenção, à assistência prevista na Lei de Execução Penal e normas internacionais e à relação entre detentos e a direção e funcionários do estabelecimento.

A importância de tal rotina se deve às frequentes violações dos direitos humanos das pessoas sujeitas à privação de sua liberdade, que, além de se encontrarem em situação vulnerável, estão isoladas da visão da sociedade e dependentes quase exclusivamente das pessoas responsáveis por sua custódia.

Trata-se de uma ação complexa e sensível, visto que envolve pessoas em situações muitas vezes de tensão. Para tanto se impõe a necessária observância de princípios básicos adaptados pela APT do *Professional Training Series nº 7, Training Manual on Human Rights Monitoring*, New York, Geneva, 2001 (Manual de Capacitação para a Fiscalização dos Direitos Humanos das Nações Unidas), do Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU. São eles:

- não causar danos;
- ter prudência e sensatez;
- ter respeito pelas autoridades e pelo corpo técnico das prisões;
- ter respeito às pessoas privadas de liberdade;
- ter credibilidade;
- respeitar o sigilo de informações;
- respeitar a segurança;
- ser consistente, persistente e paciente;
- ser exato e preciso;
- ser sensível;
- ser objetivo;
- comportar-se com integridade;
- ser visível.

1.6.5.3 – COMO MONITORAR?

A maneira indicada para a realização desse monitoramento é a *visita*, impondo-se a necessidade de criação de um programa de visitas, que ocorreriam rotineiramente, sendo que cada uma deverá respeitar os seguintes estágios: preparação, visita e monitoramento.

Para a elaboração do programa proposto, são necessários, primeiramente, a formação de uma equipe multidisciplinar (formada na Comarca ou do CEAT) e o levantamento dos lugares onde se encontram as pessoas privadas de liberdade que se insiram na definição de detentos. Posteriormente, deve-se avaliar a conveniência, oportunidade e possibilidade de visitas anunciadas ou não. Havendo pluralidade de lugares, convém estabelecer uma ordem de visitação e, para que os trabalhos sejam produtivos e otimizados, de acordo com o obje-

tivo a que se propõem, devem ser estabelecidas a duração máxima e a frequência das visitas.

A escolha dos lugares a serem monitorados e o estabelecimento de prioridades dependerá de alguns fatores, tais como o grande número de queixas que cheguem ao conhecimento do Promotor, provenientes do mesmo estabelecimento, o perfil das pessoas recolhidas (adolescentes, mulheres, idosos, etc), lotação, entre outros.

A duração das visitas deverá ser suficiente para que se realize um trabalho com o grau de profissionalismo que a situação exige. Assim, o tempo gasto com a visita deve permitir que a equipe possa estabelecer contatos com a direção do estabelecimento, com os funcionários e com uma amostra representativa das pessoas detidas, bem como examinar as condições de vida e das instalações.

A frequência com que tais visitas se realizarão deverá atentar ao tipo e às peculiaridades do lugar de detenção. Fatores como superlotação, reiteradas reclamações de abuso de autoridade, tortura, maus-tratos e deficiência assistencial devem ser levados em consideração. É importante também avaliar a produtividade de visitas reiteradas, pois elas quebram a rotina interna do estabelecimento, atrapalhando o trabalho da direção e dos funcionários, nem sempre trazendo resultados satisfatórios.

A escolha de uma equipe para realizar tais visitas é de suma importância. A necessidade de uma equipe multidisciplinar se deve ao fato de o monitoramento, proposto através do estabelecimento de uma rotina de visitas, visar à avaliação da detenção como um todo, ou seja, as questões jurídicas afetas à execução da medida privativa de liberdade e às condições de vida e instalações do estabelecimento. A composição ideal, além do Promotor e eventual equipe de apoio de que disponha a Promotoria, deve agregar um médico (nas Comarcas do interior, sugere-se a obtenção de tal profissional junto à Secretaria Municipal de Saúde), especialmente em locais em que tenham sido noticiados abusos e torturas. Outros profissionais, como engenheiros, psicólogos e assistentes sociais também possuem qualificação compatível com o perfil proposto.

O tamanho da equipe responsável pela visita deverá ser balizado de acordo com o seu objetivo, com o conhecimento sobre o estabelecimento e seus problemas, com o tamanho físico e o número de pessoas privadas de liberdade no local e, por fim, conforme quaisquer entraves que sejam colocados pelas autoridades por ele responsáveis.

Há de se frisar que o CEAT dispõe de equipe capacitada para a realização de vistorias nos estabelecimentos em que pessoas estejam privadas de liberdade. Ocorre que não se pode contar apenas com essa equipe, seja pela limitação pessoal, seja pelo

expressivo número de pedidos solicitados àquele centro. Assim, sugere-se que a formação de tal equipe seja feita junto às prefeituras locais.

Após a realização da visitas e a elaboração de relatórios das visitas, devem ser noticiadas as conclusões da inspeção à direção do estabelecimento, bem como aos órgãos afetos a administração e fiscalização deste. Após, devem ser expedidas recomendações para a adequação das irregularidades apontadas, com prazo razoável para o cumprimento. Poderá ainda ser avaliada, caso a caso, a possibilidade de celebração de TAC. Como última medida, deve ser ajuizada a Ação Civil Pública para sanar as irregularidades constatadas e não sanadas. No item de peças deste capítulo, encontra-se modelo de recomendação e ação cautelar inominada que pode ser utilizado como modelo de atuação.

1.7 – A QUESTÃO DA VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA (ART. 322 DO CP), DO EXERCÍCIO ARBITRÁRIO OU ABUSO DE PODER (ART. 350 DO CP) E DO ABUSO DE AUTORIDADE (LEI Nº 4.898/65)

Com o advento da Lei nº 4.898/65, em plena ditadura militar, que dispõe sobre o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal em relação à prática do delito de abuso de autoridade, surgiu a discussão acerca da possível revogação dos arts. 322 e 350 do Código Penal, uma vez que esta lei, em seu art. 3º, “i”, e art. 4º, “a”, “b”, “i”, teria englobado as condutas anteriormente disciplinadas.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, o crime de violência arbitrária, tipificado em seu art. 322, consiste no uso indevido do *status* conferido a cargo ou função pública desempenhada para justificar atitude violenta. Já os atos de poder que resultem em restrição à liberdade individual sem amparo legal, ou sem obedecer às formalidades exigidas por lei, caracterizariam a figura do abuso de poder (art. 350 do CP).

A Lei nº 4.898/65, por sua vez, no art. 3º, dispõe que constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/1979).

Em seu art. 4º, preceitua que constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente

a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

No que tange à matéria, portanto, há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais antagônicos sobre o tema.

De um lado, alguns defendem a revogação dos dispositivos do Código Penal pela Lei de Abuso de Autoridade, uma vez que esta traz disposições específicas sobre a matéria tratada, enquanto outros doutrinadores, embora admitam que em partes a matéria foi absorvida pela lei nova, sustentam que não há dispositivos que disponham sobre os incisos I, II e IV do parágrafo único do art. 350 do Código Penal. Já quanto ao art. 322, os doutrinadores que defendem a sua permanência entendem que a violência arbitrária consistiria num ato realizado sem nenhum respaldo legal, acobertada sob o pretexto da função que o agente desenvolve, enquanto o abuso de autoridade se caracterizaria pelo excesso durante o cumprimento de uma determinação legal, ou seja, uma ação que ultrapassa os limites do ato autorizado.

Nesse sentido, o Juiz Lauro Malheiros discorre que “o art. 322 do Código Penal não mais pode servir de suporte condenatório porque se acha revogado pela Lei nº 4.898/65. Trata-se de lei que regulou inteiramente a punição dos crimes de abuso de poder, classe a que pertence o denominado delito de violência arbitrária²²”.

Adota o mesmo posicionamento o penalista Damásio de Jesus:

O art. 350 do CP, que define o crime de exercício arbitrário ou abuso de poder, foi parcialmente revogado pelo art. 4º, da Lei nº 4.898/65. Trata-se de revogação tácita. O art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, diz que a lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Assim, o

²² MALHEIROS, Lauro. Tacrim-SP-Rec. Revisa Tribunais nº436/410.

caput e o n. III do art. 350 foram revogados pelas normas das alíneas “a” e “b” do art. 4º, permanecendo em vigor os demais incisos²³.

O STF se manifestou a favor da vigência do art. 322 do Código Penal, ao decidir que “o crime de violência arbitrária, previsto no art. 322 do Código Penal, não foi revogado pela Lei nº 4.898/65” (Supremo Tribunal Federal. RE. Relator Oswaldo Trigueiro. Rev. dos Tribunais. 449/504).

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem julgado conforme essa linha doutrinária:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PREVARICAÇÃO - PUNIBILIDADE EXTINTA - PECULATO - AUSÊNCIA DE PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO - VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA - DELITO DEVIDAMENTE ATESTADO - CONDENAÇÃO LANÇADA - RECOMENDAÇÃO FEITA. Constatando-se que a prescrição incide sobre um dos delitos imputados a um dos réus, tendo em conta a pena privativa máxima prevista na norma incriminadora, cumpre, desde logo, declarar a extinção da punibilidade de referida infração. Se a acusação pelo peculato é embasada somente em elementos do inquérito, havendo provas judiciais que os mitigam, impende solucionar a dúvida em favor dos indigitados. Devidamente atestada a VIOLÊNCIA empregada pelos Policiais Civis em ato de prisão ARBITRÁRIA, buscando os agentes obter a qualquer custo a confissão desejada, possível a condenação de todos eles nas iras do delito do art. 322 do CP, ainda vigente. Constatando-se que a condenação operada em segunda instância está fulminada pela prescrição retroativa da pretensão punitiva, com fulcro na pena aplicada, recomenda-se ao julgador primevo analisar a questão. Preliminar suscitada apelo parcialmente acolhido e recomendação feita. (Número do processo: 1.0027.96.003522-1/001(1). Relator: EDI WAL JOSÉ DE MORAIS. Data do Julgamento: 31/10/2007. Data da Publicação: 21/11/2007)

EMENTA: A **violência arbitrária**, tipo do art. 322 do CP, é entendida como aquela ilegalidade do funcionário público que, violando o Direito da Administração Pública, age arbitrariamente, isto é, sem autorização de qualquer norma legal que lhe justifique a conduta, contra o cidadão, não está compreendida no ‘atentado à incolumidade física do indivíduo’, tipo inscrito no art. 3º, ‘i’, da Lei nº 4.898/65, norma referente ao abuso de autoridade ou exercício arbitrário de poder, pela qual o funcionário, ao executar sua atividade, excede-se no Poder Discricionário, que facultaria a escolha livre do método de execução, ou desvia, ou foge da sua finalidade, descrita na norma legal que autorizava o Ato Administrativo, ocorrendo aí uma lesão de direito que no campo penal toma forma de abuso de poder ou exercício arbitrário de poder. Precedentes do STF e TJMG. (TJMG.1ª C. Ap. 1.0024.98.085532-4/001. Rel. Sérgio Braga. pub. 23/11/2004)

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO

- VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA - Delito que não se enquadra no rol das infrações de menor potencial ofensivo, previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01 - *Emendatio libelli* - Momento processual - Sentença - art. 322 do CP - Revogação pela Lei nº 4.898/65 - Inocorrência - Precedentes do STF - *O crime de VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA previsto no art. 322 do CP não foi revogado pela Lei nº 4.898/65* - Conflito conhecido, dando-se pela competência do juízo suscitado (9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte. Número do processo: 1.0000.04.415093-6/000(1). Relator: GUDESTEUBIBER. Data do Julgamento: 07/06/2005. Data da Publicação: 14/06/2005)

Desse modo, nota-se que a jurisprudência utilizou a distinção entre as condutas tipificadas para delimitar a aplicação destas, incidindo, ainda, na discussão relativa à diferença da pena prevista em abstrato no art. 322 do Código Penal, que é maior do que a prevista na Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 4.898/65.

1.7.1 – O CRIME DO ART. 209 DO CÓDIGO PENAL MILITAR E A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

É importante ressaltar que, por não estar tipificado no Código Penal Militar, o crime de abuso de autoridade é da competência da Justiça Comum. Contudo, o delito de lesão corporal dolosa praticada por militar é da competência da Justiça Especializada. Existindo a conexão entre ambos, aplica-se o preceito do art. 79, I, do CPP, que autoriza a separação e o desmembramento do processo. Portanto, não há que se falar em afronta ao princípio do *ne bis in idem*, já que se trata de infrações de natureza distinta com legislação específica e juízos distintos. Tal entendimento está sedimentado nas decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. ALEGAÇÃO DE DÚPLICIDADE DE PROCESSOS SOBRE OS MESMOS FATOS. CRIMES DE NATUREZA COMUM E CASTRENSE. CUMPRIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NA JUSTIÇA ESTADUAL. COISA JULGADA MATERIAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS FUNDAMENTOS APRESENTADOS. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. Eventual reconhecimento da coisa julgada ou da extinção da punibilidade do crime de abuso de autoridade na Justiça comum não teria o condão de impedir o processamento do Paciente na Justiça Castrense pelos crimes de lesão corporal leve e violação de domicílio. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, por não estar inserido no Código Penal Militar, o crime de abuso de autoridade seria da competência da Justiça comum, e os crimes de lesão corporal e de violação de domicílio, por estarem estabelecidos nos arts. 209 e 226 do Código Penal Militar seriam da competência da Justiça Castrense. Precedentes. 3. Ausência da plausibilidade

²³ JESUS, Damásio de. **Do abuso de Autoridade**. Revista Justitia. p. 59-48.

jurídica dos fundamentos apresentados na inicial.
4. *Habeas corpus* indeferido. (HC 92912/RS. RIO GRANDE DO SUL. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 20/11/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma)

Portanto, por serem as condutas disciplinadas por diplomas diferentes, cada qual designando competência e procedimento específico, não se pode considerar sensato que sejam avaliadas pelo mesmo juízo, ainda que derivadas de um mesmo ato, podendo ser consideradas em separado.

1.8 – O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.8.1 – INTRODUÇÃO

O constituinte de 1988, ao atribuir no art. 129, VII, da CF/88, o exercício do Controle Externo da Atividade Policial ao Ministério Público, pretendeu que o órgão ministerial atuasse, de ofício ou mediante requerimento de qualquer pessoa, sempre que os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis do cidadão e da sociedade fossem objeto de violação, supressão ou ameaça plausível, por parte das forças policiais.

Dessa forma, o controle externo deve ser entendido como instrumento de realização do poder punitivo do Estado. Seu objetivo é dar ao Ministério Público um comprometimento maior com a investigação criminal e, conseqüentemente, um amplo domínio e lisura na produção da prova, a qual lhe servirá de respaldo na eventual propositura da ação penal pública, bem como na propositura pelo ofendido da ação penal privada.

Ademais, não só a proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como preconizado e tutelado pela Constituição da República, deve ser objeto da atenção e do labor do Ministério Público. Na atividade de controle externo das atividades policiais, deve-se zelar também pelo respeito à legalidade, legitimidade, licitude e efetividade dos trabalhos investigativos desenvolvidos pela polícia judiciária, bem como pelo policiamento ostensivo exercido pelas polícias militares. Há de se registrar que a Promotoria de Defesa de Direitos Humanos da Capital, ao exercer também a fiscalização da atividade policial, não tem se cingido ao conceito restrito de tal papel, exercendo a fiscalização da atividade de bombeiros militares, policiais civis em funções junto ao DETRAN e agentes penitenciários.

A ONU, por sua Assembléia Geral, editou, em 17 de dezembro de 1979, o *Código de Conduta para os Funcionários Encarregados de Aplicação da Lei (CCEAL)*, através da Resolução nº 34/169, refletindo a preocupação mundial com as violações de direitos, regularmente praticadas por funcionários encarregados da aplicação da lei. Tal código preceitua:

Art. 1º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem sempre cumprir o dever que a lei lhes impõe, servindo a comunidade e protegendo todas as pessoas contra atos ilegais, em conformidade com o elevado grau de responsabilidade que sua profissão requer.

Art. 2º: No cumprimento do dever, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, manter e apoiar os direitos humanos de todas essas pessoas.

Art. 3º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando estritamente necessária e na medida exigida para o cumprimento de seu dever.

Art. 4º: Os assuntos de natureza confidencial em poder dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem ser mantidos confidenciais.

Art. 5º: Nenhum funcionário responsável pela aplicação da lei pode infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante, nenhum destes funcionários pode invocar ordens superiores ou circunstâncias excepcionais, tais como o estado de guerra ou uma ameaça de guerra, ameaça à segurança nacional, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para torturas ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradante.

Art. 6º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem garantir a proteção à saúde de todas as pessoas sob sua guarda e, em especial, devem adotar medidas imediatas para assegurar-lhes cuidados médicos, sempre que necessário.

Art. 7º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem cometer quaisquer atos de corrupção. Também devem opor-se vigorosamente e combater todos estes atos.

Art. 8º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar a lei e este código. Devem, também, na medida das suas possibilidades, evitar e opor-se com rigor a qualquer violação da lei e deste código.

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei que tiverem motivos para acreditar que houve, ou que está para haver, uma violação deste Código devem comunicar o fato a seus superiores e, se necessário, a outras autoridades competentes ou órgãos com poderes de revisão e reparação.

No Brasil, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou recentemente, por meio da Resolução nº 20/07, o exercício do controle da atividade policial pelos seus membros. De acordo com a resolução, o controle deve ser exercido de duas formas: na forma difusa, pelos promotores com atribuição criminal, e na concentrada, através dos membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público. Antes de editada esta resolução, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, LC nº 45/1993, trazia contornos do modo como se deveria efetivar o controle da atividade policial pelos membros do órgão ministerial. Apesar de existirem leis que dis-

ciplinavam a matéria no âmbito dos estados, estas não esgotavam as formas sobre as quais deveria ser exercida essa função, sendo necessária a aplicação subsidiária da lei complementar referida.

Assim, deve o controle externo ser exercido sobre a instauração, o desenvolvimento e o resultado dos trabalhos persecutórios da polícia judiciária bem como sobre as atividades repressivo-preventivas exercidas pela polícia ostensiva e toda função atinente ao trato com o cidadão e a população em geral, mas nunca sobre a estrutura hierárquica ou os assuntos referentes ao âmbito administrativo interno da polícia.

Mesmo em situações excepcionais, como a decretação do estado de defesa, ou de sítio, cabe a responsabilização civil, criminal e administrativa do agente político (membro do poder público), dos agentes públicos e serventuários civis ou militares, que venham a cometer abusos, desvios ou praticar excessos.

No que tange às atividades praticadas pelas Polícias Civil e Militar, suas *atividades-meio* devem estar excluídas desse controle para que não se interfira no chamado controle interno.

Em tais casos, a própria administração pública detém o poder de controlar os seus próprios atos, através da chamada autotutela administrativa, de acordo com entendimento da Súmula nº 473, editada pelo Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, por que deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Conclui-se que o controle da atividade policial atua buscando promover maior transparência, eficácia e celeridade da atividade policial, não adentrando na organização interna dos órgãos relacionados às atividades investigativas desenvolvidas. Tal instrumento é indispensável na construção de um Estado Democrático de Direito que pretende a realização plena dos direitos e garantias fundamentais.

1.8.2 – O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Atualmente, setores ligados às forças policiais, em especial à polícia civil, questionam a legitimidade da investigação feita pelo Ministério Público. Há os que entendem que a função investigativa constitui atribuição exclusiva da polícia judiciária, de acordo com o art. 144 da CF/88, e, portanto, a investigação pelo órgão ministerial estaria invadindo o âmbito de atuação da instituição policial, de modo a inter-

ferir negativamente no desempenho da atividade dessa. O STF já se pronunciou nesse sentido, em acórdão relatado pelo ex-ministro Nelson Jobim (RHC nº 81.326, j. em 05/02/2003). Entretanto, a decisão da Corte superior foi restrita ao caso, não servindo para embasar nenhuma posição definitiva acerca da questão.

A maioria da doutrina, entretanto, entende que a Constituição teve como finalidade apenas delimitar as atribuições investigatórias da polícia em tal dispositivo, não pretendendo afastar a possibilidade de que outros órgãos pudessem investigar infrações penais. Defendem que a parcela dessa atividade investigativa assumida pelo Ministério Público é decorrente do art. 129, VIII, da Constituição Federal e esconde o interesse da sociedade na busca pela verdade real. Não se trata de invasão de competência, mas sim de complementação. Desta forma, a investigação a ser realizada pelo Ministério Público não tem a pretensão de substituir o papel da polícia judiciária, tampouco de comprometer a função a ser assumida pelo órgão no desenvolvimento da ação penal. Assim, não se pode falar que tal atividade irá comprometer a imparcialidade característica da atuação do membro do MP, uma vez que objetiva tão-somente esclarecer os contornos do fato a ser analisado e discutido em fase judicial.

Clémerson Merlin Cléve ainda acrescenta:

É preciso afastar argumentos apaixonados que insistem numa equivocada pretensão do Ministério Público de substituir-se à polícia judiciária ou mesmo de presidir inquéritos policiais, pois não é disto que se trata. Não há substituição dos órgãos encarregados, em princípio, da investigação criminal. A polícia judiciária deve continuar responsável pelos inquéritos policiais, sendo certo que o Ministério Público haverá de realizar investigações em casos excepcionais, devidamente justificados, sem que isso possa significar o esvaziamento da esfera funcional da instituição policial²⁴.

O debate sobre o tema ressurgiu com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84548 no Superior Tribunal Federal. O paciente fora denunciado pelo homicídio do então Prefeito de Santo André, com base em investigações realizadas pelo Ministério Público. Tal fato ensejou a proposição da ADin nº 3.309-3, pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia, pleiteando a declaração pelo STF da inconstitucionalidade da Lei Orgânica do Ministério Público, que confere a este poder investigatório. A ADin recebeu parecer contrário da Advocacia-Geral da União. O julgamento do *Habeas Corpus* está suspenso, com votação parcial de 3x2, sendo que a maioria dos ministros que já votaram entenderam que a Constituição não impede a realização de investigação pelo Ministério Público.

²⁴ Cléve, Clémerson. *Investigação Criminal e Ministério Público*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>

Diante da controvérsia, merece destaque a carta recebida pelo então presidente da Suprema Corte, ministro Nelson Jobim, no dia 1º de setembro de 2004, enviada pela Secretária-Geral da Anistia Internacional, Irene Khan:

Atualmente, no Brasil, a grande maioria dos crimes de direitos humanos é investigada por policiais, muitas vezes lotados no mesmo batalhão ou delegacia de polícia que o perpetrador. Isso tem contribuído, na melhor das hipóteses, para uma imagem de corporativismo na impossibilidade de construir casos para julgamento. Na condição de órgão independente do Executivo, o Ministério Público é um dos únicos, senão o único, organismo independente capaz de, atualmente, realizar tais investigações no Brasil.

1.8.3 – A EFETIVAÇÃO POSSÍVEL DA FISCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE POLICIAL

Há de se ressaltar que as infrações cometidas por policiais no exercício da função pública ou em razão dela devem, dependendo de sua gravidade e repercussão, ser investigadas *preferencialmente* pelo próprio membro do Ministério Público, por meio de Procedimento Penal Investigatório (Resolução Conjunta PGJ/CMP nº 2/04) ou Inquérito Civil Público. Obviamente, tal instauração só será possível caso seja viável ante a estrutura pessoal e material de que o promotor disponha. *Nos casos de crimes militares próprios, a investigação e a eventual propositura da ação penal são de atribuição da promotoria da auditoria militar.* Em todos os casos, orienta-se que seja acionada a corregedoria específica do órgão a que pertence o funcionário público infrator para que se proceda à investigação criminal e/ou para fins de punições administrativas. Além da responsabilização penal do agente, cabe também a civil, se caracterizado ato de improbidade administrativa.

O controle deve atuar no conhecimento da *notitia criminis*, nas apurações policiais e durante o inquérito policial. O promotor deve prezar pela legalidade, celeridade e otimização de tais procedimentos, de modo que a ele é, portanto, atribuída a função de tomar as providências legais cabíveis quando verificadas suspeitas de prevaricação, abuso de autoridade, improbidade administrativa e demais infrações penais que obstaculizem o trâmite do inquérito policial.

Diante de comunicação escrita ou verbal acerca da prática de uma infração penal atribuída a policial, deve o promotor, em princípio, verificar a existência de inquérito ou sindicância administrativa junto à Corregedoria à qual o agente estiver vinculado. Caso o procedimento investigatório já tenha sido instaurado, deve-se verificar a possibilidade da propositura da denúncia, embasada nos elementos constantes da informação (demonstração do fato,

autoria, materialidade e qualificação do acusado). Do contrário, as declarações dadas pela vítima ou seu representante legal devem ser lavradas a termo e encaminhadas à autoridade policial corregedora, devidamente acompanhada de ofício requisitório de instauração de inquérito policial. Nos casos de comunicação anônima ou através da leitura de publicação periódica, convém requisitar a instauração do inquérito após a oitiva da suposta vítima ou seu representante legal. Nos crimes de ação pública condicionada, deve-se aguardar a necessária manifestação da vontade da vítima para se apresentar a denúncia.

Determina o art. 4º da Resolução nº 20 do Conselho Nacional do Ministério Público, que incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo:

I – realizar visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição;

II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;

III – fiscalizar a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;

IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;

V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário;

VI – comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar;

VII – solicitar, se necessária, a prestação de auxílio ou colaboração das corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo;

VIII – fiscalizar cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, inclusive através do órgão responsável pela execução da medida;

IX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

§ 1º Incumbe, ainda, aos órgãos do Ministério Público, havendo fundada necessidade e conveniência, instaurar procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.

§ 2º O Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo visando sanar as deficiências ou irregularidades detectadas no exercício do controle externo da atividade policial, bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.

§ 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível, incumbe ao órgão do Ministério Público encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com atribuição para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa.

1.8.3.1 – A LEI ESTADUAL Nº 15.301/2004 – SUSPENSÃO CAUTELAR DO POLICIAL CIVIL

A Lei nº 15.301/04 institui as carreiras do Grupo de Atividades de Defesa Social do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Em seu art. 51, encontramos relevante disposição para a atuação na fiscalização da atividade policial:

Art. 51 – Ao servidor da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais aplicar-se-á imediatamente a medida de suspensão preventiva prevista no inciso VII do art. 20 da Lei nº 5.406, de 16 de dezembro de 1969, assim que for recebida pelo Poder Judiciário a denúncia decorrente da prática dos seguintes ilícitos:

I – crime hediondo, tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins e terrorismo;

II – crime contra o sistema financeiro ou de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;

III – extorsão ou corrupção passiva ou ativa.

§ 1º - A suspensão preventiva prevista no “caput” deste artigo perdurará durante a sindicância administrativa e o respectivo processo administrativo.

§ 2º - Ao servidor suspenso preventivamente aplicar-se-ão as seguintes medidas:

I – recolhimento da arma de propriedade do Estado;

II – recolhimento da identidade policial.

§ 3º - Para fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária competente notificará imediatamente a autoridade administrativa a que o servidor se encontra subordinado sobre o recebimento de denúncia-crime contra o servidor.

De tal forma, convém que os Promotores atuantes na fiscalização da atividade policial, quando do oferecimento da denúncia pela prática de algum dos delitos mencionados em tal dispositivo, requeiram, com o recebimento da inicial acusatória, na forma do § 3º do art. 51 da lei citada, a efetivação da suspensão administrativa do servidor.

1.8.4 – O CONTROLE INTERNO

As corregedorias são os órgãos destinados a realizar o controle interno das atividades policiais, ou seja, quando de abusos cometidos durante as atividades-meio dos órgãos que compõem o Sistema de Defesa Social. Para facilitar este controle, foi criado o Sistema Integrado das Corregedorias das Polícias Civil e Militar, Bombeiros Militares e da Administração Penitenciária (SICODS), em Belo Horizonte, no ano de 2006. O objetivo de tal projeto foi o de institucionalizar e otimizar os mecanismos de controle da atividade dos corregedores. Esse sistema colegiado é composto, além dos Corregedores, por outros representantes, como o Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Assembléia Legislativa, Subsecretário de Defesa Social etc. O coordenador do CAO-DH tem assento em tal colegiado.

Por sua vez, a Corregedoria da Polícia Militar delega comumente a presidência de inquéritos policiais militares e sindicâncias administrativas ao comando da unidade em que o policial infrator está lotado, o que se deve a sua estrutura deficiente. Já a Polícia Civil possui equipe de delegados designados especialmente para atuar junto àquele órgão, o que não impede que a investigação de policiais civis possa se dar em delegacias regionais.

1.9 – APOIO COMUNITÁRIO

A definição da atuação ministerial no apoio comunitário reveste-se da mesma transversalidade inerente ao seu conceito e ao de direitos humanos. Visando fins práticos, podemos definir tal apoio como o fruto das demandas sociais locais específicas, captadas pelo atendimento ao público rotineiro na promotoria ou através das audiências públicas regionais.

Há de se ressaltar que as portas do Ministério Público devem sempre estar abertas ao cidadão, sendo que o atendimento ao público deverá ser feito preferencialmente pelo próprio Promotor ou por funcionário capacitado para tanto. É de suma importância que o atendimento seja feito de forma adequada, para que o cidadão possa sentir naquele local tranquilidade e confiança necessárias para expor sua reclamação e pleito.

Essa modalidade de atuação tem especial fim social e só poderá ser efetiva e satisfatoriamente realizada com o deslocamento do Promotor do interior de seu gabinete ao local em que se encontra o problema ou pela participação em reuniões públicas promovidas por lideranças comunitárias locais.

Não há, ainda, no país, uma cultura de mobilização e organização popular, sendo constatada, por muitas vezes, a atuação desarticulada dos vários atores da sociedade civil. Para contribuir para a integração

dos grupos sociais, o membro do Ministério Público local pode organizar palestras e/ou oficinas de capacitação popular, nas quais o Promotor discorrerá sobre as principais demandas locais, os direitos da população, órgãos que devem ser acionados e as medidas já tomadas pelo Ministério Público em relação aos problemas recorrentes na Comarca.

Outros temas relevantes também devem ser abordados quando dessa capacitação, tais como relações entre Estado e sociedade, controle social de políticas públicas, criminalização e desafios dos movimentos sociais, programas oficiais de apoio dos Governos Municipal, Estadual e Federal (tais como bolsa família, programas de geração de trabalho e renda, benefícios de prestação continuada da assistência social, programas alimentares etc.). Os materiais referentes a eventuais palestras e capacitação de líderes ou da comunidade em geral poderão ser obtidos junto aos *sites* indicados neste manual e poderão, inclusive, ser fornecidos pelo CAO-DH.

No tocante a essa atividade de apoio comunitário, o Ministério Público também participa, regularmente, do projeto *Balcão de Direitos*, promovido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, em parceria com a Defensoria Pública do Estado e com outros órgãos e entidades. Trata-se de verdadeiro mutirão de cidadania através do qual se consegue a emissão de documentos de identidade, registro tardio de crianças, conversão de união estável em casamento, etc. Em Minas Gerais, o projeto já foi realizado na região do Vale do Jequitinhonha e o próximo ocorrerá, ainda no primeiro semestre de 2008, na região do Vale do Rio Doce. É de suma importância que os promotores com atribuições no apoio comunitário em conjunto com outros com atribuições afetas a matéria promovam tais iniciativas, em parceria com a Prefeitura e outras instituições, independentemente do projeto mencionado acima. Para tanto o CAO-DH e o COPLI poderão ajudar a planejar e fornecer material para a realização de tais eventos, verdadeiros mutirões de cidadania.

Finalmente, convém frisar a importância do fomento à criação de conselhos municipais nas diversas áreas em que haja a participação popular. Dessa forma, cabe ao Promotor zelar pela efetiva oitiva da população e pelo necessário equilíbrio entre sociedade civil e órgãos governamentais na composição desses conselhos, segundo os princípios de Paris, constantes da Resolução nº 1.992.154, de 3 de março de 1992, emanada da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

1.10 – COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Promotora de Justiça Laís Maria Costa Siveira

Franciane Mary S. Domenici de Brito

1.10.1 – INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi editada em 7 de agosto de 2006 e tem como objetivo *combater e eliminar todas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher*. A edição dessa lei se fez necessária ante a constatação de que a violência doméstica contra a mulher é grande, apresenta índices alarmantes, e, além de fragilizar a mulher brasileira, traz consequências graves para toda a sociedade. A violência de gênero, basicamente aquela contra a mulher, representa, além de um problema social grave a ser enfrentado pelas autoridades, um fator de aumento da violência e da criminalidade em geral.

Estudos sociológicos e filosóficos a esse respeito poderão esclarecer melhor esse aspecto social, que levou à edição da citada Lei, como forma de coibir a violência doméstica. Além da violência de gênero contra a mulher, busca-se, em última análise, combater a violência como um todo, que contamina a sociedade brasileira, aprisiona cidadãos de bem dentro de suas casas e coloca toda a sociedade em estado de alerta.

A Lei nº 11.340/2006 ganhou o nome de *Lei Maria da Penha* por ter sido resultado da luta de Maria da Penha Maia Fernandes por justiça. Maria da Penha, em maio de 1983, foi vítima de tentativa de homicídio praticado por seu próprio marido, o colombiano Marco Antônio Heredia Viveros, que a deixou paraplégica. O processo criminal culminou com a prisão de Marco Antônio a qual somente ocorreu em setembro de 2002.

Em setembro de 1997, Maria da Penha comunicou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em agosto de 1999 a denúncia foi aceita pelo Centro para Justiça e o Direito Internacional e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos Humanos da Mulher e encaminhada à Organização dos Estados Americanos (OEA). Em março de 2001, a OEA tornou público o relatório, exigindo providências do governo brasileiro na busca de políticas públicas de proteção à mulher.

Após longo debate, com a participação constante dos movimentos populares, da sociedade civil organizada, mobilizando o Congresso Nacional, foi editada a Lei nº 11.340/2006, que cria mecanismos para combater a violência familiar e doméstica contra a mulher e medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência. Essa lei, que busca a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, com mecanismos novos e até revolucionários, deve ser

devidamente estudada e interpretada, para que os operadores do Direito possam eficazmente aplicar seus dispositivos.

Com a edição da Lei nº 11.340/2006 foi dado um tratamento diferenciado aos casos de violência doméstica, principalmente no que se refere à proteção da vítima mulher. Desde então, muito se tem debatido acerca de vários aspectos dessa nova lei, que veio em socorro das mulheres e das famílias brasileiras. O Ministério Público Mineiro criou em Belo Horizonte, logo no início da vigência da lei, a Promotoria Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Vamos ressaltar neste manual alguns pontos relevantes que vivenciamos neste período de funcionamento da promotoria especializada, pontos esses que pensamos possam ser de valia aos promotores de justiça que atuam na área da violência doméstica.

Antes, porém, vamos frisar o quão importante é termos uma legislação específica que trate deste tema. A violência doméstica é um mal que atinge todas as classes sociais, de vários modos, muitas vezes quase imperceptível, pois inserida no contexto familiar de forma a se manifestar lenta e normalmente e, não raras vezes, chega a alcançar conseqüências danosas para as mulheres e para a família. É comum ditos populares que afirmam que *mulher gosta de apanhar* e que a mulher que apanha e volta para seu companheiro *é mulher de malandro*.

Mulher não gosta de apanhar, de forma alguma, mas ela está ligada a sua família, a seu companheiro, a seus filhos de forma tal que lhe é mais difícil, por diversos fatores, dar um basta na situação de opressão e seguir um caminho diferente. Os motivos que mantêm a mulher junto ao homem agressor são vários, como por exemplo, a dependência econômica, a dependência emocional, a baixa autoestima, a dificuldade de colocação no mercado de trabalho para sua subsistência e de seus filhos, a falta de apoio familiar e social, o apego emocional ao próprio agressor, o medo do agressor, o receio de ter que voltar a viver com a família, de não ter com quem deixar os filhos pequenos para ter que ir trabalhar, etc. Não conseguiríamos, neste manual, esgotar em simples linhas de reflexão todos os vários motivos que mantêm as mulheres juntas de seus agressores por anos e décadas. Esse tema tem sido foco de estudo de vários sociólogos, antropólogos e psicólogos. Mas, com certeza, a atual legislação pode ser um fator determinante a modificar esta dura realidade.

E em relação a ditos populares, recentemente, ouvimos numa entrevista um jornalista dizer que existem dois ditos populares assassinos: *Cão que ladra não morde* e *Em briga de marido e mulher não se mete a colher*. Em primeiro lugar, porque, em se tratando de violência doméstica, as agressões vão crescendo, começam com ameaças, empurrões, tapas, depois virão murros, enforcamentos e termi-

nam, muitas vezes, em morte. E durante todo esse percurso o agressor diz por diversas vezes que vai matar a vítima e um dia ele acaba por cumprir sua ameaça. Portanto, o cão, neste caso, ladra e depois morde mesmo. E o outro também é dito popular conhecido. Toda pessoa que souber, vir ou ouvir briga de marido e mulher deve chamar por socorro policial, porque pode estar aí salvando a vida de uma pessoa. Muitos são os casos em que há homicídios, mas a polícia somente chega após cessar a briga, com a morte a ser constatada, e pergunta se ninguém por perto ouviu ou viu nada, e a resposta é sempre a mesma: que ouviram, mas ninguém nada fez por se tratar de briga de casal. Nesse caso, ser a *colher* pode salvar uma vida.

Daí constatamos que estamos tratando de um assunto intimamente ligado aos nossos costumes, arraigado à nossa sociedade, e, portanto, vamos lidar com muitas resistências, vindas de vários setores. O importante é abrimos nossas cabeças e já pensarmos de antemão que mulher não gosta de apanhar, que *cão que ladra morde e mata* e que em briga de marido e mulher devemos nos intrometer para salvar vidas, principalmente nas nossas próprias famílias. E, ainda, se a mulher que foi agredida, porventura ou desventura, voltar a viver com o agressor, não nos cabe julgar, mas alertar, ofertar a ela novas possibilidades, e até mesmo propiciar que ela entenda o porquê de estar repetindo o padrão que favorece a agressão. Muitas vítimas não têm consciência de que estão favorecendo a agressão ao perdoar seus parceiros. É de fundamental importância entendermos o que é violência doméstica e tudo o que está a sua volta para lidarmos de forma eficaz nessa área.

1.10.2 – DESAFIOS JURÍDICOS

Logo no início da vigência da Lei nº 11.340/2006 nos deparamos com vários questionamentos jurídicos que estão sendo enfrentados quanto pelos doutrinadores tanto pelos tribunais. Tais questões são relativas à constitucionalidade dessa lei, à constitucionalidade específica do seu art. 41, à questão relativa à ação penal nos crimes de lesão corporal leve praticado em violência doméstica contra a mulher e à interpretação do art. 16 da lei, que se refere à renúncia à representação da vítima. Essas questões serão abordadas a seguir de forma a orientar o promotor de justiça na sua atividade profissional. Procuramos expor os diversos pontos de vista, e o que adotamos na nossa atividade diária na promotoria especializada, esclarecendo os motivos de nosso posicionamento. Buscamos nos orientar interpretando a lei, conforme expresso em seu próprio texto, de forma a sempre favorecer a mulher vítima de violência. Nas questões polêmicas e controversas contidas no texto legal, a Promotoria Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra Mulher de Belo Horizonte entendeu por bem optar pelo caminho que favorecesse mais a mulher vítima de violência doméstica. Aliás,

é assim o comando legal contido no art. 4º da Lei nº 11.340/2006: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

1.10.2.1 – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 11.340/2006

O § 8º do art. 226 da Constituição Federal prevê, literalmente: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos quais a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Assim, temos que a Lei nº 11.340/2006 vem, de acordo com o estabelecido na Constituição Federal, criar mecanismos para coibir, combater e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006 é bastante clara, uma vez que obedece ao preceito constitucional previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, propondo medidas que visam coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, que é, sem dúvida alguma, parte integrante da unidade familiar.

A Lei nº 11.340/2006 busca atender:

[...] os mecanismos de ação afirmativa que tem por objetivo implementar ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram impostas. (exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.559/2004)

Poder-se-ia dizer que a Lei nº 11.340/2006 é inconstitucional por ferir o princípio da isonomia entre homens e mulheres. Porém, o que se busca é justamente corrigir as desigualdades gritantes que ainda estão presentes na moderna sociedade brasileira. Por fatores sociais e culturais, as mulheres ainda estão em condição de inferioridade em relação aos homens, em que pesem os avanços já alcançados nos últimos anos, fruto de batalhas de mulheres incansáveis. Dessa forma, além de se tratar de lei constitucional, ela não fere o princípio da isonomia entre homens e mulheres, mas busca o equilíbrio social.

Há muitos exemplos, já absorvidos pela nossa cultura, em que sujeitos em situação de inferioridade social estão protegidos por leis específicas, que nada têm de inconstitucional. É o caso das cotas reservadas para negros em escolas e universidades públicas, bem como para deficientes físicos em serviço público. Esses são exemplos claros e recentes de leis que tentam diminuir as desigualdades so-

ciais, buscando o equilíbrio social, sem que sejam contra a Constituição Federal, estabelecendo igualdade de todos os brasileiros, independentemente de raça, cor, idade, condição social, etc.

A Lei nº 11.340/2006 introduziu o diferencial da violência de gênero, ou seja, aquela praticada contra mulheres. Basta fazer uma analogia histórica para se concluir que se trata de uma norma justa e constitucional.

Um dos fundamentos de se reservar uma cota para os negros terem ao acesso às escolas públicas é o de *pagar uma dívida* social referente à escravidão, que imperou no Brasil durante muitos anos no passado. Da mesma forma, se observarmos a evolução dos direitos da mulher ao longo da História, temos que, há algum tempo, a mulher casada era subjugada à vontade do marido, devendo-lhe obediência total, inclusive para exercer atividade profissional. Até o direito ao voto é concessão recente no nosso ordenamento jurídico. Assim, a Lei nº 11.340/2006, que busca a proteção à mulher em situação de violência doméstica, também pode significar o resgate de uma dívida histórica da sociedade brasileira para com as mulheres.

As iniciativas que levaram à edição da Lei nº 11.340/2006 são, portanto, ações afirmativas que visam corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante nas sociedades democráticas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade.

A Constituição Federal bem como os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário prevêem como necessária a edição de lei que proteja as mulheres, e tal necessidade se vê reforçada pelos dados estatísticos que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do final da década de 1980 constataram que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem dentro de casa e são praticadas por pessoas ligadas a elas por laços afetivos. Outro dado alarmante é que, segundo tal pesquisa, cerca de 11% das brasileiras vivas já foram espancadas pelo menos uma vez, e do total investigado, 31% das mulheres relataram agressões nos doze meses anteriores à pesquisa, ou seja, trata-se de agressões relativamente recentes. Assim, é justamente contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres, buscando-se a igualdade social.

Nesse ponto nos esclarece Celso Antônio Bandeira de Melo que a igualdade prevista constitucionalmente deve ter como base o tratamento igual para situações iguais e desigual para situações desiguais. Assim, havendo a presença de fatores que estabelecem desigualdades entre as pessoas, estas devem ter tratamento desigual.

No entender de Alexandre de Moraes, para se saber se uma norma é discriminatória ou não, deve-se analisar a justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos. Deve-se ter em vista a finalidade e os efeitos da medida considerada. No presente caso, a norma em comento visa à busca da igualdade social, e não ao privilégio de gênero.

Portanto, temos que a Lei nº 11.340/2006 é constitucional, já que pretende a proteção da mulher e a igualdade social, previstas na Constituição Federal.

1.10.2.2 – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41 DA LEI Nº 11.340/2006

Muito se tem questionado sobre a suposta ofensa à Constituição também das disposições contidas no art. 41 da Lei nº 11.340/2006, o qual prevê que a “crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

A melhor doutrina, por Guilherme de Souza Nucci, defende a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06 e considera que essa lei firmou o entendimento de que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher *não são de menor potencial ofensivo*, independentemente da pena, motivo pelo qual não se submetem à Lei nº 9.099/95.²⁵

Entretanto, aqueles que questionam a constitucionalidade se apóiam em duas premissas: a de que os juizados especiais seriam competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, e a de que a Lei Maria da Penha é discriminatória de sexo.

Tais considerações são equivocadas, na medida em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 98, inciso I, a criação dos juizados especiais competentes para julgar infrações penais *de menor potencial ofensivo*, permitida, nesses casos, a transação penal. Ao legislador ordinário restou a incumbência de definir quais seriam os crimes de menor potencial ofensivo. Assim foi feito pela Lei nº 9.099/95, que no seu art. 61 considerou como crimes de menor potencial ofensivo aqueles com pena máxima não superior a um ano e *não sujeitos a procedimento especial*, o que a Lei nº 10.259/2001 modificou posteriormente, ampliando esse limite, e considerando crimes de menor potencial ofensivo aqueles a que se comina pena máxima de dois anos. A Lei nº 11.313/2006 deu nova redação ao art. 61 da Lei nº 9.099/95, em observân-

cia à posição jurisprudencial pacífica que se firmou com a Lei nº 10.259/2001, quando estabeleceu que as infrações penais de menor potencial ofensivo da alçada do Juizado Especial Criminal seriam as de pena máxima de dois anos.

Válida a transcrição do atual art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 11.313/2006:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. (grifo nosso)

Entretanto, na Lei nº 11.340/2006, os critérios do legislador para definir o que era menor potencial ofensivo basearam-se na defesa constitucional dos Direitos Humanos, através da retificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A Lei Maria da Penha – que prevê, quanto ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes de atos de violência doméstica, a aplicação dos outros dispositivos legais, no que não conflitam com o estabelecido na Lei nº 11.340/2006 – deixa evidente que não há conflito normativo.

Assim, o legislador quis definir os delitos cuja violência é doméstica ou familiar contra a mulher como de maior potencial ofensivo porque ocorridos no seio da família, cuja proteção do Estado está garantida pelo art. 226 da CF/88, sobretudo quanto ao cumprimento do seu § 8º, que prevê que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. A interpretação do art. 98, inciso I, da Constituição Federal deve ser feita conjuntamente ao art. 226, § 8º, sendo vista a lei que combate à violência doméstica como uma garantia da família de proteção do Estado.

Não há que se falar na inconstitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, visto que inaplicável o art. 98, I, da CF/88 aos delitos decorrentes de violência doméstica, dado o seu caráter de maior potencial ofensivo.

Dito isso, torna-se óbvia a impossibilidade da aplicação da Lei nº 9.099/96, inclusive quanto ao seu procedimento, condições da ação e dos institutos despenalizadores e a transação penal, já que todas as especificidades dessa lei são privilégios inerentes à individualização da pena típicos aos que cometem delitos de menor potencial ofensivo. São benefícios constitucionalmente garantidos aos que cometem crimes que não sejam considerados tipicamente como violência doméstica. Não se trata só de agravar a satisfação dos requisitos para sua concessão ou de atribuir condição particularmente mais gravosa – trata-se de individualização da pena de acordo

²⁵ Cf. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

com a gravidade do crime. A violência doméstica é reconhecidamente violação aos direitos humanos e, portanto, merece seja apenada de forma mais gravosa, não fazendo jus o agressor no lar e na família aos benefícios típicos dados àqueles que cometem crimes de menor potencial ofensivo à Justiça Pública.

Torna-se explícito, pois, que a Lei Maria da Penha não se configura discriminatória, na medida em que foi constitucionalmente prevista a especial proteção do Estado aos materialmente desiguais. O Princípio da Igualdade precisa ser usado relevando a condição das minorias e as particularidades de cada segmento, e amortecendo as desigualdades, as quais, na relação homem/mulher assim considerados na sociedade, são inúmeras.

Portanto, a Lei Maria da Penha se mostra um instrumento normativo cujo escopo é a nivelção material entre os gêneros, fazendo com que a parcela de mulheres que prescindem de proteção seja resguardada pelo Estado e tenha instrumentos para o alcance de sua dignidade, não ficando sob o jugo da vitimização, da vulnerabilidade nem da violência doméstica.

O que fez a Lei nº 11.340/2006 foi afastar os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, modificando com isso a definição de crimes de menor potencial ofensivo. Ao considerar os crimes de violência doméstica contra a mulher como de maior potencial ofensivo, afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95. É, portanto, perfeitamente constitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/2006.

Quanto ao crime de lesão corporal leve em situação de violência doméstica, independentemente de quem o cometeu, se o homem ou a mulher, já está afastada a aplicação da Lei nº 9.099/95, visto que a pena máxima ultrapassa o limite dos dois anos, que é limite legal para o entendimento de crime de menor potencial ofensivo. Entendemos que, se se tratar de vítima mulher, pela Lei nº 11.340/2006, fica totalmente afastada a aplicação da Lei nº 9.099/95. Se a mulher for a agressora, ainda a socorre o benefício da suspensão condicional do processo, uma vez que a pena mínima não excede a um ano.

Uma das conseqüências imediatas da constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 é que o crime de lesão corporal leve volta a ser de ação penal pública incondicionada, conforme sempre foi, até o advento da Lei nº 9.099/95. Não se aplicando mais a Lei nº 9.099/95, por proibição expressa no art. 41 da Lei nº 11.340/2006, temos que tudo volta como era antes, sendo esse o entendimento dos doutrinadores e a jurisprudência de vários estados brasileiros.

1.10.2.3 – O AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95

A realidade brasileira, pautada na compreensão geral de que a violência doméstica e familiar é um ônus a ser suportado pela mulher, dentro de um contexto social em que o homem foi erigido a uma condição de superioridade, levou ao estado atual de banalização da violência doméstica. A situação é tão séria, que chega a ser um problema de saúde pública a ser enfrentado pelas autoridades de forma mais efetiva.

Em 1995 foi editada a Lei nº 9.099/95, que tratou os crimes de lesão corporal leve e ameaça, os principais crimes praticados contra mulheres dentro da relação familiar, como de menor potencial ofensivo. Naquela época buscava-se a justiça rápida, com a imediata aplicação da lei penal, de forma a dar uma resposta à sociedade, lei essa que se pensou fosse a mais eficaz. A Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) primou por ser conciliadora, pois por meio dela se busca o entendimento entre as partes, sem a intervenção direta e radical da Justiça. Ela atua, evidentemente, em muitos casos, homologando acordos feitos entre as próprias partes envolvidas diretamente. Nos casos em que o acordo não é possível, há a atuação direta da Justiça.

Contudo, após mais de dez anos de vigência da Lei nº 9.099/95, com os Juizados Especiais instalados em todos os cantos do Brasil, chegou-se à conclusão de que, para os casos de violência doméstica, que representam parte expressiva dos procedimentos da competência do Juizado Especial, tais procedimentos se mostraram ineficazes. A violência contra a mulher se intensificou e continua com índices alarmantes, chegando a ser um problema de preocupação do poder público.

Essa questão foi amplamente discutida pela sociedade civil organizada, pelos órgãos públicos e privados, na busca da solução desse grave problema social.

Após grandes debates e lutas empreendidas por pessoas engajadas na busca por políticas públicas que pudessem proteger a mulher brasileira contra seus agressores diretos, editou-se a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que afastou por completo a Lei nº 9.099/95 dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para entendermos melhor os caminhos que levaram à edição da Lei Maria da Penha, busquemos as origens das discussões e dos pontos levantados pelos responsáveis por todo esse processo, até mesmo do processo legislativo. Como a Lei Maria da Penha cria mecanismos protetivos para a mulher em seu ambiente doméstico e familiar, de forma específica, e é uma lei recente, que vem sendo bastante analisada e discutida por estudiosos do Direito, pretendemos neste trabalho esclarecer os ca-

minhos pelos quais os textos de lei passaram para chegar ao texto legal final aprovado pelo Poder Legislativo. Pensamos que, nesta pesquisa, conseguimos entender a vontade do legislador e os motivos que o levaram ao texto final da lei como hoje está editada e publicada, e que deve ser cumprida.

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

Como conseqüência do esforço desse grupo se- leto, em 2004 foi formulado o Projeto de Lei nº 4.559, que foi encaminhado pelo Presidente da República em 03/12/2004.

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

O projeto original previa expressamente a aplicação de mecanismos e procedimentos estabelecidos na Lei nº 9.099/95, adequados aos casos de violência doméstica, mesclando uma rápida solução judicial e extrajudicial. O rito procedimental, porém, foi alterado para os casos de violência doméstica.

O PL nº 4.559/2004 já previa a abolição do Termo Circunstanciado de Ocorrência, voltando-se ao Inquérito Policial, para uma apuração mais aprofundada dos fatos. Numa clara manifestação de se buscar uma resposta mais gravosa para os casos da

violência doméstica, o anteprojeto de lei já permitia a prisão em flagrante delito, bem como a decretação da prisão preventiva do agressor, independentemente da pena cominada ao crime.

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

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

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

Depois de muitos debates no Congresso Nacional, algumas mudanças foram implementadas, de forma a modificar substancialmente o PL nº 4.559/2004.

Na Câmara dos Deputados várias foram as reuniões em que estiveram presentes representantes da sociedade civil com interesse direto na questão do combate à violência contra mulheres. No Senado Federal, o projeto de lei passou por estudos da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que lhe promoveu uma revisão completa, passando a se denominar PLC nº 37/2006. A revisão promovida pelo Senado teve aspecto mais técnico, dando à lei uma redação mais precisa, a fim de que pudesse representar com a clareza necessária a vontade expressa do legislador.

Quando discutimos especificamente sobre o afastamento total ou parcial do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, e analisando o que até aqui foi exposto, não resta nenhuma dúvida de que o seu afastamento foi total. Com efeito, se o anteprojeto previa expressamente a aplicação de alguns dispositivos da Lei nº 9.099/95, apenas de forma modificada especialmente para os casos de violência doméstica, o texto legal aprovado como sendo a Lei nº 11.340/2006 afasta expressamente a Lei nº 9.099/95, conforme o citado art. 41.

O raciocínio nos parece de uma clareza, que dispensa maiores comentários. O anteprojeto nº 4.559/2004 previa a clara e certa aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.099/95, com modificações

nos procedimentos, aplicando a lei já com maior rigor. Após várias discussões acerca do assunto, ao ouvir as entidades interessadas, representantes da sociedade, houve por bem a Câmara dos Deputados rever e modificar o texto do anteprojeto da lei, que chegou ao seu final com a expressa e clara vedação da aplicação de todo e qualquer dispositivo previsto na Lei nº 9.099/95. Basta observar o art. 41 da Lei nº 11.340/2006: “Aos crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher não é aplicada a Lei nº 9.099/95”.

Dessa forma, está clara a vontade do legislador de tratar diferentemente a violência de gênero contra as mulheres. No caso de crime de ameaça, não resta dúvida: se a vítima for mulher em situação de violência doméstica, ainda que a pena prevista seja a de até um ano de detenção, não cabe transação penal nem suspensão do processo. No caso de crime de lesão corporal leve, com o aumento da pena para até três anos de detenção, a transação penal já estaria afastada, mesmo pelos critérios da Lei nº 9.099/95. Mas por força do art. 41 da Lei Maria da Penha, foi afastada também a hipótese de suspensão do processo. Em ambos os casos, ainda é possível a prisão em flagrante delito e a prisão preventiva.

Porém, nos casos em que a vítima da violência doméstica é homem, temos que é possível aplicar alguns dispositivos da Lei nº 9.099/95, porque é evidente que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de vítima mulher, sendo claramente uma lei que procura combater a violência de gênero.

Com o afastamento total da aplicação da Lei nº 9.099/95, que instituiu a ação penal condicionada à representação da vítima nos casos de crime de lesão corporal leve, conforme art. 88, temos que volta a vigorar o preceito legal anterior à Lei nº 9.099/95, em que tínhamos a regra clara de ser a lesão corporal leve um crime de ação pública incondicionada. Para tal assunto, pela sua complexidade, dedicamos o item 1.10.3.2.

Portanto, pelas razões expostas, consideramos que o art. 41 da Lei Maria da Penha afastou totalmente a aplicação da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

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

É comezinho que o Juizado Especial, regido sob a lei nº 9.099/95, não teve êxito na solução da violência doméstica. Ao contrário, “A atuação deficitária dos juizados nos tratos da violência doméstica, juntamente com a classificação deficiente do crime de lesão corporal pelo Código Penal e as penas aplicadas, quase que estimulam novas agressões”²⁶.

²⁶ DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Bem vinda, Maria da Penha!** Jus Vigilantibus, Vitória, 08 ago. 2006. Disponí-

Por outro lado, o que ocorria era que: “a violência denunciada pelas mulheres e julgada nos Juizados Especiais tem, por força da Lei, a solução da conciliação, no que se refere ao delito, além da tentativa de reconciliação do casal, levando a mulher desistir de levar o caso adiante, mediante o compromisso verbal do agressor, de não mais praticar atos violentos”²⁷.

Significa, em outros termos, o compromisso do agressor de não mais praticar crime, o que é risível em um contexto normativo em que tal compromisso é intrínseco ao “contrato social”.

O número de delitos que não se cometem pelo temor a ser condenado à prisão ou pelo reforço dos valores socialmente assumidos na Justiça que a presença da prisão gera e que tem fiel reflexo nas manifestações da opinião pública determinadas por uma percepção de que o sistema prisional é demasiado generoso com os delinquentes, produzindo um sentimento de desconfiança social para dentro de todo o sistema penal.²⁸ (APOLINÁRIO, 2007).

Por isso, a ferramenta ainda válida é, no caso, a coerção penal, mesmo que efetivamente se tenha uma pena mínima, o agressor se vê sujeito à reprimenda penal e à inserção de seu nome no rol dos culpados, o que pode lhe servir de óbice ao cometimento de novo delito. A prejudicialidade da aplicação da Lei 9099/95, reside na perspectiva de impunidade vislumbrada pelo agressor: “O principal argumento é que, depois de tanta luta para que a violência contra a mulher fosse tratada como crime, e como violação de direitos, os novos procedimentos processuais afastam a possibilidade de uma condenação e permitem que estes agressores nem cheguem a julgamento”²⁹.

Não se ignorem os efeitos do regime celular no indivíduo, porque “uma instituição dessa natureza cria um sentimento de esterilidade absoluta, onde a origem reside na desconexão social e na impotência habitual para adquirir, dentro do estabelecimento prisional, vantagens que sejam transferíveis

vel em <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22173>. Acesso em: 09 dez. 2008, p. 3.

²⁷ CAMPOS, Carmen Hein de. **O discurso feminista criminalizante no Brasil: limites e possibilidades.** Dissertação de mestrado. Florianópolis, 1998. p.91

²⁸ NUNES, Apolinário, M.: “As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo” em **Observatório de la Economía Latinoamericana**, Número 78, 2007.

²⁹ IZUMINO, Wânia Pasinato. **Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 40, 2002, p.291.

à vida que desenvolve em liberdade³⁰, com isto, no cometimento de violência doméstica envolvendo delitos cuja pena aplicável seja maior, os efeitos da potencial reprimenda são sentidos antes mesmo de qualquer punição.

Quando se pensa em uma estepe de alternativas à pena privativa de liberdade, o que ocorre mais comumente nos delitos de violência doméstica de classe inicial, tais como ameaça, cárcere privado e lesão corporal simples, a utilização das sanções alternativas somente faz sentido quando posterior à sentença.

A Política Penal atual, com a nova cultura do controle social sobre o delito “já não busca alcançar os fatores que levaram o cidadão ao crime e sim, reduzir-lhes a oportunidade para que não cometa delitos”³¹. Na violência doméstica, o vetor deve ser oposto, para sua erradicação.

Destarte, rechaça-se a hipótese da aplicação da transação penal, da suspensão processual, porque “A Lei nº 9.099/95 deu ao cidadão a opção de livrar-se do ônus do processo sem mesmo ter que discutir a culpabilidade, ainda que, à luz da política de consenso que a orienta, tenha ele de realizar certas concessões, como submeter-se a medida alternativa ou a período de prova”³², o que teria por consequência um enorme retrocesso no que tange à proteção da vítima de violência doméstica, porque não conscientiza o agressor.

O escopo da Lei nº 11.340/06 foi diferenciar a natureza da punição para o agressor doméstico, segundo o critério da individualização das penas, excluindo a aplicação da Lei nº 9.099/95, recusando a aplicação de seus institutos, uma vez que “as mulheres enfrentam também a incapacidade preventiva e resolutória dos Juizados Especiais Criminais, possuidores de procedimentos muito questionados pelas feministas hoje. Os operadores dos Juizados reafirmam os estereótipos negativos, não previnem a reiteração da conduta, não contribuem para a efetiva gestão do conflito e se mantêm cegos aos apelos da vítima quanto aos seus reais interesses, deslegitimando o problema”³³, com isso, minimizam a violência.

É necessário lembrar que a inclusão do parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, tornou os tra-

tados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, o que significa a imediata aplicação da Convenção de Belém do Pará, porque norma cogente.

Na referida Convenção, o artigo 7º, alíneas “b” e “e”, dispõe que “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;” bem como tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.

Sobreveio a Lei nº 11.340/2006, para não mais atribuir aos JECRIMs, a competência para processar crime ocorrido em situação de violência doméstica e familiar, posto que exceto da esfera de delitos de “menor potencial ofensivo”. Tal alteração legislativa foi dada como resposta à sociedade que reclamava uma punição efetiva, porque antes, os réus, quando condenados “eram obrigados apenas a pagarem uma cesta básica alimentar ou prestar serviços à comunidade. Tal situação tem levado à banalização da violência doméstica, desestimulando as vítimas a denunciar esses crimes e dando aos agressores um sentimento de impunidade”³⁴.

A Lei nº 11.340/2006, no fluxo da legislação internacional, e em decorrência de punição por corte internacional, veio responder a este anseio social de justiça. Tudo, para sanar a gravidade dos problemas que fizeram parte da justiça consensualizada dos Juizados Especiais para as mulheres vítimas de violência de gênero. Afirma Leticia Franco que:

O que se observa, diante do estudo da justiça penal consensualizada em face da violência contra a mulher, é que o procedimento criminal destinado aos crimes de menor potencial ofensivo **mostra-se socialmente ineficaz**, na medida em que, privilegiando uma contraditória celeridade do procedimento, **não discute suficientemente o conflito, não oferecendo, às partes deste, solução, ou se reduzindo a acordos impossíveis de execução forçada**; ou ainda realizando-se mediante propostas de pena antecipada prioritariamente pecuniária, (inviabilizando a ressociação do autor do fato), ou não previstas em lei (como o pagamento de cestas básicas, que é a criação judicial), ou, raramente, de penas de prestação social cujo cumprimento é parcamente fiscalizado³⁵ (grifo nosso).

³⁰ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. Cárcel y Fábrica: los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI-XIX. 2ª. Ed. México: Siglo Veintiuno, 1985.

³¹ NUNES, Apolinário, M. As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo. In *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, n.78, 2007.

³² HERMANN, Leda. A dor que a lei esqueceu comentários à lei nº 9.099/95. São Paul: Cel-Lex, 2000, p.128.

³³ HERMANN, Leda. **A dor que a lei esqueceu comentários à lei nº 9.099/95**. São Paul: Cel-Lex, 2000, p.128.

³⁴ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003. 120 p. 88.

³⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. A Lei nº 9.099/95, a Política Criminal e a Violência Doméstica contra a Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel e PASCHOAL, Janaína. **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 120.

Outrossim, ainda que fosse possível a aplicação do referido instituto, não poderia o Ministério Público oferecer tal proposta quando do oferecimento da denúncia, sob pena de inquestionável prejuízo ao réu. Consoante o Novo Código Processual Penal, pode o Juiz, antes de promover a citação, apreciar de plano a Denúncia avaliando as hipóteses que ensejariam a absolvição sumária, consoante artigo 396 o que seria mais benéfico ao réu. Tal medida, por si só, afeta a garantia do devido processo legal.

De outra sorte, para os que entendem que o recebimento da Denúncia se dá quando da apreciação da defesa preliminar, conforme Artigo 397 do novo Código, a suspensão do processo só teria lugar após a apresentação da defesa prévia, após o magistrado afirmar não estar presente qualquer das hipóteses que autorizam a absolvição sumária, o que garantiria ao réu a ampla defesa, pois o agressor tem de optar pela diminuição de seus direitos ou enfrentar o processo, sem que tenha sido ouvido ou que tenha produzido qualquer tipo de prova em sentido contrário ao que está narrado na Denúncia, o que resta em evidente prejuízo ao direito de defesa, vez que, presente qualquer das hipóteses do artigo 397, restaria o agressor absolvido. O oferecimento de proposta de suspensão feriria, assim, a garantia do réu ao devido processo legal e presunção de inocência.

Observando que o artigo 394 do CPP estabelece o procedimento comum sumário, para suspender o processo, é preciso que ele exista, o que implica necessariamente o recebimento da denúncia.

Oferecida a Denúncia e avaliada a defesa preliminar, é possível, ainda a determinação da produção antecipada das provas consideradas urgentes antes da suspensão, caso em que não haveria economia processual, tampouco a suspensão teria alcançado seu objetivo de evitar o processamento do agressor. Também restaria o agressor prejudicado.

Na verdade, se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais que três ou quatro anos, o legislador determinou a 'ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente', é sinal de que considerou a prova testemunhal como urgente. HC 99989/SP - DJe-231 DIVULG 09/12/2009 PUBLIC 10/12/2009

A utilização do período de prova na suspensão processual, cujo mínimo é de dois anos, pode trazer seqüências e impedimentos para o agressor, por exemplo na obtenção de emprego, pois na ficha de antecedentes criminais constará um processo em suspensão, o que significa prejuízo, caso o mesmo pudesse ter sido absolvido.

Ademais, as "condições" propostas no sursis processual tem igual natureza punitiva e sancionatória do instituto do sursis penal, razão porque as mesmas proibições não podem ser consideradas des-

penalizantes, uma vez que se trata do mesmo contexto jurídico. Será então o agressor sujeito a uma espécie de "pena processual", sem condenação e eventualmente de mesma monta que a que receberia no caso de condenação. Evidente o prejuízo ao agressor.

O Judiciário carece da capacidade instrumental de prestar eficazmente à sociedade e à vítima a fiscalização do cumprimento pelo agressor das condições a ele impostas, assim como ocorre na decretação das medidas protetivas, o que sana apenas a sensação de insegurança, oriunda da multiplicação emocional do perigo existente, desfazendo apenas a insegurança social e da vítima, uma vez que o arbitramento das mesmas não retira do infrator a capacidade de cometer o delito que intenta.

Por outro lado, tais condições geram insegurança para o agressor, uma vez que a qualquer momento pode ser surpreendido com uma eventual reclamação descabida da vítima de violação, por parte do agressor às condições impostas, o que findaria com a suspensão.

Isto retira do instituto sua utilidade, transformando-o tão somente em uma forma de "livrar-se mais rápido do processo", com prejuízo evidente para o agressor e para a vítima, sem qualquer garantia de ressocialização, desatendendo, ainda, a garantia constitucional de "individualização da pena", prevista na Lei nº 11.340/2006.

A experiência forense nos mostra que, quando o problema é a violência doméstica e familiar contra a mulher, a nova incursão sempre acontecerá antes do término do período de prova, pois vê-se que há um número de delitos reiterados pelos mesmos agressores contra as mesmas vítimas. O que faz da suspensão processual uma solução temporária para um problema permanente. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, discute-se a constitucionalidade do preceito no que envolvida a razoabilidade considerado o fato de, na maioria das vezes, ocorrendo a retração, seguir-se violência contra a mulher em gradação maior.³⁶

Afinal, como a violência doméstica é cíclica, se não estancada, o agressor estará em breve sendo processado novamente, o que não resolve o acúmulo processual. Raros são os casos em que este tipo de ilícito foi um incidente isolado na vida do réu.

Por outro lado, ainda que enfrente a persecução penal e seja condenado, a execução da pena, ainda que pequena, significa condenação capaz de gerar reincidência e, como nos delitos de violên-

³⁶ HC 98880 / MS - MATO GROSSO DO SUL - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 12/08/2009 - DJe-160 DIVULG 25/08/2009.

cia doméstica é esperado o aumento do nível de violência quando esta não é estancada, a **primeira** condenação deve, além de ter o efeito retributivo e fazer crer que não há mais impunidade nesse tipo de crime, fazer com que o agressor se sinta desestimulado a cometer novo delito.

Considerando que tais delitos são tipificados na Lei nº 111.340/06 como violação dos direitos humanos, a avaliação da utilidade da demanda judicial é feita frente aos Direitos Humanos das vítimas, e frente à necessidade de **prevenção** de novos delitos.

Com base nisso, o Estado-Acusação ou o Estado-Juiz não possui legitimidade para perdoar e, quando o faz de forma velada a sociedade interpreta como se fosse incentivo à delinquência ou aumento da impunidade, criticando a atuação do representante do Ministério Público que exortou pelo abrandamento das consequências do crime para o acusado, fazendo com que tal suspensão tenha por sinônimo a impunidade, descaso ou benevolência, desprezo aos direitos fundamentais da vítima.

Resta dizer que tal medida suspensiva não vai aligeirar a pesada carga de processos que estão distribuídos, porque a lei não constitui, por si só, instrumento eficiente de mudança cultural, retratando apenas o reconhecimento de direitos. Por isto a via legal, o processamento criminal pela Justiça, é a única e mais eficaz força de restabelecimento do equilíbrio social, rescindido pelo crime; o sistema judicial deve atuar em nome da "ordem pública", do "bem comum", do adequado provimento jurisdicional.

Ainda que fosse possível juridicamente falar na suspensão processual do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, não seria ela deferida ao comitente de violência doméstica, porque as condições do referido artigo não seriam satisfeitas, uma vez que sua aplicação se condiciona à presença dos requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena - inerentes ao artigo 77 do Código Penal - dentre os quais o atendimento às condicionantes do artigo 44, que prevê para os delitos cuja pena seja inferior a 4 anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, nos delitos com qualquer pena sendo o crime culposos; Condição, ainda, à reparação do dano.

No delitos de violência doméstica contra a mulher, os casos são de natureza dolosa e sempre cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Os motivos são reprováveis, pois consistem em violência machista. As circunstâncias do crime não autorizam a suspensão porque não erradicam nem previnem nova violência sobre a mesma vítima e há violação dos direitos humanos. Também não é possível a reparação dos danos. Portanto, mesmo

que tratássemos de agressor primaríssimo, este não alcançaria os critérios legais.

Por fim, para dissipar a questão, o STF, em decisão no Habeas Corpus nº 98880, cujo Relator foi o Min. Marco Aurélio, julgado este datado de 12/08/2009, considerou **imprópria** a mesclagem das leis nº 11.340/2006 e nº 9.099/95, oportunidade na qual decidiu quanto à oportunidade para renunciar à representação, que haveria de ser formalizada antes do oferecimento da denúncia, sob pena de preclusão, bem como, com clareza solar fala da impossibilidade da suspensão do curso da Ação Penal, nos seguintes termos:

A Sexta Turma do Superior Tribunal assentou não se aplicar aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, os ditames da Lei nº 9.099/1995, anotando estar expressa, no artigo 44 da Lei nº 11.340/2006, a proibição de utilização do procedimento dos Juizados Especiais nessa hipótese. Não fora isso, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, discute-se a constitucionalidade do preceito no que envolvida a razoabilidade considerado o fato de, na maioria das vezes, ocorrendo a retratação, seguir-se violência contra a mulher em gradação maior. Em segundo lugar, não cabe distinguir onde o legislador não o fez. Com a regência especial referente à violência contra a mulher, predomina o critério específico, valendo notar que o artigo 41 da lei citada afasta, de forma linear, a aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. A clareza do dispositivo é de molde a não se diferenciar quanto a institutos da lei dos juizados especiais.

A intensidade, a frequência e a gravidade dos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, por si só desautorizam a aplicação da suspensão processual. Aliado a isto se observa que a suspensão em nada altera a potencialidade violenta do agressor, nem diminui a vulnerabilidade da vítima, não funciona como prática preventiva e não erradica a violência. Desatende ao objetivo da Lei nº 11.340/2006. Por estas razões e pelos argumentos técnicos apresentados, considero inaplicável a suspensão processual aos delitos desta natureza.

1.10.3 – A AÇÃO PENAL

1.10.3.1 – POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO E RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO – AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI Nº 11.340/2006

O art. 16 da Lei nº 11.340/2006 prevê:

Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

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

Por outro lado, faz a Lei Maria da Penha previsão da renúncia à representação, hipótese na qual a ofendida *deixa de exercitar o seu direito à representação*. Entretanto, tendo a vítima representado, já não é cabível a renúncia, visto que esta é “[...] a abdicção do ofendido ou de seu representante legal do direito de promover a ação penal privada”.³⁷ Se a vítima exerceu o direito de representar, dele não abdicou. A representação não depende de nenhum outro ato para produzir seus efeitos jurídicos, espelhando o desejo genuíno da vítima de ver a prestação da tutela jurisdicional, e não a abdicção desse direito.

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

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

No crime de ameaça, para o qual a lei exige autorização da vítima para o devido processo, por meio de sua representação, apenas após essa representação está o Ministério Público autorizado a dar início à ação penal. Nesse caso é exigida a *autorização* da vítima para a *propositura* da ação penal. E se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, o órgão do Ministério Público oferece a denúncia no prazo de quinze dias, dispensável até o inquérito policial (art. 39, § 5º).

Iniciada a ação penal, tendo observado os requisitos aqui expostos, incabível a renúncia, uma vez que o direito de representação foi regularmente exercido, não havendo hipótese de sua abdicção. Tem-se, portanto, que, oferecida à representação da vítima, não cabe a renúncia.

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

A audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006 diz respeito, claramente, ao procedimento a ser adotado quando a vítima exerce o seu direito de renunciar à representação contra o ofensor. Assim, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, e em se tratando de crime cuja ação penal depende de representação da vítima – como, por exemplo, o crime de ameaça, previsto no art. 147 do Código Penal –, ainda na delegacia de polícia, pode a vítima simplesmente dizer que não tem interesse na ação penal. Ou seja, pode a vítima renunciar ao seu direito de representação, ao seu direito de ver a justiça promover ação penal contra seu agressor.

Nesse caso, tendo a vítima renunciado ao seu direito de representar, deve o magistrado, quando tomar conhecimento dos fatos, designar audiência para oitiva da vítima, ouvindo-se o Ministério Público. Tal audiência se justifica exatamente por se tratar de caso de violência doméstica, que foi praticada dentro dos limites da afetividade da vítima, que pode renunciar tanto por seu afeto pelo agressor quanto por estar subjugada à vontade dele. A audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006 representa mais um mecanismo de proteção à vítima, podendo-se avaliar se a renúncia é mesmo de sua livre vontade.

Mas há ainda uma *hipótese em que há a possibilidade de retratação da representação*, como prevê o art. 102 do Código Penal, bem como o art. 25 do Código de Processo Penal. Se a vítima, ainda na fase policial, regularmente, ofereceu representação, que originou validamente o inquérito policial e se trata de crime de ação pública condicionada à representação, pode ela se retratar, desde que a retratação seja feita antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Para tanto, entende-se, deve ser aplicado o art. 16 da Lei nº 11.340/2006, designando-se audiência para verificar se a retratação foi feita estando a vítima livre de qualquer tipo de coação.

Sabemos que *nosso posicionamento não representa a única corrente doutrinária no nosso país*. Existem doutrinadores que defendem que houve um erro legislativo ao prever a palavra *renúncia* em vez de *retratação* no art. 16 da Lei nº 11.340/2006.

³⁷ JESUS, Damásio de. *Código de processo penal comentado*. 13 ed.

Tal corrente entende que ainda há a possibilidade de conciliação própria dos Juizados Especiais, em que a vítima, mesmo que tenha representado perante a autoridade policial, pode se retratar de tal ato, por motivos próprios, principalmente por reconciliação com o agressor. Entende-se, assim, que não mais se tem presente o interesse do Estado em atuar nesses casos.

Apenas para *esclarecer bem o nosso posicionamento*, pensamos que não houve o tal equívoco do legislador, até mesmo pelo estudo histórico da Lei nº 11.340/2006 a que procedemos. O afastamento proposital do termo *retratação* nos indica que houve uma escolha do legislador nesse sentido. Não bastasse esse argumento, pensamos que a possibilidade de conciliação está afeta diretamente aos Juizados Especiais Criminais, que se mostraram ineficazes no combate à violência doméstica. Com o afastamento total da Lei nº 9.099/95, temos que o legislador, claramente, quis afastar também a possibilidade de conciliação, que, em verdade, somente enfraqueceu a vítima de violência.

Pensamos, ainda, para não sermos tão radicais em nosso posicionamento, que mesmo que tenha o legislador se equivocado, e que o termo correto para o art. 16 da Lei nº 11.340/2006 seja a *retratação*, tal procedimento somente faria sentido se houvesse, quando da apreciação da denúncia oferecida, algum indício de que a vítima queira efetivamente se retratar. Assim, se iniciado o inquérito policial, com autorização da vítima por meio de representação criminal, a autoridade policial termina seu trabalho via complementação das investigações e remete os autos à apreciação da justiça. O Promotor de Justiça, diante do inquérito concluído e esclarecidos os fatos, com a representação da vítima num caso de crime de ameaça, oferece a denúncia. Ao analisar a denúncia, e não tendo nenhuma informação pelo magistrado de que a vítima tenha interesse em se retratar da representação, não caberia ao magistrado abrir tal oportunidade baseado no art. 16 da Lei nº 11.340/2006. O que tal artigo prescreveria, em se tratando de representação, é que esta somente poderá ser feita em juízo, em audiência especialmente designada para tal finalidade, ouvido o Ministério Público. Não há nada que nos faça entender que no caso descrito, sem qualquer indício de que a vítima queira se retratar (pelo contrário, a vítima colaborou com as investigações, indicou testemunhas, compareceu na delegacia de polícia, etc., por hipótese), deva o magistrado abrir espaço para ouvir a vítima, se ela ratifica a representação já firmemente oferecida, ou se dela se retrata.

Várias são as conseqüências práticas de tal designação sem indicação alguma por parte da vítima de que queira se retratar. Primeiramente, a vítima pode, por absoluta falta de crença de que a justiça poderá socorrê-la, visto a morosidade dos atos processuais, desistir do processo e se conformar em continuar sua vida, muitas vezes ainda na compa-

nhia de seu agressor. Outra hipótese bastante comum é a de que a vítima já tenha se reconciliado com o agressor, já o *perdoou por mais um deslize*, e prefira continuar vivendo o martírio que já faz parte de sua existência, sem que a justiça concorra para uma efetiva mudança e melhoria da qualidade de vida de seus jurisdicionados.

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

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

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

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

Admitir a audiência do art. 16 nos casos em que já há a representação da vítima, para a sua ratificação, é voltar ao espírito da *conciliação* buscado pela

Lei nº 9.099/95 e afastado pela Lei nº 11.340/2006. Nos casos de violência doméstica, a conciliação não resulta producente, já que as partes implicadas vivem sob o mesmo teto, estão implicadas emocionalmente, e não se sentem livres o bastante para se conciliarem.

1.10.3.2 – AÇÃO PENAL NOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL LEVE

Um ponto polêmico da Lei nº 11.340/06 diz respeito à *ação penal pública incondicionada no crime de lesão corporal leve*.

De acordo com o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), o crime de lesão corporal leve é caso de ação pública incondicionada. Em verdade, a regra geral prevista no Código Penal é a ação penal pública incondicionada. Os casos de ação privada e de ação penal pública condicionada à representação da vítima, por serem exceção, devem ter comandos expressos em lei, no que diz respeito à ação penal. Assim, até a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, o crime de lesão corporal leve sempre foi de ação penal pública. Essa lei expressamente, no seu art. 88, modificou a ação penal em relação aos crimes de lesão corporal leve e culposa. Assim, e por ser exceção à regra geral, não poderia ser diferente, a Lei nº 9.099/95 modificou a ação penal do crime de lesão corporal leve, que passou a ser ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Agora a Lei nº 11.340/2006 afastou, literalmente, a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, entre eles a lesão corporal leve, crime bastante comum no ambiente familiar. Afastando-se a Lei nº 9.099/95, afasta-se também o seu art. 88, uma vez que houve um afastamento total e não parcial da citada lei. Dessa forma, volta o crime de lesão corporal leve a ser de ação pública incondicionada.

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

Essa situação foi amplamente debatida nas comissões parlamentares que discutiram a questão da violência doméstica, discussão que culminou com a Lei nº 11.340/2006. Chegou-se à conclusão de que os mecanismos trazidos pela Lei nº 9.099/95 não foram eficazes para diminuir a violência doméstica, sendo necessária uma resposta mais efetiva por parte da Justiça, para combatê-la. Assim, o afastamento total da Lei nº 9.099/95 nos crimes de violência doméstica contra a mulher foi a forma

escolhida pelo legislador nacional para dotar a Justiça de mecanismos que possam, com efetividade, erradicar a violência doméstica no Brasil.

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

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

Um dos argumentos defendidos por essa corrente é de que, no art. 12, I, da Lei nº 11.340/2006, quando há descrição das medidas a serem tomadas pela autoridade policial, há previsão expressa de *reduzir a termo a representação da vítima*. Ora, o art. 12 foi necessário para definir quais seriam as condutas a serem adotadas na delegacia de polícia na fase investigativa. Como as modificações quanto aos procedimentos dos juizados especiais foram consideráveis, fizeram-se necessárias novas orientações às autoridades policiais. Por exemplo, nos casos previstos pela Lei nº 11.340/06, não mais se lava o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), mas a previsão é de instauração de inquérito policial, com a coleta de todas as provas necessárias à elucidação dos fatos, como oitiva de testemunhas, apreensão de objetos, encaminhamento a exame pericial, inclusive coleta do termo de representação. Esse último, por óbvio, é previsto apenas nos casos em que se fizer necessário, como nos crimes de ameaça. Nos crimes em que tal termo não é necessário, evidentemente, não há necessidade de se cumprir tal dispositivo.

O disposto no art. 12 é exatamente para esclarecer aos delegados de polícia os atos imprescindíveis às

investigações, uma vez que houve uma mudança radical de procedimento, com o afastamento do TCO.

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

Outro exemplo que nos socorre nesse entendimento é a ocorrência do crime de estupro, em situação da violência doméstica. Tal crime é de ação penal privada, por força do próprio Código Penal. Na ação penal privada não há que se falar em representação da vítima, a não ser em casos especiais previstos expressamente, sendo certo que a ação penal é iniciada por queixa-crime. A se adotar tal posição, temos que apenas pelo fato de o art. 12 da Lei nº 11.340/2006 prever expressamente a coleta da representação da vítima é que o crime de estupro passou a ser de ação pública condicionada à representação da vítima. Tal absurdo é impensável.

Da mesma forma, é inaceitável que, com o afastamento expresso da Lei nº 9.099/95 pelo art. 41 da Lei nº 11.340/2006, apenas pela previsão de representação genérica como uma das medidas a serem adotadas na delegacia de polícia, possamos pensar que o crime de lesão corporal leve continua a ser de ação pública condicionada à representação da vítima.

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

Em simpósio realizado nos dias 28 e 29 de julho de 2007, reunindo Promotores e Procuradores de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi, por maioria dos presentes, decidido que o afastamento do art. 41 da Lei nº 9.099/95 dos crimes de violência doméstica apenas se refere ao afastamento dos institutos despenalizadores, bem como o rito processual, não modificando a ação penal nos crimes de lesão corporal leve, que dependeriam de representação da vítima. Nesse ponto, entendemos de forma diversa, porque o legislador, ao nosso ver, quis realmente dar ao caso um tratamento mais rigoroso, retirando da alçada da vítima o poder de decidir pelo processamento ou não do caso em que sofreu de violência doméstica e lesão corporal. Ocorre que, no nosso modesto entendimento, quando o art. 88 da Lei nº 9.099/95 introduz a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve, ele trata exatamente de instituto despenalizador, uma vez que, vencido o prazo decadencial de seis meses, não

pode mais o agressor ser processado criminalmente. Trata-se, portanto, de um instituto despenalizador; afastado dos casos de violência doméstica, conforme amplamente discutido no simpósio mineiro. Assim, mesmo se entendendo que estão afastados os institutos despenalizadores, afastada também a hipótese de se exigir a representação da vítima nos casos de crime de lesão corporal leve quando se tratar de violência doméstica.

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

1.10.4 – CRIMES E DELITOS

A Lei nº 11.340/2006 não definiu crimes nem prescreveu nenhuma figura típica, mas modificou questões importantes do ponto de vista do direito penal e do direito processual penal.

O art. 5º da Lei Maria da Penha prevê literalmente que “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Assim, toda ação ou omissão que cause dano moral, físico, psicológico e até patrimonial à mulher em situação de violência familiar e doméstica pode ser objeto de alcance da Lei nº 11.340/2006.

Entre os crimes mais comuns citam-se: homicídio, lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal, cárcere privado, crimes contra o patrimônio, crimes sexuais, etc.

Discute-se, de início, a possibilidade do crime de homicídio praticado contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar. Esse crime sempre foi da competência indiscutível do Tribunal do Júri, visto que se trata do bem maior a ser protegido pela legislação penal – a vida. Fica então um questionamento em relação a possível conflito de competência entre o previsto Juizado da Mulher e o Tribunal do Júri. Entendemos que esse é um dos

pontos mais polêmicos da Lei nº 11.340/2006 e que depende de estudos mais aprofundados para a sua solução. Já se tem notícia – como em Belém, no Estado do Pará – da criação de Varas Especializadas contra a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência inclusive para o Tribunal do Júri.

No nosso entendimento, enquanto não devidamente estruturados os Juizados da Mulher, a melhor solução seria que tais crimes continuassem sob a responsabilidade do Tribunal do Júri, já devidamente estruturado para os processos de crimes contra a vida. Mas nada impede que haja uma atribuição concorrente da Promotoria de Justiça Especializada. Mesmo se tratando de uma idéia incipiente, entendemos que os Promotores de Justiça atuantes perante o Tribunal do Júri possam se responsabilizar pelo caso concreto, pelas circunstâncias e resultados do crime de homicídio, bem como de suas qualificadoras. Porém, no que tange à qualificadora específica da violência doméstica, esta pode ser defendida pela atuação da Promotoria Especializada na Defesa da Mulher.

Os crimes de *lesão corporal leve* juntamente com os crimes de *ameaça* são os mais comuns envolvendo relação familiar. É habitual nos lares brasileiros mulheres que suportam durante anos várias agressões físicas, que não chegam a causar dano físico grave e configuram a lesão corporal leve. As lesões mais comuns resultam do fato de a força física do homem ser superior à da mulher e decorrem de socos, chutes, pontapés, tapas, bem como arremesso de objetos de toda natureza. Não raras vezes há ainda tentativa de asfixia. As agressões físicas, na maioria dos casos, provocam hematomas, hemorragias, fraturas de ossos, principalmente de mãos e face, e escoriações em geral.

Há casos em que se ultrapassam os limites das lesões leves, chegando-se à configuração técnica de lesões graves e gravíssimas.

Outro crime muito freqüente é o de *ameaça* de causar algum mal à vítima, como ameaça de lesão corporal e, muitas vezes, ameaças de morte. Os crimes de ameaça são praticados pessoalmente, por interposta pessoa, por telefone e por mensagens de computador. O certo é que as ameaças são firmes de forma a atemorizar as vítimas, retirando-lhes a paz e a tranqüilidade e, muitas vezes, incapacitando-as para a prática dos atos de sua vida diária. Muitas vítimas se vêem obrigadas até mesmo a deixar o emprego tamanho o medo que sentem das ameaças. Assim, temos que o crime de ameaça, devidamente efetivado contra as vítimas, é dos mais comuns e o que mais nos preocupa pelas consequências danosas à vítima, pois representa um dano psicológico grave.

Não se pode esquecer dos *crimes sexuais* (*crimes contra os costumes*), mais freqüentes no ambiente

familiar, muitas vezes praticados por marido e companheiro. Essa questão é imensamente complexa pelo envolvimento cultural e social. Muitos homens sentem-se no direito de se servir do corpo da *sua* mulher para a satisfação de seus desejos sexuais. A mulher que por qualquer motivo não o atenda a tempo e modo muitas vezes é vítima de abuso sexual. Esses crimes não são os mais freqüentes que nos chegam no dia-a-dia da Promotoria Especializada e esperamos que não seja por vergonha das mulheres em denunciar tal situação.

A lei ainda prevê crimes que lesem o *patrimônio* da vítima. Tais crimes ocorrem, porém, com menor freqüência. Supomos que seja porque, quando a vítima procura por ajuda, o que a faz tomar essa decisão são condutas criminosas mais ligadas ao risco de vida, risco de integridade física e falta de tranqüilidade psicológica. A questão patrimonial não se revela como a mais importante na maioria dos casos. Mas não raras vezes as mulheres relatam crimes patrimoniais associados aos demais. Assim, nos conflitos familiares em que a mulher foi espancada, ameaçada, por vezes ainda é posta para fora de casa ou lhe são subtraídos documentos necessários para a tomada de providências protetivas, principalmente documentos de identidade e certidão de nascimento de filhos, bem como seus cartões de vacinação. Evidentemente há crimes patrimoniais mais graves, principalmente como nos casos em que a vítima chega à Promotoria de Justiça sem lugar para se abrigar e a seus filhos.

Todos esses crimes já estão previstos no Código Penal, que traz uma modificação importante em relação à pena prevista para o crime de lesão corporal praticada mediante violência doméstica, reprimenda que passou para três meses a três anos de reclusão.

A modificação ocorreu no art. 129 do Código Penal, no *quantum* da pena. Sobre esse assunto trataremos mais detalhadamente no item sobre as modificações legais trazidas pela Lei nº 11.340/2006.

Os *crimes contra a honra* são muito comuns nos casos de violência doméstica, em que muitas vezes as agressões físicas e as ameaças são acompanhadas de crimes contra a honra, principalmente crime de injúria. As ofensas verbais são recorrentes e muito freqüentes, o que demonstra a falta de respeito do casal e das pessoas envolvidas. A falta de cuidado e delicadeza no trato familiar é flagrante e demonstra a degradação da família moderna. É comum o agressor denegrir a honra da vítima, deixando-a em farrapos, com a auto-estima completamente comprometida.

Além dos crimes já descritos, temos ainda as *Contravenções Penais*. Como já descrito anteriormente, o art. 5º da Lei nº 11.340/2006 fala em qualquer

ação ou omissão praticada na situação de violência doméstica. Assim, as Contravenções Penais também estão inseridas nesse contexto.

A Contravenção Penal de Vias de Fato, prevista no art. 21 da Lei das Contravenções Penais, é uma das mais comuns entre as abrangidas pela Lei Maria da Penha. Mas, em tese, outras contravenções penais são passíveis da aplicação dessa lei especializada. O processamento das contravenções penais também será analisado melhor nas modificações das leis, em seção à parte.

Há discussões sobre se as *contravenções penais estariam abrangidas pela Lei nº 11.340/2006*, uma vez que o art. 41 dessa lei afastou os benefícios da Lei nº 9.099/95 dos crimes praticados mediante violência doméstica. Ocorre que o art. 41 apenas fez menção expressa aos crimes e não às contravenções.

Pensamos que o *aparente conflito de normas* pode ser resolvido das duas formas a seguir mencionadas.

1) O art. 5º da Lei nº 11.340/2006 prevê como violência doméstica toda e qualquer ação ou omissão que cause dano físico, psicológico ou patrimonial à vítima. Assim, as lesões corporais estão inseridas nesse contexto, não tendo sido afastadas dos rigores da Lei nº 11.340/2006. Devem, portanto, seguir todo o procedimento previsto nessa lei, inclusive, saindo, da competência dos Juizados Especiais Criminais. Como o art. 41 não previu o afastamento da Lei nº 9.099/95 nos casos de contravenção penal, entendemos que podem ser aplicados a elas os benefícios da Lei nº 9.099/95, porém na Justiça Comum. Seria o caso de proposta de transação penal, em que não se poderia aplicar a prestação pecuniária, expressamente vedada pela Lei nº 11.340/2006.

2) A segunda opção é a de considerar como violência doméstica também as contravenções penais, como previsto no art. 5º, e aplicar a elas todos os dispositivos da Lei nº 11.340/06, na Justiça Comum, por se tratar de lei mais gravosa e pelo *princípio da especialidade*.

1.10.5 – ATENDIMENTO À VÍTIMA

Após essas explicações inevitáveis a respeito de questões relevantes dos pontos polêmicos trazidos às discussões doutrinárias sobre a Lei nº 11.340/2006, entendemos necessário e de bastante utilidade para os Promotores de Justiça que atuam na área da violência doméstica esclarecimento sobre o dia-a-dia da promotoria, o que fazemos para solucionar os problemas que se nos apresentam, como buscar, na prática, a solução para as questões apresentadas.

Geralmente os casos nos chegam via Judiciário. A mulher em situação de violência doméstica acio-

na a Polícia Militar, esta encaminha o caso para a Polícia Civil, que toma as medidas necessárias ou possíveis, reduz a termo as declarações da vítima, encaminha ao juiz as medidas protetivas solicitadas pela vítima e dá início às investigações criminais. Após a análise e decisão do Poder Judiciário sobre as medidas protetivas é que estas chegam aos nossos gabinetes, para conhecimento e tomada de providências. A esse respeito, falaremos mais detalhadamente no tópico das medidas protetivas.

Contudo, outros casos nos chegam aos gabinetes sem ter passado por nenhum dos órgãos referidos. Daí a importância fundamental do atendimento à vítima ser feito na promotoria de Justiça, de forma adequada, tranqüila, firme. Achamos, inclusive, que tal atendimento merece um tópico independente, tamanha sua relevância em todo esse processo.

Ouvida a vítima, vamos tomar as providências que se impõem, de acordo com cada caso, e acompanhar o desenrolar dos procedimentos adotados.

1.10.5.1 – O ATENDIMENTO PROPRIAMENTE DITO

O primeiro ponto que entendemos importante ressaltar é o atendimento à vítima – aquela que nos procura fragilizada, muitas vezes machucada e, com certeza, com feridas emocionais. Devemos, sempre e da melhor forma possível, favorecer esse atendimento, preparando um ambiente favorável, com pessoal capacitado para receber a vítima e ouvi-la. Esse primeiro contato é muito importante. A vítima tem no Ministério Público um grande aliado, mas a figura do Promotor de Justiça, muitas vezes, afasta e intimida a vítima simples, fragilizada, infeliz, e que se sente inferiorizada. No nosso caso, o atendimento é feito por oficial do Ministério Público ou diretamente pelo Promotor de Justiça, que procura saber se há processo em andamento, ouve a vítima, colhe a termo suas declarações e a orienta a procurar abrigo, nos casos mais graves. O ambiente simples, acolhedor, em local mais silencioso e sem trânsito de pessoas e acúmulo de processo, é mais propício para esse atendimento. Seria bastante benéfico que os ambientes de oitiva de vítima fossem previamente preparados para tal finalidade, já que, na maioria das vezes, as vítimas estão envergonhadas ou têm que descrever fatos íntimos de suas vidas, inclusive de sua vida conjugal. Tais cuidados, além de facilitarem trabalho, valorizam as vítimas e as encorajam na tomada de posição na própria vida. O fato de já terem conseguido buscar ajuda já representa um passo muito importante. Quando ainda encontram um ambiente favorável, com certeza, as vítimas sentem-se acolhidas e fortalecidas no passo que estão dando para sua mudança de vida.

Muitas vítimas saem dos atendimentos visivelmente satisfeitas por terem encontrado alguém que as ouvisse e que pudesse dar algum encaminhamento a seu caso.

Dependendo de cada situação, as vítimas são encaminhadas ou a delegacia de polícia para instauração de inquérito policial e realização do exame de corpo de delito de suas lesões e/ou a abrigos para sua proteção. Pode o Promotor de Justiça requerer ao juízo as medidas protetivas solicitadas pela vítima, bem como requerer prisão preventiva do agressor, conforme o caso.

O importante é informar à vítima o que vai ser feito, para que ela tenha ciência do que pode acontecer e o que significa sua atitude de pedir ajuda ao Ministério Público. As vítimas têm que ser alertadas, inclusive, de que o ofensor pode ficar mais agressivo se souber que ela tomou alguma providência, sendo mais aconselhável manter o sigilo quanto ao atendimento para que a situação em casa não piore, até que alguma medida judicial possa ser efetivada. São muito comuns relatos aumento de violência por parte dos agressores, quando as vítimas tomam alguma providência contra eles. Isso significa que, quando a vítima denuncia uma agressão, sua integridade física poderá estar sob risco maior, e deve ser alertada sobre tal fato, para se precaver.

No atendimento à vítima, ouvimos a sua versão dos fatos, e, quando detectamos que o caso é grave, preocupante, a vítima é submetida a uma *avaliação de risco*, que nos dá uma noção do perigo que a ela está correndo na realidade. São perguntas fáceis, a que ela responde orientada por pessoal treinado por nós. Dependendo do resultado, se a avaliação nos informa sobre risco de moderado a grave, já orientamos a vítima a procurar um abrigo e a ajudamos com a preparação de um *Programa de Segurança*. Esse programa tem que ser elaborado junto com a vítima, com algumas informações que lhe devem ser passadas e com outras fornecidas por ela. Todo esse material é guardado na promotoria de Justiça, em arquivo próprio para cada vítima, de forma sigilosa. Tanto a *avaliação de risco* quanto o *Programa de Segurança* adotados pela promotoria de Justiça estão à disposição de colegas que queiram conhecer e desenvolver o mesmo sistema. Para tanto, a promotoria especializada pretende, ainda, divulgar suas atividades e disponibilizar para os promotores de Justiça interessados material necessário, promovendo maior integração ministerial.

A avaliação de risco é de grande valia para balizar a nossa atuação em cada caso: em que situações vamos requerer a prisão preventiva, em quais vamos pedir o afastamento do agressor do lar conjugal, em quais vamos encaminhar, sigilosamente, a vítima para abrigos, etc.

É importante guardar uma cópia do termo de declarações da vítima na promotoria de Justiça, em arquivo próprio, e dar outra à vítima, tudo devidamente autenticado. O arquivo é bem apropriado para a continuação do atendimento daquela mesma vítima num possível retorno, o acompanhamen-

to das providências tomadas em cada caso, além do estudo estatístico da violência doméstica na comarca. É importante observar se houve aumento dos casos de violência doméstica na comarca ou das denúncias por parte das vítimas. Esse é um dado importante para nortear a ação ministerial nesse aspecto, como forma de promover ações preventivas extrajudiciais.

1.10.5.2 – O REQUERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS

A Lei nº 11.340/2006, nos arts. 18 a 24, introduziu as *medidas protetivas* como forma de aumentar a segurança das vítimas de violência doméstica. O objetivo principal diz respeito, obviamente, a sua integridade física, mas não foram esquecidas outras medidas muito importantes para as mulheres tentarem levar, no máximo possível, uma vida normal, digna e que possa lhe proporcionar tranquilidade para continuar trabalhando, criando os filhos, pagando suas contas, exercendo os atos importantes de sua vida civil, com maior tranquilidade.

Como foi absolutamente necessário dotar a mulher em situação de risco e de violência doméstica de mecanismos que a fortaleçam e que lhe possibilitem levar a vida adiante, houve por bem o legislador prever o deferimento imediato pelo juiz – assim que este tomar conhecimento da gravidade do caso –, de medidas protetivas, que não são somente de natureza criminal, mas também civil, principalmente o direito de família.

Vale ressaltar que o texto original do Anteprojeto de Lei nº 4.559/2004 chamava tais medidas de *medidas cautelares*. Já o texto final aprovado e previsto na Lei nº 11.340/2006 denominou-as de *medidas protetivas*, retirando assim o termo *cautelares*. Tal mudança não aconteceu por acaso, muito menos por erro legislativo. Ocorre que o termo *cautelar* remete, de imediato, ao rito das *medidas cautelares* previstas no Código de Processo Civil, até mesmo porque o seu objeto possui conteúdo inequivocamente civil. Assim, temos que a mudança da nomenclatura quis, de forma bastante incisiva, dar às *medidas protetivas* o cunho mais amplo, de medidas cautelares tanto civis quanto criminais.

Analisando melhor a questão, verificamos que não poderia ser outra a interpretação, uma vez que as medidas protetivas estão relacionadas, obrigatoriamente, à ocorrência de uma conduta delituosa, que deve ser combatida pelo direito penal.

Quanto aos requisitos das medidas cautelares civis, temos os já conhecidos e bastante estudados *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ocorre que no caso das medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006, de natureza criminal, não há a presença do *fumus boni iuris*, já que estamos diante de uma prática de um ato ilícito. Não há que se falar em fumaça de bom direito quando o que se

vislumbra é uma prática criminosa. Em verdade, o requisito presente que se constata é o *fumus commissi delicti*.

Não se pode afirmar que o delito cometido é uma *fumaça do bom direito*, quando na verdade o que se espera é a probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, o *fumus delicti*, ou como bem observa Delmanto Júnior, o *fumus commissi delicti*. Desta forma é a provável ocorrência de um delito e os indícios da autoria que se fundem no pressuposto *fumus delicti*, e não a existência de um sinal, fumaça de um bom direito que deverá ser tutelado pelo Estado, o *fumus boni iuris*.³⁸

Da mesma forma ocorre quando analisamos o outro requisito para a medida cautelar de natureza cível, ou seja, o *periculum in mora*. Vê-se claramente que tal requisito não está presente como essencial para o deferimento das medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006, de natureza criminal. O que se tem é uma situação de risco para a vítima, que precisa de proteção do Estado, uma vez que presente o requisito da medida cautelar criminal *periculum libertatis*.

É o *periculum libertatis* o pressuposto da cautelar penal, uma vez que, solto ou, no caso da medida protetiva, sem limitação de sua liberdade, poderá o agressor continuar a ofender a ordem pública.

É de se considerar que a exigência do *periculum libertatis* é mais criteriosa do que o simples *perigo da demora*. Tourinho Filho entende serem os pressupostos semelhantes. Escreve o doutrinador: “O *periculum in mora*, ou *libertatis*, consistirá na circunstância de ser a medida imprescindível às investigações criminais”.

No presente caso, o *periculum libertatis* pode colocar em risco a integridade física, psicológica, patrimonial, etc., da vítima de violência doméstica. As medidas protetivas precisam ser deferidas com a rapidez necessária para que o Estado consiga, efetivamente, dar proteção às vítimas de violência doméstica. Evidentemente, estamos diante de um caso relacionado à ocorrência de um crime, o outro requisito da medida cautelar criminal, ou seja, o *fumus commissi delicti*.

Assim, temos, como exemplo, uma medida protetiva que proíbe ao agressor aproximar-se da vítima a uma distância, a ser fixada, suficiente para garantir a esta sua integridade física. Não se trata da prisão do agressor, mas sim de uma limitação em seu direito de liberdade. Dessa forma, estando presentes os requisitos *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*, deve a medida protetiva ser aplicada de imediato.

Com essas considerações, temos que as medidas protetivas de natureza criminal não estão presas

ao processo previsto para as medidas cautelares do Código de Processo Civil.

O art. 22 da Lei nº 11.340/2006 exemplifica medidas protetivas que obrigam o agressor. Vejamos:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

As medidas previstas nos incisos I, II e III, letras *a*, *b* e *c*, são de natureza criminal. As previstas nos incisos IV e V são medidas de natureza civil. Todas obrigam diretamente o agressor.

As medidas protetivas que protegem as vítimas são elencadas nos arts. 23 e 24, transcritos a seguir.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante de-

³⁸ Rogério Marcus Alessi

pósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Necessário que se compreenda que tais medidas são elencadas exemplificativamente, podendo outras ser requeridas e aplicadas de acordo com as necessidades de cada caso. A Lei nº 11.340/2006 prevê que as medidas protetivas serão objeto de expediente apartado, não ficando vinculadas à investigação criminal.

Com efeito, o procedimento das medidas protetivas não segue o rito do processo criminal. Muito bem fez o legislador em definir procedimento próprio para elas que, dada à urgência do caso, não devem ficar adstritas ao processo investigativo nem mesmo ao processo criminal. Assim, são autuadas em apartados, têm andamento processual próprio, com finalidades distintas. O inquérito policial objetiva a investigação dos fatos e a futura propositura de ação criminal. O expediente de medidas protetivas visa à aplicação urgente de medidas que protejam a vítima e garantam a paz social.

Quanto ao *tempo de duração* das medidas protetivas, da mesma forma como as medidas cautelares criminais, é certo que elas deverão prevalecer até que estejam presentes os requisitos e as situações fáticas que ensejaram a sua aplicação. Assim, não estamos presos aos prazos do processo civil. Deferidas as medidas protetivas, estas terão vigência até que se tenha prova nos autos de que os motivos ensejadores não mais existem. Será necessária uma avaliação criteriosa caso a caso, ouvindo-se, inclusive, a mulher beneficiada pela concessão das medidas.

Esse entendimento ainda não está pacificado na doutrina brasileira, e há aqueles que defendem que as medidas protetivas são de natureza civil, devendo, portanto, seguir o rito e os requisitos definidos para as medidas cautelares civis. Nesse caso, deferidas as medidas, elas têm a validade de trinta dias, prazo no qual deve ser proposta a ação principal. Não é o que pensamos, por todas as dificuldades em se dar cumprimento a tais prazos e à efetividade das medidas. A se adotar esse entendimento, temos que, deferidas as medidas, tem-se o prazo de trinta dias para o ajuizamento da ação penal, que é ajuizada pelo Ministério Público. E a vítima não pode ser prejudicada, com a suspensão das medidas que a protegem pessoalmente, por uma eventual demora do Ministério Público em oferecer a denúncia, ou mesmo a de se chegar ao fim das investigações. A realidade nos mostra que muitos inquéritos policiais, senão a sua maioria, pela imensa quantidade de feitos, não terminam a investigação no prazo de trinta dias. Assim, a vítima poderá, e muito, ser prejudicada por não se ter o fim do inquérito policial e

a necessária propositura da ação penal pelo Ministério Público no tempo de trinta dias.

Percebemos outro problema prático em se considerarem as medidas protetivas como medidas cautelares de natureza civil. Ao descumprimento de tais medidas deverá, então, ser aplicada penalidade. Tal situação se torna, na prática, inviável. Se a penalidade for de multa por dia de descumprimento, por exemplo, fica difícil aferir quantas vezes e por quantos dias isso ocorreu, e a aplicação de pena de multa está em total desconformidade com o espírito da Lei nº 11.340/2006. A Lei Maria da Penha veda a imposição de penalidade criminal de prestação pecuniária, exatamente para que o agressor não se livre da imposição criminal por meio de pagamento em dinheiro. Afinal, a Justiça tem que ser para todos, não só para os endinheirados e a coibição da violência doméstica não pode estar atrelada a questões financeiras.

Por essas questões apontadas, entendemos que as medidas protetivas são medidas cautelares de natureza criminal e devem ter a duração necessária para a garantia da segurança e integridade da vítima.

Assim, quando deferidas as medidas protetivas, o agressor e a vítima devem ser intimados pessoalmente, e a vítima não pode entregar ao agressor tal intimação. Tudo, obviamente, para protegê-la.

As medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 podem ser requeridas pelo Ministério Público depois de ouvida a vítima, a pedido desta, desde que atendam ao interesse dela. O rol elencado no art. 22 é apenas exemplificativo, podendo haver outras medidas que o Promotor de Justiça ou a própria vítima entendam necessárias e que podem ser requeridas ao juízo.

Geralmente, as medidas protetivas chegam às nossas mãos, para conhecimento, após decisão judicial, vindas das delegacias de polícia. Nesse momento, tomamos conhecimento se as medidas foram deferidas ou não, ou se o foram apenas parcialmente. Dependendo do caso e das informações ali constantes, requeremos a reconsideração do juízo, para que sejam deferidas as medidas solicitadas pela vítima. Entendemos que, se a vítima as solicitou, é porque são necessárias, pois ela sabe de sua realidade, que nós não somos capazes de avaliar, naquele momento, sem mais elementos de provas. Mas, no caso de haver risco para a vítima – estamos tratando de violência doméstica –, melhor que seja afastado do que deixar a vítima continuar a conviver com tal situação.

Se as medidas protetivas são deferidas, requeremos sejam juntados os mandados de intimação aos autos, devidamente cumpridos.

Se são deferidas parcialmente, e há pedido de pensão alimentícia para filhos menores que tenha sido indeferido, por exemplo, pedimos seja a vítima in-

timada a juntar a certidão de nascimento dos filhos, para comprovar a paternidade, e aí insistimos no deferimento do pedido de alimentos para eles.

Uma questão que se apresenta bastante séria é o prazo de vigência das medidas protetivas, se consideramos os procedimentos como independentes, e não como acessórios. E se houver sentença condenatória, no processo penal, o agressor cumprir a pena à qual foi condenado, como fica a proteção da vítima? Se o procedimento de medidas protetivas for considerado acessório do processo penal, com o cumprimento da pena, esse vai ser arquivado, e, conseqüentemente, as medidas protetivas perderão a eficácia e a vítima ficará novamente sem proteção. A Lei nº 11.340/2006 silenciou sobre esse ponto. Nos EUA, mesmo findo o processo criminal, as medidas protetivas podem prevalecer por um período de cinco anos, ou seja, o agressor, após ter cumprido a pena, estará em liberdade total, mas ficará proibido de se aproximar da vítima, e com isto não pode voltar a agredi-la. Aqui no Brasil não há manifestação legal expressa a esse respeito. Já tivemos um caso em que o agressor ficou preso por oito meses e meio, cumpriu totalmente a pena que lhe foi aplicada, voltou às ruas, e, em menos de um mês, retornou a sua casa, ameaçando novamente a família, principalmente a mulher, munido de um pedaço de pau de mais de um metro de comprimento, sendo, por isso, novamente preso em flagrante.

Pensamos que essa situação precisa ser resolvida de melhor forma. Se as medidas protetivas continuassem a ter validade após resolvido o processo criminal, teríamos a esperança de que novas agressões e ameaças poderiam ser evitadas, diminuindo, assim, a violência doméstica. Esse é um ponto interessante e ainda sem fácil resolução. Pensamos que, ao sentenciar condenando por crime em situação de violência doméstica, o juiz poderá determinar que o agressor continue cumprindo as obrigações constantes nas medidas protetivas, principalmente no que diz respeito à proibição de se aproximar da vítima por um espaço determinado, que garanta a ela e a sua família a integridade física. Assim, defendemos que as medidas protetivas são de natureza criminal, devendo prevalecer até que sejam necessárias.

1.10.5.3 – PROVIDÊNCIAS DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS

No caso de terem sido deferidas as medidas protetivas, devemos observar se estão sendo cumpridas e se delas o agressor foi intimado pessoalmente.

Geralmente a notícia do seu descumprimento, principalmente em relação ao afastamento, chegamos através da própria vítima, que nos procura para informar que, apesar do deferimento das medidas protetivas, o agressor continua a se aproximar dela, com agressões e ameaças. Nesse caso, reduzimos a

termo as declarações da vítima e o encaminhamos, com cópia das medidas protetivas, à delegacia de polícia para apurar crime de desobediência. Se o caso se apresenta grave o bastante, além dessa providência, protocolamos, perante o juízo, pedido de prisão preventiva do agressor. Os juízes geralmente deferem a prisão preventiva para garantir a ordem pública e a integridade física da vítima.

Se o agressor descumprir a medida a ele imposta, é caso de crime de desobediência, devendo haver a apuração e o processo devido, sem prejuízo de avaliar, diante da gravidade do caso e do risco que possa estar correndo a vítima, a possibilidade de se decretar a prisão preventiva do agressor.

1.10.6 – A PRISÃO PREVENTIVA NA LEI Nº 11.340/2006

O art. 20 da Lei nº 11.340/2006 estabelece:

Art. 20 Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Não se trata aqui de um novo tipo de prisão preventiva diverso do já existente e previsto. O que fez a Lei nº 11.340/2006 foi acrescentar ao Código de Processo Penal mais uma hipótese em que é possível a decretação da prisão preventiva. Modificação como essa já foi feita anteriormente, com a inclusão de outros requisitos para tanto, principalmente no que diz respeito à ordem econômica.

Com muito mais razão, vem a lei prever a possibilidade de decretação de prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, em que a sua vida e a integridade de sua família correm reais riscos.

Exige-se ainda, para a decretação da prisão preventiva, que esteja abalada e em risco a ordem pública ou que haja ameaça à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. A análise do caso é que vai dar o norte de tal entendimento. É necessário que se esteja diante de uma situação, facilmente provável, de que a ordem pública esteja em risco, havendo o *periculum libertatis* na decretação da ordem de prisão, sendo certo que se trata de medida de exceção e de urgência. Essa medida é para os casos mais extremos em que a manutenção do agressor em liberdade realmente represente risco para a vítima

ou suas testemunhas. Evidentemente, que nesse caso, estamos diante de uma situação em que há indícios suficientes de autoria delitiva e provas de materialidade, quando for o caso.

Assim, prevê o art. 313 do Código de Processo Penal:

Art. 313 - Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos.

[...]

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A previsão de prisão preventiva em virtude de violência doméstica e familiar contra a mulher aumentou bastante os casos em que a prisão preventiva é cabível, sendo ela possível, em tese, em qualquer crime doloso, independentemente da pena cominada ser de detenção ou de reclusão, desde que o crime tenha sido praticado em situação de violência doméstica e quando as medidas protetivas previstas pela Lei nº 11.340/2006 não forem suficientes para garantir à vítima a sua integridade física, moral, psicológica.

A prisão preventiva, como medida cautelar criminal, deve ser mantida enquanto persistirem os motivos ensejadores da medida extrema. Da mesma forma, desaparecendo tais motivos, pode a medida de prisão preventiva ser revogada. Nada impede, portanto, que, mesmo revogada ou negada de início, não possa ser reavaliada e novamente decretada, observando-se os fatos e os requisitos para sua decretação.

A adoção da medida cautelar de prisão preventiva depende de estarem presentes os requisitos *fumus delicti* e *periculum libertatis*. “Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo”, nos dizeres de Greco Filho.

Assim, a situação de risco que abale um indivíduo, atinge toda a ordem jurídica, que merece a ação da Justiça para a sua preservação.

Entendemos ainda que numa situação de descumprimento de medidas protetivas deferidas, as quais realmente protegem a vítima (como a proibição ao agressor de se aproximar da vítima), por absoluto interesse em proteger a integridade da pessoa ameaçada, pode haver a decretação da prisão preventiva do agressor.

1.11 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. Família no Brasil dos Anos 90: Um Estudo sobre a Construção Social da Conjugalidade Homossexual. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.asselegis.org.br>. Acesso em: 2008.

ASSOCIAÇÃO PARA PREVENÇÃO DA TORTURA. Monitoramento de locais de detenção – um guia prático. Disponível em www.apt.ch/component?option=com_docmon/task,cat_view/gid,58/Itemid,59/long,em/ Acesso em: 12 set.2008.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 450-451.

BASILEU, Garcia. Comentários ao Código de processo Penal. v. III. Rio de Janeiro: Forense. 1945. p.169/170

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei “Maria da Penha”. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>. Acesso em: 2008.

BORGES, Alci Marcus Ribeiro. Direitos humanos: conceitos e preconceitos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1248, 1 dez. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9225>. Acesso em: 17 abr. 2008.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Da Adoção por Homossexuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 7. n. 80, 21 set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>. Acesso em: 09 abr. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DA SILVA, Jorge. Direitos civis e relações raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FOLEY, Conor. Combate à tortura, manual para magistrados e membros do Ministério Público. Reino Unido: Centro de Direitos Humanos, Universidade de Essex, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: www.lfg.com.br/public_html/article.php?story. Acesso em: junho 2008.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 275.

IBGE. Participação político-social - subtema: Justiça e vitimização Suplemento da PNAD 1988. Amostra: 81.628 domicílios.

ISHAY, Micheline R. Direitos Humanos: Uma Antologia – Principais Escritos Políticos desde a Bíblia até o Presente. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código de processo penal anotado. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEMOS, Aline Maria da Rocha. Convivências homoafetivas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1030, 27 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8313>. Acesso em: 09 abr. 2008.

MARCÃO, Renato. Racismo ou injúria racial? O caso Grafite. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 651, 20 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6604>. Acesso em: 18 abr. 2008.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Ministério Público e direitos humanos. Campinas: Bookeseller, 2005.

MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>. Acesso em: 09 abr. 2008.

MINAS GERAIS. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres - Projeto de Lei nº 4.559/04 Exposição de Motivos. Disponível em: http://200.130.7.5/spmu/legislacao/projeto_lei/explo_motivos.htm. Acesso em: junho 2008.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. v. 4. Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Parecer do MP/RS em apelação de sentença absolutória proferida em crime de racismo contra o povo judeu (Lei nº 7716/89). Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 20, out. 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=289>. Acesso em: 09 abr. 2008.

NÓBREGA, Airton Rocha. Racismo e preconceito de cor. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=170>. Acesso em: 09 abr. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5 ed. São Paulo: RT, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais comentadas. São Paulo: RT, 2006.

Para servir e proteger – Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança: manual para instrutores. 2 ed. Belo Horizonte: Polícia Militar de Minas Gerais, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1990.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Considerações sobre os crimes contra a honra da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1299, 21 jan. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9413>. Acesso em: 09 abr. 2008.

TEIXEIRA, Flávia Camello. Da tortura. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3.

1.12 - MODELOS DE PEÇAS PROCESSUAIS CONCERNENTES A DIREITOS HUMANOS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA IPSM E IPSEMG

ACP IPSEMG IPSM

EXMO^(a). SR^(a). DR^(a) JUIZ^(a) ESTADUAL DA ____ VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE BELO HORIZONTE/MG

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, por meio do seu Promotor de Justiça, vem, perante Vossa Excelência, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** contra o **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSM**, autarquia estadual com endereço na Rua Paraíba, 576, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG e **INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS – IPSEMG**, autarquia estadual com endereço na Rua Gonçalves Dias, 1434, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG, representados respectivamente por seus procuradores autárquicos, pelos fatos e fundamentos a seguir:

DOS FATOS

Em meados do ano de 2007, o centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos do Ministério Público de Minas Gerais (CAO-DH), foi provocado pelo Escritório de Direitos Humanos, órgão vinculado a Secretaria de Desenvolvimento Social do Estado (SEDESE) através do ofício nº 087/2007, datado de 08 de agosto de 2007 (Fl. 03 do PA nº 003/2007, anexado a presente), informando sobre grave violação de Direitos Humanos por parte do Instituto de Previdência do Servidor do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) e Instituto de Previdência do Servidor Militar do Estado de Minas Gerais (IPSM).

Segundo noticiado, “estes institutos vêm negando a casais homossexuais o direito a pensões em caso de morte bem como auxílio-reclusão, sendo este um direito assegurado constitucionalmente. A violação ocorre que ao homossexual é vedado obter junto a órgãos os direitos previdenciários, mencionados, alegando que sua legislação pertinente não autoriza tal reconhecimento” (fl. 03 do PA).

Ante tal denúncia, instaurou-se o Procedimento Administrativo nº 003/07, designando-se o signatário da presente para atuar no feito, conforme Portaria nº 2268/2007 do Procurador Geral de Justiça, publicada no “Minas Gerais” de 22/08/2007 (fl. 05 do PA). Em tal procedimento, foi constatado que a Lei Complementar 64/02 que institui o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, não prevê a possibilidade de inclusão do companheiro homossexual/homoafetivo como dependente para fins previdenciários.

Restou apurado que a União através do INSS (Instrução Normativa nº 11/06, artigo 30 – fl. 06/153, alterada pela Instrução Normativa nº 20/07 do INSS – fl. 154) e alguns Estados e Municípios do país já admitem tal inclusão em seus institutos de Previdência, exemplificativamente o Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 285/79, artigo 29, § 8º - fl. 155/165 do PA), Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 180/78, artigo 147, inciso III – fl. 167/171 do PA) e Município de Recife (Lei nº 17.142/05, artigo 11, inciso IV – fl. 166 do PA).

Visando a solução da questão extrajudicialmente, no dia 27 de fevereiro de 2008, foi realizada reunião com a Secretária de Planejamento do Estado de Minas Gerais, Renata Vilhena; Dr. Fernando Fagundes, Procurador Geral de Justiça Adjunto Institucional e dois representantes da SEDESE, Dra. Sílvia Buarque Gusmão e Marcelo Dayrell. Naquela oportunidade, foi informado pela Secretária que seria apresentado projeto de lei junto a Assembléia Legislativa do Estado no sentido de se admitir junto a IPSEMG a possibilidade de inclusão do companheiro homoafetivo como dependente para fins previdenciários (fl.172 do PA).

Nesse sentido, foi apresentado pelo Governador do Estado, na Assembléia Legislativa do Estado, o Projeto de Lei Complementar nº 41/2008, que foi apensado ao PLC 36/2007, de autoria do Deputado Carlin Moura, versando sobre a mesma matéria. O PLC nº 41/08 altera a Lei Complementar 64/02 que institui o regime próprio de previdência e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, incluindo o companheiro homossexual na relação de dependentes do segurado, observado o atendimento de requisitos (fl. 173/174 do PA).

Ocorre que há mais de 1 ano, o projeto de Lei Complementar 41/08, encontra-se com seu trâmite paralizado junto a Assembléia Legislativa do Estado, como se depreende dos acompanhamentos eletrônicos de movimentação juntados ao PA 03/07 (fls.262), o que demonstra claramente a inércia, o descaso e preconceito do legislativo estadual com a matéria, vez que é notória a interferência negativa das bancadas religiosas ortodoxas daquela Casa no trâmite do referido projeto de lei. De tal forma, a laicidade do Estado fica relegada a segundo plano, acarretando enorme prejuízo a um grupo de cidadãos que por sua orientação sexual são discriminados e alijados de seus direitos.

Ante tal fato, visa a presente ação a efetivação de direitos fundamentais de pessoas/cidadãos que, por sua orientação sexual, têm seus direitos violados pela ação omissiva do Estado, no caso da presente em especial o Poder Legislativo estadual.

Breves considerações sobre orientação sexual

A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil. Embora as parcerias amorosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da humanidade, é certo que, com a liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros.

Em sintonia com esta realidade, inúmeros países no mundo todo vêm estabelecendo formas diversas para reconhecimento e proteção destas relações afetivas e seus reflexos patrimoniais. A premissa destas iniciativas é a idéia de que os homossexuais devem ser tratados igualmente em dignidade e direitos como cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento jurídico das suas uniões, e, via de conseqüência, dos direitos que delas exsurgem, implica não só em discriminá-los e privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo à sua própria identidade, afeto e dignidade.

Com efeito, a superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que a concebia como “pecado” – cuja adoção pelo Estado seria francamente incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5º, inciso VI e art. 19, inciso I), - ou a que a tratava como “doença” conforme anteriormente apregoadado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), hoje absolutamente superada no âmbito da Medicina e da Psicologia, não subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhecimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as conseqüências jurídicas disso decorrentes.

DO DIREITO

DAS NORMAS INTERNACIONAIS E CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE

A tese sustentada nessa ação é a de que se deve extrair diretamente dos instrumentos legais internacionais a que o Brasil aderiu e os nacionais, especialmente artigo I (igualdade em dignidade e direitos), II (capacidade para gozar os direitos estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie) e VII (igualdade sem distinção a proteção da lei) da Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas a qual o Brasil é signatário; artigo 1º (obrigação de respeitar direitos, sem discriminação de forma alguma) e artigo 2º (dever de adotar disposições de direito interno visando a efetivação de direitos e liberdades) da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992); Constituição Federal de 1988 e Constituição Estadual, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III CF), da igualdade (art. 5º, *caput* CF), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV CF), da liberdade (art. 5º, *caput* CF) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade de reconhecimento dos direitos previdenciários decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo.

Quanto a recepção dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, Flávia Piovesan, citando Antônio Augusto Cançado Trindade afirma:

Portanto, como pontua Antônio Augusto Cançado Trindade, 'se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante artigo 5º(2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco de direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno' (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 8ª ed., Saraiva, pág. 82).

Em outras palavras, defender-se-á que o reconhecimento desses direitos aos companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios internacionais e constitucionais acima mencionados.

Contudo, a ausência de uma regulamentação legal mais evidente no Estado de Minas Gerais vem comprometendo, na prática, a possibilidade de exercício de direitos fundamentais por pessoas homossexuais, que se vêem impedidas de obter o reconhecimento oficial das suas uniões afetivas e de ter acesso a uma miríade de direitos que decorrem de tal reconhecimento, e que são concedidos sem maiores dificuldades às uniões estáveis de casais heterossexuais. Não raramente, se vêem obrigadas a acionar o Judiciário visando a tutela de seus direitos.

Isso porque, embora já existam no país algumas normas tutelando, para finalidades específicas, a união entre pessoas do mesmo sexo, ainda não há, em nossa ordem infraconstitucional, qualquer regra geral conferindo a estas relações o tratamento de entidade familiar.

Pelo contrário, o Código Civil, ao disciplinar a união estável, circunscreveu-a às relações existentes entre homem e mulher, mantendo, neste particular, a orientação legislativa anterior, estampada nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Confira-se, a propósito, a definição legal do art. 1.273 do referido Código:

Art. 1.273: *é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia de bancadas legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das majorias.

Nesse compasso, destaca-se a trajetória do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, dos direitos dela decorrentes, que, no Brasil, iniciou-se com decisões judiciais que, sem atribuírem a ela a natureza de entidade familiar, equipararam-na à sociedade de fato.

Com o passar do tempo, essa orientação foi se afirmando na jurisprudência, que passou a tratar das relações entre parceiros homossexuais como questão inserida no âmbito do Direito das Obrigações.

Contudo, já se encontram na jurisprudência decisões mais avançadas nesta matéria, que já se pronunciaram sobre a competência das varas de família para julgamento das ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo, sobre a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual e também sobre a possibilidade de reconhecimento destas entidades familiares.

No campo previdenciário, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Regiões, STJ e do próprio TJMG, reconhecendo o direito do homossexual ao recebimento de pensão do instituto de previdência, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

Nesse sentido é que por força de Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 ajuizada pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, foi deferida a liminar/antecipação de tutela determinando a inclusão da previsão de possibilidade de o companheiro homoafetivo ser inscrito como dependente para fins previdenciários junto ao INSS (Instrução Normativa nº 20/2007 do INSS, que alterou o artigo 30 da IN nº 11/06 - fl. 154 do PA)

Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de serem reconhecidos oficialmente os seus direitos fundamentais consagrados pela Magna Carta, dentre eles o direito aos benefícios previdenciários.

DO STATUS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No Século XX a História do Direito está marcada pelo reconhecimento da eficácia dos enunciados de Direitos Fundamentais estatuídos em todas as Constituições democráticas.

Os Direitos Fundamentais, inicialmente, foram qualificados pelas Cortes Superiores como direitos objetivos, possibilitando assim o controle de constitucionalidade em abstrato das leis. Entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial os tribunais passaram a reconhecer os direitos fundamentais também como direitos subjetivos justicializáveis. Nessa época, foi elaborada a Carta das Nações Unidas, que é considerada um marco para a consolidação dos Direitos Humanos. Logo em seu primeiro artigo, estabelece que um dos propósitos das Nações Unidas é alcançar a cooperação internacional para a solução de problemas

econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário e encorajar o respeito aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Com a subjetivização dos direitos fundamentais, consolidou-se o Estado Constitucional de Direito, no qual todos os Poderes estão submetidos às normas constitucionais, inclusive o Poder Legislativo.

Nesse sentido, Konrad Hesse, Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão e um dos mais conceituados constitucionalistas alemães, manifesta-se sobre o *status* atual dos direitos fundamentais:

Como direitos subjetivos, fundamentadores de status, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; **diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão**³⁹ (grifo nosso).

DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo tem conseqüências em dois planos distintos, mas que se interpenetram. Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de cidadão de segunda classe.

Sob ambos os prismas, há uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, alguns dos direitos que são denegados aos parceiros em relações homoafetivas são ligados às condições básicas de existência, como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários.

Portanto, privar os membros de uniões afetivas destes e de outros direitos atenta contra a sua dignidade, expondo-os a situações de risco social injustificado, em que pode haver comprometimento às suas condições materiais e mínimas para a vida digna.

Sem embargo, independentemente disto, o não-reconhecimento em si da união entre pessoas do mesmo sexo já encerra um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social.

Trata-se de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima, que já foi definida por John Rawls como *“o mais importante bem primário”* existente na sociedade.

O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade. Nas palavras de Axel Honneth:

A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a conseqüência de ele não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características⁴⁰.

Por isso, quando se quer proteger e emancipar os grupos que são vítimas de preconceito, torna-se necessário travar o combate em dois *fronts*: no campo da distribuição e no campo do reconhecimento. No campo

³⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 232/233.

⁴⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 217/218.

da distribuição, trata-se de corrigir as desigualdades decorrentes de uma partilha não equitativa dos recursos existentes na sociedade. E no campo do reconhecimento, cuida-se de lutar contra injustiças culturais, que rebaixam e estigmatizam os integrantes de determinados grupos.

Como a homossexualidade está distribuída homogeneamente por todas as classes sociais, a injustiça contra os homossexuais deriva muito mais da falta de reconhecimento do que de problemas de distribuição. A distribuição até pode ser afetada, como quando, por exemplo, discrimina-se o homossexual no acesso ao mercado de trabalho, mas os problemas de distribuição são, em regra, uma consequência da falta de reconhecimento, e não o contrário.

Ora, quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, e os direitos dela decorrentes, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que caracteriza o homossexual é justamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Nota-se que, no caso presente, nem mesmo se pretende a adoção de qualquer medida de discriminação positiva em favor dos homossexuais. Pelo contrário, tenciona-se tão somente refutar uma prática do Estado, cujo efeito é o de reforçar as injustiças culturais contra os membros deste grupo, ao denegar a eles a possibilidade real de exercício de um direito básico, que deveria ser garantido de forma universal e igualitária: o de usufruir direito assegurado constitucionalmente.

Ademais, o não-reconhecimento desse direito viola um aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com a máxima kantiana de não instrumentalização da pessoa. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana a exigência de que cada indivíduo seja sempre tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e nunca como um meio. Mas quando o Estado nega-se a reconhecer direitos aos homossexuais, ele os instrumentaliza, sacrificando os seus direitos e a sua autodeterminação em nome de uma concepção moral e tradicional e não-pluralista.

Por todas estas razões, o não-reconhecimento dos direitos previdenciários aos(as) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais representa uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

DA OFENSA AO DIREITO À LIBERDADE

Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros.

Desde o advento do Estado Social, tem-se reconhecido no campo constitucional que a maior ênfase na proteção da liberdade deve recair sobre os aspectos existenciais da vida humana, e não sobre decisões de conteúdo predominantemente patrimonial. Com efeito, se, por um lado, assistiu-se a uma relativização das liberdades econômicas – direito de propriedade, livre iniciativa, etc. -, em nome de interesses da coletividade, por outro, reforçou-se a proteção da liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que tocam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

Neste ponto, não há dúvida de que um dos aspectos mais essenciais desta liberdade existencial constitucionalmente protegida diz respeito à autonomia de cada indivíduo de escolher a pessoa com a qual pretende manter relações afetivas.

Com efeito, tão óbvia é a importância da livre constituição da família para a realização da pessoa humana que ela nem precisa ser aqui enfatizada. Afinal, é em geral na família que o indivíduo trava as suas relações mais profundas, duradouras e significativas; é nela que ele encontra o suporte espiritual para os seus projetos de vida e o apoio moral e material nos seus momentos de maior dificuldade.

Mas para que a família desempenhe realmente este papel vital para a realização existencial dos seus membros, a sua constituição deve basear-se num ato de liberdade, em que cada indivíduo tenha a possibilidade de escolher o parceiro ou a parceira com quem pretende compartilhar a vida. Daí porque, na esteira das lições de Gustavo Tepedino, pode-se apontar a *“inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimentos pré-concebidos, mas mais das vezes arraigados*

a *pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica*⁴¹, ou que restringisse o acesso a determinados direitos em razão destas escolhas.

É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade, e que usufrua de direitos decorrentes dessa união. Esta negativa embaraça o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento de direitos previdenciários aos(as) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um valor fundamental no Estado de Direito, na medida em que é a sua garantia que possibilita que as pessoas e empresas planejem as próprias atividades e tenham estabilidade e tranquilidade na fruição dos seus direitos.

No sistema constitucional brasileiro, a segurança é referida no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição, e a idéia de segurança jurídica permeia e fundamenta uma série de direitos fundamentais e institutos constitucionais relevantes, como o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), e os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributária (art. 150, III, alíneas *a* e *b*, CF). Daí por que pode-se falar na existência de um princípio constitucional de proteção à segurança jurídica.

A relação entre o reconhecimento dos direitos previdenciários decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo e a segurança jurídica não é tão evidente como a que foi traçada entre ele e os princípios constitucionais acima referidos. Mas ela é também importante e inequívoca.

Com efeito, a insegurança jurídica se instala não apenas quando os poderes Legislativo ou Executivo inovam no ordenamento legal de forma abrupta, atingindo situações consolidadas no passado, ou quando eles, pela sua ação ou omissão, frustram a legítima confiança dos cidadãos. A exigência de segurança jurídica envolve igualmente a função jurisdicional, uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranquilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a questão relativa ao reconhecimento de direitos previdenciários aos(as) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes.

Isso porque, independentemente do seu não-reconhecimento oficial, a união entre pessoas do mesmo sexo ocorre no plano dos fatos. Diante desta realidade, surgem questões importantes a serem decididas, e a inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico destas entidades gera imprevisibilidade, acarretando problemas não só para os seus partícipes, como também para terceiros.

Em relação aos parceiros, é natural que eles queiram ter previsibilidade em temas envolvendo direitos previdenciários, herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros, o que não ocorre no contexto atual, pelo silêncio do legislador ordinário e a indeterminação da jurisprudência pertinente.

Estas e outras situações evidenciam que, para proteger a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões entre pessoas do mesmo sexo como de terceiros, é essencial a definição do regime jurídico a que se submetem estas parcerias. Assim, diante da inércia do legislador e da identidade entre as respectivas hipóteses, o caminho para a superação desta insegurança só pode ser a extensão do regime previdenciário legal para as parcerias entre pessoas do mesmo sexo.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 09.

DA DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, exposto no artigo 5º da nossa Magna Carta, “todos são iguais perante a lei”, deve ser entendido e observado obrigatoriamente não só pelos “órgãos que aplicam o direito”, mas também na “formulação do direito”, direcionado diretamente ao legislador, conforme lição de Robert Alexy.⁴²

Para o mestre alemão, o enunciado “deve se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais” não deve ser considerado somente no seu sentido formal, mas no seu sentido material, valorativo, e também observando as parcialidades, ou propriedades, fáticas existentes em cada indivíduo ou situação pessoal.

Usando as palavras de Konrad Hesse⁴³, “o princípio da igualdade proíbe uma *regulação desigual de fatos iguais*; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente”.

Respondendo à questão que ele mesmo formulara, Konrad Hesse⁴⁴ diz que “a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela das *características* a ser consideradas como *essenciais*, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual”. Um exemplo fornecido por este autor ilustra bem a questão: “Se, por exemplo, a característica ‘pessoa’ for considerada como essencial, então alemães e estrangeiros devem ser tratados igualmente; se aparece a característica ‘nacionalidade’ como essencial, então o tratamento desigual é admissível”⁴⁵.

Portanto, como obviamente dois fatos, considerados em todas as suas características, inclusive temporais e espaciais, jamais podem ser absolutamente iguais, deve-se identificar quais são as características existentes *não-essenciais* (no exemplo acima, a nacionalidade) e quais são as *essenciais* (no exemplo acima, a pessoa) para o reconhecimento de determinado direito.

Nesse mesmo sentido leciona José Afonso da Silva:

O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deve tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador, este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características das pessoas, circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por conseqüência, as pessoas que apresentam os aspectos “essenciais” previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas situações idênticas, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. (DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. P219)

Não discrepa deste posicionamento a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶, para quem a questão principal é existir um “*vínculo de correlação lógica*” entre a peculiaridade diferencial escolhida e a desigualdade de tratamento em função desta, “*desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*”⁴⁷.

Surge então o problema de identificar as características essenciais e quais são as não-essenciais. Deste modo, verificamos que nossa Constituição Brasileira enuncia, em vários artigos, algumas características essenciais e outras não-essenciais. Citamos, como exemplo, o art. 14, que trata da igualdade do direito de voto. Para o constituinte brasileiro, ao excluir do direito de voto tão-somente os brasileiros e os menores de 18 anos, as características “ser brasileiro” e “ter 18 anos” são as características essenciais, enquanto as características relativas ao sexo, etnia, condições econômicas, etc., por conseguinte, são consideradas não-essenciais. É admitida, portanto, uma discriminação para com os estrangeiros e para os menores de 18 anos no que diz respeito ao direito de voto porque a Constituição prevê estas características como essenciais para este direito em particular.

⁴² Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 382/283.

⁴³ *Ob. Cit.*, p. 330

⁴⁴ *Ob. Cit.*, p. 331

⁴⁵ *Ob. Cit.*, p. 331

⁴⁶ Conforme Alexy, op.cit., p.400: “permite tanto um tratamento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador un campo de acción.”

⁴⁷ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

Destarte, “o princípio da igualdade proíbe tratar o essencialmente igual desigualmente (e o essencialmente desigual igualmente)”⁴⁸, ou seja, uma diferenciação é arbitrária e inconstitucional quando tomou por base uma característica não-essencial, ou seja, não prevista pela norma como essencial para o exercício de determinado direito.

No exemplo acima citado, o do art. 14, a técnica utilizada pelo constituinte foi a de prever as características essenciais. Deste modo, todas as demais características não previstas pela norma são consideradas não-essenciais. Porém, alhures, a técnica utilizada é distinta.

O direito geral de igualdade do art. 5º permite aduzir o seguinte enunciado normativo: Todas as características não previstas pela Constituição como essenciais são consideradas não essenciais, portanto viola o princípio da igualdade qualquer discriminação fundada nestas características não contempladas pelo constituinte.

Porém, embora fosse suficiente a previsão do art. 5º, *caput*, para vedar toda discriminação com base em características não previstas na Constituição, o constituinte, para reforçar a idéia de direitos humanos albergada pela Constituição Brasileira, foi mais adiante e enunciou explicitamente algumas características não-essenciais, ou seja, que em hipótese alguma poderiam ser usadas como motivo de discriminação.

Citamos como exemplo desta técnica o inc. I do art. 5º (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição). Deste modo, o sexo é uma característica não essencial, sendo vedada toda discriminação por motivo de sexo.

Do mesmo modo o inc. IV do art. 3º:

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

[...]

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

Assim, a origem, a raça, o sexo, a cor e a idade são características não-essenciais (salvo, obviamente, quando a Constituição estabelece que em casos particulares tais características sejam consideradas essenciais, que é o que ocorre, por exemplo, com a idade mínima de 18 anos para o direito de voto).

DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA VEDAÇÃO DO TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO CONTRA HOMOSSEXUAIS

Por força do art. 5º, *caput*, toda discriminação realizada por motivo de característica não-essencial, ou seja, não prevista na Constituição, é inconstitucional, o que inclui a orientação sexual, pois a Constituição não previu, em nenhum lugar, esta característica como essencial.

Todavia, o Constituinte foi mais adiante em relação a esta característica, pois no inc. IV do art. 3º veda qualquer discriminação por motivo de sexo, inclusive por orientação sexual, definindo então esta característica como não-essencial.

A igualdade é um valor da democracia, que descreve o equilíbrio e igualdade de direitos e responsabilidades entre os membros da sociedade, independente de orientação sexual, gênero, faixa etária, classe, raça etc. Os direitos de uma cidadã heterossexual não podem ser diferentes dos direitos de uma cidadã homossexual, ou então o Estado está sendo desigual.

Para se chegar a esta conclusão, a de que a proibição de discriminação por sexo inclui a orientação sexual, lançamos mão dos princípios de interpretação dos direitos fundamentais aceitos pela Doutrina Constitucionalista internacional e por diversos Tribunais Constitucionais.

Friedrich Müller, em sua obra já consagrada *Juristische Methodik*, traduzida para o francês sob o título *Discours de La Méthode Juridique*, enuncia entre os princípios de interpretação da Constituição o da efetividade dos direitos fundamentais, corolário do princípio da força normativa da Constituição.

Dando concretude ao princípio da efetividade dos direitos fundamentais, comenta Müller sobre o trabalho desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão no sentido de elaborar os princípios de interpretação: “A Corte afirma firmemente que os direitos fundamentais devem ser interpretados extensivamente. Em caso de dúvida, convém de lhes reconhecer em campo de aplicação extensivo”⁴⁹.

⁴⁸ Konrad Hesse, ob. Cit., p. 335.

⁴⁹ Friederich Müller. *Discours de la Méthode Juridique*. Traduzido do alemão por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Univer-

Portanto, em uma interpretação extensiva do conceito “discriminação por sexo” inclui-se obrigatoriamente a discriminação por orientação sexual (gize-se que dentro da regra interpretativa de que a lei não contém palavras inúteis, se fosse para prever tão-somente a igualdade entre homens e mulheres bastaria a previsão do inc. I do art. 5º, sendo desnecessária a previsão do inc. IV do art. 3º).

Uma referência sempre que se analisa questões relativas aos direitos dos homossexuais é sentença prolatada pelo Dr. Roger Raupp Rios, em ação ordinária que tinha por objeto a admissão de companheiro homossexual como beneficiário do Plano de Assistência Médica da Caixa Econômica Federal. Sustenta o Excelentíssimo Magistrado Federal:

Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim, o princípio da isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo).

Pois bem, se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa deste tipo de benefício, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual. Esclareça-se, nesse momento, que a orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).

Vejam os.

Quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja a mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, se qual seja a orientação sexual do sujeito - isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A, quem escolhe, B, o escolhido). Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em razão do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo (se A, homem, tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação). Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual de A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A).

Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o discriminante não está no sexo de A, mas em sua escolha por um homem ou uma mulher, sua orientação sexual.

Tal objeção, todavia, não subsiste. Argumentar que a diferença se dá tão-só pela orientação sexual nada muda, só oculta o verdadeiro - e sempre permanente - fator sexual de discriminação. O sexo da pessoa escolhida (se homem ou mulher), em relação ao sexo de A, é que vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação a A. Essa objeção, na verdade, continua tendo o sexo de A em relação ao da pessoa escolhida como fator decisivo, pois tem como pressuposto, para a qualificação da escolha de A, exatamente o sexo da pessoa escolhida. A orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa que A escolher. Ele (o sexo da pessoa escolhida, tomado em relação ao sexo de A) continua sendo o verdadeiro fator de qualificação da orientação sexual de A; ele é dado inerente e inescapável para a caracterização da orientação sexual de A. Vale dizer, é impossível qualificar a orientação sexual de A sem tomar como fundamento o sexo da pessoa escolhida (em relação ao sexo de A).

Não se diga, outrossim, que inexistente discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual (de recusa a certo benefício, hipoteticamente, para homens e mulheres orientados homossexualmente). A tese peca duplamente, na medida em que busca justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexualismo masculino, v.g.) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexualismo feminino, p. ex.).

Aliás, nesse sentido, decidiram a Suprema Corte do Canadá (*Symes v. Canada*, 1993) e a Suprema Corte dos Estados (*Loving v. Virginia*, 1967). A primeira assentou que “discrimination cannot be justified by pointing to other discrimination” (uma discriminação não pode ser justificada apontando-se para outra); a segunda rejeitou a tese de que inexistente discriminação pelo fato de a lei permitir a todos de mesma raça o casamento e proibir, também a todos, o casamento inter-racial: “the fact of equal application does not immunize a statute from the very heavy burden of justification which the Fourteenth Amendment has traditionally required of state statutes drawn according to race” (o fato da aplicação igual não imuniza a legislação do pesado ônus da justificação cuja 14ª Emenda tem tradicionalmente requerido de leis estaduais relativas à raça). Os precedentes a partir de agora invocados, provenientes do direito internacional e estrangeiro, foram extraídos da obra de Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995; do mesmo modo, incorporada substancialmente nesta fundamentação sua linha argumentativa).

A Suprema Corte do Hawái, por sua vez, acolheu expressamente as razões ora expendidas, decidindo que a discriminação sexual (Baehr v. Lewin, 1993). No mesmo ano, a Corte de Apelações da Califórnia decidiu (Engel v. Worthington) que a recusa de um editor quanto a inclusão da foto de um casal homossexual em livro de recordações constituía discriminação sexual.

O direito canadense possui outros precedentes nesse sentido (considerando a discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual). Exemplos disso são as decisões em *University of Saskatchewan v. Vogel* (1983, caso em que se recusava a Richard North, companheiro de Chris Vogel, benefício em plano dentário) e em *Bordeleau v. Canada* (1989, onde se concluiu que 'discrimination based on sex also covers discrimination involving sexual orientation' - discriminação com base no sexo também alcança discriminação envolvendo orientação sexual).

Contra toda essa lógica, alguém poderia alegar que o constituinte, ao vedar a discriminação sexual, não deseja aí incluir a discriminação por orientação sexual. Tal objeção é totalmente superada em se tratando de hermenêutica jurídica. Refutando a objeção, transcrevo os ensinamentos de Carlos Maximiliano: 'A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos' [...]. Parece oportuno aclarar, sem refulhos, não constituir privilégio dos adeptos da filosofia positiva contemporânea o combate ao sistema que se empenha na pesquisa da vontade do prolator de uma norma jurídica. De fato, comtistas e spenceristas ofereceram um fundamento mais, para repelir a concepção estreita da exegese; porém não ficam isolados no seu modo de compreender a Hermenêutica. Por outras razões, adiante especificadas, racionalistas e teólogos também se insurgem contra a teoria decrépita. [...] 'Quantos fatores atuam até surgir o conceito definitivo! Em uma das forjas da lei, no parlamento, composto, em regra, de duas câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta de frações de idéias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão da palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta; há acordo aparente, resultado de profundas contradições'. [...] 'Se descerem a exumar o pensamento do legislador, perder-se-ão em um bátrato de dúvidas ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. Não parece decisivo o fato de haver um congressista expedido um argumento e não ter sido este combatido; a urgência, a preocupação de não irritar um orgulhoso cuja colaboração se deseja, ou cuja obstrução ao projeto se receia; [...] mil fatores ocasionais podem concorrer para um silêncio forçado; daí resultaria a falsa aparência de concretizar uma frase, emenda ou discurso as razões do voto no plenário, a intenção predominante, a diretriz real da vontade da maioria. [...] A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. [...] Entretanto, a letra perdura, e a vida continua; surgem novas idéias; aplicando-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia por um lado, e maior necessidade de garantia por outro, em consequência da extensão das relações e das necessidades do crédito. Força é adaptar o direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo - das richtige Recht, na expressão feliz dos tudescos'. (Op. Cit., excertos dos nºs 23/28).

Ainda que não se aceite a qualificação da discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual, não há razão que, juridicamente, legitime a adoção de tratamento diferenciado a homossexuais, com relação ao dispensado a heterossexuais, tendo em mira o caso concreto.

Esta sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pela Juíza Marga Barth Tessler, publicado da Revista deste tribunal, ano 10, nº 32, p. 72 e seguintes. Os trechos da ementa que tratam do mérito da ação estão aqui reproduzidos:

Administrativo, Constitucional, Civil e Processual Civil. justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 273 do CPC na sentença. Mera irregularidade. União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Impossibilidade. Vedação do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa.

[...]

5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a união em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário

para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial, justifica-se a concessão de tutela antecipada, principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelos próprios fundamentos da decisão; o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver algumas das chamadas "doenças oportunistas", sendo evidente a necessidade de usufruírem dos benefícios do plano de saúde. Ademais, para os autores o tempo, é crucial, mais que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedita e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional.

[...]

12. Apelações improvidas.

No dia 7 de abril de 2000 esta decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado pela home-page do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

DO DIREITO DO(A) COMPANHEIRO(A) HOMOSSEXUAL SOBREVIVENTE AO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E DO DIREITO DO COMPANHEIRO(A) HOMOSSEXUAL DO PRESO AO BENEFÍCIO DO AUXÍLIO RECLUSÃO.

O direito à previdência social é um direito fundamental social previsto no art. 6º da Constituição, que por sua vez está incluído no Título II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. O art. 6º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, estabelece que:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Porém este direito fundamental foi minudenciado no art. 194 e seguintes, a começar pelos princípios da seguridade social elencados no art. 194, cumprindo destacar o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento.

O princípio da universalidade do atendimento nada mais é que do que uma explícita aplicação do princípio da igualdade na seara da seguridade social.

Os benefícios previdenciários estão enumerados no art. 201 da Constituição, entre os quais a pensão por morte e o auxílio-reclusão (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98):

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

[...]

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

No mesmo sentido dispõe a lei que regula o IPSM (Lei 10.366/90 – fl. 224/232 do PA):

Art. 10. Para fins de prestação previdenciária, são dependentes do segurado, preferencial e exclusivamente, na seguinte ordem:

I - o cônjuge, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21(vinte e um) anos ou inválido;
[...]

§2º Companheiro é a pessoa com a qual o segurado, na forma do § 3º do art.226 da Constituição Federal, mantenha união estável por no mínimo 5 (cinco) anos na época da prestação previdenciária ou, por menos tempo, se houver filho comum do casal.

Art. 12. A prestação previdenciária compreende os seguintes benefícios:

I - para o segurado:

- a) assistência à saúde;
- b) auxílio-natalidade;
- c) auxílio-funeral.

II - para o dependente:

- a) pensão;
- b) pecúlio;
- c) assistência à saúde;
- d) auxílio-reclusão;
- e) auxílio-funeral.

Ainda na mesma linha segue a redação da lei de regula o IPSEMG (Lei 9380/86 – fls. 206/218 do PA) :

Art. 7º - Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta lei:

I - a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos;

[...]

Art.18 - São benefícios e serviços:

I - quanto aos segurados:

- a) auxílio-natalidade;
- b) assistência financeira e habitacional.

II - quanto aos dependentes:

- a) pecúlio;
- b) pensão;
- c) auxílio-reclusão;
- d) auxílio-funeral.

Deve ser observado que no inciso V do art. 201 da Constituição, a previsão da existência do direito à pensão por morte ao *homem ou mulher*; cônjuge ou *companheiro* e dependentes. Na mesma linha de entendimento segue o art.10, inciso I, da lei do IPSM e também no art.7º, inciso I, da lei do IPSEMG.

Apresentadas estas disposições constitucionais e infraconstitucionais sobre os benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão, cumpre fazer a seguinte indagação: Existe algum dispositivo constitucional acerca dos direitos fundamentais ou dos direitos previdenciários que autorize a discriminação em razão da orientação sexual? A resposta é óbvia: não há. Ao contrário, o princípio hermenêutico da efetividade dos direitos fundamentais vem a exigir que de modo algum é lícita qualquer discriminação contra estas pessoas.

AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS REGULAMENTADORAS DOS BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO

Destacamos alguns dispositivos das Leis Estaduais 10.366/90 e 9.380/86, na redação atualmente vigente, que tratam dos benefícios de pensão por morte e do auxílio-reclusão:

Lei 10.366/90:

Art. 20. O auxílio-reclusão é devido ao dependente do segurado detento ou recluso, não albergado e recolhido à prisão, a partir da data em que se verificar a perda total de sua remuneração.

§ 1º O valor do auxílio-reclusão corresponderá a 70% (setenta por cento) do valor da pensão e será distribuído entre os dependentes na forma prescrita para este benefício.

§ 2º Ressalvado o direito do nascituro, não será admitida a inscrição de dependente posteriormente à data da prisão.

§ 3º Para os efeitos desta Lei, o beneficiário do auxílio-reclusão equipara-se ao pensionista, no que couber.

§ 4º Falecendo o ex-segurado recluso, o benefício é convertido em pensão, no mesmo valor.

Art. 23. O valor global da pensão será igual ao estipêndio de benefício do segurado.

Parágrafo único. A pensão não poderá ter valor total inferior ao salário mínimo.

Art. 24. Calculada na forma prevista no artigo anterior, a pensão será distribuída aos dependentes em cotas iguais.

§ 1º - Concedida a pensão, a inscrição de novo dependente só produzirá efeito a partir de sua efetivação.

§ 2º Ocorrendo a inclusão ou a exclusão de dependente, o valor da pensão será novamente calculado e distribuído.

[...]

Art. 28. Pela morte presumida do segurado, declarada por autoridade judiciária, e decorridos 6(seis) meses de ausência, será concedida pensão, em caráter provisório, aos dependentes.

§ 1º Provado oficialmente o desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, a pensão provisória será concedida independentemente da declaração e do transcurso do prazo previsto neste artigo.

§ 2º O pagamento de pensão provisória cessa com o reaparecimento do segurado, ficando os dependentes, entretanto, desobrigados de repor os benefícios recebidos.

Lei 9.380/86:

Art. 7º - Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Lei:

I - a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos; (Inciso com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 12/1/2000.)

II - a pessoa designada que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de dezoito (18) anos ou maior de sessenta (60) anos, ou inválida;

III - o pai inválido e a mãe;

IV - os irmãos de qualquer condição, menores de dezoito (18) anos ou inválidos, e as irmãs solteiras de qualquer condição, menores de vinte e um (21) anos ou inválidas.

§ 1º - A existência de dependente de qualquer das classes enumeradas nos incisos I e II deste artigo exclui do direito às prestações os dependentes relacionados nos incisos subsequentes.

§ 2º - Equiparam-se aos filhos, nas condições estabelecidas no inciso I, mediante declaração escrita do segurado:

1 - o enteado;

2 - o menor que, por determinação judicial, se encontre sob sua guarda e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação, só se admitindo mais de um, quando todos tiverem relação de parentesco, até o terceiro (3º) grau, com o segurado;

3 - o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o seu próprio sustento e educação.

§ 3º - Inexistindo esposa ou marido com direito às prestações, a pessoa designada poderá, mediante declaração escrita do segurado, concorrer com os filhos deste. (Parágrafo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 12/1/2000.)

§ 4º - Não sendo o segurado civilmente casado, considerar-se-á tacitamente designada a pessoa com quem se tenha casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no parágrafo anterior.

§ 5º - Mediante declaração escrita do segurado, os dependentes mencionados no inciso III deste artigo poderão concorrer com a esposa ou o marido, a companheira ou o companheiro ou a pessoa designada, salvo se existir filho com direito às prestações. (Parágrafo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 21/1/2000.)"

Como se vê, em nenhum momento os dispositivos citados fazem qualquer discriminação em razão da orientação sexual, incluindo entre os beneficiários do benefício o companheiros ou companheira do segurado.

É possível que em uma interpretação em desconformidade com o atual estágio da dogmática dos Direitos Fundamentais, tendo em vista o § 3º do art. 226 da Constituição, que enuncia que *é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher*, alguém conclua pela inexistência dos direitos que busca o Parquet proteger nesta ação.

Todavia, se respeitados os princípios hermenêuticos que regem a interpretação constitucional e os direitos fundamentais, esta interpretação não pode ser realizada, como demonstraremos a seguir.

DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAIS – DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Não obstante existirem divergências com relação ao melhor método de interpretação das normas constitucionais⁵⁰, há um consenso entre os constitucionalistas acerca da insuficiência do chamado método

⁵⁰ Ernst-Wolfgang Böckerförde, em sua obra "Escritos sobre Derechos Fundamentales" (Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 15), elenca alguns métodos: Método Tópico orientado à resolução de problemas, Interpretação Constitucional

hermenêutico-clássico - que propugna que a Constituição deve ser interpretada da mesma forma que uma lei, ou seja, exclusivamente a partir das regras de interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática.

Konrad Hesse defende o método de concretização das normas constitucionais, a partir do qual “o conteúdo da Constituição deve ser determinado sob a inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada⁵¹”. Ou seja, é impossível uma interpretação da norma constitucional fora da existência histórica concreta.

Deste modo, o Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão desenvolve os conceitos de “programa da norma”, que está, no essencial, contido no texto da norma a ser concretizada. Para a definição do programa da norma tem a sua importância os métodos de interpretação tradicionais (histórico, genético e sistemático).

Porém, é também fundamental a delimitação do “âmbito da norma”, que são os fatos da vida concretos, que possibilitam, em especial nos casos “em que se trata da relação entre várias normas (por exemplo, na limitação de direitos fundamentais), uma resolução sobre a base da coordenação material das respectivas condições de vida ou âmbitos de vida e uma exposição dos pontos de vista materiais que sustentam essa coordenação⁵²”.

Adotando a hermenêutica hessiana, deve-se proceder à delimitação tanto do âmbito quanto do programa da norma. Quanto ao âmbito da norma a realidade posta é a existência de milhares de casais homossexuais masculinos e femininos, que possuem uma vida afetiva em muito semelhante a uma relação heterossexual: fidelidade recíproca, vida em comum no mesmo domicílio e mútua assistência (estes são os deveres dos cônjuges casados, na forma do art. 1566 do Código Civil).

Segundo a Revista Veja, em matéria publica em 16/02/2000, os dados mais confiáveis até hoje sobre o número de gays são os do relatório Kinsey, detalhado levantamento sobre a sexualidade americana feito na década de 40. Segundo o trabalho, de 4% a 5% da população masculina adulta são homossexuais durante toda a vida. Outros 13% são predominantemente homossexuais, mas se relacionam com pessoas do sexo oposto.

No âmbito da norma deve ser considerado ainda o fato de que, ao contrário dos casais heterossexuais, a morte ou a prisão de um dos companheiros homossexuais segurados da Previdência leva ao completo desamparo do companheiro sobrevivente ou que reste solto. A imprensa tem noticiado casos em que com a morte de um dos companheiros, parentes do falecido acabam recebendo toda a herança e, por conseguinte, também teriam direito à pensão previdenciária, mesmo que a relação, sob o mesmo domicílio, tenha durado décadas.

De outro lado, para a delimitação do programa da norma observaremos os métodos tradicionais de interpretação, a começar pelo método gramatical.

Nesse sentido estabelece o § 3º do art. 226 da Constituição: “*é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

Como se vê, o dispositivo em questão não exclui os casais homossexuais para o fim de reconhecimento da união estável. Embora não haja uma previsão expressa destas relações, também não há proibição do seu reconhecimento.

De outro lado, impõe-se o uso do método de interpretação sistemática, o qual possibilita a realização do princípio da unidade da Constituição, que proíbe a aplicação isolada de uma norma constitucional e exige uma interpretação da norma em conexão com as outras normas constitucionais de tal modo que as contradições com outras normas sejam evitadas. Nesse sentido Konrad Hesse assim se manifesta acerca do princípio da unidade da Constituição:

A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que as contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas⁵³.

orientada às ciências da realidade no sentido de SMEND e o Método de Interpretação Hermenêutico-Concretizador defendido por Hesse e F. Müller.

⁵¹ *Ob. cit.*, p. 61

⁵² Konrad Hesse, *Ob. Cit.*, p. 64/65

⁵³ *Ob. Cit.*, p. 65

Portanto, uma interpretação do § 3º em conjunto com o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), com a proibição de discriminação por motivo de orientação sexual (art. 4º, IV) e com o fato de que os dispositivos constitucionais que tratam dos benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão não permitem nenhuma discriminação, seria o suficiente para reconhecer a instituição da união estável aos homossexuais.

Obviamente que, em considerando o princípio da unidade da constituição, não seria possível fazer esta extensão se houvesse norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável. Nesse caso haveria uma violação aos direitos humanos sob uma ótica jusnaturalista ou jusinternacionalista, mas do ponto de vista do sistema positivo pátrio, em uma abordagem positivista, seria uma norma jurídica, assim como também seria jurídica uma norma que proibisse o casamento entre brancos e negros.

Portanto, sob o ponto de vista de direito de família, a norma do § 3º do art. 226 da CF/88 não exclui a união estável entre homossexuais.

Porém, admitindo por hipótese, que não fosse possível estender o instituto da união estável para os homossexuais, seria inafastável o juízo de inconstitucionalidade parcial do art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art. 10 da Lei Estadual 10.366/90 por afronta ao princípio da igualdade. Não seria inconstitucional o art. 226 da Constituição (em nosso sistema não é reconhecida a existência de normas constitucionais inconstitucionais), mas sim seria inconstitucional os art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art. 10 da Lei Estadual 10.366/90, que remeteria a um conceito violador do princípio da igualdade.

O legislador não pode eleger quais as normas constitucionais que são aplicáveis à matéria que está legislando e quais as que não são aplicáveis; isto ofenderia o princípio da constitucionalidade.

Portanto, no caso dos art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art. 10 da Lei Estadual 10.366/90, o que fez o legislador foi incorporar um conceito constitucional relativo à família numa lei ordinária. Portanto, o conceito de união estável que na Constituição, em nosso exercício hipotético, proíbe expressamente seja estendido aos homossexuais, possui natureza de lei ordinária, de modo que está sujeita a uma apreciação de sua constitucionalidade.

Isto não impediria, inclusive, que o próprio art. 226 (que em nosso exercício hipotético veda a união estável entre homossexuais), seja levado em consideração. Ocorre que ele seria aplicável, como já sustentamos, apenas para questões de direito de família, não incidindo, portanto, sobre questões previdenciárias.

Como se vê, o inciso V do art. 201 da Constituição, assim como o inciso I do art. 10 da Lei do IPISM e também o inciso I do art. 7º da Lei do IPSEMG, de nenhum modo excluem os casais homossexuais do direito ao recebimento de benefícios previdenciários, seja na condição de companheiro, seja na condição de dependente.

Todavia, mesmo se uma interpretação isolada desses incisos levasse à impossibilidade do reconhecimento da união estável aos homossexuais, uma interpretação da Constituição em seu conjunto, em especial dos princípios da igualdade e das regras que regulam a Previdência Social, levaria ao reconhecimento do direito dos homossexuais à pensão por morte e ao auxílio-reclusão.

A DOGMÁTICA SOBRE A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sendo indubitável que os direitos aqui defendidos são direitos fundamentais, quer pela violação do princípio da igualdade, quer pela previsão do direito à previdência social como direito fundamental social (art. 6º da Constituição), cumpre analisar a doutrina e jurisprudência desenvolvida sobre os limites às limitações aos direitos fundamentais.

Na Alemanha, a jurisprudência, especialmente do Tribunal Constitucional Federal, desenvolveu o princípio de que a limitação de direitos fundamentais, inclusive quando a limitação está expressamente reservada ao legislador (direitos fundamentais com reserva de lei) somente pode ser levada a cabo de acordo com o princípio da proporcionalidade: a limitação dos direitos fundamentais somente podem ser levadas a cabo até onde resulte apropriado, necessário e proporcional em sentido estrito, em ordem à consecução de um fim justificável de interesse público formulado pela lei limitadora⁵⁴.

Deste modo, as limitações aos direitos fundamentais somente são admissíveis se a finalidade da lei limitadora é a realização de um outro direito fundamental. Por exemplo, não obstante a liberdade do comércio ser um direito fundamental, a lei amiúde estabelece restrições sanitárias ao comércio de alimentos, tendo em vista a proteção do direito fundamental à saúde.

⁵⁴ Böckerförde, *ob. Cit.*, p. 102

Deste modo, no caso concreto, caso fosse impossível uma interpretação constitucional extensiva do instituto da união estável, a restrição do legislador deveria ser cotejada com algum direito fundamental.

Como não há direito fundamental que socorra uma restrição legislativa nestas hipóteses (talvez tão-somente sentimentos desarrazoados e discriminatórios, incompatíveis com o Estado de Direito racional), seria inconstitucional, também por violação ao princípio da proporcionalidade, tal restrição.

Gilmar Ferreira Mendes⁵⁵ desenvolve estas questões à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merecendo ser colacionada a passagem de votos proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin, na Rp. N. 930:

Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO ANTES MESMO DA PREVISÃO EXPRESSA EM LEI

Podemos perceber a recente evolução da jurisprudência acerca do reconhecimento do direito da concubina aos benefícios previdenciários, antes mesmo de previsão deste direito em lei, o que demonstra que também no caso dos homossexuais o Poder Judiciário Brasileiro, seguindo o mesmo caminho da Justiça de outros países, tem um papel fundamental a desempenhar para a realização da Justiça.

Em um contexto histórico, pode-se observar a evolução que a legislação sofreu com relação ao rol de beneficiados da Previdência Social. Da análise de leis e decretos já revogados, depreende-se o esforço que o legislador imprimiu na tentativa de acompanhar os fenômenos sociais. E, mesmo quando as normas jurídicas não eram capazes de atingir a velocidade com que transformava-se a sociedade, os nossos Tribunais, formados de magistrados imbuídos do mais aguçado espírito de justiça, procuravam aplicar as normas de acordo com o clamor social.

O Decreto nº 1.918, de 27 de agosto de 1937, que regulamentou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, assim dispôs em seu art. 22 ao tratar dos beneficiários:

Art. 22 – Para os efeitos do presente regulamento, são considerados beneficiários, na ordem das alíneas seguintes, desde que dependam economicamente do associado:

- a) a mulher, ou o marido inválido, e os filhos, de qualquer condição, menos de 18 anos ou inválidos;
- b) a mãe, ou o pai inválido;
- c) os irmãos menores de 18 anos ou inválidos;
- d) na falta dos beneficiários acima especificados, qualquer pessoa expressamente designada a qual, se for do sexo masculino, deverá ser menor de 18 anos ou inválida.

A alínea “d” do artigo acima transcrito inaugurou a possibilidade dos associados designarem qualquer pessoa como beneficiado, na ausência dos demais, que a este preferiam.

Já a Lei nº 3.807/60, em seu art. 11, permitiu que o segurado designasse qualquer pessoa como beneficiário, frente à uma declaração de dependência.

Assim dispunha o referido artigo:

Art. 11 [...]

§ 1º O segurado poderá designar, para fins de percepção de prestações, uma pessoa que viva sob sua dependência econômica, inclusive a filha ou irmã maior, solteira, viúva ou desquitada.

A referida declaração era requisito expressamente previsto em lei, sem o qual, e esta era a intenção do legislador, não poderia ser concedido o benefício.

Entretanto, percebe-se que a Jurisprudência passou a reconhecer o direito das companheiras à pensão por morte mesmo que não houvesse a declaração de dependência. À época, assim posicionava-se o extinto TFR:

EMENTA: Benefício Previdenciário – Pensão – Ação proposta pela companheira, esposa eclesiástica do segurado, casado mas separado da mulher que se encontrava em lugar ignorado, não tendo atendido à citação por

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 38.

edital. Convivência sob o mesmo teto, por mais de vinte anos, com o nascimento de um filho. Dependência econômica comprovada. Incidência da legislação nova, mais benigna, para igual tratamento aos dependentes. Designação post mortem (Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, artigo 23, § 4º). Procedência da ação. Honorários de advogado fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Remessa ex officio. Apelação. Confirmação da sentença, quanto ao mérito. Reforma, em parte, para cálculo dos honorários sobre o valor da condenação. (Código de Processo Civil, artigo 20, § 3º) – (Acórdão da apelação, relator Ministro Corrêa Pina, fls. 106)

Importante ressaltar alguns trechos do voto do eminente relator:

[...] Independentemente dos dispositivos legais mais novos, os direitos da companheira vinham sendo construídos pela jurisprudência.

Há mais de vinte anos, na condição de advogado ou desembargador da Bahia, testemunhamos ou participamos de questões cíveis em que a decisão final deferiu meação à companheira, na base de que o patrimônio deixado pelo concubino resultara do trabalho comum de ambos.

Também vimos a concessão de salários pelo trabalho e serviços domésticos da companheira, após a morte do esposo de fato, para evitar-lhe o desamparo e a miséria.

Na Previdência Social, a legislação, combinada com o entendimento dos intérpretes, tem evoluído no mesmo rumo assecuratório.

Já a antiga redação da lei nº 3.807/60 dava ensejo a que o companheiro previsse futuro melhor para a mulher que participara de seus dias. O art. 11, no § 1º, autorizava a possibilidade de designação de pessoa que vivesse na dependência econômica do segurado, para o fim de perceber a pensão, na falta dos dependentes legais, como impunha o parágrafo 2º. **A Jurisprudência, de sua vez, sempre entendeu que na ausência de designação, pudesse ser feita prova de vida em comum e, conseqüentemente, da manutenção da companheira.**

Na espécie, portanto, não é necessário invocar-se a Lei nº 5.890 de 8 de junho de 1973, posterior ao falecimento do contribuinte, para deferir-se à autora o benefício pretendido, desde que os autos atestam, com clareza, a vida em comum por mais de vinte anos e a dependência econômica, como marido e mulher. [...] (Embargos em Apelação Cível nº 40.556/SP – Min. Relator Amarílio Benjamin - Embargante: INPS; Embargada: Sebastiana de Jesus - 26.10.1978) (grifo nosso)

Desta forma, independentemente de previsão legal, a extinta Corte entendia que a prova de vida em comum, qualquer que fosse, superava o requisito taxativo da lei.

O Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, alterando as disposições da Lei 3.807/60, trouxe uma importante inovação, demonstrando que a legislação previdenciária buscava adequar-se às situações reais. A nova redação dada ao art. 11 da Lei 3.807/60 trouxe, em seu parágrafo 4º, o seguinte texto:

Art. 11 - [...]

[...]

§4º Não sendo o segurado civilmente casado, considerar-se-á tacitamente designada a pessoa com que se tenha casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no parágrafo anterior.

Desta forma, o entendimento dos Tribunais, que aproximava-se muito mais da realidade social, somente mais tarde foi incorporado à legislação.

Cabe citar, ainda, outra decisão do extinto TFR, que transparece a linha de pensamento seguida por este Tribunal:

EMENTA: Pensão Previdenciária. Seu deferimento a esposa eclesiástica que conviveu por quase trinta anos com o segurado falecido, nascendo cinco filhos da União. Evidenciada a dependência econômica na hipótese, não há como deixar de aplicar o Dec-Lei 66/66, **embora editado em data posterior ao óbito do de cujos, tendo em vista o caráter eminentemente social da legislação previdenciária.** Embargos Infringentes rejeitados por unanimidade.

Do voto do relator, ressalta-se este trecho:

[...] É certo que na data do óbito do esposo – 5-7-60, fl. 5 – vigorava, como argüi o INPS e foi também invocado pelo douto voto vencido, o Decreto nº 26.778 de 14-7-49 que, no art. 34, § 3º, somente admitia a inscrição, pelo segurado, de pessoa que vivesse sob sua dependência, na falta de beneficiários legais.

Contudo, não consideramos que o dispositivo constitua óbice ao deferimento da pensão. Se a norma previa a hipótese, mesmo condicionada, pode-se interpretativamente, ajustá-la ao entendimento vitorioso que se formou posteriormente, na jurisprudência.[...]” (Embargos em Apelação Cível nº 41.625/ RJ – Min. Relator Amarílio Benjamin - Embargante: INPS; Embargada: Áurea de Souza - 31.05.1979)

Com o advento da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, outro avanço foi possível constatar. A nova redação dada ao já referido art. 11, trouxe em seu inciso I a tão esperada referência à companheira:

Art. 11 Consideram-se dependentes do segurado, para efeitos desta Lei:

I – a esposa, o marido inválido, **a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos**, os filhos de qualquer condição, menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.

[...]

Além disso, a referida Lei ainda trouxe inovações para a companheira, sendo alterado a LOPS em seu art. 23. O § 5º deste artigo recebeu a seguinte redação:

Art. 23 [...]

§ 5º A companheira designada concorrerá com os filhos menores havidos em comum com o segurado, salvo se houver expressa manifestação em contrário.

Na aplicação da referida norma, mais uma vez a Egrégia Corte demonstrou a adequação de suas decisões com as situações que ocorriam no dia a dia. Transcreve-se abaixo alguns exemplos:

EMENTA: Previdência Social. Concubina. Reversão de Pensão – Se quando do falecimento do segurado, não podia a companheira concorrer com os filhos advindos da união *more uxório* e se é certo que, ao perderem eles o direito ao benefício, já se encontrava em vigor a Lei nº 5.890/73, que alterou diversos artigos da LOPS, e o RGPS de 1973 (Decreto nº 72.071/73) passando a ser admitida tal concorrência. É de julgar-se cabível a reversão, a seu favor, da pensão que até então vinha sendo deferida a seus filhos. **Na interpretação das leis previdenciárias, não há como esquecer-se o sentido social que possuem**” (AC nº 50.525, Min. Relator Aldir Guimarães Passarinho, Terceira Turma do TFR, DJ 21.6.78)

EMENTA: Previdência Social. Deve reverter integralmente à companheira do dia em que os filhos do segurado atingiram a idade de dezoito (18) anos, ainda que o óbito do mesmo associado haja sido anterior ao Decreto – Lei nº 66/66 e à Lei nº 5.890/73. **Construção jurisprudencial erigida à base da equidade, tendo em vista a natureza alimentar do benefício previdenciário.** Embargos rejeitados.

Do voto do Relator, pode-se extrair significativa passagem:

[...] A Lei nº 3.807/60, em sua primitiva redação, presumia a dependência econômica em relação ao cônjuge e filhos do segurado (arts. 11, inciso I e 13) e só admitia a concorrência na hipótese excepcional prevista no parágrafo único do art. 12 [...]

Entretanto, por influxo da realidade social, refletida em cada espécie concreta submetida à sua apreciação, o Judiciário sempre se pôs na vanguarda do **ius scriptum**. Deste modo, construiu a sua jurisprudência à base da equidade e estendeu à companheira o direito de concorrer com os filhos do segurado, dispensando efeito de percepção do seguro previdenciário, contanto que comprovadas a convivência *more uxório* e a dependência econômica, situações estas que vieram a receber o selo legislativos tempos depois, com a entrada em vigor do decreto-Lei nº66/66 e da Lei nº 5.890/73. [...] (Embargos na Apelação Cível 45.666 – RJ/ Sessão Plenária TFR – Relator Min. Antônio Torreão Braz, 29.04.80)

Finalmente, não podemos deixar de trazer a ementa do acórdão da apelação referente a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, subscrita pelos ilustres colegas Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen (nº2000.71.00.009347-0), que confirmou a sentença de 1ª instância proferida na ação:

EMENTA – CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1.Possui legitimidade ativa o Ministério Público Federal em se tratando de ação civil pública que objetiva a proteção de interesses difusos e a defesa de direitos individuais homogêneos. 2. Às ações coletivas não se nega a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 3. A regra do art.16 da Lei 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que os limites de competência territorial do órgão prolator, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles previstos no art. 93 do CDC. 4. Tratando-se de dano de âmbito nacional, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. 5. O princípio da dignidade da pessoa humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas áreas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão

da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser desumano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação de uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, **que, pela própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas**. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para como os casais do mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigidos dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (AC nº 2000.71.00.009347-0/RS – Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira – TRF 4ª Região, publicado no DJU de 10/08/2005 – fls.263/304 do PA) (grifo nosso)

Ao lado das decisões pioneiras da Justiça Federal no Rio Grande do Sul, em 1ª instância e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acima referidas, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também tem despontado como uma Corte inserida dentro da realidade emergente das relações homossexuais, o que vem a exigir um tratamento igualitário com os heterossexuais.

No dia 25 de janeiro de 2007, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela competência das Varas de Família para julgar situações que envolvem separações dos casais formados por pessoas do mesmo sexo:

AÇÃO DECLARATÓRIA – RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO HOMOAFETIVA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – CASSAÇÃO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – NECESSIDADE DE CONFERIR REGULAR PROCESSAMENTO AO FEITO

1. É da vara de família a competência para processar e julgar ação declaratória de união afetiva por meio da qual as autoras pretendem assegurar-se direitos patrimoniais como entidade familiar. 2 – A possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, consiste na averiguação abstrata a respeito da viabilidade da pretensão deduzida frente ao ordenamento jurídico vigente. 3 – Afastados os argumentos, nos quais se pautou o juiz “a quo” para indeferir a inicial, e uma vez evidenciada a possibilidade jurídica do pedido, cassa-se a sentença, determinando o regular processamento do feito, para que seja aferido o mérito da questão litigiosa. (Apelação Cível nº1.0024.05.817915-1/001 – Comarca de Belo Horizonte – Apelante:T.A.C.R. – Rel.: Dês. Silas Vieira, publ. 02/08/2007)

E a questão da possibilidade de companheiro homoafetivo pleitear benefício previdenciário, já foi objeto de apreciação pela 1ª Câmara Cível do TJMG que assim se posicionou:

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – RELAÇÃO HOMOAFETIVA – UNIÃO ESTÁVEL – COMPROVAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL EXIGIDO EM LEI – CONCESSÃO

A relação homoafetiva não pode ser objeto de discriminação, à luz da diretriz traçadas nos artigos 3º, IV e 5º, “caput”, ambos da CF, e, assim, é lícito que o benefício previdenciário relativo a pensão por morte seja requerido por um dos conviventes do mesmo sexo. – Comprovada a autora condição de companheira da ex-segurada por mais de cinco anos, nos termos do artigo 7º, I, e art. 10, § 4º, da Lei Estadual nº 9.380/86, é cabível conceder a pensão por morte. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.07.465890-7/001-Belo Horizonte-Rel. Dês. Alberto Vilas Boas, publ. 05/06/2009)

DA EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS – DOS DIREITOS SOCIAIS DERIVADOS

Configurada a quebra da isonomia na questão sob análise, exsurge as indagações acerca da possibilidade de extensão de benefício às pessoas ou classe de pessoas excluídas do grupo de beneficiários.

A doutrina alemã e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão denominam de direitos derivados à prestação aqueles direitos sociais previstos e regulamentados em lei que são subtraídos à determinada pessoa ou grupo de pessoas em ofensa ao princípio da igualdade.

Há um consenso na doutrina e jurisprudência alemã quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo público à prestação social nestas hipóteses. Ou seja, quando a lei ou um ato administrativo exclui determinadas pessoas do gozo do benefício, surge para o prejudicado o direito subjetivo, que gera um direito para buscar no Judiciário um provimento que condene o poder público à concessão do benefício que lhe foi negado.

No Brasil, diversos juristas têm-se manifestado no mesmo sentido. Citamos José Afonso da Silva:

São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declara-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. **Como então resolver a inconstitucionalidade da discriminação?. Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por caso.** (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 231)

EMENTA: Recurso Extraordinário. Constitucional. Auto-aplicabilidade do art. 40, par. 5, da CF. Benefício da pensão por morte. **A garantia inculpada no art. 40, par. 5, da Constituição Federal e de eficácia imediata.** O preceito constitucional, sem distinguir, concede o benefício por morte na totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. A parte final do dispositivo constitucional - "até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior" - não constitui óbice a fruição do benefício, vez a locução diz respeito ao limite de remuneração dos servidores públicos, estatuído no art. 37, IX, da Constituição Federal. Editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, esse repercute no campo patrimonial dos aposentados e pensionistas, **posto que ao legislador ordinário não é dado introduzir temperamentos a igualdade.** Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 179.646-4, STF, SEGUNDA TURMA, Relator MIN. PAULO BROSSARD, Data da decisão 13/09/1994, DJU 26/05/1995, p. 15.168).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR. EXTENSÃO DA INDENIZAÇÃO DE QUE TRATA A LEI 6.924/81 AOS MILITARES DO SEXO MASCULINO. ISONOMIA.

- Não guardando o benefício de que trata a Lei 6.924/81 relação com a natureza do serviço prestado pelo corpo feminino da reserva da Aeronáutica, deve o mesmo ser estendido aos militares do sexo masculino que estejam em situação idêntica em face do princípio da isonomia consagrado no art. 5º da Constituição Federal. - Recurso não provido. Sentença confirmada. (TRF- 2ª Região. AC90.02.20512/RJ. REL.: Juiz Clélio Erthal. 1ª Turma. Decisão: 16/12/91.DJ 2 de 12/03/92, p. 5.267.)

A situação apresentada nestes autos tratar-se-ia exatamente de um direito derivado à prestação social, mais especificamente de um direito derivado à previdência social. Assim, caso não fosse possível reconhecer a aplicação do instituto da união estável aos homossexuais, o que levaria à inconstitucionalidade parcial dos art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art. 10 da Lei Estadual 10.366/90, na parte que excluísse os homossexuais ao gozo do benefício, a discriminação perpetrada por este artigo geraria um direito derivado social, de cunho prestacional, com base nos arts. 201, I e V (direito à cobertura do evento morte) e 5º, *caput* (princípio da igualdade) ambos da Constituição Federal, à obtenção dos benefícios previdenciários de que foram excluídos.

DA COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO

Ao se reconhecer a relação de companheirismo independente de união estável poder-se-ia levar a uma alegação de falta de critérios para o reconhecimento desta situação.

Entretanto, pela simples regulamentação já existente nas Leis Estaduais 9.380/86 e 10.366/90, é possível aplicar-se com interpretação adequada a cada caso, sem necessidade de grandes inovações normativas, os critérios previstos no artigo 1º (que altera o art. 4º da LC nº 64/02) do Projeto de Lei Complementar 41/2008:

Lei nº 9.380/86 - IPSEM

Art. 10 – É lícita a designação, pelo segurado, de companheira que viva na sua dependência econômica, mesmo não exclusiva., quando a vida em comum ultrapasse cinco (5) anos.

§1º - São provas de vida em comum o mesmo domicílio, conta bancária conjunta, procuração ou fiança reciprocamente outorgadas, encargo doméstico evidente, registro de associação de qualquer natureza que configure a companheira como dependente, ou qualquer outra capaz de constituir elemento de convicção.

§2º - A existência de filho em comum supre as condições de designação e de prazo.

§3º - A designação de companheira é ato de vontade do segurado e não pode ser suprida, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo.

§4º - A dependência de companheira só poderá ser reconhecida “post mortem” mediante pelo menos três (3) das provas de vida em comum previstas no § 1º, incluindo-se, entre estas, a do mesmo domicílio.

Lei 10.366/90 - IPSM

Art. 10 – Para fins de prestação previdenciária, são dependentes do segurado, preferencial e excludentemente, na seguinte ordem:

I – o cônjuge, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; [...] § 2º - Companheiro é a pessoa com a qual o segurado, na forma do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, mantenha união estável por no mínimo 5 (cinco anos) na época da prestação previdenciária ou, por menos tempo, se houver filho comum do casal.

Como se vê, os critérios regulamentares acima transcritos guardam perfeita sintonia com a relação homossexual, sendo possível, portanto, que o IPSEMG e o IPSM passem a exigir esses mesmos requisitos para a concessão dos benefícios aos indivíduos que os requererem tendo em vista a relação de companheirismo homossexual.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA A PROPOSITURA DESTA AÇÃO

Na forma do art. 127 da Constituição “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Entre os direitos individuais indisponíveis sobrepõem-se os direitos fundamentais, precipuamente quando trata-se de questões envolvendo condutas discriminatórias contra minorias em ofensa ao direito geral à igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, e a proibição de discriminação, inclusive por motivo de sexo, inscrita no art. 3º, inc. IV.

No artigo intitulado “Direitos Fundamentais e suas Características”, Walter Claudius Rothenburg disserta acerca da indisponibilidade dos direitos fundamentais:

O sujeito não pode desinvestir-se de seus direitos fundamentais, embora possa deixar de atuá-los na prática, aplicando-se aqui a clássica distinção entre capacidade de gozo (irrenunciável) e capacidade de exercício (disponível) (Revista dos Tribunais, ano 7, n. 29, out-dez/99, p. 55/65)

Deste modo, o que esta ação pretende é oportunizar às pessoas que possam exercer os seus direitos fundamentais. A garantia do acesso e do exercício desta capacidade é indisponível. Já o efetivo exercício do direito permanecerá no arbítrio de cada cidadão, uma vez que se trata de direito disponível.

De outro lado, inclui-se entre os interesses sociais as questões que dizem respeito aos direitos fundamentais sociais elencados no art. 6º, entre os quais figura o direito fundamental à previdência social.

No artigo 129, II, também da Carta Magna, o legislador atribuiu-lhe a função de “*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia*”.

Por sua vez, a Lei Complementar n.º 34/94, em seu artigo 66, atribuiu ao Ministério Público Estadual, dentre outras funções, o papel de garante dos interesses sociais e dos princípios que embasam a seguridade social - incisos IV e VI, alínea “a”.

DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

A Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, conferiu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, no sentido de possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, *verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, **antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial**, desde que, **existindo prova inequívoca**, se convença da **verossimilhança da alegação** e:

I - **haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**; ou

II - **fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu**. (grifo nosso)

Comentando o instituto, o processualista Cândido Rangel Dinamarco sintetiza a contribuição essencial e qualitativa da antecipação de tutela ao nosso direito processual:

O novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males do tempo no processo. (in “A Reforma do CPC”, 2ª ed., ver. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 1995)

Trata-se, como se vê, de realização imediata do direito, pois dá ao autor o bem da vida por ele pretendido, possibilitando a efetividade da prestação jurisdicional. Com a possibilidade de antecipação da tutela, presente prova inequívoca e convencido o Juiz da verossimilhança do alegado, a prestação jurisdicional poderá ser adiantada sempre que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, quando fique caracterizado abuso no direito de defesa, de regra mediante expedientes meramente protelatórios à conclusão do processo.

Os dois critérios gerais eleitos pelo legislador para a antecipação de tutela são, portanto, como dispõe a lei processual: prova inequívoca e verossimilhança do alegado. Comentando esses requisitos, o Juiz Federal Teori Albino Zavascki pondera que:

Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) **prova inequívoca** e (b) **verossimilhança da alegação**. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a **antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos**. Sob esse aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática. [...] **Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade** (Antecipação da Tutela, editora Saraiva, São Paulo, 1997, fls. 75-76, grifo nosso).

O conceituado processualista mineiro José Eduardo Carreira Alvim, ao examinar o juízo de delibação empreendido pelo Magistrado frente a verossimilhança dos fatos por ele apreciados, assim disserta:

A constatação da verossimilhança e demais condições que autorizam a antecipação da tutela dependerá, sempre, de um juízo de delibação, nos moldes análogos ao formulado para fins de verificação dos pressupostos da medida liminar em feitos cautelares ou mandamentais. Esse juízo consiste em valorar os fatos e o direito, supondo-se provada na probabilidade de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova (prova preconstituída), e a própria orientação jurisprudencial, notadamente a sumulada.

Esse juízo de delibação pode ter lugar prima facie e inaudita altera parte, em face da natureza do dano temido, ou num momento posterior, como, por exemplo, após a contestação, como acontece com a liminar no mandado de segurança, em que pode ser deixada para depois das informações. Essa possibilidade vem sendo pacificamente reconhecida pelos tribunais. (Código de Processo Civil Reformado, editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 1995, p. 103/105).

Na ação civil pública a possibilidade de antecipação de tutela ganha relevo na medida em que com este instrumento processual visa-se a tutela de interesses difusos, coletivos e coletivos *lato sensu*, bens de vida para toda a sociedade, como no presente caso. Neste sentido, tem-se pronunciado a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu monumental *Código de Processo Civil Comentado*:

3. Antecipação da tutela. **Pelo CPC 273 e 461, § 3º, com a redação dada pela L 8952/94, aplicáveis à ACP (LACP 19), o juiz pode conceder a antecipação da tutela de mérito, de cunho satisfativo, sempre que presentes os pressupostos legais**. A tutela antecipatória pode ser concedida quer nas ações de conhecimento, cautelares e de execução, inclusive de obrigação de fazer. V. coment. CPC 273, 461, § 3º e CDC 84, § 3º. (3ª edição, revista e ampliada, Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.149)

No caso ora posto *sub judice*, todos os requisitos exigidos pela lei processual para o deferimento da tutela antecipada encontram-se reunidos.

Não há que se questionar sobre a efetiva realidade dos fatos, posto que é notória a existência de grande contingente de pessoas que são discriminadas em sociedade por motivo de sua orientação sexual.

A verossimilhança da alegação decorre da própria certeza relativa aos fatos. O *fumus boni iuris* encontra-se igualmente presente, assentado estar as autarquias previdenciárias lesando direitos fundamentais.

O perigo da demora é também notório, tendo em vista o fato de que milhares de pessoas encontram-se na situação narrada nos autos, sendo que a maioria, temendo serem discriminadas ou por conhecendo a praxe do IPSEMG e do IPSM de não reconhecer seus direitos, sequer promovem requerimento administrativo na defesa de seus direitos.

Ademais, os proventos provenientes dos benefícios previdenciários buscado pelos trabalhadores homossexuais e negados pelo IPSEMG e IPSM têm nítido caráter alimentar, constituindo-se em verba que, via de regra, integra, quando não é a única fonte de recursos, o mínimo indispensável para a manutenção de condições dignas de vida.

Impor a esses trabalhadores o término da ação judicial para o gozo de seu direito seria manter, por prazo indefinido, a situação de injustiça e de violação aos seus direitos fundamentais.

Destarte, em face de todo o exposto nesta exordial, e com supedâneo no art. 273 e §§ 1º e 2º e art. 461 e §§ 3º e 4º do CPC, c/c os arts. 12 e 19 da Lei n.º 7.347/85, REQUER o Ministério Público Estadual se digne *Vossa Excelência* a conceder, após a ouvida dos Representantes Judiciais do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG e do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - IPSM, que deverão ser intimados para se manifestarem, querendo, no prazo de 72 horas (art. 2º da Lei 8.437/92), decisão liminar, de abrangência estadual, determinando aos Réus que:

- a) No prazo de 05 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais para fins de concessão de benefícios previdenciários, passando a processar e a deferir todos os pedidos de pensão por morte e de auxílio-reclusão realizados pelos companheiros do mesmo sexo sobreviventes (no caso de pensão por morte) ou que restem soltos (no caso do auxílio-reclusão), desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os mesmos requisitos e apresentados os mesmos documentos exigidos dos companheiros heterossexuais;
- b) No prazo de 05 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, passe a efetuar, no próprio IPSEMG e IPSM, a inscrição de companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes;
- c) No prazo 15 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, faça publicar no Diário Oficial do Estado ato administrativo (portaria, circular ou equivalente) reproduzindo os termos desta decisão judicial (itens “a” e “b”), bem como encaminhando, no prazo de 5 dias após esta publicação, cópia deste ato para todas as unidades do IPSEMG e IPSM no Estado.

DOS PEDIDOS FINAIS

Diante o exposto, requer o Ministério Público Estadual com fulcro no artigo 273 e §§ 1º e 2º e artigo 461 e §§ 3º e 4º do CPC, c/c os artigos 12 e 19 da Lei n.º 7.347/85, a concessão, após ouvido o representante legal/judicial do IPSEMG e IPSM, que deverá ser intimado a se manifestar, querendo, no prazo de 72 horas (artigo 2º da Lei 8437/92), **liminarmente da tutela antecipada**, determinado aos réus que:

- 1) a citação do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) e do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais (IPSM), na pessoa de seus Procuradores Autárquicos, para, querendo, contestarem a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos, até final procedência, sob pena de revelia e confissão;
- 2) seja julgada procedente a pretensão ora deduzida, confirmando-se, em definitivo, todos os pedidos requeridos em sede de tutela antecipada, condenando-se o IPSEMG e IPSM nas obrigações ali descritas;
- 3) Sendo a questão de mérito unicamente de direito, seja julgada a lide antecipadamente, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Apesar de inestimável, dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00

Requer que as intimações pessoais do representante do Ministério Público referente aos atos processuais, seja realizada no endereço situado na Rua Dias Adorno, 367/8º andar – Santo Agostinho (Telefax.: 31.3330-8394).

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2009.

Rodrigo Filgueira de Oliveira

Promotor de Justiça

Portaria n.º 2268/07

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

6ª Vara da Fazenda Pública Estadual

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Autos n.º 024.09.725.480-9

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Réus: IPSM e outro

Vistos etc.,

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS ajuizou AÇÃO CIVIL PÚBLICA contra o IPSM – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES DO ESTADO DE MINAS GERAIS e IPSEMG – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS, qualificados, aduzindo que em meados de 2007, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos foi provocado através do ofício 087/2007, pelo Escritório de Direitos Humanos, órgão vinculado a SEDESE – Secretaria de Desenvolvimento Social, acerca da grave violação aos direitos humanos, por parte do IPSM e IPSEMG que *vêm negando aos casais homossexuais, o direito a pensões em caso de morte, bem como auxílio reclusão*, ao fundamento de que inexistente regulamentação sobre a matéria. Ante tal denúncia, foi instaurado o PA n.º 003/2007 e, de fato, foi constatado que tanto na LC n.º 64/02 quanto na Lei n.º 10.366/90, não possuem previsão de inclusão do companheiro homossexual/homoafetivo como dependente para fins previdenciários. Restou apurado, ainda, que o INSS, através da IN n.º 11/06, alterada pela IN n.º 20/07, e alguns Estados e Municípios, tais como o RJ, SP e PE, já admitem tal inclusão. Visando a solução da questão, em 27/02/2008 foi realizada uma reunião com a SEPLAG, o Procurador-Geral de Justiça e dois representantes da SEDESE, sendo a que a Secretária informou que seria proposto um *projeto de lei* para solução. O projeto (PLC n.º 41/2008) foi apresentado ao Governador e apensado ao PLC n.º 36/2007, de autoria do Deputado Carlin Moura, mas acontece que há mais de um ano o projeto PLC n.º 41/2008 encontra-se paralisado, o que demonstra a inércia, descaso e o preconceito com a matéria. Pondera que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade fática e que, em sintonia com esta situação, inúmeros países vêm estabelecendo formas diversas de proteção dessas relações. Invoca os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da segurança jurídica, da igualdade, da proporcionalidade etc. Aponta que o direito a previdência social está elencado no rol de garantias fundamentais. Juntou documentos. Pediu *tutela antecipada* para ser determinado aos réus que passem a considerar o companheiro ou companheira homossexual como *dependente preferencial* da mesma classe dos companheiros heterossexuais, para fins de benefícios previdenciários, e mais, que todos os pedidos administrativos protocolizados passem a ser *processados* regularmente (f.02/50).

A apreciação da tutela antecipada foi postergada (f.51).

Instados sobre o pedido urgente, vieram aos autos o IPSM e o IPSEMG e, em breve síntese, resistiram ao pleito, sustentando o IPSM, preliminarmente, que a matéria não consiste em direito coletivo difuso (f.52/72).

É o relatório.

Decido.

A tese de que a questão posta nesta ação civil pública *nem de longe se afeiçoa aos chamados direitos coletivos ou difusos*, em se tratando de uma *preliminar*, deve ser desde logo examinada, mas adiante que haverá um *juízo de indeferimento*.

Necessário lembrar que os arts. 127 e 129, III, ambos da Magna Carta, afirmam a *legitimidade* do Ministério Público para o *ajuizamento da ação civil pública* para defesa dos chamados *interesses ou direitos difusos ou coletivos* (Lei n.º 7.347/85, art. 1º, IV); e, referida *legitimidade* ministerial exsurge da *simples afirmação da ocorrência do interesse ou direito difuso ou coletivo*, descabendo, neste princípio da demanda, o debate sobre a *real existência do direito*, e, conseqüentemente, controverter a *titularidade ministerial*.

Não obstante, mostra-se conveniente revelar que é a *relação jurídica de base* que aponta para a existência ou não de um debate sobre *interesses ou direitos difusos ou coletivos*, os quais se caracterizam como tais quando possuem afetação indiscriminada a algumas pessoas (ou grupo) que estão conectadas por circunstâncias de fato; desta forma, indubitável que a matéria *direito previdenciário das relações homoafetivas* subsume, em princípio, na moldura daqueles direitos e pode ser combatida na *ação civil pública*, pois atinge um *grupo determinado* de pessoas *indeterminadas* ligadas por uma situação de fato facilmente caracterizada (a *relação homoafetiva*).

Afasto, portanto, a preliminar.

Analiso, agora, o mérito da *urgência* do provimento.

O CPC, no art. 273, I, dispõe que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e [...] haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou [...] fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Não bastasse, também dispôs que: (a) – não se concede a tutela antecipatória na hipótese de *irreversibilidade* do provimento (§ 2º); e, (b) – podem ser aplicadas as regras previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A (§ 3º).

Os requisitos principais são: (a) – prova inequívoca que leve à verossimilhança das alegações; (b) – fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou, (c) – abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos estão demonstrados e a tutela deve ser *deferida*.

A legislação previdenciária estadual (Leis n.º 10.366/90 e 64/02, do IPSM e do IPSEMG, respectivamente) realmente *não contempla* a situação do *companheirismo homoafetivo* para fins previdenciários, mas somente aquelas situações que caracterizam *união estável* ou o *casamento* propriamente ditos (*vide* artigos 10 e 4º, respectivamente, das leis citadas).

Mencionada *lacuna* não é óbice para se falar da existência do *direito* neste caso, pois sabemos que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito* (art. 4º da LICC), e mais, que na *aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum* (art. 5º da LICC). Portanto, não é a *falta de regra* (ou até a existência de *regra contrária*) que aponta para a *inexistência do direito*, pena continuarmos fincados no *positivismo* há muito ultrapassado e de, uma vez por todas, desprezarmos a distinção entre o *justo* e o *injusto* do legado aristotélico, patenteados na *Retórica*, 1373 b e seguintes, que vale neste instante ser lembrada:

Pois realmente há, como todos de certo modo intuem, uma justiça e uma injustiça naturais, compulsórias para todas as criaturas humanas, mesmo para as que não têm associação ou compromisso com as outras. É isso que a Antígona de Sófocles claramente quer exprimir quando diz que o funeral de Polinices era um ato justo apesar da proibição; ela pretende dizer que era justo por natureza.

A questão do *justo ou injusto* é sempre presente nas respostas jurídicas, e, neste caso, um pouco mais profunda. Assim, para delinear a, afigura-se próprio, inicialmente, falar um pouco sobre o *benefício previdenciário* e a quem é destinado para, depois, lançar uma conclusão da *justeza* do intento ministerial.

O *benefício previdenciário* é comumente lembrado como sendo uma *prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes* (ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.251).

Mencionado *favor legis* (inexistente na forma explícita nesta plaga) é destinado à denominada *família previdenciária*, i.é, a todos aqueles que dependiam economicamente do segurado, cabendo ressaltar que nossa Constituição Federal não faz *distinção* quanto aos dependentes e, no aspecto, *abre-se* para albergar situações não positivadas (art. 201, V, da CF).

O e. Superior Tribunal de Justiça, numa situação análoga, mas enfocando um *direito individual*, assentou que *não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser*

preenchida a partir de outras fontes do direito (REsp n.º 395904 / RS – Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA – Órgão Julgador: 6ª Turma – Julgamento: 13/12/2005 – Publicação: DJ 06/02/2006 p. 365).

Nessa questão, para além de um debate mais abrangente sobre outros aspectos, impõe-se simplesmente demonstrar que há um *fato constatado* (que é a *relação homoafetiva*) e, nesta *situação*, deve o profissional do direito meditar/refletir e encontrar uma *solução justa*. Logo, *justiça* em termos previdenciários é entender a *abrangência* do benefício para todos os que, jurídica e indistintamente, *dependiam* do seguro, senão o mal entendido princípio da *isonomia* não se realiza e o *justo* continua adormecido.

Aliás, até o e. Governador **Aécio Neves**, através do Projeto de Lei Complementar n.º 41/2008, entendeu plausível a *regulamentação* dessa *situação de fato* e propôs uma *alteração* na LC n.º 64/02, no sentido de o benefício previdenciário abranger o *companheiro homossexual* (f.262), mas seu esforço está *paralisado* na ALEMG. Entretanto, trata-se de um esforço *político* que deve ser mencionado.

Por outro lado, há também respeitáveis posicionamentos contrários, mormente no e. Tribunal de Justiça, mas são deliberações exaradas firmes no aspecto de que a *ausência de lei no sentido estrito* impede a concessão do benefício previdenciário (precedentes: Acórdão n.º 1.0145.02.050445-5/001(1) – Relator: Desembargador EDUARDO ANDRADE – Julgamento: 31/07/2007 – Publicação: 14/08/2007; e, Acórdão n.º 1.0145.02.012887-5/001(1) – Relator: Desembargador CAETANO LEVI LOPES – Julgamento: 07/06/2005 – Publicação: 24/06/2005), e, esta senda não é a que este Juízo Fazendário está perfilando, diante das razões anteriormente expendidas.

Nesse contexto, verificamos que há *prova inequívoca* do direito debatido e, a *relação homoafetiva*, por ser um fato do mundo da vida, não pode ficar longe de um *concerto jurídico* apropriado ao ideal do Estado Democrático de Direito, pena de a *dignidade* das pessoas que compõe o grupo permanecer *desconsiderada* (art. 1º, III, da CF), e o ensinamento histórico-filosófico da *Antígona* de *Sófocles* continuar como uma peça da *retórica*, longe do desiderato a que foi erigida – *eleva as consciências para a existência do injusto e encaminhá-las para o justo*.

O *fundado receio de dano* é claro.

A partir mesmo da *falta de um regramento específico*, que viesse a dispor sobre a prestação previdenciária nas *relações homoafetivas*, é possível afirmar da enorme dificuldade, ou do longo caminho a ser percorrido por aqueles que se enquadram na situação discutida nesta ACP, pois presos à *legalidade estrita*, resistem os administradores até a última Instância Jurídica, e, o *direito*, nestas circunstâncias, acaba postergado e tardiamente deferido. Desta forma, razoável admitir que a *demora* administrativa (e/ou judicial e/ou legislativa) configura, pontuando que o *benefício previdenciário* se destina às necessidades primeiras do ser humano, o *fundado receio de dano irreparável*.

Por fim, resta esclarecer que a *tutela urgente* ora deferida não padece do condão da *irreversibilidade*, pois a qualquer tempo poderá ser revista e a situação instalada retornará, com facilidade, ao *status quo ante*.

Mencionado *retorno à situação anterior*, logicamente, poderá ocorrer com alguns *valores* despendidos pelo erário, o que certamente não poderá desconfigurar a hipótese da *irreversibilidade*, pois aqui devemos ter em conta a *ponderação dos valores em jogo*, i.é, de um lado o *dispêndio econômico* e, de outro lado, a *manutenção da vida biológica* com a prestação alimentar (diga-se: *previdenciária*). Assim, indiscutível que o ente público, em sã consciência, prestigiará a *manutenção da vida biológica*, pena de ponderar com *intensidade maior um menor valor*, ou seja, o *dispêndio econômico* em relação à *vida biológica*.

Em arremate, evidencio que há *interesse do Estado de Minas Gerais* nesta demanda, pois as *contribuições previdenciárias* que constituem o agregado denominado FUNFIP contam, também, com boa parcela dos cofres deste *ente público* (art. 30, da LC n.º 64/02), razão pela qual deve o mesmo compor a lide, na condição de *litisconsorte*, muito embora sua *opinião* sobre o mérito da demanda já seja do conhecimento geral e, certamente, integrará a *lide* apenas para *concordar com o pedido* (vide PLC n.º 41/08).

Ante o exposto, **DEFIRO** a tutela antecipada.

Citem-se os Réus para ofertarem defesa, querendo, bem assim para que, no **prazo de 5 dias**, *passem a considerar o companheiro ou a companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais para fins de concessão do benefício previdenciário, devendo ser processadas e deferidas todas as prestações requeridas pelos companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos, para o caso, os mesmos requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais*.

O Ministério Público *deverá* providenciar a *citação* do Estado de Minas Gerais, na condição de *litisconsorte*. Intime-se.

Belo Horizonte, 05 de março de 2010.

MANOEL DOS REIS MORAIS
Juiz de Direito

PARECER FINAL DO MP – CRIME DE RACISMO – MODELO DE PARECER

Parecer do MP/RS em apelação de sentença absolutória proferida em crime de racismo contra o povo judeu (Lei nº 7.716/89)

Texto extraído do Jus Navigandi - <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=289>

Este parecer foi vencedor de três prêmios: Melhor Arrazoado Forense, concedido pela Associação do Ministério Público do RGS; Direitos Humanos – Personalidade, pelo Movimento de Justiça e Homem Comunidade, pela B'nai B'rith do Rio Grande do Sul.

Elaborado por: Carlos Otaviano Brenner de Moraes.

Colaboração enviada por: Carlos Otaviano Brenner de Moraes, corregedor-geral do MP/RS.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
PROCESSO Nº 695 130 484
APELAÇÃO - PORTO ALEGRE
APELANTES: M. J. N. E
FEDERAÇÃO ISRAELITA DO RGS
APELADO: S. E.
RELATOR: DES. MOACIR DANILO RODRIGUES
PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

“Queremos afirmar desde já que não temos a intenção de incriminar o povo alemão. Se a massa anônima do povo alemão tivesse aceitado voluntariamente o programa do Partido Nacional Socialista, não teriam sido necessárias as SA nem os campos de concentração ou a Gestapo.”

Eram dez horas da manhã do dia 20 de novembro de 1945. Com essas palavras, ressaltando que não pretendia de qualquer modo atentar contra a raça alemã, para não incorrer em uma outra e criminosa discriminação racial, o acusador público americano Robert Jackson instalou solenemente, em Nuremberg, Alemanha, o Tribunal Militar Internacional que iria julgar os 23 réus - os sobreviventes da alta cúpula do III *Reich* que foram capturados ou se entregaram aos aliados ao final da Segunda Guerra, o maior conflito da humanidade. As acusações: conjuração contra a paz, crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Do recurso

Trata-se de apelação da sentença absolutória proferida em favor de S. E., acusado da prática do crime previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716, de 5 de março de 1989, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.081/90, que é a seguinte: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional: pena de reclusão de dois a cinco anos”.

O recurso é interposto pelos Assistentes da Acusação, regularmente admitidos no processado, Sr. M. J.N. e a Federação Israelita do Rio Grande do Sul, representada pelo Sr. S. B..

Da imputação

Descansa a imputação no fato de que o apelado, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda, com sede em Porto Alegre, de forma reiterada e sistemática, tem editado e distribuído ao público, mediante venda, obras de autores nacionais e estrangeiros que “abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, procurando incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica” (fl. 2). De acordo com a denúncia, os livros de sua responsabilidade, em termos de edição, distribuição e comercialização,

são as seguintes: O Judeu Internacional, de Henry Ford, 2ª reedição, 1989; A História Secreta do Brasil, de Gustavo Barroso, 1ª reedição, 1990; Protocolos dos Sábios de Sião, apostilado por Gustavo Barroso, 4ª reedição, 1989; Brasil Colônia de Banqueiros, de Gustavo Barroso, 1ª reedição; Hitler: Culpado ou Inocente, de Sérgio Oliveira, 2ª edição, 1990; Os Conquistadores do Mundo – Os Verdadeiros Criminosos de Guerra, de Louis Marschalko, 3ª edição. Obra de sua autoria, sob o pseudônimo S.E. Castan: Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século, com mais de vinte e nove edições. A peça reproduz vários trechos destas obras que expressam as mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias imputadas.

Do fundamento absolutório

A absolvição está fundamentada no inc. I do art. 386 do CPP.

Os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu. Constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo. Lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica [...] As outras manifestações apresentadas pelas obras, com relação aos judeus, outra coisa não são, senão simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão (fls. 861 e 862).

Portanto, sob a ótica da sentença, o réu não obrou com dolo, suas ações não incitaram nem induziram à discriminação racial, desprezo ou preconceito contra o povo de origem judaica e, ao realizá-las, exercia direito constitucional de opinião.

Das preliminares de nulidade

Arguem os apelantes a nulidade da sentença por falta de fundamentação e desvio no objeto da causa. Desenvolvem raciocínio procurando demonstrar que a Dra. Juíza não leu as obras, residindo aí o porquê da falta de fundamentação. A Promotoria de Justiça discorda da alegação de desvio e observa que a fundamentação somente é exigível no caso de sentença condenatória.

Antes de qualquer outra consideração, é de se registrar que seria injustificável tivesse sido proferido sentença sem a prévia leitura das publicações incriminadas. Na oficialidade do processo, naquilo que de capa-à-capla contém, até a chegada dos autos a essa Câmara, as publicações realmente não estavam apensadas, mas isto não exclui a possibilidade de que a Dra. Juíza tenha lido alguma ou todas as obras. Caso contrário, o feito teria sido decidido com certa dose de desdém, com desprezo aos relevantes valores que lhe subjazem, em uma outra postura discriminatória ou preconceituosa, que seria grave pela fonte de que emanaria, o próprio aparelho judiciário, em seu primeiro grau de atuação.

Independentemente disso, porém, vale notar que o devido processo legal não foi respeitado. Este princípio-garantia constitucional pressupõe decisões fundamentadas do Poder Judiciário,⁵⁶ sob pena de nulidade, e fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão⁵⁷. Em se tratando de processo penal, mais avulta a inadmissibilidade de motivação implícita, *aliunde* ou *per relationem*. Absolutamente indispensável, na sentença condenatória, a demonstração da correlação entre o fato punível e o modelo legal. Na sentença absolutória, não menos imperiosa a indicação das razões justificativas ou excludentes da autoria, da criminalidade ou da tipicidade.⁵⁸

A afirmação é de Mário Guimarães: “Não se compreende possa um juiz aplicar a pena a alguém sem dizer por que motivo o faz. Igualmente, quando absolve, em face de uma acusação, que é afinal repelida, a sociedade e o próprio réu precisam saber o que, na verdade, se apurou”.⁵⁹ E Heleno Cláudio Fragoso a complementa: “a motivação se constitui também em garantia para o Estado, já que a este interessa seja aplicada e corretamente administrada a justiça”.⁶⁰

⁵⁶ Cf. art. 93, inc. IX, da CF/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. CPP, art. 381: “A sentença conterà: [...] III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

⁵⁷ Cf. Nelson Nery Júnior, **Princípios do Processo Civil**, p. 156.

⁵⁸ Cf. Benedetto Pellingra, **La motivazione della sentenza penale**, p. 108.

⁵⁹ **O Juiz e a Função Jurisdicional**, p. 347.

⁶⁰ *Justitia* 65/23.

Daí que, vênha da Dra. Promotora, sua posição é isolada e insustentável à luz dos princípios reitores do processo penal. A sentença, como decisão do Poder Judiciário, deve ser fundamentada, para condenar ou absolver (art. 93, IX, da CF/88).

E a motivação é de extrema precariedade. Não passa de um discurso puramente teórico, com frases ou expressões de efeito, sem o enfrentamento exegético e valoração dos trechos postos pela denúncia frente à norma incriminadora e ao sentido protetivo que esta veicula:

Os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu. Constituem-se em manifestações de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo [...] Os fatos históricos, é sabido, não possuem uma só versão. Interpretá-los ou relatá-los sob ângulo diverso da maioria, questionando fatos até então não questionados, ainda que a conclusão seja desfavorável a um determinado povo, não pode ser considerada conduta criminosa, na forma do art. 20 da Lei nº 8081/90. A irresignação da comunidade judaica, com relação as obras do acusado é perfeitamente compreensível, porquanto é a sua própria história, sofrendo outra interpretação e avaliação, do que aquela narrada nos compêndios de História até agora publicados, dando-lhe a condição de povo sofrido. As outras manifestações apresentadas pelas obras, com relação aos judeus, outra coisa não são, senão simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão (fls. 861/862).

Se substituídos fossem os textos incriminados reproduzidos pela denúncia, a motivação poderia ser mantida, tal como está, funcionando como decisão padrão, já que a eles não se refere uma só vez. Nem mesmo art. 20 a Lei nº 8.081 possui (o art. 20 é da Lei nº 7.716/89).

Os pontos questionados na causa, e que mereceriam o enfrentamento sentencial, dizem com a dignidade do homem e da raça judaica, execrada pelas obras. Não se esgotam em fatos históricos que permitam ou mereçam revisão ou reexame sob ótica ou ângulo diversos, nem na específica história dos judeus.

Basicamente dizem com atributos pejorativos, juízos (e não fatos) infamantes do homem e da raça judaica. Por exemplo, dentre outros: Horda de judeus; judeus desafetos do bem e protagonistas de uma incessante luta contra toda e qualquer forma de organização social, política e econômica; autocratas encarniçados.

Uma vez imputados na denúncia, deveriam ser analiticamente examinados pela sentença, inclusive para verificação da regularidade no exercício do direito de opinião que simplistamente proclamou, correlação indispensável mesmo em sede de decisão absolutória. O sistema processual é alicerçado na paridade das partes. O processo penal é instrumento de realização da Justiça e a Justiça não está unicamente no interesse do acusado.

O prejuízo desta precária e incompleta fundamentação é manifesto, apesar do pedido de absolvição feito pela Promotoria em suas alegações escritas. O Assistente também é interessado na averiguação da verdade substancial e tem direito à decisão justa.⁶¹

Com efeito, o parecer do Ministério Público é pela declaração de nulidade da sentença. Toda a vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual, que desempenhe função de garantia, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre nulo, sanção que decorre da própria Constituição ou dos princípios gerais do ordenamento, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada. É que as garantias constitucionais-processuais, ainda que aparentemente postas em benefício da parte, visam ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.⁶² Há, ainda, a cominação expressa de nulidade na CF/88 (art. 93, IX) e Lei processual (CPP, art. 564, III, alínea m).

Quanto à outra preliminar, o parecer é pela rejeição. Não houve o alegado desvio, devido ao entrelaçamento dos temas, e disso bem se encarregou a Dra. Promotora em demonstrar.

Do error in iudicando

Dentre os ingredientes do juízo absolutório, está o de que os livros, “[...] lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica” (fl. 81).

⁶¹ Nesse sentido: R.Esp. 35.320-3-TO, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, DJU, 08/08/94, p. 19.575.

⁶² Cf. Ada Pellegrini Grinover, **Das Nulidades do Processo Penal**, p. 21.

A sentença não revela, porém, a base concreta de tal assertiva. E aí mais uma vez peca em termos de fundamentação. É de se supor, em face desta injustificável omissão, tenha procurado expressar que as obras, apesar de lidas por um vasto número de pessoas, não produziram, como resultados fenomenológicos, sensíveis no mundo da realidade, sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica, em evidente *error in iudicando*. É que o crime não exige a produção de resultado material. Consuma-se com a simples realização da conduta típica. Irrelevante tenham sido ou não aflorados nos leitores os sentimentos discriminatórios ou preconceituosos a que se refere. A Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, foi editada com a finalidade de estabelecer os crimes e fixar as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceitos de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados por meio de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, buscando preservar o tratamento igualitário que a ordem jurídica se propõe a assegurar. Tratamento igualitário que é princípio estrutural das democracias modernas, no sentido de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, da CF/88). Para assegurá-lo, a própria Carta estabeleceu que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, inc. XLJ). Nesse vinculante contexto constitucional é que surgiu a Lei, com a nítida e necessária tendência de punir as práticas discriminatórias de qualquer natureza, como meio asseguratório e protetivo do princípio da igualdade e de maneira mais ampla do que originariamente feito pela Lei nº 7.716/89.

Especificamente em relação ao crime definido no art. 20, que é o delito imputado ao réu, as ações nucleares de praticar, induzir ou incitar devem ser desenvolvidas pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer espécie ou natureza, compreendendo-se por meios de comunicação social todos os que servirem a “[...] manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo” (art. 220, *caput*, da CF/88). Praticar é levar a efeito; fazer, realizar, cometer, executar; expor ou exprimir por palavras; dizer, proferir. Induzir consiste em causar, inspirar, incutir; sugerir, persuadir. Incitar significa instigar, impelir, mover; estimular, instigar, aqular, excitar; provocar.

Crime formal ou de mera conduta, cuja característica é o da consumação antecipada, configura-se independentemente da produção de qualquer resultado fenomenológico. “Basta, para o aperfeiçoamento do crime, a realização de qualquer ato caracterizador da prática, induzimento ou realização de discriminações ou preconceitos através dos meios de comunicação e de publicações de qualquer natureza”,⁶³ sendo indiferente que se concretizem ou não as finalidades de discriminação e de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Discriminação como ato ou efeito de discriminar, de separar, de apartar, de segregar uma raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, como política de segregação, de isolamento de um grupo social. Preconceito como conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, geradores de suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etnias etc.

Assim, em termos de adequação típica da conduta e consumação do delito, o importante é a aptidão ou potencialidade das abordagens veiculadas nas obras em termos de malferimento da igualdade constitucional e, de modo especial, a probabilidade de lesão aos valores protegidos pela norma.

Esta probabilidade de lesão, ou lesão potencial, que é a alma da ilicitude, é pura valoração acerca do caráter lesivo de uma ação humana, relação entre o fato e o valor como objeto da tutela. Aliás, é a noção de lesividade que fundamenta e dá conteúdo ao tipo. As condutas previstas no art. 20 são sancionadas não porque antijurídicas, mas porque juridicamente desvaloradas pelo Direito. A norma traduz o desvalor do Direito à conduta. Quando o legislador define o ilícito penal, significa postura axiológica negativa referente à conduta descrita. O Direito Penal é na sua essência tutela de valores, complexo de normas predispostas à garantia das exigências ético-sociais dominantes. Fora do resguardo aos valores, o Direito Penal perde a razão de sua existência e se transforma fatalmente num instrumento de terror ou num meio técnico de profilaxia social.⁶⁴ Lesividade que não se esgota nem se confunde com o dano material provocado pela conduta.⁶⁵ É uma noção normativa pura, intelectiva.⁶⁶ Exatamente por isso, diz Carnelutti, “a ilicitude

⁶³ Cf. Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer, **Dos Crimes de Discriminação e Preconceito** - Anotações à Lei nº 8.081, de 21/9/90, Revista do Ministério Público do RGS, nº 34, p. 194.

⁶⁴ Cf. Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, p. 361.

⁶⁵ A noção material de lesividade não diferencia o latrocínio do homicídio em legítima defesa, já que em ambos há o resultado material danoso à vida. A ilicitude é uma qualificação do fato, qualificação que é global, vale para todos os demais ramos. Ela se resolve num juízo de que o fato é lesivo de um bem jurídico. Esta lesão realmente não tem realidade perceptível aos sentidos. Sob o aspecto naturalista, o homicídio cometido em estado de legítima defesa e o homicídio premeditado não apresentam diferenças porque na realidade naturalista o que se pode verificar em ambos os casos é a causação da morte de um homem. Se dizemos que falta no primeiro ilicitude porque a lesão do bem jurídico é justificada enquanto no segundo esta lesão é ilícita, julgamos o fato em relação às exigências da norma jurídica enquanto norma de tutela de interesses. Mas a lesão como tal não é perceptível de um ponto-de-vista sensível (Giuseppe Bettiol, *ob. cit.*, p. 365).

⁶⁶ Giuseppe Bettiol, *ob. cit.*, p. 365.

resolve-se em um juízo da lesividade do fato praticado, pois uma antijuridicidade sem conteúdo não tem razão de ser”.⁶⁷

Nesse ótica, percebe-se, em definitivo, a irrelevância do aspecto a que a sentença deu tamanho destaque, pois, ainda que milhares de pessoas possam ter lido as obras incriminadas sem se sentirem tomadas por preconceito contra a comunidade judaica, o que releva notar é a potencialidade dos textos em induzir ou incitar o leitor a sentimento discriminatório ou preconceituoso em relação aos judeus, como povo, raça, etnia, procedência nacional. O art. 20 contém um tipo de crime de perigo. Perigo como probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado. E os trechos denunciados, lidos e avaliados no conjunto de cada obra, materializam a tese acusatória quanto à potencialidade discriminatória e preconceituosa:

Agora, porém, compreenderam os alemães, que foram explorados por uma horda de judeus, que haviam preparado tudo para tirar enormes proveitos da miséria geral do povo teutônico. Onde quer que se pudesse especular com as necessidades do povo, ou que se apresentasse ocasião de obter ganâncias intermediárias, seja em Bancos, sociedades de guerra, empréstimos públicos, ou em ministérios que formulavam os gigantescos pedidos de apetrechos bélicos, ali apareciam os judeus (**O Judeu Internacional**, Henry Ford, 2 reedição, p. 23).

Horda como bando indisciplinado de malfeitores, amigos e construtores do mal. Grupo malfazejo movido pela ganância e especulação, no sentido mais sórdido que possam estas expressar, para fazer desabrochar no espírito do leitor os sentimentos de discriminação e preconceito devido à ambição ilícita e desmedida da raça, usuária de meios degradantes e baixos para alcançar fins ignóbeis e infames.

Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional [...] O judeu é adversário de toda ordem social não-judaica [...] O judeu é um autocrata encarnado [...] A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, para se elevarem a um nível superior àquele que se julgavam subjugados. Assim que conseguem, empregam imediatamente seus métodos, para obter determinadas preferências, como se estas lhes coubessem por direito natural [...] Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação [...] Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito [...] não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que deseje e respeite mais do que esta o poder [...] O judeu é um caçador de fortunas, principalmente porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio [...] O supremo intuito que eles denotam consiste em solapar toda ordem humana, toda constituição de Estados, para erigir um novo poder, em forma de despotismo ilimitado (**O Judeu Internacional**, Henry Ford, 2 reedição, 1989, p. 24, 25, 65, 75 e 79).

Referindo-se aos judeus como inimigos mortais de toda a ordem social não judaica, autocratas encarnações comprometidas com a quebra dos sistemas nacionais dos Estados e protagonistas deliberados de uma falsa adesão e defesa da democracia, a obra os coloca como perigosos agentes da anarquia, que inspirados na negação da autoridade, e por congênita deficiência moral, buscam romper o equilíbrio das estruturas política, social e econômica, colocando sob risco os fundamentais interesses da sociedade e do Estado, pela confusão ou desordem gerada por essa situação, para conseguirem o poder soberano, ilimitado e absoluto, próprio dos déspotas tirânicos e opressivos, poder sem restrição nem neutralização, como dominação poderosa da classe, que é baixa, dissimulada, vaidosa e arrogante. Sem a menor dúvida, por mais liberal que se queira ser na interpretação de tais textos, há afronta aos princípios da não-discriminação e do não-preconceito racial, com correlata exposição destes valiosos interesses constitucionalmente protegidos a perigo de dano.

Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter (**O Judeu Internacional**, Henry Ford, 2 reedição, 1989, p. 171).

Mais uma vez, a marca inconfundível das obras, de discriminação e preconceito com a raça judaica, mostrando-a não só gananciosa ou anárquica, mas, como se disse antes, de caráter profundamente vil, como que por defeito de nascença, que sabe e quer enganar, manhosa e maldosamente, agindo do mesmo modo que o animal que se alimenta do sangue de outro, para viver, sem trabalhar, à custa do esforço e da miséria alheia. Raça chupim e arrimadiça.

Em *Os Conquistadores do Mundo: os Verdadeiros Criminosos de Guerra* (de Louis Marschalko, 3ª edição), numa clara evidência da articulação em discriminar, já no prefácio, novas e veementes referências ao caráter repulsivo, simulado e parasitário dos judeus:

⁶⁷ Teoria Generale, p. 24.

Qualquer pessoa que esteja de olho no mundo e nos negócios deste, poderá perfeitamente compreender esse plano (totalitarismo perfeito e absoluto), que já tomou forma [...] A humanidade está dividida não apenas pelas raças naturais, criadas por Deus, e pelas nações. Hoje em dia, até as nações estão divididas. A Alemanha esta dividida em Oriental e Ocidental, o mesmo acontecendo com a Coréia: do Sul e do Norte. A China e a Indochina estão divididas ou separadas, enquanto a Europa está dividida pela Cortina de Ferro. As populações são separadas e divididas em pessoas brancas e de cor, capitalistas e bolchevistas, empregadores e empregados, gente rica e classes operárias, católicos e protestantes, supressores e suprimidos, vencedores e vencidos. Mas, como veremos adiante, toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caos, é dirigida pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo o interesse dos líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas [...] São elas que instigam multidões furiosas a fazerem greves e passeatas, enquanto ao mesmo tempo elas dão aumento de salários e promovem a inflação [...] Elas são as arqui-inimizigas dos ideais patrióticos; pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto que durante todo esse tempo elas representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história de todos os países do globo terrestre [...] Esse diabólico nacionalismo tribal tem o poder mundial na mão [...] O judeu jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países do mundo (p. 9/10 e 18 – as transcrições da denúncia estão grifadas).

Na mesma linha editorial, com o indisfarçável ânimo de afetar a dignidade do judeu e de sua raça, passagens não desvinculadas do contexto discriminatório das obras, do tipo “Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais” (Os Conquistadores do Mundo, p. 112),

Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial [...] Judeu sem prestação não é judeu [...] Um dia, os povos compreenderão a verdadeira origem de todos os seus males e, então, as bichas vorazes e nojentas serão duramente castigadas [...] O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora (Brasil, Colônia de Banqueiros – Gustavo Barroso, 1ª reedição, p. 34, 37, 46 e 95).

Em vista de seu número relativamente pequeno, os judeus, sozinhos, certamente não podem vencer a população no meio da qual vivem como parasitas, mas inventaram um modo de suicídio para os cristãos, provocando habilmente entre eles discórdias intestinas e uma desorganização maldosamente preparada [...] Para os judeus, o único direito é a força [...] Todas as religiões serão abolidas, salvo a de Moisés. Para mostrar seu poder, os judeus esmagarão e escravizarão pelo assassinio e o terrorismo cada um dos povos da Europa (Os Protocolos dos Sábios de Sião, Gustavo Barroso, 4ª reedição, p. 95).

Em Hitler: Culpado ou Inocente?, de Sérgio Oliveira, dentre várias outras manifestações preconceituosas, é dito que os judeus seguem o Torah, cujo teor aponta para o ódio a tudo que não for judeu, para a desarmonia, desigualdade e desentendimento entre os povos. Em Holocausto: Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século, de autoria do réu, sob o pseudônimo S.E. Castan, a expressão máxima da discriminação, baseada em inversões dos fatos que marcaram a história deste século, pretensamente mascaradas com dados relativos a fatos verdadeiros.⁶⁸

Em uma síntese, os livros publicados e editados pelo apelado tentam negar o holocausto, atribuindo aos judeus, como substrato da ação dos Aliados, e exatamente pela congênita perversão de caráter, a falsificação de documentos e a montagem de fotografias e filmes, simulando episódios que não teriam ocorrido na Alemanha e nos territórios por esta ocupados, em uma criminosa distorção da realidade histórica, realidade que é pública e notória, oficialmente reconhecida pela própria Alemanha, e veiculam, explícita e implicitamente, nas linhas e entrelinhas, mensagens de cunho nitidamente anti-semitas, discriminatórias e preconceituosas.

Ainda a respeito desta potencialidade lesiva das obras incriminadas ao bem jurídico protegido pelo tipo, cumpre ressaltar que os autos reúnem manifestações de repúdio emanadas de diferentes setores da sociedade civil (Associação Nacional dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira - fl. 75; Associação Rio-grandense de Imprensa - fls. 76/77; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos Fluviais e Aéreos - fls. 78/79; Instituto Solano Trindade - fl. 80; Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Porto Alegre - fl. 81; Associação Gaúcha de Escritores - fls. 82/84; da Secção do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil - fl. 87; Movimento Negro Brasileiro e Movimento Popular Anti-Racismo - fls. 109/126) e de diversas pessoas vinculadas ao judaísmo, que pelo fato de serem judias não perderam a condição moral para depor (fls. 44/47; 53/59; 139/153). São dados concretos que não poderiam ter sido tão facilmente desprezados pela decisão apelada.

⁶⁸ Segundo o professor José Roberto Lopez, do Departamento de História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, autor de livro que discute o revisionismo pregado pelo réu, um dos problemas do Holocausto: Judeu ou Alemão?, “é que ele apresenta erros históricos misturados com verdades indiscutíveis” (vide Zero Hora de 23 de julho de 1992, fl. 363 dos autos).

Desse modo, e que no pertine ao mérito da sentença, não há como mantê-la com base na falta de produção de dano ao bem jurídico protegido. Não se deve permitir a confusão entre dano (ofensa material e sensível) e lesão (ofensa potencial e negativamente valorada pelo cotejo da norma com as concretas exigências sociais de tutela).

Da ausência de dolo

O dolo, como vontade de realização da conduta proibida pelo tipo, revelador de um estado de psíquico-espiritual do agente, geralmente é demonstrado com o auxílio do raciocínio.⁶⁹ O delito do art. 20, apesar de unicamente previsto na modalidade dolosa, admite o dolo direto e eventual.⁷⁰ A conduta do réu, na global análise que se impõe em face das circunstâncias concretizadas, e no que se inclui a valoração do próprio *bunker* que edificou, talvez debochadamente com o nome Editora Revisão, é nitidamente dolosa, e por dolo direto. Sua obstinada atuação voltada ao anti-semitismo e ao nazismo, feita através das publicações que promove e pelos sentimentos espúrios que procura difundir, é amplamente conhecida no Brasil e no exterior,⁷¹ e não se concilia à simples luz do razoável com propósitos diversos daqueles que o tipo penal em questão pretende evitar. A propósito, o parecer do Ministério Público integralmente endossa as alegações finais da Assistência da Acusação, que, lastreadas em circunstanciado exame dos trechos, torna irrecusável compreensão diversa, seja por inexistência de dolo, seja pela existência de dolo diverso e não compreendido pelo tipo em questão (fls. 802/803).

Do direito ou liberdade de opinião

Correlata à crítica sobre o terceiro e último elemento formador da convicção absolutória expressada no julgado recorrido – direito constitucional de opinião, pela afinidade que com este tema encerra, complementando o que acima foi dito a respeito do agir doloso do réu, sua sistemática e agressiva postura discriminatória e preconceituosa para com a raça judaica, revelada até mesmo no decorrer do processo, dá a medida exata do elemento subjetivo. As inverdades sobre fatos notoriamente conhecidos pela humanidade e as deformações de episódios históricos incontroversos, constituem-se em provas definitivas do ânimo de incitar e induzir à discriminação e ao preconceito racial. Não há outra conclusão plausível. E o dolo, como dito por Mittermayer, é detectado pelo uso do raciocínio.

Tamanho o exagero nas inverdades históricas, criadas por sua inteligência ou pela de outros, cujas obras publica, e a voracidade nos assaques contra os judeus, homem e etnia, que somente podem ser entendidas em um contexto deliberadamente criminoso, atentatório de um dos bens mais valiosos que o ser humano pode titular, bem que a Conferência de Puebla disse ser inviolável, a dignidade do ser humano e da raça a que pertence, e que a CF/88 erigiu em princípio fundamental, sem que haja mínimo espaço a uma discussão rotulada pelo sugestivo título do revisionismo,⁷² de que se vale o réu para fazer crer que seu único propósito é o de revisar a história, como se esta trágica passagem da história, aliás o maior conflito da história de humanidade e o momento decisivo da história do século XX, fosse passível de revisão em suas principais circunstâncias e, especialmente, em seus efeitos sobre a dignidade humana.⁷³ Revisar o que

⁶⁹ Cf. Mittermayer, *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, p. 181.

⁷⁰ Cf. Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer, ob. cit., p. 193.

⁷¹ De acordo com CD-ROM IP³ Guerra Mundial, Agência Estado e Estado de Minas, “A Universidade de Telavive, em Israel, publicou em 1994 um relatório que alerta para o quanto as aparências podem enganar: o Brasil, diz o documento, é um dos lugares do mundo em que a ideologia hitlerista mais cresce. O documento foi feito com base em pesquisas realizadas em 1993, e aponta os grande centros urbanos de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (onde também são incluídas pequenas cidades do interior, como focos do pensamento hitlerista. Em São Paulo, o relatório de 92 páginas da Universidade de Telavive refere-se às gangues de skinheads (cabeças peladas). No Rio Grande do Sul, é destacada a ampla circulação do livro *Judeu ou Alemão: nos Bastidores da Mentira do Século*, de S.E. Castan. A “mentira” seria o holocausto”. Também a respeito de sua notoriedade e influência no Neonazismo no Brasil, a Revista Isto É publicou: “O ódio de S.M.C. contra judeus, negros e nordestinos surgiu há pouco mais de três anos, quando abandonou a gangue Carecas do Subúrbio, na qual estava desde 1984. Passou a ler a biografia de Adolf Hitler e os livros sobre o neonazismo. Entrou em contato com os defensores do Führer no Brasil, como o carioca Armando Zanine Júnior, 62 anos, presidente do Partido Nacionalista Revolucionário Brasileiro, e com o gaúcho S. E. Castan, autor de livros que desmentem o holocausto” (p. 45 e 46, edição nº 1.201, de 7 de outubro de 1992, exemplar juntado a fls. 445/446).

⁷² Os devotos de Hitler, e no Brasil o réu é o líder do movimento devido aos livros que publica, negam a existência das câmaras de gás nos campos de concentração e a morte de 6 milhões de judeus que, como o réu, qualificam de parasitas dispostos a dominar o mundo – Cf. Zero Hora de 30.7.95, fl. 944.

⁷³ Como discutir o holocausto, o nazismo e o anti-semitismo enquanto fatos? O que se dizer do pedido de desculpas

é notório, fazendo-se de conta que o racismo,⁷⁴ as idéias de eugenia⁷⁵ e o anti-semitismo⁷⁶ não tenham dado corpo à ideologia nazista, ideologia excludente e condenatória,⁷⁷ é querer acobertar inverdades e preconceitos. Nada além disso. O anti-semitismo como ideologia e, depois, o extermínio dos judeus,⁷⁸ funcionaram como elementos centrais na configuração ideológica e na organização do Estado nazista. O genocídio de seis milhões de judeus, fato histórico que não permite discussão ou revisão, era e foi prioridade do nazismo, levado a cabo como uma linha de produção da morte, medida em termos de custo e benefício.⁷⁹ Na visão nazista do mundo, não havia lugar para os judeus, e o espaço foi sendo reduzido cada vez mais, até que significou a morte. A tese principal de *Mein Kampf*, um tratado sobre sua filosofia política, concluído por Hitler durante a prisão na fortaleza de Landsberg,⁸⁰ era simples: o homem era um animal combativo; portanto, sendo a nação uma comunidade de combatentes, ela era uma unidade de

feito pelo ex-chanceler da Alemanha Oriental, Lothar de Maizière, pelo massacre executado sobre a população judaica? As obras incriminadas poderiam discutir os motivos dos assassinatos nazistas (como, por ex., há quem sustente que tanto a teoria como a prática nazista tiveram como ponto central a aplicação de uma política biológica – Dr. Robert Proctor, *higiene Racial – A Medicina na Época dos Nazistas*), ou a colaboração criminoso, por omissão, dos Aliados no holocausto, ou a injustiça pela impunidade dos crimes cometidos pelos Aliados – Hiroshima e Nagasaki, por exemplo, sem que estivessem a atentar contra os princípios constitucionais fundamentais da não-discriminação e do não-preconceito. Aí sim estariam a revisar a história. O historiador gaúcho Décio Freitas, autor de vários artigos, de alerta sobre os perigos do renascimento do nazismo, assegura que os livros de Castan não têm compromisso científico. Para o historiador, eles são uma propaganda neonazista travestida de revisionismo histórico – Cf. Zero Hora de 31.7.95, fl. 948 dos autos.

⁷⁴ Erich Goldhagen, do Russian Research Center, da Universidade de Harvard, em um estudo sobre o assunto, destaca que, para os nazistas, a história da humanidade era entendida como uma guerra de raças em contraposição ao que pregavam os marxistas a respeito da luta de classes. Ocupando importantes funções dentro da economia, artes, meios de comunicação e literatura, os judeus atingiram, segundo os nazistas, seu objetivo para a conquista do poder através do liberalismo e democracia em alguns países e, em outros, sob a máscara do socialismo e do comunismo. Ainda como práticas racistas, as leis de Nuremberg, proibitivas de várias relações envolvendo judeus e do acesso destes a meios de transporte coletivo, uso de bancos das praças públicas, contas bancárias, direito aos seus bens etc.

⁷⁵ Estavam em evidência as teses sobre eugenia e em nome dela os médicos nazistas cometeram várias atrocidades. Para os nazistas, os não-arianos eram inferiores. Inferioridade racial. Robert Lifton, na obra *The Nazi Doctors*, cita o caso do médico Eduard Wirths, de Auschwitz, que inoculava o bacilo do tifo em judeus sãos, sob a justificativa de que estes, naturalmente condenados a morrer, poderiam servir de cobaias para teses de vacinas. Muitos morreram em experiências médicas que incluíam a exposição a alta pressão e congelamento. Muitos médicos nazistas obtiveram destaque pela crueldade dos métodos de que se utilizavam para assassinar. Josef Mengele, o Anjo da Morte, fazia experimentos genéticos especialmente com crianças e gêmeos, tudo para melhoramento da raça.

⁷⁶ O nazismo construiu uma ideologia que excluía e condenava à morte todos os que eram diferentes e pensavam diferente do modelo (imaginário) de homem ariano. A Segunda Guerra foi desencadeada também para impor uma ordem mundial baseada nesse modelo, no extermínio dos judeus e na idéia de que outros povos deveriam se submeter aos alemães – Cf. Roney Cytrynowicz, *O anti-semitismo no nazismo*, CD-ROM IIª Guerra Mundial.

⁷⁷ Que digam os guetos, como o de Varsóvia, mundialmente conhecido pelo levante, palco das mais variadas atrocidades à dignidade. Fotografias ainda hoje ilustram a trágica cena dos judeus humilhados aos substituírem animais de tração. E os campos de extermínio, meios de consecução da chamada Solução Final? Que dizer de Klaus Barbie, o Carniceiro de Lyon, ou de Adolf Eichmann? Ben Abraham, em documentário autêntico, *Holocausto: O Massacre de 6 Milhões*, mostra os crimes contra a humanidade e praticados contra os judeus com eloquência definitiva (CD-ROM IIª Guerra Mundial). A propósito de Ben Abraham e de seu documentário, consta dos autos cópia de sentença penal condenatória proferida na ação que ajuizou contra o apelado, por crime contra a honra (art. 140 do CP). Siegfried Ellwanger, ou S.E. Castan, foi condenado porque, no livro S.O.S. Alemanha, atribuiu a Ben Abraham os negativos atributos de mentiroso e farsante, além de acimá-lo de deturpador dos fatos e divulgador de mentiras para inocentar o sionismo dominador (fls. 630/649).

⁷⁸ Por ex., revisar Auschwitz ou Belsen? No complexo de Auschwitz, localizado no sul da Polónia, junto à cidade de Oswiecim, na alta Silésia, as estimativas mais confiáveis indicam que tenham sido exterminadas entre 1,3 milhão e 1,5 milhão de pessoas em câmaras de gás. Este foi o maior entre os dois mil campos de concentração e trabalhos forçados construídos pelos nazistas. Nele foram mortos cerca de 1,2 milhão de judeus, equivalente a 25% do total de judeus mortos na guerra, 150 mil poloneses, 23 mil ciganos e 15 mil soviéticos (Cf. CD-ROM IIª Guerra Mundial).

⁷⁹ A indústria da morte instalada pelo nazismo começou a operar a plena força com a invasão da União Soviética, em junho de 1941. No início os nazistas obrigavam os judeus a cavarem as próprias valas onde seriam enterrados. Enfileiravam os prisioneiros à frente delas e os fuzilavam – a técnica poupava o trabalho de carregar os corpos até o local onde seriam enterrados, os judeus caíam diretamente nas valetas. Depois foram utilizados caminhões com o escapamento voltado para o interior de um baú montado sobre o chassi, onde as vítimas eram asfixiadas pelo monóxido de carbono. Em 1941 foram criados os campos de extermínio equipados com câmaras de gás. Durante o julgamento pelo Tribunal de Nuremberg, Rudolf Höss, um dos chefes mais cruéis do campo de Auschwitz, prestou este depoimento: “Em junho de 1941 recebi a ordem de organizar o extermínio de Auschwitz. Permaneci em Treblinka para observar como era feito o extermínio. O comandante de Treblinka [...] utilizava óxido de carbono. No entanto, seus métodos não me pareciam eficazes. Minha escolha era pelo cianeto de potássio. Nós também conseguimos melhorar o procedimento em Treblinka, construindo câmaras de gás que poderiam abrigar duas mil pessoas de uma vez” (CD-ROM IIª Guerra Mundial).

⁸⁰ Cf. Winston S. Churchill, *Memórias da Segunda Guerra*, p. 31, quando Hitler chegou ao poder, foi o livro mais cuidadosamente lido pelos governantes políticos e militares dos países Aliados.

combate. Qualquer organismo vivo que deixasse de lutar por sua existência estava fadado à extinção. Um país ou raça que deixasse de lutar estava igualmente condenado. A capacidade de luta de uma raça dependia de sua pureza. Daí a necessidade de livrá-la dos elementos contaminadores estrangeiros. A raça judaica, por sua universalidade, era necessariamente pacifista e internacionalista. O pacifismo era o mais letal dos pecados, pois significava a rendição da raça na luta pela vida. O primeiro dever de todo país, portanto, era nacionalizar as massas.⁸¹ Surgiram, assim, o racismo, a eugenia, o anti-semitismo e o anticomunismo como instrumentos de concreção de um Estado totalitário e lastros de uma política de exclusão e mais tarde de eliminação dos judeus, a terrível *Endlösung*, que também serviram para implementar as políticas e os alvos que definiram a IIª Guerra Mundial.⁸²

Do mesmo traço ideológico se revestem as publicações de responsabilidade do acusado, em que pesem os disfarces que lhes busca dar, em clara adequação de suas ações ao tipo incriminador que dá embasamento à pretensão punitiva deduzida na denúncia. Jescheck, certamente o maior escritor de Direito Penal da atualidade, secundado pelos não menos renomados Maurach e Welzel, adverte de que, quando o agente não tenha querido atuar juridicamente, em conformidade com o Direito, não lhe pode ser reconhecida uma causa de justificação, mesmo que, por acaso, de sua conduta resulte algo valioso, pelo que não se há de aceitar tenha o réu atuado ao abrigo de um direito constitucional de opinião.

Se esta cegueira jurídica⁸³ não fosse o bastante para afastar a hipótese de exercício de um direito constitucional, há de se considerar que inexistente direito que comporte exercício ilimitado, direito que prescindia de regularidade em seu exercício.⁸⁴

A CF/88 assegura o direito de manifestação do pensamento⁸⁵ (art. 220 e §§), como direito inerente ao status libertatis do indivíduo em suas relações com os outros, no que se distingue da liberdade de pensamento, que é direito do indivíduo sozinho, de per si, e da inviolabilidade da correspondência, que é a liberdade de não emitir o pensamento.⁸⁶ É a liberdade de opinar, de criticar, de discutir, de propagar crenças, de pregar opiniões.⁸⁷ É esta liberdade conhecida em todos os tempos, em todos os quadrantes, em todas as latitudes, desde Sócrates quando preferiu beber cicuta a abjurar o seu direito de expender o próprio pensamento, de difundir suas idéias, até a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, hoje bandeira de todos os povos cultos, fruto do liberalismo francês.⁸⁸

Mas nem por isso está imune a uma limitação em termos de exercício, como condição da própria licitude da conduta. É a própria Carta consigna que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, inc. LXXVII). Pelo Pacto de San José, ao qual o Brasil aderiu, conforme Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no D.O.U de 9 de novembro do mesmo ano, “a lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua infração à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (Cláusula 13).

É elementar a noção de que todo o direito tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses. Não é lógico nem razoável a possibilidade de uma colisão de direitos, autenticamente tais. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio.

⁸¹ Cf. Winston S. Churchill, ob. e p. citis.

⁸² Sobre o assunto: Roney Cytrynowicz, *Memória da Barbárie: A História do Genocídio dos Judeus na Segunda Guerra Mundial, A Vida Secreta dos Relógios e outras Histórias, Integralismo e Anti-Semitismo*.

⁸³ Cegueira jurídico no sentido de ação sabidamente contrária aos valores protegidos pelo sistema jurídico.

⁸⁴ Cf. art. 23, inc. III, do CP - “Há, entretanto, limites para que o exercício de um direito possa reputar-se lícito. Esse limite vem definido na palavra regular, utilizada pelo legislador pátrio. Só o exercício regular de um direito justifica o fato, não o eventual exercício abusivo desse mesmo direito. Admite-se, assim, que o abuso de direito afaste a incidência da norma permissiva. Exercício regular de direito é o que se contém nos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito em causa, pela boa fé e pelos costumes. Assim, o exercício de um direito com o intuito de prejudicar caracteriza o seu irregular exercício, ou seja, o abuso de direito” (Francisco de Assis Toledo, *Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão*, p. 110).

⁸⁵ Art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

⁸⁶ Pontes de Miranda, *Comentários à CF de 1967*, v. V, p. 139.

⁸⁷ Cf. Sampaio Dória, *Direito Constitucional*, v. I, tomo II, p. 721.

⁸⁸ Cf. Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 103.

Relativamente ao direito de opinião, em quase todo o mundo civilizado tem sido objeto de regulamentação especial,⁸⁹ que lhe traça limites,⁹⁰ não podendo, por outro lado, ficar alheio a uma interpretação sistemática do Direito, e aqui surge o princípio constitucional da isonomia, que é indesejável da lei, nos casos de conflito (aparente) com outro direito constitucional, pois inexistem contradições entre dispositivos internos da Constituição, e a CF/88 assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput), que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, inc. XLI), como meio garantidor de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”,⁹¹ e também dispõe que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, inc. XLII).

A partir desse espírito de tratamento igualitário, e como condição de seu resguardo e efetivação, proíbe-se a prática de discriminações e preconceitos de raça, cor, origem étnica, preferência religiosa e procedência nacional.

Havendo o conflito entre normas constitucionais, entre a que impõe o dever de não discriminar e a que consagra o direito de expressar o pensamento, deve-se buscar a conservação do valor de não fazer e, nesse passo, a liberdade de pensamento não pode desprezar outros direitos fundamentais, sendo primordial a tutela do interesse público prevalente.⁹² Nenhum direito fundamental, calçado na Constituição, possui, em verdade, valência absoluta frente a outros direitos também fundamentais.⁹³

A CF/88 garante a livre manifestação do pensamento. Mas esta disposição é sobre a liberdade de pensamento em si e não sobre os crimes que por seu intermédio possam ser cometidos, adverte Marrey Neto.⁹⁴

Aliás, a garantia da CF/88 ao direito de opinião não atinge os excessos que em nome dessa liberdade sejam praticados, muito menos quando em detrimento de outros valores constitucionais. O direito à opinião termina exatamente na fronteira do território inerente à dignidade do ser humano, que dá fundamento e conteúdo ao princípio constitucional da igualdade.

Quando direitos fundamentais estão em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, é mister a ponderação dos bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma concordância prática entre os vários bens e direitos protegidos em nível jurídico-constitucional. Estas tarefas de ponderação e concordância prática são formas de concretização das normas consagradoras de direitos fundamentais (concretização-restrição).⁹⁵

Na busca de solução concreta do conflito entre o direito de opinião e o dever constitucional da não-discriminação e do não-preconceito, não se pode descurar da teoria das limitações horizontais, através da qual se percebe que o exercício de direitos pressupõe uma reserva de amizades e de não prejudicialidade, como limites dos pressupostos jurídicos e fáticos desses mesmos direitos.⁹⁶ Aplicada à espécie, como caso concreto, e observados os pressupostos que propõe, a teoria das limitações horizontais conduz o intérprete à conclusão da supremacia do direito à não-discriminação e ao não-preconceito sobre o direito de opinião.

No cotejo entre o direito de opinar (titulado pelo réu), e o direito à não-discriminação e ao não-preconceito (neste caso titulado pelos judeus como gente, raça, etnia), é forçoso convir que a regularidade no exercício do direito de opinião, em detrimento daquele outro, somente se as informações fossem verdadeiras, conhecidamente verdadeiras, inevitáveis para passar as mensagens⁹⁷ e desde que estas não afetassem a bens jurídicos tutelados, o que não se verifica, até mesmo porque, em sua maioria, as obras finalisticamen-

⁸⁹ Cf. Nelson Hungria, **Comentários ao Código Penal**, v. VI, p. 261.

⁹⁰ Quando se pretende proteger os direitos de liberdade, como, por ex., o de opinião, há de se distinguir entre os direitos individuais para os quais a Constituição não prevê, expressamente, qualquer possibilidade de limitação legislativa genérica, e que, por isso, são restringidos apenas em razão da salvaguarda de interesses prevalentes, e os direitos de liberdade para os quais há, expressamente, esta previsão constitucional, como no caso da Constituição do Brasil.

⁹¹ Art. 3º, inc. IV, da CF/88.

⁹² Cf. Garcia de Enterría, **La Costituzione come norma giuridica**. La Costituzione spagnola del 1978.

⁹³ Cf. Silva Franco, **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**, p. 1150.

⁹⁴ RJD 9/240.

⁹⁵ Cf. José Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 601.

⁹⁶ Cf. Fábio Medina Osório e Jairo Schafer, ob. cit., p. 190.

⁹⁷ Nesse sentido, e relativamente ao conflito com o direito à honra, de bem mais tênue proteção penal, vide RT 699/337 e RJD 17/206.

te se prestam para veicular opiniões desairosas à raça e não propriamente informações sobre os fatos em que esta raça ou etnia se viu envolvida ao longo de sua trajetória na história da humanidade.

Sanções devem ser reservadas para as situações em que a evidente intenção da opinião é a de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional, muito embora disfarçada de revisionismo.

Como conseqüência, a licitude da resolução deste conflito está na supremacia valorativa do dever de não discriminar, considerando-se, para tanto, que a própria Constituição do Brasil estabelece restrição no exercício do direito de opinião e suas formas de exteriorização, quando potencialmente capaz de malferir o princípio isonômico ou da igualdade, na medida em que expressamente proíbe os preconceitos de raça, cor, etnia, por motivos religiosos e de procedência nacional. Essa franca limitação constitucional inclusive permite a prévia censura judicial. Prevê a lei a busca e apreensão do material destinado a divulgar a postura discriminatória ou preconceituosa (art. 20, § 1º, incs. I e II da Lei nº 7.716/89, c/c o art. 1º da Lei nº 8.081/90).⁹⁸

Para expressar a derradeira manifestação sobre a tese sustentada pelo réu, parafraseando Rudolf Von Ihering, consigna o Ministério Público que, se um direito concreto se vangloria da sua existência para pretender um exercício ilimitado, sem fronteiras, faz recordar o filho que levanta a mão contra a própria mãe, insultando a idéia do direito, porque a idéia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação com vistas ao bem comum, à realização do homem e dos mais caros interesses da sociedade, objetivos inatingíveis quando atingida a dignidade do ser humano, gratuita, leviana e criminosamente, considerado o ser humano em sua individualidade ou como membro de grupo, raça, etnia.

As Nações Unidas, em Assembléia Geral realizada há mais de trinta anos (20 de novembro de 1963), à unanimidade, aprovou a declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, recomendando aos países subscritores a efetivação de medidas concretas especiais à proteção deste interesse superior, pois qualquer incitamento ou quaisquer atos de violência praticados, quer por pessoas ou organizações, contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica serão considerados como uma ofensa à sociedade e puníveis em conformidade com a Lei (art. 9º).

Do parecer

Diante do exposto, reafirmando o posicionamento quanto à questão preliminar, o Ministério Público opina pela declaração de nulidade da sentença, devido à falta de fundamentação, em flagrante violação da regra constitucional de que as decisões judiciais serão fundamentadas, sejam elas condenatórias ou absolutórias. O processo é uma relação. À exemplo de uma moeda, possui duas faces. Acusação e Defesa, sociedade e cidadão.

Relativamente ao mérito, se a Colenda Câmara não acolher a preliminar de nulidade, o parecer é pelo provimento da apelação, para que o réu seja punido pelas graves ações praticadas ao longo das publicações apontadas na denúncia, subsumíveis na norma incriminadora, objetiva e subjetivamente, sopesando-se, no respectivo apenamento, o alto grau de sua culpabilidade. Sua postura de vida, quase condição de vida (o emprego do pseudônimo S. E. Castan talvez para acobertar a descendência étnica - Ellwanger; a criação da Editora Revisão, como verdadeiro bunker de proteção aos ideais segregacionistas que oxigenizam suas ações; as manifestações públicas, orais e escritas; e as relações próximas e contactos que habitualmente mantém com os movimentos de ideologia racista – os autos possuem vários documentos comprobatórios), fruto de consciente e voluntário ânimo racista, discriminatório e preconceituoso, que tem de provocado desvaliosos sentimentos no seio da comunidade judaica (também em outras – manifestações de repúdio antes indicadas), é juridicamente proibida e socialmente intolerável, recomendando apenamento severo. Em uma culpabilidade normativa, consideradas as condições pessoais de saúde mental, pleno conhecimento da ilicitude e poder-agir-de-outro-modo, a censura é de peso, proporcional à intensidade do ânimo ativo juridicamente repreensível. Não há como juridicamente admitir, a pretexto de exercício da liberdade de opinião, tenha ou possa o réu impunemente promovido as publicações segregacionistas, na medida em que a segregação racial é expressamente vedada e incriminada pela Constituição e legislação penal brasileira.

As eventuais discriminações feitas pelos judeus a outros povos, ou à sua própria gente, por racismo contra os negros, preconceito religioso contra os palestinos cristãos ou por inconformidade com a dissidência de militares; a procedência ou improcedência das críticas ao movimento sionista; a correção ou incorreção das ações políticas e governamentais dos líderes Begin, Sharon e Eltan, ou das ações dos membros do Estado Maior do exército israelense; as críticas que se possam fazer à política desenvolvida pela Confederação ou Federações Israelitas (fls. 337/338; 419/425), ou os precedentes absolutórios relativos às mesmas obras,

⁹⁸ Cf. Fábio Medina Osório e Jairo Schafer, ob. e p. cit.

emanados de autoridades judiciárias de outros países (fl. 287), não afetam nem prejudicam o exame da conduta imputada a S. E., ou S. E. Castan, à luz do direito brasileiro e dos valores fundamentais cultuados por nossa sociedade, como se à raça judaica não se pudesse endereçar a máxima de Kant: “Não deixeis calçar impunemente o vosso direito aos pés de outrem”.⁹⁹

E o juízo de censura a S. E., ou S. E. Castan, não permite, modo algum, a chamada à memória, para fins comparativos, dos episódios históricos envolvendo Giordano Bruno ou Galileu, como quis ele fazer através da publicação juntada à fl. 289.

Esta colocação foi unicamente da Defesa, pessoal e técnica, como expediente defensivo, pois o ponto nuclear da demanda está na propositada violação da igualdade, da não-discriminação e do não-preconceito, como regras de direito natural, historicamente consagradas nos textos constitucionais do Brasil, feridas pela realização das ações hipotizadas no art. 20 da Lei, imputadas e imputáveis ao réu.

A advertência final é de Sebastian Soler: “Las penas más crueles han sido fundadas en la afirmación de que un sujeto era brujo o hereje. En nuestros propios tiempos hemos visto fundar las más extremas medidas sobre la base de la condición óptica de judío o de negro”.¹⁰⁰

Porto Alegre, 27 de dezembro de 1995

CARLOS OTAVIANO BRENNER DE MORAES
Procurador de Justiça.

Modelos de Denúncias

DENÚNCIA 1

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA X^a VARA CRIMINAL
COMARCA X

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelos Promotores de Justiça que a esta subcrevem, vem, mui respeitosamente, perante V. Exa., com base nas inclusas peças informativas, oferecer DENÚNCIA em face de:

- 1 – CCC, brasileiro, solteiro, detetive, Masp. 0, filho de P e Z, lotado em X, Comarca X,
 - 2 – FFF, brasileiro, solteiro, detetive, Masp. 0, filho de S e M, lotado em X, Comarca X, e
 - 3 – III, brasileiro, separado judicialmente, detetive, Masp. 0, filho de E e J, lotado em X, Comarca X;
- pelos fatos e fundamentos que a seguir passará a expor.

Consta dos inclusos autos apuratórios que, no dia X do mês X do ano X, por volta das X horas da tarde, os policiais civis ora denunciados, mediante unidade de desígnios e vínculo psicológico, abordaram, de forma abusiva e truculenta, a vítima GGG em seu local de trabalho. Continuamente a mencionada ação arbitrária, os policiais civis, com abuso de poder, colocaram a vítima GGG em uma viatura policial conduzindo-a, sem que a mesma estivesse em estado de flagrância delitiva ou houvesse mandado prisional expedido em seu desfavor, para a Divisão Y/Departamento X. No interior do dito estabelecimento, GGG, enquanto prestava declarações, foi covardemente espancado pelos policiais/denunciados que desferiram-lhe tapas e pontapés por todo o seu corpo. Naquela ocasião, também foi utilizado um instrumento de tortura denominado “cocota”, que gerou as lesões corporais positivadas no E.C.D inserido às fls. 0, causando na pessoa da ofendida enorme sofrimento físico e mental, a fim de que obtivessem “confissão” sobre episódio que investigavam.

Em verdade, os fatos se sucederam da seguinte e pormenorizada forma a saber:

Na época e hora precitada, a vítima GGG se encontrava no Depósito do Supermercado X, trabalhando na função popularmente conhecida como “chapa”, quando os denunciados, policiais civis em exercício funcional, o abordaram de modo agressivo, atravessando a viatura policial na frente da sua trajetória, “... como se estivessem fazendo com um bandido...” (fls.0). Ato contínuo, o policial III (3^a denunciado) desceu da viatura empunhando uma arma de fogo, juntamente com os demais denunciados, vindo em seqüência a “intimar” GGG para prestar declarações sobre um assalto, “...lá embaixo...” (fls.0), referindo-se à Delegacia.

No interior da Divisão Y, precisamente na X^a Delegacia, a vítima GGG foi instada à prestar depoimento. Durante o interrogatório procedido, o policial civil III (3^a denunciado), dando início a uma sessão de espancamento, desferiu contra o rosto da vítima vários tapas e socos. FFF (2^a denunciado), aderindo às

⁹⁹ A Luta pelo Direito, Rudolf Von Ihering, p. cit.

¹⁰⁰ Derecho Penal, v. 2, p. 8.

agressões abusivas, também passou a espancar a vítima aludida, tampando a sua boca e socando violentamente seu rosto.

A vítima GGG, por não participar e nem saber a respeito do assalto que estava sendo investigado pelos detetives, não confessou a autoria do roubo, fato que deixou os policiais irritados e deu causa as novas brutalidades.

Insatisfeitos com as respostas negativas emanadas pela vítima, os denunciados conduziam a ofendida até uma outra sala, sendo certo que, durante o percurso, GGG foi jogado escadaria abaixo mediante socos e pontapés desferidos contra suas costas, então perpetrados de forma violenta pelos policiais denunciados que procediam a sua condução.

Ao chegar em outra sala daquele sombrio prédio, FFF e III (2º e 3º denunciados), munidos de um utensílio feito com borracha larga presa a um pedaço de madeira, instrumento conhecido por “cocota”, inauguraram uma nova sessão de barbáries, caracterizadores de autêntico ato de tortura. Diversas “cocotadas” foram desferidas pelos detetives nas solas dos pés da vítima, enquanto a mesma era novamente indagada sobre o assalto. Depois de muito sofrer, a vítima inventou uma estória a respeito do investigado roubo, passando para os policiais nomes de pessoas imaginárias. Somente após a prestação de tais informações é que os policiais pararam com as cruéis agressões, liberando-a, por conseguinte. Naquela ocasião esta necessitou de se deslocar para o hospital a fim de ser medicada.

Importa ressaltar que, em ambos os locais onde a vítima foi submetida aos cruéis atos de violência, o policial civil CCC (1ª denunciado) esteve presente, representando, com a sua pessoa, a figura da chamada “*presença encorajadora*”. Apesar de não ter mantido contato físico com a vítima, o denunciado assistiu, aderiu e comandou as supramencionadas sessões de selvageria, haja vista que o mesmo exerce a função de Chefe da Equipe que é composta pelos demais denunciados.

A propósito, a par do laudo médico legal descrever lesões (equimoses avermelhadas em região plantar do pé direito e esquerdo e região do hálux esquerdo), compatíveis com um dos tipos de maldades que a vítima sofreu (v. fls. 000), a Sra. NNN afirmou que a vítima chegou em sua morada com vários ferimentos e com dor de cabeça, tendo, ainda, vários desmaios, então decorrentes das agressões contra si perpetradas. Esse mesmo fato também pode ser confirmado através das declarações da Sra. LLL (fls. 0), bem como pelo depoimento do Sr.AAA (fls. 0).

Como se vê, as condutas esboçadas pelos policiais tendenciaram, a todo momento, ao lamentável excesso. A violência praticada pelos policiais CCC, FFF e III (1ª, 2ª e 3ª denunciados), no exercício de suas funções, foi inadmissível. Todas as ações bárbaras e covardes levadas a efeito pelos denunciados em desfavor da vítima GGG não condizem com o comportamento policial. Este triste e repugnante procedimento que busca encontrar a verdade dos fatos através da dor dos músculos, como se a mesma viesse a emergir através dos expedientes preconizados, demonstra o vulto das arbitrariedades, retratando, ainda, o total despreparo funcional e emocional dos denunciados.

Assim, tendo os denunciados incorrido nas iras do art. 1º, inciso I, “a”, da Lei nº 9.455/97 e art. 350, inciso IV, c/c arts. 29 e 69 do Código Penal Brasileiro, requer o Ministério Público que, recebida esta, sejam os mesmos devidamente citados para interrogatório e defesa que tiverem, ouvidas as vítimas, testemunhas abaixo arroladas e cumpridas as demais formalidades da lei, ao final, serem condenados nas penas que lhes couberem.

Rol:

- 1) GGG, vítima – fls. 0;
- 2) NNN – fls. 0;
- 3) LLL – fls. 0;
- 4) AAA – fls. 0;
- 5) HHH – fls. 0;
- 6) RRR – fls. 0.

N. Termos.

Belo Horizonte, dia/mês/ano.

Antônio Aurélio Santos
Promotor de Justiça

Mariano Guimarães Sepúlveda
Promotor de Justiça

DENÚNCIA 2

PROMOTORIA DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA ^a VARA CRIMINAL DA CAPITAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelos Promotores de Justiça que a esta subcrevem, vem, mui respeitosamente, perante V. Exa., com base nas inclusas investigações policiais, oferecer DENÚNCIA contra

PP, brasileiro, amasiado, natural de, Sgto da Polícia Militar, lotado na X Cia, do BPM, pelos fatos e fundamentos que a seguir passará a expor:

1) Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia x de abril do ano de 1998, por volta das 23:00 horas, próximo ao estabelecimento comercial situado na rua D, o denunciado, sob o pífio motivo de que deveria separar os contedores WD e DR, irmãos que se altercavam fisicamente naquela ocasião, desferiu violentas coronhadas com o revólver que portava contra a pessoa do primeiro, tendo, ainda, disparado um projétil contra o mesmo, vindo, pois, a atingi-lo no membro inferior esquerdo, *ex vi*, o teor do laudo de exame de corpo de delito inserido às fls....

2) Em verdade, os fatos se sucederam da seguinte forma pormenorizada, a saber:

Na data e local precitados, os irmãos WD E DR (vítima) encontravam-se ingerindo bebida alcóolica (cervejas), tendo, logo após a saída do mencionado bar iniciado uma discussão que culminou com agressões físicas recíprocas.

Nisto, em razão de os fatos estarem acontecendo defronte de sua residência, surgiu o denunciado, que, sem nada dizer, interferiu na contenda e deu início a uma série de agressões contra a pessoa de WD, tais como, empurrões e socos. Diante daquela situação, a vítima WD se levantou e deu um golpe contra o portão da moradia do denunciado, ocasião em que este entrou em sua casa e dali saiu empunhando um revólver.

Continuamente, o denunciado disparou um projétil de sua arma de fogo contra a pessoa de WD, atingindo-o, conseqüentemente, em sua perna esquerda, precisamente na coxa. Encontrando-se prostrada ao solo, a vítima ainda fora alvo de novas e cruéis covardias, oportunidade em que recebera diversas coronhadas e tapas desferidas pelo denunciado em diversas partes de seu físico. Ressalte-se que a vítima utilizou muletas por cerca de dois meses, em razão da lesão sofrida em seu membro inferior.

Logo em seguida, surgiram no local palco dos eventos diversas viaturas da guarnição policial militar, tendo, a partir de então, controlado a situação. A vítima, registre-se, *sponte propria*, fora até o nosocômio j para ser medicada, sendo acompanhada por sua esposa e pela pessoa de CS.

Importante deixar realçado que muito embora o denunciado não estivesse em serviço, valeu-se de sua condição funcional para perpetrar o aludido excesso, tendo a testemunha SC presenciado o mesmo bradar “que tinha que matar mesmo, que o WD era pilantra, sem vergonha e folgado”, demonstrando, pois, inequívoco dolo em sua conduta ativa. Não bastasse, o mencionado denunciado ainda dirigiu à pessoa da vítima a colocação “de que a mesma amanheceria com a boca cheia de formigas”, com a intenção de intimidá-la, além de dar voz de prisão em flagrante delito.

Não bastasse, visando complementar os fatos ocorridos em sucessão, precisamente no mês de outubro do ano de 1998, o denunciado, acompanhado de uma guarnição, invadiu a casa de DR (irmão da vítima WD) situada no Bairro Y, vindo, então, a bater nas pessoas que ali se faziam presentes, inclusive em crianças, atingindo o pináculo sinistro de empunhar sua arma de fogo e deter a pessoa daquele, que também foi alvo de espancamentos então perpetrados no Mirante.

Conforme pode ser constatado, o denunciado, ao proceder a agressões físicas injustificadas, viera a atingir a incolumidade física das vítimas, tendo, de igual forma, procedido a detenção ilegal da pessoa de DR, tendo em vista que não estava em flagrante delito e nem mesmo havia ordem prisional que justificasse o tolhimento de sua liberdade ambulatorial.

Assim, tendo o denunciado incorrido nas iras do art. 3º, “a” e “i”, da Lei nº 4.898/65, na conformidade do art. 69, este, do Código Penal Brasileiro, requer o Ministério Público seja o mesmo devidamente citado para interrogatório e defesa que tiver, ouvidas as testemunhas abaixo arroladas, cumpridas as demais formalidades legais, para, ao final, ser condenado nas penas que lhe couber.

Rol :

- 1) FA- testemunha fls.;
- 2) SC – testemunha fls.
- 3) WD- vítima fls.

N. Termos.

Belo Horizonte, x de fevereiro de 2000.

Mariano Guimarães Sepúlveda
Promotor de Justiça

Antônio Aurélio Santos
Promotor de Justiça

MODELO DE AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – INTERDIÇÃO DE CADEIA PÚBLICA

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (ÍZA) DE DIREITO DA ___ VARA CÍVEL DA COMARCA DE RIBEIRÃO DAS NEVES

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, com espeque nos arts. 129, inciso III, da Constituição Federal; 25, inciso IV, alínea “a” da Lei Federal nº 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993; 66, inciso VI, alínea “a” da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1.994; 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985; 83, da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, e 796 a 800, do Código de Processo Civil, vem à presença de Vossa Excelência para propor a presente AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA, em face do

ESTADO DE MINAS GERAIS, neste ato representado pelo Advogado-Geral do Estado, que pode ser localizado na praça da Liberdade, s/nº, Belo Horizonte-MG;

pelos fatos e fundamentos abaixo expendidos,

I – DOS FATOS:

No dia 12 de janeiro de 2007, os Peritos da Polícia Civil, Evaldo Pinheiro Amaral e Jorge Eduardo B. Ribeiro, após análise nas condições da Cadeia Pública de Ribeirão das Neves, concluíram que:

[...] as condições de salubridade de todas as celas são inadequadas, visto que a aglomeração dos detentos, associadas às baixas condições de higiene e à iluminação e ventilação deficientes, constituem um ambiente favorável à transmissão e proliferação de doenças infecto-contagiosas e parasitárias (ex.: tuberculose, micoses, pediculoses, escabiose, etc.).

Além disso, a presença de fios elétricos expostos e as instalações improvisadas a partir dos mesmos aumentam os riscos de curtos-circuitos que, associados à presença de materiais inflamáveis (colchões, cobertores, roupas), podem resultar em incêndios.

O laudo pericial demonstrou que a Cadeia Pública de Ribeirão das Neves não apresenta as condições mínimas de higiene e segurança para a manutenção dos presos encarcerados. Como consectário, os direitos dos presos à dignidade e da sociedade de Ribeirão das Neves à segurança são violados pela manutenção das atividades da Cadeia Pública Local.

Em virtude das precárias condições de segurança da Cadeia Pública, a Polícia Militar informou que os presos haviam serrado as grades de duas celas, comprovando-se os riscos de fuga e rebelião dos presos.

Já no dia 15 de fevereiro de 2007, os presos rebelaram-se e destruíram a estrutura, já combatida, do estabelecimento prisional, como demonstra o Boletim de Ocorrência elaborado pela Polícia Militar.

Amalgamados esses dois fatores – péssimas condições estruturais da Cadeia Pública de Ribeirão das Neves e a destruição total das celas pela rebelião - a manutenção dos detentos no estabelecimento prisional configura a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, das normas internacionais e das leis infraconstitucionais de proteção dos presos, além de representar perigo para toda a sociedade de Ribeirão das Neves.

Urge salientar a omissão do Estado de Minas Gerais em cumprir a Constituição Federal e a legislações em vigor no país, uma vez que, apesar da criação de novos presídios de forma açodada e sem condições técnicas e ambientais adequadas para o funcionamento, não oferece as condições mínimas de dignidade aos

presos. Não basta criar vagas no sistema prisional é preciso cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, oferecendo condições dignas para que as pessoas cumpram suas penas, a Constituição Federal e Lei de Execução Penal.

Nessa linha de raciocínio, no dia 15 de janeiro de 2007, os Promotores de Justiça de Defesa do Cidadão e a Promotora de Execução formularam a Recomendação nº 01/2007, em cujo teor apontam as irregularidades existentes na Cadeia Pública de Ribeirão das Neves, as violações dos diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos, da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal, e das consequências da omissão do Sr. Secretário de Estado de Defesa Social e do Sr. Subsecretário de Administração Penitenciária em cumprir as normas cogentes de proteção dos direitos humanos (documento anexo).

Assim, não pairam dúvidas de que os direitos humanos fundamentais dos presos foram (e estão sendo) violados pelo Estado de Minas Gerais, de modo que as péssimas condições da Cadeia Pública de Ribeirão das Neves agravam o sofrimento inerente ao cumprimento das penas privativas de liberdades. Com a rebelião levada a efeito nesta data, a não interdição da Cadeia Pública provoca grave risco aos direitos dos presos e à segurança da sociedade.

II - DO DIREITO

II.1- LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS VIOLADA PELO ESTADO DE MINAS GERAIS

A omissão do Estado de Minas Gerais, ora réu, em interditar a Cadeia Pública de Ribeirão das Neves e providenciar a transferência de todos os presos para outros estabelecimentos prisionais violou diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos. Senão, vejamos:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217-A (III), de 10 de dezembro de 1948), em seu art. 5º, estabelece que “*ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*”;

No mesmo sentido, o art. 7º do Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos prevê que “*ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*”.

Não se pode olvidar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992;

Os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, em particular o disposto no art. 55, determinam que os Estados devem promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdade fundamentais.

Com relação à obrigatoriedade de atuação do poder público, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em seu art. 2º, 1, determina que “*cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição*”;

É importante salientar que a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 23/05/1989, e promulgada pelo Decreto nº 40, de 15/02/1991;

Inferese dos diplomas acima citados que a omissão do Estado de Minas Gerais, consistente em manter presos em condições degradantes na Cadeia Pública de Ribeirão das Neves, violou as normas cogentes de proteção dos direitos humanos.

II.2 – DA APLICAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Uma interpretação consentânea com as regras de Direito Internacional, sobretudo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, leva-nos a afirmar que a Constituição de 1988 recepciona automaticamente os direitos enunciados em tratados internacionais sobre Direitos do Homem, desde que o Estado brasileiro seja parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais¹⁰¹.

¹⁰¹ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 81.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, a partir de 1977¹⁰², mantinha o entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e aprovados por decreto-legislativo apresentavam hierarquia infra-constitucional¹⁰³.

Data venia, tal entendimento afrontava o princípio da boa-fé e constituía violação ao art. 27 da convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Outrossim, reduzia a eficácia das normas internacionais de direito fundamental, porquanto obstava a aplicação direta desses preceitos pelos tribunais e pela administração pública.

A única possibilidade de uma interpretação em consonância com as regras de Direito Internacional e com os preceitos da Constituição de 1988, seria admitir que a decisão do Supremo Tribunal Federal não se aplicava aos tratados internacionais de direitos humanos, mas apenas a outros documentos internacionais, adotando-se um sistema misto de recepção dos documentos internacionais na ordem jurídica interna. Vale dizer, os tratados de direitos humanos seriam aplicados imediata e diretamente pela ordem jurídica interna do Brasil e recepcionados em grau hierárquico constitucional e os demais documentos internacionais ao nível de norma infraconstitucional. Tal conclusão fundamentava-se nos preceitos insertos no art. 5º, parágrafos 1º e 2º, da Constituição do Brasil, bem como do entendimento de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica em relação aos demais documentos internacionais, isto é, os tratados de direitos humanos apresentam força obrigatória; são denominados *ius cogens*^{104 105}. Há, ademais, um outro argumento para fundamentar a nossa tese, qual seja, o de que a necessidade de proteção dos direitos humanos levou a uma nova concepção de soberania estatal, na qual o tratamento pelo Estado de seus próprios nacionais tornou-se uma questão de interesse internacional. Decorre daí a necessidade de supremacia dos documentos internacionais como condição essencial de proteção efetiva dos direitos humanos.

A ilação exposta foi sufragada pela emenda constitucional nº 45/2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º da Carta Magna. Diz o preceito:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Do teor da norma ressaí que, a partir da entrada em vigor da emenda constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo Congresso Nacional, apresentam força de norma constitucional. Como corolário, as decisões do Supremo Tribunal Federal que não reconheciam hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos não subsistem.

Além disso, por força do art. 5º, § 1º, § 2º e § 3º, da Constituição Federal do Brasil, os preceitos insertos nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos passam a integrar o rol constitucional dos direitos fundamentais, sendo direta e imediatamente exigíveis pelos titulares dos direitos humanos fundamentais. Por conseguinte, a ratificação de um tratado internacional de proteção dos Direitos Humanos pelo Brasil gera, direta e imediatamente, duas conseqüências: a) a obrigação direta do Estado brasileiro em cumprir as normas internacionais insertas no documento ratificado; b) direitos subjetivos para os particulares¹⁰⁶.

Nesse contexto, a cláusula aberta do art. 5º, § 2º, a norma do art. 5º, § 1º, que prevê a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, e, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, o preceito inserto no § 3º do art. 5º, sustentam a concepção que admite a recepção automática plena dos documentos internacionais de direitos humanos, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o seu Protocolo em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

¹⁰² Julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 (Flávia Piovesan, op. cit., p. 84)

¹⁰³ Vide Julgamento da Segunda Turma do STF, em 19/03/1996, Relator Min. Maurício Correa. HC nº 73044/SP-São Paulo-Habeas Corpus. Publicado no DJ, 20-09-96, pp. 34534. Ement. Vol.- 01842-02, pp. 00196. Julgamento da Primeira Turma do STF, Relator Min. Moreira Alves. Recurso Extraordinário nº 365950/São Paulo.

¹⁰⁴ Cf. Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, op. cit., p. 87-89.

¹⁰⁵ André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros admitem que o *ius cogens* abrange, dentre outros documentos internacionais: “[...] o Direito Internacional geral, de fonte unilateral ou convencional sobre Direitos do Homem – é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Pactos de 1966”. Os professores ainda reconhecem a divergência doutrinária acerca da posição adotada, mas trazem à colação a decisão do Tribunal Internacional de Justiça, que, no “caso Barcelona Traction, admitiu expressamente que os direitos fundamentais do indivíduo constituem Direito Internacional imperativo” (op.cit, p. 283).

¹⁰⁶ No mesmo sentido Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional...**, op. cit., 98-99.

Ademais, referidos preceitos da Constituição Federal do Brasil fundamentam a afirmação de que os direitos humanos internacionais são recepcionados como direitos materialmente fundamentais e com hierarquia constitucional.

Como consequência, é possível invocar, no plano de direito interno, os preceitos internacionais de direitos humanos para exigir a proteção dos direitos fundamentais dos presos e a atuação eficaz do Estado, pois oferecer estabelecimentos prisionais em boas condições de salubridade e segurança são indispensáveis para a proteção do direito à vida digna dos detentos.

A omissão do Estado do Estado de Minas Geria em cumprir essas obrigações provoca duas consequências: a) violação dos direitos fundamentais, tanto formais como materiais, previstos na Constituição, o que poderá provocar uma sanção interna ao Estado e ao agente público que não cumpriu a sua obrigação, com a consequente imposição de sanção pecuniária pelo Poder Judiciário em favor dos presos, assim como a condenação do ente público para cumprir a sua obrigação (*facere*); e b) uma flagrante ofensa ao direito internacional dos direitos humanos, passível de censura pelos órgãos internacionais de proteção desses direitos, com a fixação também de sanção pecuniária em favor das vítimas.

II.3- DAS NORMAS INTERNAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

No mesmo toar, a Constituição Federal garante o direito à vida (art. 5º, *caput*) e garante que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (art. 5º, inciso III).

O mesmo art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XLIX, assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral, impondo ao Estado o dever de assegurar aos presos assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

A simples leitura dos preceitos da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal demonstra que o Estado de Minas Gerais, ao manter os presos encarcerados nas condições precárias e insalubres existentes na Cadeia Pública do Município de Ribeirão das Neves, foi omissos e, por conseguinte, deve ser compelido a transferir os presos para outros estabelecimentos prisionais.

Por fim, urge esclarecer que, no prazo legal, será proposta Ação Civil Pública para a punição dos agentes políticos e públicos responsáveis pela violação de direitos humanos dos presos.

III-DOS PEDIDOS

III.1 – DO PEDIDO LIMINAR

Os fatos e o direito exaustivamente enunciados acima demonstram a ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, a justificar, nos termos dos arts. 5º, da Lei nº 7.347/85, e 799, do Código de Processo Civil, a concessão de medida liminar, a fim de que seja interditada a Cadeia Pública de Ribeirão das Neves e determinada a transferência de todos os presos encarcerados no local.

Em virtude da patente violação de direitos humanos dos presos e da necessidade de garantir a segurança da sociedade que se impõe a adoção de *medidas preventivas*, para a finalidade de evitar o dano irreparável.

Ante o exposto, requer o Ministério Público que Vossa Excelência se digne conceder a liminar, *inaudita altera parte*, na forma do art. 804 do Código de Processo Civil, para a finalidade de determinar:

(a) a interdição da Cadeia Pública de Ribeirão das Neves, fixando-se multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de descumprimento da ordem judicial.

(b) a transferência de todos os presos para os Presídios Penitenciárias José Marinho Drumond e Antônio Dutra Ladeira, e a Penitenciária José Maria Alkimim, imediatamente, uma vez que, em razão da rebelião, não há condições de segurança para a manutenção dos presos na Cadeia Pública, sob pena da incidência de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de descumprimento. Para o cumprimento dessa ordem judicial, requer-se a expedição dos mandados para os diretores dos referidos estabelecimentos prisionais, notificando-se, posteriormente, o Estado.

III.2- DOS PEDIDOS DEFINITIVOS

O Ministério Público requer, ainda:

- (a) seja determinada a citação do requerido para contestar a presente ação;
- (b) seja julgado procedente o pedido, tornando-se definitiva a medida liminar.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para efeitos fiscais.

Ribeirão das Neves, 15 de fevereiro de 2007.

Fabricio José da Fonseca Pinto
Promotor de Justiça

Fabrizio Marques Ferragini
Promotor de Justiça

PEDIDO DE INCLUSÃO DE TESTEMUNHA / VÍTIMA NO PROVITA (Modelo Simplificado)

Exmo. Sr. Presidente do Conselho Deliberativo do PROVITA-MG.

O _____, por meio de _____ infra-assinado, tendo em vista o Inquérito Policial / Autos n° ____, com fundamento na Lei Federal n° 9.807/99, combinada com as Leis Estaduais n° 13.495/00 e n° 15.692/05, solicita-lhe a inclusão de _____, brasileiro (a), solteiro (a), natural de _____, nascido (a) aos _____ de _____ de _____, grau de instrução médio completo, filho (a) de _____ e _____, portador (a) da Cédula de Identidade n° ____, residente na Rua _____, bem como seu/sua cônjuge _____ e filhos/as _____ no Programa Estadual de Assistência a Vítimas e Testemunhas e familiares de vítimas de crimes – PROVITA/MG, pelos motivos e fundamentos seguintes:

_____ é testemunha / foi vítima de ilícito penal ocorrido na cidade de _____, às _____ horas, o qual ensejou a instauração do Inquérito Policial n° / ação penal de Autos n° ____.

Durante a investigação criminal, verificou-se que o depoimento da referida testemunha / vítima possui relevante valor probatório. Contudo, em virtude de sua colaboração com o procedimento criminal, a testemunha / vítima vem sofrendo grave coação /ameaças a sua integridade física / psicológica, as quais acontecem sob a forma de _____.

Haja vista as informações prestadas pela testemunha / vítima, é de se concluir que não há outros meios aptos a protegê-la e garantir sua incolumidade física e psíquica.

Por outro lado, a testemunha / vítima enquadra-se nos requisitos necessários para que seja incluída no programa, uma vez que não está sob custódia do Estado e por demonstrar interesse em colaborar com as investigações, apesar de temer por sua vida, motivo pelo qual se submete às condições estabelecidas na Lei Federal n° 9.807/99, nas Leis Estaduais n° 13.495/00 e 15.692/05, e no Decreto Estadual n° 43.273/03.

Considerando os fatos acima expostos e com fundamento nas legislações federal e estadual vigentes, solicita esta Promotoria de Justiça, como medida acautelatória para futura produção de prova a inserção de _____, no PROVITA/MG, como forma de preservar sua vida e buscar a verdade real.

_____, ____ de _____ de _____

Recomendação CGMP Nº 1, de 14 de junho de 2006

Dispõe sobre a atuação dos Promotores de Justiça em inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais ou processos criminais em que tenham vítimas ou testemunhas com pedido de inclusão no PROVITA/MG.

O Corregedor-Geral do Ministério Público, no uso das atribuições que lhe confere o art. 39, VII, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, e

Considerando as disposições da Lei nº 9.807/99, que estabelece normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal;

Considerando as disposições da Lei Estadual nº 13.495/00, que institui o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Infrações Penais no Estado de Minas Gerais;

Considerando as disposições do Decreto Estadual nº 41.140/00, que regulamenta a instituição do Programa Estadual de Proteção, Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas - PROVITA/MG;

Considerando a necessidade de se agilizar o andamento dos processos em que figurem testemunhas e vítimas inclusas em programas de proteção, reafirmada pelo Grupo Nacional Promotor dos Direitos Humanos Rossini Alves Couto por ocasião da X Conferência Nacional dos Direitos Humanos, realizada em Brasília no dia 1º de junho do corrente ano;

Considerando a indispensabilidade legal do parecer do órgão do Ministério Público oficiante no inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou processo criminal em que haja vítima ou testemunha com pedido de inclusão no PROVITA/MG, quanto ao atendimento dos requisitos legais previstos no art. 2º da Lei nº 9.807/99;

Considerando a necessidade de que tais inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais ou processos criminais gozem de maior celeridade em seu processamento, para que se minimizem as consequências traumáticas na vida das pessoas protegidas pelo PROVITA/MG, bem como para que o período de inclusão no programa seja otimizado, o que acarretará a redução de custos para o Estado e para a entidade mantenedora;

Recomenda aos Promotores de Justiça com atuação em inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais ou processos criminais em que tenham vítimas ou testemunhas com pedido de inclusão no PROVITA/MG que tomem todas as medidas necessárias para o célere processamento de tais feitos, bem como que emitam o parecer mencionado no art. 3º da Lei nº 9.807/99 com a maior brevidade possível.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2006

Antônio de Padova Marchi Júnior
Corregedor-Geral do Ministério Público

MODELO DE RECOMENDAÇÃO

Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão de Ribeirão das Neves
Rua José Pedro Pereira, 175, bairro São Pedro, Ribeirão das Neves-MG

Recomendação nº 01/2008

Considerando que os técnicos do Centro de Apoio Técnico – CEAT – do Ministério Público constataram que há irregularidades no Centro de Apoio Médico Pericial – CAMP, situado em Ribeirão das Neves;

Considerando que os técnicos que realizaram o laudo técnico psicossocial apontaram as seguintes irregularidades no CAMP:

- a) “falta de assistência jurídica regular aos internos carentes (art. 15, 16 e art. 41, VII, da LEP);
- b) precariedade do serviço de assistência social (art. 22 e art. 41 VII da LEP);
- c) não oferecimento de cursos de qualificação contínua para o servidor penitenciário (art. 77, § 1º da LEP e art. 49 da Resolução nº 14 CNPCP);

- d) condições precárias de higiene e limpeza das celas (art. 9º da Resolução nº 14 do CNPCP);
- e) inexistência de local para aquisição de produtos para higiene pessoal permitidos mas não fornecidos pela administração (art. 13 da LEP);
- f) ausência dos seguintes profissionais na equipe de saúde: assistente social (art. 1º, IV da Resolução nº 07 de 14/04/2003 do CNPCP e art. 8º da Portaria Interministerial – Saúde e Justiça – nº 1777, de 09/09/2003);
- g) inexistência de trabalho voltado para a reinserção social do condenado (art.23, V da LEP)”;

Considerando que os técnicos constataram, ainda, que há falta de medicamentos e material hospitalar, condições precárias de higiene do local (especificamente banheiros), insuficiência nos atendimentos de reabilitação e insuficiência da assistência jurídica prestada;

Considerando que os expertos constataram que garrafas *pet* são utilizadas como coletores de urina, o que pode acarretar danos à saúde dos internos em razão da possibilidade dos mesmos contraírem infecções;

Considerando que a utilização de garrafas *pet* ao invés de bolsas coletoras próprias viola a dignidade da pessoa humana dos internos, em virtude de que, após o uso, permanecem expostas a todos que circulam pelo local;

Considerando que os técnicos do CEAT, que elaboraram o laudo de engenharia, concluíram que o CAMP apresenta as seguintes irregularidades:

- a) “não existem equipamentos de prevenção e combate a incêndio (extintores e hidrantes);
- b) o teto das celas do terceiro pavimento do prédio principal é de forro de gesso. Isso compromete a segurança das instalações, facilitando a fuga dos presos através do telhado;
- c) as salas de aula e de Terapia Ocupacional não possuem janelas (ventilação e iluminação naturais), somente grades frontais;
- d) existe infiltração no teto da cela nº 11 do prédio principal, sala de Terapia Ocupacional e cela nº 01 do prédio anexo. Sugerimos que seja feita manutenção em todo telhado dos dois prédios;
- e) o banheiro da cela nº 01 (detentos portadores de mobilidade reduzida) não possui barras de apoio próximas aos vasos sanitários e chuveiros;
- f) não existe banheiro na cela nº 02 do prédio anexo;
- g) a cela nº 02 do prédio anexo possui cerca de 56,00 m². Para atender a Resolução nº 03 do CNPCP ela deveria comportar somente nove detentos, respeitando assim os 6,00 m² para cada um (atualmente comporta 12 detentos)”.

Considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217-A (III), de 10 de dezembro de 1948), em seu art. 5º, estabelece que “*ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*”;

Considerando que, da mesma forma, o art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê que “*ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*”.

Considerando que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992;

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, em particular o disposto no art. 55, incumbe aos Estados promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdade fundamentais;

Considerando que a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em seu art. 2º, 1, determina que “*cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição*”;

Considerando que a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 23/05/1989, e promulgada pelo Decreto nº 40, de 15/02/1991;

Considerando que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, confere aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de norma constitucional;

Considerando que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal;

Considerando que a Constituição Federal garante o direito à vida (art. 5º, *caput*) e garante que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (art. 5º, inciso III);

Considerando que o mesmo art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XLIX, assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral;

Considerando que é dever do Estado assegurar aos presos assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84);

Considerando que os laudos periciais elaborados pelos técnicos do Ministério Público demonstraram que o Estado de Minas Gerais, ao manter os presos encarcerados nas condições precárias e insalubres existentes no Centro de Apoio Médico Pericial – CAMP-, violou as normas de Direito Internacional, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, que tratam da proteção de direitos humanos e da preservação da dignidade da pessoa humana;

Considerando que, caso sejam mantidas as condições degradantes apontadas pelos técnicos do Ministério Público, o Sr. Subsecretário de Administração Penitenciária violaria também as normas de Direito Internacional, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que tratam da proteção de direitos humanos, além de ofenderem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal);

Considerando que, caso não sejam sanadas as irregularidades demonstradas pelo laudo pericial e, por conseguinte, permaneçam as violações das normas de Direito Internacional, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional que tratam da proteção de direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana, Sr. Subsecretário de Administração Penitenciária transgrediria também os princípios da juridicidade (legalidade + constitucionalidade) e da moralidade, previstos no art. 37, *caput*, da Carta da República;

Considerando que a violação aos princípios da constitucionalidade e da legalidade (= princípio da juridicidade) configura a prática de atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429/92;

Os Promotores de Justiça de Defesa do Cidadão, Drs. Fabrício Marques Ferragini e Fabrício José da Fonseca Pinto, e a Promotora de Justiça com atribuições na Execução Penal, Dra. Luciana Kellen, no exercício das atribuições que são conferidas ao Ministério Público pelos arts. 127, *caput*, e 129, incisos II e III, da Constituição da República de 1988; 119, *caput*, e 120, incisos II e III, da Constituição Estadual de 1989; 27, *caput*, parágrafo único e inciso IV, da Lei nº 8.625/93; art. 67, VI, da Lei Complementar Estadual nº 34/97; e 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93,

RESOLVEM RECOMENDAR ao Sr. Subsecretário de Administração Penitenciária, Dr. Genilson Ribeiro Zeferrino, que sejam sanadas as irregularidades apontadas nos laudos elaborados pelos técnicos do Ministério Público, no prazo de quarenta e cinco dias, em virtude da comprovação de que a manutenção dos presos no Centro de Apoio Médico Pericial – CAMP –, nas condições em que a unidade prisional se encontra, viola a dignidade da pessoa humana e provoca risco concreto à vida e saúde dos internos.

Ribeirão da Neves, 24 de abril de 2008.

Luciana Kelen Santos Pereira Guedes
Promotora de Justiça

Fabricio Marques Ferragini
Promotor de Justiça

Fabricio José da Fonseca Pinto
Promotor de Justiça

PEDIDO DE INCLUSÃO DE TESTEMUNHA / VÍTIMA NO PROVITA
(Modelo Simplificado)

Exmo. Sr. Presidente do Conselho Deliberativo do PROVITA-MG.

O _____, por meio de _____ infra-assinado, tendo em vista o Inquérito Policial/Autos n° __, com fundamento na Lei Federal n° 9.807/99, combinada com as Leis Estaduais n° 13.495/00 e 15.692/05, solicita-lhe a inclusão de _____, brasileiro (a), solteiro (a), natural de _____, nascido (a) aos __ de __ de __, grau de instrução médio completo, filho (a) de _____ e _____, portador (a) da Cédula de Identidade n° _____, residente na Rua _____, bem como seu/sua cônjuge _____ e filhos/as _____ no Programa Estadual de Assistência a Vítimas e Testemunhas e familiares de vítimas de crimes – PROVITA/MG, pelos motivos e fundamentos seguintes:

_____ é testemunha / foi vítima de ilícito penal ocorrido na cidade de _____, às _____ horas, o qual ensejou a instauração do Inquérito Policial n° / ação penal de Autos n° _____.

Durante a investigação criminal, verificou-se que o depoimento da referida testemunha / vítima possui relevante valor probatório. Contudo, em virtude de sua colaboração com o procedimento criminal, a testemunha / vítima vem sofrendo grave coação /ameaças a sua integridade física / psicológica, as quais acontecem sob a forma de _____.

Haja vista as informações prestadas pela testemunha / vítima, é de se concluir que não há outros meios aptos a protegê-la e garantir sua incolumidade física e psíquica.

Por outro lado, a testemunha / vítima enquadra-se nos requisitos necessários para que seja incluída no programa, uma vez que não está sob custódia do Estado e por demonstrar interesse em colaborar com as investigações, apesar de temer por sua vida, motivo pelo qual se submete às condições estabelecidas na Lei Federal n° 9.807/99, nas Leis Estaduais n° 13.495/00 e 15.692/05, e no Decreto Estadual n° 43.273/03.

Considerando os fatos acima expostos e com fundamento nas legislações federal e estadual vigentes, solicita esta Promotoria de Justiça, como medida acautelatória para futura produção de prova a inserção de _____, no PROVITA/MG, como forma de preservar sua vida e buscar a verdade real.

_____, ____ de _____ de _____

MODELOS DE PEÇAS PROCESSUAIS NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

MODELO DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS – I

Processo n°

MM. Juiz,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por sua Promotora de Justiça que oficia perante a Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, no exercício de suas atribuições legais, vem, por força das vistas, tomar ciência do indeferimento das medidas protetivas, expondo e requerendo:

Cuidam os autos de expediente apartado para análise das medidas cautelares protetivas de urgência, conforme previsão do art. 12, III da Lei n° 11.340/2006, no qual a vítima pede várias medidas cautelares, além de demonstrar claramente a situação fática, na qual é possível a ocorrência de novas violações morais, psicológicas e físicas.

Impõe-se o deferimento de medidas protetivas, com a finalidade de prevenir e erradicar a violência, gerando a possibilidade de que se decretem tais medidas, resguardando a mulher na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica (art.10 da Lei n° 11.340/06), independente de audiência das partes, (art. 19 da Lei n° 11.340/06).

Isto porque lidamos em situações em que no âmbito da família há crimes dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o que autoriza o deferimento das medidas PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

Assim, o afastamento do agressor do lar com a conseqüente separação de corpos, é medida imprescindível, eis que é inaceitável que a mulher vítima de Violência Doméstica, se veja obrigada a continuar a residir, contra a sua vontade, sob o mesmo teto em que o seu agressor, depois de ter sofrido todas as humilhações decorrentes de agressão física ou ameaça sofrida e o estar processando.

Também não se faz justo que, após praticar conduta criminosa contra a vítima, seja o agressor beneficiado permanecendo no lar e sendo afastada a vítima, se não sobrevém outra questão que torne imperioso o afastamento da ofendida, se ela assim não requer; Igualmente, se foi a vítima posta para fora de casa, deve ser determinada a sua recondução, sob pena de ver beneficiado o agressor que agiu com violência contra a pessoa.

Também, imprescindível é a decretação da proibição de proximidade e contato com a vítima, eis que, tendo a vítima pedido ao Estado proteção e amparo através das referidas medidas.

Urge lembrar, por fim, que é imperiosa a tomada de medidas que inibam o perigo e afiancem, efetivamente, a segurança da vítima, protegendo-a da ação do denunciado. A vítima que se socorre no Judiciário pedindo proteção cria, em última análise, uma responsabilidade do Estado em resguardar, em dar segurança jurídica e garantir os direitos fundamentais através do provimento jurisdicional.

Com isto, impõe-se a conseqüente necessidade de regulação/restrrição ou suspensão das visitas aos dependentes, se houverem, independente de prova da paternidade do agressor, eis que o contato familiar ou o vínculo afetivo geram tais demandas.

Quanto à medida protetiva de decretação e arbitramento dos alimentos provisionais, tem-se como imprescindível a apreciação por este juízo, eis que a competência está fixada nos termos do art. 22, V, da Lei Maria da Penha para o arbitramento dos alimentos provisórios quando da ocorrência de uma separação motivada por violência doméstica. Isto porque à vítima de violência doméstica e seus dependentes é garantida a assistência integral e, ainda no art. 30 da Lei Maria da Penha, a especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Pelo exposto, requer o Ministério Público:

1. Seja reconsiderada a decisão quanto ao pedido de medidas protetivas, sendo imediatamente deferidas, para a segurança da vítima a separação de corpos com o conseqüente afastamento do agressor ou a recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio ou local de convivência com a ofendida; a proibição de contato por qualquer meio de comunicação e aproximação com a ofendida e seus familiares e das testemunhas.

2. Caso haja dependentes relacionados no termo de requerimento da ofendida, seja regulamentada a visita aos dependentes menores ou determinada por este Juízo a restrição ou suspensão, ou que seja realizada a visita por intermédio de familiares do agressor, devendo, ainda, ser a vítima intimada para juntar declaração ou prova acerca da capacidade contributiva do agressor, bem como a certidão de nascimento comprovando o vínculo de paternidade.

Local, data

PROMOTOR DE JUSTIÇA

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS INDEFERIDAS, MEDIDAS CAUTELARES CRIMINAIS – II

Processo nº

MM. Juiz,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por sua Promotora de Justiça que oficia perante a Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, no exercício de suas atribuições legais, vem, por força das vistas, tomar ciência do processado, sobretudo do INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS, expondo e requerendo:

Cuidam os autos de expediente apartado para análise das medidas cautelares protetivas de urgência, conforme previsão do art. 12, III da Lei nº 11.340/06, que analisadas por este Juízo, foram indeferidas.

Ocorre que as medidas protetivas previstas no art. 22 e 23 da Lei nº 11.340/06 são de natureza cautelar criminal, devendo prevalecer até quando forem necessárias para a garantia de proteção da vítima e devendo os critérios para o deferimento seguir uma análise diferenciada, calcada na proteção da vítima e seus familiares.

A Lei nº 11.340/06 introduziu nos arts. 22 e 23 as “medidas protetivas” como forma de aumentar a garantia de proteção às vítimas de violência doméstica. O objetivo principal diz respeito, obviamente, a sua integri-

dade física, mas não foram esquecidas outras medidas muito importantes para as mulheres tentarem levar, no máximo possível, uma vida normal, digna e que possam lhe proporcionar tranquilidade para continuar trabalhando, criando filhos, pagando suas contas, exercendo diversos atos importantes de sua vida civil.

Como foi absolutamente necessário dotar a mulher em situação de risco e de violência doméstica de mecanismos que a fortaleçam e que lhe possibilitem levar a vida adiante, houve por bem o legislador, em, de imediato, prever o deferimento imediato pelo juiz, assim que tomar conhecimento de sua condição e da gravidade do caso, de medidas protetivas, que incluem medidas, não somente criminal, mas adentrou na seara do direito civil, principalmente o direito de família, *ampliando a competência do juízo criminal, para tanto*.

O texto original do anteprojeto de Lei nº 4559/2004 chamava tais medidas de “medidas cautelares”. Entretanto, no texto final aprovado da Lei nº 11.340/2006 denominou-as “medidas protetivas”, tendo como consequência a diferenciação técnica entre o rito das medidas protetivas da nº 11.340/2006 e o rito das “medidas cautelares” prevista no Código de Processo Civil, até mesmo porque o objeto destas possui conteúdo inequivocamente civil.

Assim, temos que a mudança da nomenclatura quis, de forma bastante incisiva, dar às “medidas protetivas” o cunho de medidas cautelares de natureza criminal.

Analisando melhor a questão, não poderia ser outra a interpretação, uma vez que as “medidas protetivas” estão relacionadas, obrigatoriamente, à ocorrência de uma conduta delituosa, devendo ser combatida pelo direito penal.

Enquanto o deferimento dos requisitos das medidas cautelares civis se reveste dos termos: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, no caso das medidas protetivas prevista na Lei nº 11.340/2006 não há a presença do *fumus boni iuris* já que estamos diante de uma prática de um ato ilícito, assim como não há que se falar em fumaça de bom direito quando o que se vislumbra é uma prática criminosa.

Em verdade, o requisito presente que se constata com o já mencionado é o *fumus commissi delicti*, pois “Não se pode afirmar que o delito cometido é uma “fumaça do bom direito”, quando na verdade o que se espera é a probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, o *fumus delicti*, ou como bem observa Delmanto Júnior, o *fumus commissi delicti*.”

Desta forma é a provável ocorrência de um delito e os indícios da autoria que se fundem no pressuposto *fumus delicti*, e não a existência de um sinal, fumaça de um bom direito que deverá ser tutelado pelo Estado, o *fumus boni iuris*.”

Tal situação pode ser analisada da mesma forma quando analisamos o outro requisito para a medida cautelar de natureza cível, ou seja, o *periculum in mora*. Vê-se claramente que tal requisito não está presente como essencial para o deferimento das medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006. O que se tem é uma situação de risco para a vítima, que precisa de proteção do Estado, uma vez que presente o requisito da medida cautelar criminal *periculum libertatis*.

As medidas protetivas precisam ser deferidas com a rapidez necessária para que o Estado consiga, efetivamente, dar proteção às vítimas de violência doméstica. Evidentemente, estamos diante de um caso relacionado à ocorrência de um crime, o outro requisito da medida cautelar criminal, ou seja, o *fumus commissi delicti*.

Com estas considerações, temos que as medidas protetivas não estão presas ao processo previsto para as medidas cautelares do Código de Processo Civil, nem a estas se igualam, em vista de sua natureza Criminal.

Entendemos, ainda, que, quando falamos de violência doméstica e familiar, é necessário pensar que tratamos momentos de crime dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça contra a mulher.

Por outro lado, o inquérito policial será moroso, como sempre se caracterizou de maneira geral, onde o tempo faz perder sentido a apuração dos fatos desta natureza. Que importa para a mulher a apuração de uma agressão física quando o inquérito é concluído após um ano? Podem argumentar que a medida cautelar adotada anteriormente tem este efeito de bloquear a ação do tempo. Alerta-se, porém, que a medida cautelar não tem a finalidade de resolver o conflito, apenas de evitar um mal maior ou o acontecimento de novos delitos.

Pelo exposto, requer o Ministério Público, a reconsideração do despacho que indefere as medidas protetivas, em vista de sua natureza genuinamente criminal, bem como o deferimento das medidas protetivas de urgência requeridas pela vítima e que seja certificada nos autos a existência do Inquérito Policial para apurar o presente feito.

Após, a decisão quanto à reconsideração, requer nova vista do feito, a fim de tomar as providências pertinentes.

Local, data

PROMOTOR DE JUSTIÇA

PETIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO QUANDO DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

EXMO. SENHOR DR. JUIZ DE DIREITO

A Promotora de Justiça oficiante na Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica contra a Mulher, tendo em vista a decisão que rejeitou a denúncia oferecida, vem, no prazo legal, recorrer em sentido estrito de tal decisão, nos termos do art. 581,I do Código de Processo Penal. Seguem em anexo as razões do recurso.

Requeiro, desde já, em sendo mantida a decisão recorrida, sejam os presentes autos remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para julgamento do recurso.

Local, data

Promotor de Justiça

Razões do Recurso em Sentido Estrito

EXMO. DR. JUIZ DE DIREITO

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLENDIA CAMARA,

ÍNCLITOS JULGADORES,

PRECLARO PROCURADOR DE JUSTIÇA

*O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, através de seu órgão de execução em pleno exercício nesta Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, no exercício de suas atribuições legais, nos autos Do Processo Crime supranumerado, não se conformando, “data venia”, com a r. Sentença de fls e fls, que rejeitou a denúncia, por acolher a retratação à representação feita pelas vítimas, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 581 do Código de Processo Penal, interpor o competente **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, para o reexame necessário por V. Ex^a da decisão exarada ou posterior apreciação pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, requerendo a apresentação das razões de seu inconformismo, nos seguintes termos:*

O recorrido FULANO DE TAL se vê processado pela prática de lesão corporal e ameaça, tendo como vítima FULANA DE TAL, com imputação nas sanções do art. 147 c/c 129 § 9º do CPB.

A Denúncia não foi regularmente apreciada quando do oferecimento, tendo sido designada audiência para os fins do art. 16 da Lei nº 11.340/06, na qual, conforme termo de fls. vítima expressamente *informou livre e espontaneamente que não tem mais interesse no prosseguimento deste processo*.

Decisão, às fls. rejeitou a Denúncia oferecida, baseada no desinteresse expressado pela vítima.

Vieram-me os autos para ciência, oportunidade na qual avio o presente recurso.

É o necessário relatório.

Da preliminar de nulidade:

A audiência do art. 16 da Lei nº 11.340/2006 foi previsão legal cujo intuito inicial era o de proteger a vítima, nas hipóteses em que por medo ou outras razões emocionais, renunciavam ainda na fase inquisitiva.

A vítima não havia renunciado no feito, tampouco retratado da representação antes do oferecimento da Denúncia.

A lei visou retirar das mãos da vítima o prosseguimento da Ação Penal Pública Condicionada, por isto, só é admitida a renúncia, sob o manto protetivo do judiciário, na presença do Juiz de direito! Ora, é para renunciar que é necessária a audiência! Tendo a parte REPRESENTADO quanto ao delito de Ameaça, não há que se falar em renúncia!

Quanto à lesão corporal, é de se ver que trata-se de Crime cuja Ação Penal é Pública Incondicionada à representação de acordo com o art. 100 do Código Penal, ainda em vigor.

Impor, aí, uma Audiência para a “admissão da renúncia”, nada mais é que sugerir, forçosamente, que a vítima renuncie, quando ela já deixou cristalino seu desejo de representar!!!

Entretanto, houve o juízo por bem realizar a audiência.

Portanto, deve ser considerada NULA a audiência realizada ao arrepio da Lei, eis que não prevista no Rito processual sumário. No rito especial da Maria da Penha, é prevista antes do oferecimento da Denúncia nos crimes de Ação Penal Pública Condicionada e não há previsão para os crimes de Ação Penal Pública Incondicionada.

Ademais, o rito da Lei nº 11.340/06 é diferenciado! A criação de uma legislação específica para os crimes de Violência Doméstica justifica-se na medida em que visa resguardar a celeridade no procedimento, e não pode, de forma alguma, ver seu trâmite igualado ao trâmite da Lei nº 9.099/95, por ausência de previsão legal e por ser a Lei nº 11.340/06 *ainda mais gravosa*, prescindindo de uma punição ainda mais imediata para que seja efetivo o efeito pretendido pela Lei.

Tem-se, portanto, que no rito da Lei nº 11.340/06 não cabe audiência para induzir a vítima à renúncia ou desencorajá-la ao prosseguimento da Ação Penal, visto que este fato é juridicamente impossível diante da já oferecida Denúncia.

Oferecida a Denúncia, deve ser a mesma devidamente apreciada, recebida ou rejeitada por obediência aos termos do 41/43 do Código Processual Penal, em vista da ausência de previsão legal de qualquer outra medida.

Dito isto, impõe-se a nulidade dos atos praticados ao arrepio da Lei, tornando nulo e sem efeito qualquer ato processual posterior ao oferecimento da Denúncia.

Do recebimento tácito da Denúncia:

Ao despachar após a redistribuição, dando prosseguimento ao feito, foi tacitamente recebida a Denúncia.

O oferecimento da peça inicial acusatória pelo Ministério Público submete se, após a sua formalização, a estrito controle jurisdicional. Não há como fugir de sua apreciação, não há caminho processual alternativo.

O Código de Processo Penal não exige explicitude no ato de recebimento judicial da Denúncia, disto, conclui-se que não obsta, também, a formulação, de um juízo implícito de admissibilidade da Denúncia pela autoridade judiciária. Assim, o ato processual do Juiz que redistribuiu o feito, por consequência do oferecimento da Denúncia, por si só, designa-se um juízo de admissibilidade da mesma.

Mesmo porque, a exordial acusatória apresentava-se formalmente perfeita e não fôra anteriormente rejeitada por quaisquer das hipóteses previstas no art. 43 do CPP.

A atividade processual do Poder Judiciário, exercida liminarmente no âmbito do processo penal condenatório, objetiva, em essência, a própria tutela da intangibilidade do status libertatis do imputado.

O prosseguimento regular do feito pressupõe, pois, o recebimento tácito da Denúncia, mesmo porque o não recebimento da Denúncia, diante do seu oferecimento, é causa de nulidade relativa, conforme entende o Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E RECEPÇÃO. *NÃO RECEBIMENTO EXPRESSO DA DENÚNCIA. NULIDADE RELATIVA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MARCO INTERRUPTIVO. ORDEM DE CITAÇÃO DA RÉ. 1. O NÃO recebimento expresso da denúncia é uma causa de nulidade relativa e, por conseguinte, deve ser alegada no momento oportuno, sob pena de preclusão. 2. Suposta prescrição da pretensão punitiva ante a ausência de recebimento expresso da peça acusatória não configurada, pois a ordem de citação da ré cumpre a mesma finalidade. 3. Ordem denegada (HC 41925/SP Sexta Turma, Min. Rel. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 18/08/2005, grifo nosso);*

Assim, ou se confere o recebimento tácito à Denúncia nos autos deste feito, ante o seu prosseguimento, ou se atribui nulidade à audiência feita, por expressa inaplicabilidade, bem como aos seus atos subseqüentes.

Da impossibilidade da retratação:

É sabido que os delitos de vias de fato e lesão corporal são crimes de Ação Penal Pública Incondicionada e não se processam mediante representação. A fim de admitir a Ação Penal condicionada à representação, *teria o legislador feito a mudança expressa do Código Penal quando nele inseriu o parágrafo nono. Mas não o fez, como se vê:*

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

Pena - detenção, de três meses a três anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

A Doutrina abaliza a posição de que Lesão Corporal é crime de Ação Penal Pública Incondicionada:

Não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher; qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo nem composição civil dos danos extintiva de punibilidade, não se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado inquérito policial (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.340/06), a denúncia deverá vir por escrito, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal, em se tratando de lesão corporal leve a ação penal será de iniciativa pública incondicionada etc. (Marcelo Lessa Bastos - Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei “Maria da Penha”. Alguns comentários <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>

Não há que se discutir o óbvio.

A Lei nº 9.099/95, quanto aos crimes que a ela se submetem, diferenciava a aplicação quanto aos crimes de lesão corporal leve e culposa, quando estabeleceu em seu art. 88 que estes crimes dependem de representação, sendo, portanto, de ação penal pública condicionada, *porque os considerou de menor potencial ofensivo.*

Diferentemente, a nova Lei nº 11.340/06, por sua vez, ao determinar expressamente que não se aplica a Lei nº 9.099/95 para a violência doméstica contra a mulher, por força do art. 41 da Lei nº 11.340/06, que efetivamente afasta toda a lei anterior, inclusive o dispositivo em comento, por entender que está afastada do crime de violência doméstica a interpretação como crime de menor potencial ofensivo.

No entanto, apesar da Lei nº 11.340/06, em seu art. 16, determinar que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida só será admitida a renúncia perante o juiz, tal situação não se aplica aos crimes de lesão corporal leve praticadas no âmbito doméstico, somente aos crimes em que o Código Penal expressamente determine que a ação seja condicionada à representação.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico, observando-se os princípios que regem a matéria, e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, induz à conclusão de que os crimes de violência doméstica *não mais dependem da vontade das vítimas para seu processamento.* Significa dizer, em última análise, que os crimes de lesão corporal cometidos contra mulher na violência doméstica não dependem de representação, ou seja, voltaram a ser considerados de ação penal pública incondicionada.

Nesses crimes, portanto, cometidos pelo marido contra a mulher, pelo filho contra a mãe, pelo empregador contra a empregada doméstica etc., não se pode mais falar em representação, isto é, a ação penal transformou-se em pública incondicionada (o que conduz à instauração de inquérito policial, denúncia, devido

processo contraditório, provas, sentença, duplo grau de jurisdição etc.). Esse ponto, sendo desfavorável ao acusado, não pode retroagir (isto é: não alcança os crimes ocorridos antes do dia 22.09.06). (G. N.) (Luiz Flávio Gomes em: www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2006091114324344949&query=violencia%20domestica)

Ressalte-se, ainda, que a ação penal pública incondicionada é a regra geral, conforme dispõe o art. 100 do Código Penal, sendo exceção a lei que *expressamente a declare* privativa do ofendido. Assim como tem, também, natureza de Ação penal pública Incondicionada, o delito de Vias de Fato, por força do art. 17 da LCP.

Pelas razões expostas *não é possível a “desistência”, renúncia ou retratação da ofendida, depois do oferecimento da Denúncia*, no caso de Ameaça, e, em hipótese nenhuma no caso de Lesão corporal ou vias de fato, mesmo que a desistência tenha sido feita em audiência ou por acordo entre as partes, sendo certo que não podem as partes transigir ao arrepio da Lei nº 11.340/06, muito menos negar o Judiciário a aplicação da lei e a efetividade do provimento jurisdicional pautado na legalidade e na observação irretocável do *Princípio do Devido Processo Legal*, que deve nortear a condução processual.

URGE OBSERVAR QUE A SENTENÇA NÃO SE APOIOU NAS PROVAS CONTIDAS NOS AUTOS, QUAIS SEJAM OS DEPOIMENTOS DAS PARTES NO QUAL A MATERIALIDADE ESTÁ CONCISA, BEM COMO DA AUTORIA COM AS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. EIS, PORQUE, TAMBÉM MERECE REFORMA O PROVIMENTO JURISDICIONAL.

Os elementos de prova colhidos nos autos sobre a ocorrência do fato delitivo, além da prova da materialidade e autoria, comprovam que o acusado, efetivamente, realizou a conduta delitiva pela qual foi denunciado.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR preconiza que o processo tem por finalidade solucionar o litígio à luz da verdade real, a qual será buscada pelo magistrado nas provas dos autos. Assim, concluímos que a finalidade da prova é solucionar o litígio que motivou a instauração do processo, de tal forma que, sempre que possível, a verdade real seja atingida e que o principal destinatário da prova é o juiz, que é o responsável por analisá-la e valorá-la. No caso em tela, a prova não foi relevada.

No processo penal brasileiro o princípio da livre apreciação da prova encontra-se consagrado no art. 157: *“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”*. É necessário aplicar o livre convencimento motivado, apreciando as provas dos autos, sobretudo o Exame pericial, a fim de concluir a existência do fato típico que reclama justa punição pelo Estado.

A valoração dada pela vítima quando desiste do prosseguimento, não deve ser levada em conta, tendo em vista que não há, neste processo, igualdade de partes. Não cabe à parte definir o quanto e como deve o agressor ser punido, eis que há sempre hierarquia entre vítima e autor do delito de violência doméstica. Esta é tarefa do Estado por excelência e nisto se fundam as razões para que o delito seja de Ação penal Pública Incondicionada, a fim de efetivar a punição pelo Estado do agressor doméstico.

Fosse mantida a condicionalidade da representação nos crimes de lesão corporal e vias de fato ou fosse possível a retratação ou renúncia após o oferecimento da Denúncia nos delitos de ameaça, não haveria escopo na criação da Lei, uma vez que as vítimas continuariam apanhando, os agressores continuariam com os benefícios de conciliação, transação penal e cestas básicas, e o Estado continuaria com um vergonhoso quadro de Violência Doméstica.

Maria da Penha tem, em si a *fundamentação expressa de prevenir, punir e erradicar* a violência contra a mulher, realizada na calada do âmbito doméstico e familiar, quando no § 2º do art. 3º a Lei afirma ser tarefa da Sociedade e do poder público criar condições necessárias aos efetivos direitos das mulheres em situação de violência doméstica, consigna ao aparelho estatal, nele incluso o Poder Judiciário, a tarefa de proteger a mulher, mais que proteger da lesão corporal, proteger da humilhação, da manipulação, da violência psicológica, da diminuição da auto-estima, da chantagem, do controle de suas ações por perturbação (previsão do art. 7º), fatos que ocasionam a desistência da ação pela vítima, como ocorre no presente feito.

Por fim, cumpre expor que o fato de *ter a vítima desistido de punir o agressor, não deve tangenciar* a aplicação errônea da Lei, eis que seu conhecimento jurídico é incompleto, insuficientemente e seu vínculo com o agressor tem fundamento emocional intenso, de modo que não pode balizar a importância da efetividade da norma penal, eis que envolvida emocionalmente com a questão própria dos autos.

DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL:

A jurisprudência tem se delineado no sentido de que a lesão corporal é crime de Ação Penal Pública Incondicionada, conforme se vê (g.n.), inclusive já em decisão Unanime, da Quinta Turma Do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 27 de Março de 2008:

EMENTA – PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. *VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. LEI Nº 9.099/95. INAPLICABILIDADE.* A Lei nº 11.340/06 é clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ordem denegada. *HABEAS CORPUS Nº 84.831 - RJ (2007/0135839-3) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER IMPETRANTE : André Luiz De Felice Souza - Defensor Público Impetrado : Tribunal De Justiça Do Estado Do Rio De Janeiro Paciente : Marcos Enes Cardoso - QUINTA TURMA Do Superior Tribunal De Justiça, Por Unanimidade, 27 de Março de 2008.*

Dele se extrai:

EMENTA: “Habeas corpus”. art. 129, § 9.º, do Código Penal, nos termos da Lei nº 11.343/2006. Pedido defensivo de que seja observada a possibilidade de audiência de conciliação prévia ou, alternativamente, a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95. Pedido ainda de suspensão do feito até o julgamento do “writ”. Liminar concedida. Quanto aos pleitos defensivos, não merecem provimento. A Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo claro de coibir a violência cometida contra a mulher em seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade. A inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 foi expressamente determinada neste Novo Diploma, em seu art. 41, de forma a afastar, de vez, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, que não vinham atendendo aos reclamos sociais. Ordem que se denega, cassando-se a liminar deferida, para que o feito prossiga em seus trâmites normais (fl. 45).

[...]

Improcedente é, no mais, a alegação do paciente de que estaria a sofrer constrangimento ilegal por não ter sido designada audiência prévia de conciliação. O art.16 da Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de realização dessa audiência apenas para os crimes de ação pública condicionada. Até o advento da Lei nº 9.099/95, na persecução criminal de lesão corporal leve, se procedia mediante ação pública incondicionada. A Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 88, passou, entretanto, a dispor que a ação penal, para esse crime, dependeria de representação para ser iniciada. Ocorre que, como visto, o art. 41 da Lei nº 11.340/06 afastou, de modo categórico, a incidência da Lei nº 9.099/95. Por isso, há de se considerar nos casos de lesão corporal, com violência doméstica, que a ação penal será pública incondicionada, consoante previsto no próprio Código Penal. É, portanto, incompatível com o procedimento adotado para a persecução do crime atribuído ao paciente, a realização de sobredita audiência.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS:

No Conflito Negativo De Jurisdição, nº 1.0000.07.449600-1/000, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relatora a Exm^a. Sr^a. Des^a. Maria Celeste Porto, com a qual votaram de acordo os Desembargadores: Vieira De Brito e Hélcio Valentim, votou expressando a incondicionalidade da Ação Penal quanto aos delitos de Lesão Corporal, o que reproduzimos em parte:

[...] enquadramento de tal conduta na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), porquanto a mesma, em sendo mais gravosa, só se aplicaria a delitos cometidos após sua entrada em vigor (dia 22/9/06).

De fato, esse novo instrumento jurídico-penal, que embora não tenha criado nenhuma figura penal nova, trouxe consideráveis mudanças na legislação penal e processual penal relativas a delitos praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, e surgiu para atender ao mandamento constitucional do § 8º, do art. 226, e também para satisfazer os termos da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação da mulher, de 1979, ratificada pelo Brasil em 01.02.84.

Assim, com o intuito de coibir a prática de crimes dessa natureza criou normas mais rigorosas, tais como, retirou os crimes do âmbito de incidência da Lei dos Juizados (Lei nº 9099/95); proibiu a aplicação de penas ou medidas alternativas previstas nessa lei, tais como cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa; a lesão corporal dolosa simples nestas hipóteses passou a ser pública incondicionada, etc.

Como se vê, esse novo instrumento legal, por ser indiscutivelmente mais severo, só se aplica aos fatos praticados a partir do seu advento, e o processamento das condutas anteriores a essa data permanecerão sob a égide da lei anterior, com possibilidade de transação etc, nos seus juízos de origem.

A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XL, preceitua que 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'. E o art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos ratifica: 'Ninguém pode ser condenado por suas ações ou omissões que, no momento de sua realização, não eram consideradas delitivas segundo o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave do que a aplicável no momento do cometimento do delito. Se, posteriormente ao cometimento do delito, a lei a este impuser uma pena mais leve, o delinqüente disto deverá beneficiar-se.'

Também, na Apelação Criminal nº 1.0672.07.245986-6/001, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relator o Exmo. Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho, com o qual votaram de acordo os Desembargadores Maria Celeste Porto e Pedro Vergara, votou expressando a integral constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006, o que reproduzimos em parte:

Com estas considerações, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MINISTERIAL PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALMENTE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI nº 11.340/06 TAMBÉM DENOMINADA LEI MARIA DA PENHA, CONFIRMANDO A VIGÊNCIA DE TODOS OS SEUS DISPOSITIVOS LEGAIS, DETERMINANDO AO MAGISTRADO MONOCRÁTICO A ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES REQUERIDAS, AFASTADO O ARGUMENTO DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA POR VIOLAÇÃO À CARTA MAGNA, PODENDO, SE ENTENDER NECESSÁRIO, DILIGENCIAR PARA INSTRUIR MELHOR O FEITO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO:

Ementa: PROCESSO PENAL. Imputação ao acusado de cometimento dos crimes de lesões corporais e de ameaça, contra sua amásia. (a) Alegação de nulidade ante a não designação da audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/06. Afastamento. Primeiro, porque não se aplica ao crime de lesão corporal. Destarte, o crime de lesão corporal, quando cometido nas circunstâncias enunciadas no novo estatuto, é de ação pública incondicionada. Independe da vontade da ofendida - (cf. art. 41 da Lei nº 11.340/06). Ainda, não há que se falar na nulidade proclamada, porque, sendo aplicável no que diz respeito ao crime de ameaça, a não designação de audiência não traz prejuízo ao apelante. Tal audiência está prevista em lei como uma garantia para a própria vítima, para dificultar que seja coagida a desistir da representação já manifestada. Seria designada a requerimento da vítima ou com a finalidade de confirmar sua retratação espontânea e anteriormente firmada em sede de Inquérito Policial. f) Alegação de nulidade por falta de fundamentação da sentença no tocante à fixação do regime inicial de cumprimento de pena e à não substituição desta por pena restritiva de direitos. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. A r. sentença recorrida, nada obstante sucinta, tem fundamentação, nos exatos termos do art. 381, incisos III, do CPP e não pode ser confundida com sentença sem fundamentação. II - DIREITO PENAL. Crimes de lesões corporais e de ameaça. Contra mulher. Materialidade das lesões corporais devidamente comprovada, bem como a autoria, em relação aos dois delitos. Sentença condenatória mantida. NÃO PROVIMENTO DO APELO. Apelação Criminal 10667643100 - **Relator(a):** Eduardo Braga - **Órgão julgador:** 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - **Data do julgamento:** 16/10/2007 - **Data de registro:** 26/10/2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS:

Órgão SEGUNDA TURMA CRIMINAL – TJDF – HBC – HABEAS CORPUS nº. Processo 2007.00.2.004002-2 - Impetrantes JOSÉ ALFREDO GAZE DE FRANÇA, CYNTHIA DE LACERDA BORGES - Paciente GILBERTO DE SOUZA DOURADO – EMENTA - HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CONTEÚDO POLÍTICO E SOCIAL DA LEI Nº 11.340/2006. *DELITOS DE LESÕES CORPORAIS LEVES E LESÕES CULPOSAS. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROTEÇÃO À FAMÍLIA. EFETIVIDADE DA LEI. ORDEM DENEGADA.* 1. O art. 1º da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha enuncia o conteúdo político social da recém norma editada, em atenção aos reclamos de ontem da sociedade brasileira ante o elevado índice de casos de violência contra a mulher no seio familiar e doméstico, exigindo uma resposta penal eficaz do Estado. 2. A sociedade há muito tempo sente-se incomodada com as práticas violentas no seio familiar contra a mulher, cujas medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95 não foram suficientes para coibir e prevenir a violência contra a mulher. 3. A exegese que confere efetividade à repressão aos crimes de violência doméstica contra a mulher nos casos de lesões corporais leves e lesões culposas é o da não vinculação da atuação do Ministério Público ao interesse exclusivo da ofendida tal como previsto no art. 88 da Lei nº 9.099/95. 4. Na busca da concretização dos fins propostos pela Lei nº 11.340/2006 prevalece o interesse público traduzido na coibição de violência doméstica, lastreada na garantia constitucional de ampla proteção à família e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 5. Essa orientação permite a compreensão do alcance, sentido e significado dos arts. 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 para reconhecer que os delitos de lesão corporal simples e lesão culposa cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher são de ação pública incondicionada, reservando-se à aplicação do art. 16 àqueles crimes em que a atuação do Ministério Público fica vinculada ao interesse privado da vítima em punir o seu ofensor. 6. Ordem denegada. ACÓRDÃO - Acordam os Desembargadores da SEGUNDA TURMA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO – Relatora, APARECIDA FERNANDES e ROMÃO C. DE OLIVEIRA – Vogal, sob a presidência do Desembargador ROMÃO C. DE OLIVEIRA, em DENEGAR A ORDEM. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília-DF, 28 de junho de 2007. (g.n.)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS:

Habeas Corpus. Lei nº 11.340/06. *Lesão Corporal Leve.* Ausência de Representação da Vítima Antes do Recebimento da Denúncia. Nulidade. Inocorrência. *Crime de Ação Penal Pública Incondicionada.* A Lei nº 11.340/06 afastou, por completo, a aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, incluindo a exigência de representação assinalada no art. 88, para que a vítima não mais sinta-se pressionada a abrir mão do direito de processar o seu agressor. *A lesão corporal culposa e dolosa simples contra mulher em ambiência doméstica, familiar ou íntima, passou a ser, desde a edição da Lei Maria da Penha, de ação penal pública incondicionada, sendo, por isso, de todo descabido,*

que o magistrado, antes do recebimento da denúncia, intime a vítima para manifestar-se sobre eventual desejo de processar o seu agressor. Ordem denegada. Habeas-Corpus nº 30.479-1/217 (200704548318), 2ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS (TJ-GO). ACÓRDÃO DO DIA 06/01/2008.

CORREICAO PARCIAL. RECLAMACAO. VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR. REPRESENTACAO DA OFENDIDA. RETRATAÇÃO. INEXISTENCIA. AUDIENCIA PARA RATIFICACAO. DESNECESSIDADE. 1 - NOS CRIMES PRATICADOS COM VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, OFERECIDA A REPRESENTACAO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL E DESDE QUE INEXISTENTE MANIFESTACAO EXPRESSA OU TACITA DE QUE A OFENDIDA PRETENDE RETRATAR-SE, O JUIZ DEVE, DE PRONTO, DELIBERAR A RESPEITO DA DENUNCIA OFERTADA CONTRA O AGRESSOR. 2 - A AUDIENCIA DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI Nº 11.340/06 SO E NECESSARIA QUANDO A VITIMA DEMONSTRA SEU INTERESSE EM RETRATAR-SE DA REPRESENTACAO, SENDO DESNECESSARIA SUA REALIZACAO PARA RATIFICAR A REPRESENTACAO JA OFERECIDA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. 3 - RECLAMACAO IMPROVIDA. ACORDAM OS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR SUA SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, NA CONFORMIDADE DA ATA DO JULGAMENTO E ACOLHENDO O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTICA, A UNANIMIDADE, CONHECER DA CORREICAO E A IMPROVER, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. 2A CAMARA CRIMINAL Goiânia - DJ 15070 de 24/08/2007 Recurso: 41-5/322 - CORREICAO PARCIAL Processo 20070226668 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12ª VARA CRIMINAL

CORREICAO PARCIAL. CRIME DE VIOLENCIA DOMESTICA. REALIZACAO DE AUDIENCIA PRELIMINAR. ART. 16 DA LEI nº 11.340/06. IMPOSSIBILIDADE. REPRESENTACAO. AUSENCIA DE RETRATAÇÃO. A AUDIENCIA ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENUNCIA, DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI NºNª MARIA DA PENHA, OBJETIVA A CONVALIDACAO DE ATO VOLITIVO DE ABDICACAO DE DIREITO EXERCIDO ANTERIORMENTE PELA OFENDIDA COM FITO NA EXTINCAO DA PUNIBILIDADE DO SEU AGRESSOR, SENDO IMPRESCINDIVEL PARA A SUA REALIZACAO A RETRATAÇÃO DA REPRESENTACAO DA VITIMA NA FASE PRE-PROCESSUAL. CORREICAO PARCIAL INDEFERIDA, A UNANIMIDADE DE VOTOS. ACORDAM OS INTEGRANTES DA PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR VOTACAO UNIFORME, ACOLHENDO O PARECER MINISTERIAL, EM CONHECER E INDEFERIR A PRESENTE CORREICAO PARCIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR QUE A ESTE SE INCORPORA. CUSTAS DE LEI. 1A CAMARA CRIMINAL GOIANIA DJ 15066 de 20/08/2007 Processo nº 200702266706 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12ª VARA CRIMINAL Recurso 42-3/322 - CORREICAO PARCIAL

CORREICAO PARCIAL. PEDIDO DE RECONSIDERACAO. NOS TERMOS DO ART. 16, DA LEI NºNª 11.340/06, NAS 'ACOES PENAS PUBLICAS CONDICIONADAS A REPRESENTACAO DA OFENDIDA DE QUE TRATA ESTA LEI, SO SERÁ ADMITA A RENUNCIA A REPRESENTACAO PERANTE O JUIZ, EM AUDIENCIA ESPECIALMENTE DESIGNADA COM TAL FINALIDADE, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENUNCIA E OUVIDO O MINISTERIO PUBLICO'. DESTARTE. A AUDIENCIA MENCIONADA NAO E CONDICAO DE PROCEDIBILIDADE E APENAS DEVE SER REALIZADA SE A VITIMA MANIFESTAR DESEJO DE RETRATAR-SE. OCASIAO EM QUE SERA ORIENTADA PELAS AUTORIDADES MENCIONADAS DAS CONSEQUENCIAS DE SEU ATO. RECLAMACAO CONHECIDA E IMPROVIDA. ACORDAM OS COMPONENTES DA TERCEIRA TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CAMARA CRIMINAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, A UNANIMIDADE DE VOTOS, ACOLHENDO O PARECER MINISTERIAL, EM CONHECER DA CORREICAO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. CUSTAS DE LEI. 2ª CAMARA CRIMINAL GOIANIA DJ 15086 de 18/09/2007 Recurso 43-1/322 - CORREICAO PARCIAL Processo 200702290690 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12ª VARA CRIMINAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO:

EMENTA - LESÃO CORPORAL LEVE QUALIFICADA (ART. 129, § 9º DO CP) - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI nº 11.340/2006) - PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - PRESENCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE - RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - CONTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. O trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de caráter excepcional, só mostrando-se cabível na via estreita do *writ* quando se comprove *primus ictus oculi*, de modo inequívoco, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não demonstradas na hipótese em exame. Com o advento da Lei nº 11.340/2006 o crime de lesão corporal leve que implique em VIOLÊNCIA DOMÉSTICA contra a mulher (art. 129, § 9º, do CP) passou ser de ação penal pública incondicionada, tornando-se a retratação da vítima, portanto, insuficiente para justificar o arquivamento da ação. *HABEAS CORPUS* - IMPETRANTE(S): DR. ANTONIO FERNANDO FERREIRA NOGUEIRA - PACIENTE(S): A. L. P. P. - Número do Protocolo: 44813/2007 - Data de Julgamento: 19-6-2007 PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência da DESA. SHELMA LOMBARDI DE KATO, por meio da Turma Julgadora, composta pelo DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA (Relator), DRª. GRACIEMA R. DE CARAVELLAS (1ª Vogal) e DESª. SHELMA LOMBARDI DE KATO (2ª Vogal), proferiu a seguinte decisão: À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM. O PARECER É PELA DENEGAÇÃO.

Dos pedidos:

Pelo exposto, caso Vossa Excelência, no juízo de retratação, entenda por manter a decisão ora combatida, requer sejam os autos remetidos àquele Colendo Tribunal, a fim de recorrer o Ministério Público em sentido estrito, requerendo o que se segue.

1. Seja acolhida a preliminar de nulidade da audiência realizada, por expressa inaplicabilidade da audiência do art. 16 norma aos crimes de Violência Doméstica de Ação Penal Pública Incondicionada, na incompatibilidade ressaltada pelo art. 16 da Lei nº 11.340/2006, tornando nula a audiência realizada, bem como todos os atos dela decorrentes.
2. Alternativamente, seja reconhecido o recebimento da Denúncia, de forma tácita no despacho que dá prosseguimento ao feito.
3. Alternativamente, seja reformada a Decisão que rejeita a Denúncia com base na retratação da vítima, que no caso é inócua, uma vez que já oferecida a Denúncia quando da retratação da representação pela vítima, precluso o prazo, devendo a Denúncia ser recebida e ser dado ao feito o processamento regular.

Termos em que, pede deferimento.

Local, data

PROMOTOR DE JUSTIÇA

REQUERIMENTO DE PRISÃO PREVENTIVAS DO AGRESSOR

EXCELENTÍSSIMO JUIZ DE DIREITO

Processo nº

MM. Juiz,

O agressor, conforme certidão de fls... e fls... está da decisão que deferiu medidas protetivas em favor da vítima.

É fato que a vítima continua amedrontada, inclusive quanto à reação do agressor diante da ciência das medidas protetivas deferidas.

Na decisão supramencionada já se tinha ciência da “situação de perigo iminente”.

Uma vez que o escopo da Lei Maria da Penha é também de prevenir, além de punir e erradicar a violência e, diante das declarações da vítima às folhas 24, urge a tomada de medida protetiva mais apropriada à garantia do cumprimento da ordem judicial.

Disto, depreende-se a necessidade de decretação da Prisão Preventiva do mesmo a fim de garantir a ordem pública e a necessária proteção da vítima.

Disto isto, mostram-se ausentes os requisitos autorizativos da liberdade provisória porquanto *necessária a prisão preventiva* a fim de garantir a ordem pública, por ter sido praticado com violência contra a pessoa, nos termos do art. 323, V, do CPP.

O Código também admite a prisão preventiva nos casos do cometimento de crime doloso que envolver violência doméstica e familiar, a fim de assegurar a necessária proteção da vítima.

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no art. anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: [...]

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Há nos autos indícios suficientes da autoria e materialidade do crime, além da necessidade da Garantia da Ordem Pública, requisitos indispensáveis à manutenção da privação de liberdade do autor do fato.

Tem-se como privação da liberdade em função da garantia da ordem pública o entendimento dos tribunais superiores:

No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. (STF. 2a Turm. RHC 65.043. rel. Min. Carlos Madeira in RTJ 124/1033)

A prisão preventiva pode ter como fundamento a garantia da ordem pública. A constrição ao exercício do direito de liberdade é justificada cautelarmente, a fim de evitar repetição de conduta delituosa ou reagir a vilania do comportamento delituoso, que, por suas características, gera vigorosa reação social. (STJ. RHC 2775-4. rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. julgado em 13/09/93)

A Doutrina, por sua vez, acentua:

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso à práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. (Basileu. 'Comentários ao Código de processo Penal,' v.III, p.169/170)

A mais nova *JURISPRUDÊNCIA* do TJMG concorda:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PARA APURAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - DECISÃO JUDICIAL BEM FUNDAMENTADA - NECESSIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL ADOTADA PARA A GARANTIA DA MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL - AUSÊNCIA DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS nº 1.0000.07.449127-5/000 - COMARCA DE RIO CASCA - PACIENTE(S): HELIO JACINTO GOMES - AUTORID COATORA: JD COMARCA RIO CASCA - RELATOR: EXMO. SR. DES. SÉRGIO RESENDE

Assim, deve ser decretada a PRISÃO PREVENTIVA DO AGRESSOR, vez que autoriza a Lei nº 11.340/06 a prevenção da violência doméstica, diante da iminência do cometimento de novo delito contra a vítima, com base no art. 10:

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis. Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste art. ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Pelo exposto, requer o Ministério Público:

Seja decretada a PRISÃO PREVENTIVA DO AGRESSOR como garantia à ordem pública e proteção à vítima, com base nos arts. 311, 312, 313, IV e 323, V, todos do Código de Processo Penal.

Local, data

Promotor de Justiça

**PARECER MINISTERIAL TOMANDO CIÊNCIA DE AUDIÊNCIA DESIGNADA PARA OITIVA DA VÍTIMA,
REQUERENDO SEU CANCELAMENTO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, BEM COMO A
DESIGNAÇÃO DE INTERROGATÓRIO DO ACUSADO**

MM. Juiz,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, através de seu órgão de execução em pleno exercício nesta *Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, no exercício de suas atribuições legais, nos autos do processo criminal supranumerado, toma ciência do processado, expondo e requerendo:

A Lei nº 11.340/06 faz previsão da Audiência apenas quando se trata de crime de Ação Penal Pública condicionada à representação. A exigência de representação é uma medida despenalizadora, oriunda da Lei 9.099/95, inaplicável aos delitos de lesão corporal qualificados como Violência Doméstica, por expressa vedação legal, sob a perspectiva do princípio da individualização da pena.

À Lesão corporal cometida nos moldes de violência doméstica contra a mulher não se aplica o art. 88 da Lei nº 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves, tanto porque o delito do 129 § 9º tem a pena maior do que o limite da Lei nº 9099/95, quanto por obediência ao art. 41 da Lei nº 11.340/06, concluindo que a lesão corporal, por aplicação do art. 100 do CP, regra geral, tem Ação Penal Pública Incondicionada.

O art. 16 da Lei nº 11.340/06 faz previsão de audiência como *formalidade para acatar a renúncia à representação*, formalidade inquestionável na medida em que o principal argumento para essa postura se funda na *banalização* do crime praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal da Lei nº 9.099/95, onde a mulher, fragilizada pela violência, se vê dependente de seu agressor - econômica ou emocionalmente – encontrava no Juizado Especial a “sedução judicial” para desistir dos processos e acabavam por acatar conciliações, sem receber qualquer orientação sobre seus direitos básicos.

Por isso, a audiência do art. 16, é bem-vinda nos casos em que a vítima *renuncia ou retrata-se da representação*, sendo sua intenção fiscalizar a vontade das vítimas, evitando que a retratação aconteça por ingerência e força do agressor, sendo que o papel do juiz na audiência não é simplesmente homologar o pedido da vítima e sim buscar a real motivação do pedido de desistência, a fim de estar o Estado atento para descobrir se a atitude da vítima é ou não espontânea.

No presente caso, o termo de representação constante dos autos, que é ato jurídico perfeito e válido. Ainda que por absurdo se considerasse lesão corporal como de ação penal condicionada, a Denúncia baveria de ter sido recebida de plano, eis que às folhas 14 encontra-se a representação feita pela vítima. Exato é que não se exige para a representação um formalismo exagerado, então estaria suficiente à Denúncia.

HABEAS CORPUS. Crime contra os costumes. Ação penal condicionada. Representação. Para a representação não exige formalismo, sendo suficiente - como sucedeu no caso - a manifestação inequívoca de que se inicie o processo contra o acusado (RHC 54.018, RTJ 78/109; RHC 58.490, RTJ 98/670).

Em nosso sentir, a realização da audiência do art. 16 da Lei nº 11.340/06 depois do oferecimento da denúncia – que foi feita com base em representação válida da vítima, encontra óbice em princípios constitucionais como o da Estrita Legalidade e Devido Processo Legal, além da aplicabilidade do princípio da adequação social na aplicação do art. 16 da Lei nº 11.340/06.

Daí, mesmo que se admitisse, estaria a retratação da representação feita *extemporaneamente, após o prazo decadencial de seis meses*. E por mais que se considerasse possível todo o tipo de aberração, não é possível a retratação após o oferecimento da Denúncia, o que também contraria o Código Penal, cuja aplicação subsidiária deve ser feita.

Este é um entendimento pacífico no macro-sistema legal internacional de proteção à mulher. Ainda que não se quisesse ou se concordasse com a aplicação da Lei nº 11.340/06, é sabido e ressabido que foi ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, que foi adotada pela Assembléia Geral da OEA, sendo certo que a dita *Convenção de Belém do Pará* tem força de Lei interna, conforme o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal vigente.

Afirmando que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades, a convenção tem como normas: (art. 4º) que a mulher tem direito a *um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos*; (art. 7º) que os Estados-partes, empenham-se em tomar todas as medidas apropriadas, *incluindo medidas legislativas, para modificar ou abolir leis e modificar práticas jurídicas que respaldem a tolerância da violência contra a mulher; e a estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes* para a mulher que tenha sido submetida à violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, *um julgamento oportuno* e o acesso efetivo a tais procedimentos, até porque a “Lei Maria da Penha” revela o “status” de violação aos direitos humanos e maior potencial ofensivo.

Assim, a referida Denúncia foi operacionalizada depois do oferecimento da representação válida, quando estavam presentes todas as condições de procedibilidade, sendo certo que já está em muito ultrapassado o prazo decadencial de seis meses da data do fato, estando *preclusa* qualquer manifestação da vítima.

ANTE O EXPOSTO, a Promotoria de Justiça toma ciência da audiência designada, requerendo sua conversão para interrogatório, concedendo o juízo imediatas vistas da decisão que apreciar o presente pedido.

Local, data
Promotor de Justiça

1.13 - EMENTÁRIO

A Lei nº 11.645 de 10.03.08, que disciplinou inteiramente a matéria tratada na Lei nº 10.639/03, revogou a anterior, apenas para acrescentar a obrigatoriedade da cultura indígena (Lei nº 9394/96, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

A hipótese é de revogação da lei anterior, nos termos do que estabelece o parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil:

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

Confira o texto da Lei Nova:

LEI Nº 11.645, DE 10 DE MARÇO DE 2008

Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena".

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 26-A da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de março de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Fernando Haddad

Direitos Humanos

- Carta das Nações Unidas (1945)
- Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)
- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)
- Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948)
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)
- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966)
- Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966)
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (1969)
- Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte (1989)
- Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Tortura

- Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1975)
- Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)
- Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985)
- Manual para Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e de outras formas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de Castigo ou Punição (1999)
- Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 - Define os crimes de tortura e dá outras providências.

Documentos não vinculantes das Nações Unidas: (disponíveis no site: www.obcbr.org)

- Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (1988)
- Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos (1990)
- Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990)
- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça e da Juventude (Regras de Beijing) (1985)

- Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (1977)
- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade - Regras de Tóquio (1990)
- Diretrizes do ACNUR sobre os Critérios e Padrões Aplicáveis com respeito à Detenção de Solicitantes de Asilo (1999) (*www.acnur.org* - Base de Dados Legal de Documentos do ACNUR – Diretrizes e políticas – Asilo/Detenção)
- Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.
- Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 - Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.
- Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997 - Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Direito Humano à Alimentação Adequada e Segurança Alimentar

- Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001 - Institui o Cadastramento Único para Programas Sociais do Governo Federal.
- Decreto nº 5.079, de 12 de maio de 2004 - Dispõe sobre a composição, estruturação, competência e funcionamento do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - CONSEA, e dá outras providências.
- Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004 - Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências.
- Medida Provisória nº 163, de 23 de janeiro de 2004 - Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.
- Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 - Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.
- Lei nº 15.982/2006 (Estado de Minas Gerais) - Dispõe sobre a Política Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional Sustentável e dá outras providências.
- Lei nº 1.008, de 2 de agosto de 2006 (Município de Sacramento) – Dispõe sobre a queima da palha da cana-de-açúcar e contém outras disposições.
- Lei nº 1.009, de 8 de agosto de 2006 (Município de Sacramento) – Dispõe sobre o plantio de cana-de-açúcar no Município de Sacramento, fixando limites de área ser plantada.

Documentos não vinculantes:

- Diretrizes Voluntárias em apoio à realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional - Adotadas na 127ª Sessão do Conselho da FAO/ Novembro 2004
- Comentário Geral número 12- O direito humano à alimentação (art.11)

Discriminação Racial

- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965).

- Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003 - Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências
- Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003 - Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Documentos não vinculantes

- Diretrizes Voluntárias em apoio à realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional - Adotadas na 127ª Sessão do Conselho da FAO/ Novembro 2004
- Comentário Geral número 12- O direito humano à alimentação (art.11)
- Programa de proteção, auxílio e assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas - Provita

Legislação Federal

- Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 - Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.
- Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000 - Regulamenta o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pelo art. 12 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e dispõe sobre a atuação da Polícia Federal nas hipóteses previstas nos arts. 2º, § 2º, 4º, § 2º, 5º, § 3º, e 15 da referida Lei.

Legislação Estadual

- Lei nº 13.495, de 5 de abril de 2000 - Institui o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Infrações Penais.
- Decreto nº 41.140, de 27 de junho de 2000 – Institui o Programa Estadual de proteção,

Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas – PROVITA/MG – e dá outras providências.

- Decreto nº 43.273, de 15 de abril de 2003 – Altera o Decreto estadual nº 41.140, de 27 de junho de 2.000, e dá outras providências.
- Lei nº 15.473, de 28 de janeiro de 2005 – Autoriza a criação do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte no Estado e dá outras providências.
- Lei nº 15.692, de 20 de julho de 2005 – Acrescenta dispositivos aos arts. 2º e 11 da Lei nº 13.495, de 5 de abril de 2000, que institui o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Infrações Penais.
- decreto nº 44.223, de 31 de janeiro de 2006 – Regulamenta a Lei nº 15.473, de 28 de janeiro de 2005, que dispõe sobre o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte no Estado de Minas Gerais – PPCAAM.

Diversidade Sexual

- Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
- Instrução Normativa/INSS/DC nº 50, de 08 de maio de 2001.
- Lei nº 14170/2002 (Estado de Minas Gerais) - Determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual.
- Decreto 43683/2003 (Estado de Minas Gerais) - Regulamenta a Lei nº 14.170 de 15 de janeiro de 2002, que determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual.

Fiscalização da atividade policial

- Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 - Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.
- Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.
- Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 - Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre Normas Gerais para a Organização do Ministério Público dos Estados e dá outras Providências.
- Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.
- Lei nº 15.301/2004 (Estado de Minas Gerais) – Institui as carreiras do Grupo de Atividades de Defesa Social do Poder Executivo.

- Resolução do CNMP nº 20, de 28 de Maio de 2007 - Regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

Documentos não vinculantes das Nações Unidas: (disponíveis no site: www.obcbr.org)

- Princípios Básicos sobre o Emprego da Força e de Armas de Fogo por Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (1990)
- Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (1979)

Endereços e telefones úteis

Corregedoria-Geral de Polícia Civil
Rua Andaluzita, 131, 6º andar, Cruzeiro – CAPITAL
CEP: 30310-030
Tel.: 3289 7166

Corregedoria da Polícia Militar
Rua Andaluzita, 131, 9º andar, Cruzeiro – CAPITAL
CEP: 30310-030
Tel.: 3289 7151 – Fax: 3289 7088/89

Corregedoria da SEDS (Secretaria de Estado de Defesa Social)
Rua Andaluzita, 131, 1º andar, Cruzeiro – CAPITAL
CEP: 30310-030
Tel.: 3289 7005 – Fax: 3289 7004
e-mail: dcp@defesasocial.mpg.gov.br

Ouvidoria de Polícia
Av. Amazonas, 91, 4º andar, Centro - CAPITAL
CEP: 30180-000
Tel.: 3237 7789

SEDESE/Provita
Rua Martim de Carvalho, 94 – 9º andar
Santo Agostinho – CAPITAL
CEP 30190-090
Telefax: 31 33484210

Comissão de Direitos Humanos - ALMG
Rua Rodrigues Caldas, 30 – Gabinete 106
Santo Agostinho – CAPITAL
CEP: 30190-921
Tel.: 31 2108 7245

Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos (CONEDH)
Rua da Bahia, 1.148, 3º andar, Centro - CAPITAL
CEP: 30160-011
Tel.: 3224 6967

1.14 - JURISPRUDÊNCIA

Da Prisão Preventiva

No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. (STF, 2a Turma - RHC 65.043 - rel. Min. Carlos Madeira in RTJ 124/1033)

A prisão preventiva pode ter como fundamento a garantia da ordem pública. A constrição ao exercício do direito de liberdade é justificada cautelarmente, a fim de evitar repetição de conduta delituosa ou reagir a vilania do comportamento delituoso, que, por suas características, gera vigorosa reação social. (STJ, RHC 2775-4, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 13/09/93)

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PARA APURAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA- DECISÃO JUDICIAL BEM FUNDAMENTADA - NECESSIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL ADOTADA PARA A GARANTIA DA MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL - AUSÊNCIA DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS Nº 1.0000.07.449127-5/000 - COMARCA DE RIO CASCA - PACIENTE(S): HELIO JACINTO GOMES - AUTORID COATORA: JD COMARCA RIO CASCA - RELATOR: EXMO. SR. DES. SÉRGIO RESENDE

Da Constitucionalidade da Lei Maria da Penha

Na Apelação Criminal nº 1.0672.07.245986-6/001, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relator o Exmo. Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho, com o qual votaram de acordo os Desembargadores Maria Celeste Porto e Pedro Vergara, votou expressando a integral constitucionalidade da Lei nº 11.340/06, o que reproduzimos em parte: 'Com estas considerações, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MINISTERIAL PARA DECLARAR INCIDENTALMENTE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº11.340/06 TAMBÉM DENOMINADA LEI MARIA DA PENHA, CONFIRMANDO A VIGÊNCIA DE TODOS OS SEUS DISPOSITIVOS LEGAIS, DETERMINANDO AO MAGISTRADO MONOCRÁTICO A ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES REQUERIDAS, AFASTADO O ARGUMENTO DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA POR VIOLAÇÃO À CARTA MAGNA, PODENDO, SE ENTENDER NECESSÁRIO, DILIGENCIAR PARA INSTRUIR MELHOR O FEITO'.

Crime de Lesão Corporal Leve e de Ação Pública Incondicionada

I EMENTA – PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA

DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. LEI nº 9.099/95. INAPLICABILIDADE. A Lei nº 11.340/06 é clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ordem denegada. HABEAS CORPUS nº 84.831 - RJ (2007/0135839-3) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER IMPETRANTE: André Luiz de Felice Souza - Defensor Público Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Paciente: Marcos Enes Cardoso - QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por Unanimidade, 27 de março de 2008. (grifo nosso)

Dele se extrai:

EMENTA: "Habeas corpus". Art. 129, § 9º, do Código Penal, nos termos da Lei nº 11.343/2006. Pedido defensivo de que seja observada a possibilidade de audiência de conciliação prévia ou, alternativamente, a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95. Pedido ainda de suspensão do feito até o julgamento do "writ". Liminar concedida. Quanto aos pleitos defensivos, não merecem provimento. A Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo claro de coibir a violência cometida contra a mulher em seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade. A inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 foi expressamente determinada neste Novo Diploma, em seu art. 41, de forma a afastar, de vez, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, que não vinham atendendo aos reclamos sociais. Ordem que se denega, cassando-se a liminar deferida, para que o feito prossiga em seus trâmites normais (fl. 45). [...]

"Improcedente é, no mais, a alegação do paciente de que estaria a sofrer constrangimento ilegal por não ter sido designada audiência prévia de conciliação. O art.16 da Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de realização dessa audiência apenas para os crimes de ação pública condicionada. Até o advento da Lei nº 9.099/95, na persecução criminal de lesão corporal leve, se procedia mediante ação pública incondicionada. A Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 88, passou, entretanto, a dispor que a ação penal, para esse crime, dependeria de representação para ser iniciada. Ocorre que, como visto, o art. 41 da Lei nº 11.340/06 afastou, de modo categórico, a incidência da Lei nº 9.099/95. Por isso, há de se considerar nos casos de lesão corporal, com violência doméstica, que a ação penal será pública incondicionada, consoante previsto no próprio Código Penal. É, portanto, incompatível com o procedimento adotado para a persecução do crime atribuído ao paciente, a realização de sobredita audiência.

II - No Conflito Negativo De Jurisdição, Nº 1.0000.07.449600-1/000, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relatora a Exmª. Srª. Desª. Maria Celeste Porto, com a qual votaram de acordo os Desembargadores: Vieira De Brito e Hélcio Valentim, votou expressando a incondicionalidade da Ação Penal quanto aos delitos de Lesão Corporal, o que reproduzimos em parte:

'enquadramento de tal conduta na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), porquanto a mesma, em sendo mais gravosa, só se aplicaria a delitos cometidos após sua entrada em vigor (dia 22/9/06). De fato, esse novo instrumento jurídico-penal, que embora não tenha criado nenhuma figura penal nova, trouxe consideráveis mudanças na legislação penal e processual penal relativas a delitos praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, e surgiu para atender ao mandamento constitucional do § 8º, do art. 226, e também para satisfazer os termos da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação da mulher, de 1979, ratificada pelo Brasil em 01.02.84. Assim, com o intuito de coibir a prática de crimes dessa natureza criou normas mais rigorosas, tais como, retirou os crimes do âmbito de incidência da Lei dos Juizados (Lei nº 9099/95); proibiu a aplicação de penas ou medidas alternativas previstas nessa lei, tais como cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa; *a lesão corporal dolosa simples nestas hipóteses passou a ser pública incondicionada, etc.* Como se vê, esse novo instrumento legal, por ser indiscutivelmente mais severo, só se aplica aos fatos praticados a partir do seu advento, e o processamento das condutas anteriores a essa data permanecerão sob a égide da lei anterior, com possibilidade de transação etc, nos seus juízos de origem. A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XL, preceitua que “a Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. E o art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos ratifica: “Ninguém pode ser condenado por suas ações ou omissões que, no momento de sua realização, não eram consideradas delitivas segundo o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave do que a aplicável no momento do cometimento do delito. Se, posteriormente ao cometimento do delito, a lei a este impuser uma pena mais leve, o delinqüente disto deverá beneficiar-se”.

II -TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO:

EMENTA: - PROCESSO PENAL. Imputação ao acusado de cometimento dos crimes de lesões corporais e de ameaça, contra sua amásia. (a) Alegação de nulidade ante a não designação da audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/06. Afastamento. Primeiro, porque não se aplica ao crime de lesão corporal. Destarte, o crime de lesão corporal, quando cometido nas circunstâncias enunciadas no novo estatuto, é de ação pública incondicionada. Independe da vontade da ofendida - (cf. art. 41 da Lei nº 11.340/06). Ainda, não há que se falar na nulidade proclamada, porque, sendo aplicável no que diz respeito ao crime de ameaça, a não designação de audiência não traz prejuízo ao apelante. Tal audiência está prevista em lei como uma garantia para a própria vítima, para dificultar que seja coagida a desistir da representação já manifestada. Seria designada a requerimento da vítima ou com a finalidade de confirmar sua retratação espontânea e anteriormente firmada em sede de Inquérito

Policial. f) Alegação de nulidade por falta de fundamentação da sentença no tocante à fixação do regime inicial de cumprimento de pena e à não substituição desta por pena restritiva de direitos. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. A r. sentença recorrida, nada obstante sucinta, tem fundamentação, nos exatos termos do art. 381, incisos III, do CPP e não pode ser confundida com sentença sem fundamentação. II - DIREITO PENAL. Crimes de lesões corporais e de ameaça. Contra mulher. Materialidade das lesões corporais devidamente comprovada, bem como a autoria, em relação aos dois delitos. Sentença condenatória mantida. NÃO PROVIMENTO DO APELO. Apelação Criminal 10667643100 - **Relator(a):** Eduardo Braga - **Órgão julgador:** 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - **Data do julgamento:** 16/10/2007 - **Data de registro:** 26/10/2007.

III- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS:

Órgão SEGUNDA TURMA CRIMINAL – TJDF – HBC – HABEAS CORPUS nº. Processo 2007.00.2.004002-2 - *Impetrantes* JOSÉ ALFREDO GAZE DE FRANÇA, CYNTHIA DE LACERDA BORGES - *Paciente* GILBERTO DE SOUZA DOURADO – EMENTA - HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CONTEÚDO POLÍTICO E SOCIAL DA LEI Nº11.340/2006. *DELITOS DE LESÕES CORPORAIS LEVES E LESÕES CULPOSAS. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROTEÇÃO À FAMÍLIA. EFETIVIDADE DA LEI. ORDEM DENEGADA.* 1. O art. 1º da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha enuncia o conteúdo político social da recém norma editada, em atenção aos reclamos de ontem da sociedade brasileira ante o elevado índice de casos de violência contra a mulher no seio familiar e doméstico, exigindo uma resposta penal eficaz do Estado. 2. A sociedade há muito tempo sente-se incomodada com as práticas violentas no seio familiar contra a mulher, cujas medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95 não foram suficientes para coibir e prevenir a violência contra a mulher. 3. A exegese que confere efetividade à repressão aos crimes de violência doméstica contra a mulher nos casos de lesões corporais leves e lesões culposas é o da não vinculação da atuação do Ministério Público ao interesse exclusivo da ofendida tal como previsto no art. 88 da Lei nº 9.099/95. 4. Na busca da concretização dos fins propostos pela Lei nº 11.340/2006 prevalece o interesse público traduzido na coibição de violência doméstica, lastreada na garantia constitucional de ampla proteção à família e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 5. *Essa orientação permite a compreensão do alcance, sentido e significado dos arts. 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 para reconhecer que os delitos de lesão corporal simples e lesão culposa cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher são de ação pública incondicionada, reservando-se à aplicação do art. 16 àqueles crimes em que a atuação do Ministério Público fica vinculada ao interesse privado da vítima em punir o seu ofensor.* 6. Ordem denegada. ACÓRDÃO -

Acordam os Desembargadores da *SEGUNDA TURMA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO – Relatora, APARECIDA FERNANDES e ROMÃO C. DE OLIVEIRA – Vogal, sob a presidência do Desembargador ROMÃO C. DE OLIVEIRA, em DENEGAR A ORDEM. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. *Brasília-DF*, 28 de junho de 2007. (grifo nosso)

IV- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS:

Habeas Corpus. Lei nº 11.340/06. *Lesão Corporal Leve*. Ausência de Representação da Vítima Antes do Recebimento da Denúncia. Nulidade. Inocorrência. *Crime de Ação Penal Pública Incondicionada*. A Lei nº 11.340/06 afastou, por completo, a aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, incluindo a exigência de representação assinalada no art. 88, para que a vítima não mais sintasse pressionada a abrir mão do direito de processar o seu agressor. *A lesão corporal culposa e dolosa simples contra mulher em ambiente doméstica, familiar ou íntima, passou a ser, desde a edição da Lei Maria da Penha, de ação penal pública incondicionada, sendo, por isso, de todo descabido, que o magistrado, antes do recebimento da denúncia, intime a vítima para manifestar-se sobre eventual desejo de processar o seu agressor*. Ordem denegada. *Habeas-Corpus* nº 30.479-1/217 (200704548318), 2ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS (TJGO). ACÓRDÃO DO DIA 06/01/2008.

V- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO:

EMENTA: LESÃO CORPORAL LEVE QUALIFICADA (ART. 129, §9º DO CP) - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI Nº 11.340/2006) - PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE - RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - CONSTRAINGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. O trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de caráter excepcional, só mostrando-se cabível na via estreita do *writ* quando se comprove *primus ictus oculi*, de modo inequívoco, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não demonstradas na hipótese em exame. Com o advento da Lei nº 11.340/2006 o crime de lesão corporal leve que implique em VIOLÊNCIA DOMÉSTICA contra a mulher (art. 129, § 9º, do CP) passou ser de ação penal pública incondicionada, tornando-se a retratação da vítima, portanto, insuficiente para justificar o arquivamento da ação. *HABEAS CORPUS* - IMPETRANTE(S): DR. ANTONIO FERNANDO FERREIRA NOGUEIRA - PACIENTE(S): A. L. P. P. - Número do Protocolo: 44813/2007 - Data de Julgamento: 19/6/2007 PRIMEIRA CÂMARA

CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência da DESA. SHELMA LOMBARDI DE KATO, por meio da Turma Julgadora, composta pelo DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA (Relator), DRA. GRACIEMA R. DE CARAVELLAS (1ª Vogal) e DESA. SHELMA LOMBARDI DE KATO (2ª Vogal), proferiu a seguinte decisão: À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM. O PARECER É PELA DENEGAÇÃO.

4) AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI nº 11.340 É DESNECESSÁRIA QUANDO NÃO HÁ NOTÍCIA DE QUE A VITIMA QUEIRA SE RETRATAR.

I-CORREICAO PARCIAL. RECLAMACAO. VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR. REPRESENTACAO DA OFENDIDA. RETRATAACAO. *INEXISTENCIA. AUDIENCIA PARA RATIFICACAO. DESNECESSIDADE*. 1 - NOS CRIMES PRATICADOS COM VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, *OFERECIDA A REPRESENTACAO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL E DESDE QUE INEXISTENTE MANIFESTACAO EXPRESSA OU TACITA DE QUE A OFENDIDA PRETENDE RETRATAR-SE, O JUIZ DEVE, DE PRONTO, DELIBERAR A RESPEITO DA DENUNCIA OFERTADA CONTRA O AGRSSOR*. 2 - A AUDIENCIA DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI Nº. 11.340/06 SO E NECESSARIA QUANDO A VITIMA DEMONSTRA SEU INTERESSE EM RETRATAR-SE DA REPRESENTACAO, SENDO DESNECESSARIA SUA REALIZACAO PARA RATIFICAR A REPRESENTACAO JA OFERECIDA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. 3 - RECLAMACAO IMPROVIDA. ACORDAM OS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR SUA SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, NA CONFORMIDADE DA ATA DO JULGAMENTO E ACOLHENDO O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTICA, A UNANIMIDADE, CONHECER DA CORREICAO E A IMPROVER, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. 2A CAMARA CRIMINAL Goiânia - DJ 15070 de 24/08/2007 Recurso: 41-5/322 - CORREICAO PARCIAL Processo 200702266668 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12A VARA CRIMINAL.

II - CORREICAO PARCIAL. CRIME DE VIOLENCIA DOMESTICA. REALIZACAO DE AUDIENCIA PRELIMINAR. ART. 16 DA LEI nº 11.340/06. IMPOSSIBILIDADE. REPRESENTACAO. AUSENCIA DE RETRATAACAO. A AUDIENCIA ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENUNCIA, DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA, OBJETIVA A CONVALIDACAO DE ATO VOLITIVO DE ABDICACAO DE DIREITO EXERCIDO ANTERIORMENTE PELA OFENDIDA COM FITO NA EXTINCAO DA PUNIBILIDADE DO SEU AGRSSOR, SENDO IMPRESCINDIVEL PARA A SUA REALIZACAO A RETRATAACAO DA REPRESENTACAO DA VITIMA NA FASE PREPROCESSUAL. CORREICAO PARCIAL INDEFERIDA, A UNANIMIDADE DE VOTOS. ACORDAM OS INTEGRANTES DA PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR VOTACAO UNIFORME, ACOLHENDO O PARECER MINISTERIAL, EM CONHECER E INDEFERIR A PRESENTE CORREICAO PARCIAL, NOS

TERMOS DO VOTO DO RELATOR QUE A ESTE SE INCORPORA. CUSTAS DE LEI. 1A CAMARA CRIMINAL GOIANIA DJ 15066 de 20/08/2007. Processo nº 200702266706 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12ª VARA CRIMINAL. Recurso 42-3/322 - CORREICAO PARCIAL.

III -CORREICAO PARCIAL. PEDIDO DE RECONSIDERACAO. NOS TERMOS DO ART. 16, DA LEI nº 11.340/06, NAS 'ACOES PENAIS PUBLICAS CONDICIONADAS A REPRESENTACAO DA OFENDIDA DE QUE TRATA ESTA LEI, SO SERÁ ADMITA A RENUNCIA A REPRESENTACAO PERANTE O JUIZ, EM AUDIENCIA ESPECIALMENTE DESIGNADA COM TAL FINALIDADE, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENUNCIA E OUVIDO O MINISTERIO PUBLICO'. DESTARTE, A AUDIENCIA MENCIONADA NAO E CONDICAO DE PROCEDIBILIDADE E APENAS DEVE SER REALIZADA SE A VITIMA MANIFESTAR DESEJO DE RETRATAR-SE. OCASIAO EM QUE SERA ORIENTADA PELAS AUTORIDADES MENCIONADAS DAS CONSEQUENCIAS DE SEU ATO. RECLAMACAO CONHECIDA E IMPROVIDA." "ACORDAM OS COMPONENTES DA TERCEIRA TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CAMARA CRIMINAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, A UNANIMIDADE DE VOTOS, ACOLHENDO O PARECER MINISTERIAL, EM CONHECER DA CORREICAO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. CUSTAS DE LEI. 2A CAMARA CRIMINAL GOIANIA DJ 15086 de 18/09/2007 Recurso 43-1/322 - CORREICAO PARCIAL Processo 200702290690 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12A VARA CRIMINAL.

Crime de Ameaça

AMEAÇA - Agente que profere palavras e faz gestos intimidativos, utilizando-se de facas - Configuração - Exclusão da imputabilidade pela embriaguez - Prova da dependência plena - Necessidade: - Inteligência: art. 147 do Código Penal - Configura-se o delito do art. 147 do CP na hipótese em que o agente profere palavras e faz gestos intimidativos, utilizando-se de facas contra a vítima que, temerosa, aciona imediatamente a Polícia, uma vez que demonstra, desse modo, ter levado a sério as ameaças irrogadas, sendo certo que a alegação de embriaguez não tem o condão de excluir a imputabilidade penal, porque presumida voluntária se inexistentes evidências, mesmo indiciárias, de dependência plena. - Ementa oficial: Ameaça. Autoria admitida pelo réu. Palavras e gestos intimidativos. Vítima, com 68 anos de idade, que ficou temerosa e foi procurar a polícia. Ação precedente. Pena aplicada com moderação. Apelo improvido. (Apelação nº 1.262.615/6, Julgado em 27/07/2001, 7ª Câmara, Relator: Pinheiro Franco, RJTACRIM 54/41) Desnecessidade de Testemunhas no Crime de Lesão Corporal Leve Praticado dentro do Lar, para o Oferecimento de Denúncia.

DENÚNCIA - Lesão corporal praticada pelo marido contra a esposa, no recôndito do lar - Peça clara que relata fato penalmente típico - Recebimento - Necessidade - Existência de testemunhas

- Irrelevância: - Deve ser recebida a denúncia pelo crime de lesão corporal na hipótese em que é clara ao descrever os fatos com todas as suas circunstâncias, relatando fato típico, com razoável supedâneo no termo circunstanciado, cujo teor conta com laudo de exame de corpo de delito, presente o fumus boni juris necessário para a instauração da Ação Penal, sendo desnecessária a existência de testemunhas presenciais, especialmente tratando-se de crime desta natureza, praticado pelo marido contra a esposa no recôndito do lar. (Apelação nº 1.252.641/7, Julgado em 10/04/2001, 14ª Câmara, Relator: San Juan França, RJTACRIM 54/69).

Da Responsabilidade Penal do Dependente Químico

RESPONSABILIDADE PENAL - Dependência química - Análise das condições em que o agente se encontrava ao tempo da ação ou omissão - Necessidade: - Inteligência: art. 98 do Código Penal - A dependência química, em si, não retira a responsabilidade penal do agente, devendo ser analisado em quais condições ele se encontrava ao tempo da ação ou omissão. (Apelação nº 1.266.993/3, Julgado em 11/07/2001, 6ª Câmara, Relatora: Angélica de Almeida, RJTACRIM 54/123) INCIDENTE DE VERIFICAÇÃO DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - Existência de elementos de dúvida sobre a capacidade penal - Instauração - Necessidade: - Inteligência: art. 16 da Lei Federal nº 6.368/76 - A instauração do incidente de verificação de dependência toxicológica é de prudente discricionariedade do Magistrado, mas, havendo elementos de dúvida sobre a capacidade penal, não existem argumentos que afastem a superior necessidade de averiguação do elemento básico da culpabilidade. (Apelação nº 1.254.981/2, Julgado em 03/04/2001, 3ª Câmara, Relator: Lagrasta Neto, RJTACRIM 53/127).

Aplicação do Sursis

SURSIS - Benefício mais favorável do que a pena alternativa - Ocorrência: - A aplicação do sursis é mais favorável ao réu do que a aplicação da pena alternativa. (Apelação nº 1.241.307/1, Julgado em 03/04/2001, 3ª Câmara, Relator: Ciro Campos, RJTACRIM 54/174).

Valor do Depoimento de Policiais

I - PROVA - Depoimento de Policiais - Valor: - Os depoimentos de Policiais devem ser aceitos como verdadeiros se possuem eco nos demais elementos trazidos para o bojo do Processo. (Apelação nº 1.247.431/9, Julgado em 05/03/2001, 12ª Câmara, Relator: Junqueira Sangirardi, RJTACRIM 53/56).

II- PROVA - Depoimento de Policial - Valor: - Inteligência: art. 10, caput, da Lei Federal nº 9437/97 - Os depoimentos dos Policiais, prestados sob compromisso e compatíveis com o conjunto probatório, merecem credibilidade, como o de qual-

quer pessoa, até prova em contrário. (Apelação nº 1.233.509/5, Julgado em 22/03/2001, 15ª Câmara, Relator: Vidal de Castro (Presidente), RJTACRIM 53/139).

III- PROVA — Palavras da vítima e de Policial — Valor: - Inteligência: art. 226 do Código de Processo Penal — Merecem total credibilidade as palavras da vítima e o depoimento de Policial quando guardam coerência e harmonia entre si. (Apelação nº 1.323.129/7, Julgado em 05/12/2002, 8ª Câmara, Relator: René Nunes, RJTACRIM 63/134).

2 – ATUAÇÃO ESPECIALIZADA

NOS CONFLITOS AGRÁRIOS/FUNDIÁRIOS

Procurador de Justiça Afonso Henrique de Miranda Teixeira

Procurador de Justiça Luís Carlos Martins Costa

Patrícia Guimaraes Botelho

Raquel Dias de Souza

2.1 – INTRODUÇÃO

O vexatório quadro fundiário do País sempre foi objeto de variados debates, notadamente por se apresentar como uma das mais cruéis causas da odiosa concentração da renda nacional, do êxodo rural e da conseqüente ocupação desordenada das capitais e de outros centros atrativos.

A concentração fundiária e a pujante prática agrícola da monocultura sinalizam um perverso quadro de comprometimento do adequado abastecimento alimentar, o que deve ser enfrentado pela sociedade brasileira no âmbito da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais atinentes, ponderando-se e harmonizando-se, notadamente, os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, os Direitos e Garantias Fundamentais, os Princípios Gerais da Atividade Econômica e o Meio Ambiente.

Com efeito, o Ministério Público Estadual, sempre na vanguarda da tutela dos direitos humanos primários, fez inserir em sua Lei Orgânica (v. art. 61, IV, Lei Complementar estadual nº 34/94, alterada pela Lei Complementar nº 61/01) as atribuições na área de conflitos agrários, no contexto da Promotoria Especializada de Defesa dos Direitos Humanos, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça criado o respectivo Centro de Apoio, visando precipuamente ao fiel cumprimento das honrosas missões atribuídas no art. 82, III, do Código de Processo Civil, com a alteração operada pela Lei nº 9.415/96.

Lado outro, atenta à necessidade do enfrentamento das questões agrárias no Estado, a Corte Superior do Tribunal de Justiça/MG, fazendo valer o preceito constitucional insculpido no art. 126 da CF, criou a Vara de Conflitos Agrários, com competência em todo o Estado de Minas Gerais, que foi regulamentada pela Resolução nº 398/2002, alterada pela Resolução nº 438/2004, objetivando a prestação jurisdicional uniforme no território mineiro.

Conseqüentemente, o Ministério Público, ao exercer o poder/dever outorgado pela sociedade no Pacto Social Supremo, “deve participar efetivamente do processo democrático, alinhando-se com os movimentos sociais, ser o canal das demandas sociais; ser instrumento de transformação social; seus promotores de justiça serem trabalhadores sociais”, como categoricamente afirma o brilhante e combativo Promotor Justiça Marcelo Pedroso Goulart¹⁰⁷, do Ministério Público do Estado de São Paulo, labuta oportunizada pela macrodestinação constitucional e pela mobilidade institucional.

Com tais premissas de atuação, o Ministério Público revela o quanto pode contribuir para as indispensáveis mudanças sociais, trabalhando nos efeitos, sem abstração das causas, sempre procurando reduzir as desigualdades que imperam nos cinco séculos de nossa existência.

2.2 – SÍNTESE DAS ATRIBUIÇÕES

Resumo das atribuições do Ministério Público especializado na resolução dos conflitos agrários/fundiários:

- I – intervir, desde o início, nas ações que envolvam litígios fundiários (Lei nº 6.383/76) e coletivos pela posse da terra rural, zelando pela observância dos direitos humanos dos rurícolas e de suas famílias, especialmente de crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência e gestantes;
- II – fiscalizar, nas áreas de conflito agrário, o cumprimento, de maneira cumulativa, dos requisitos relativos à função social da propriedade rural em questão;
- III – zelar pelo respeito ao meio ambiente nos locais de conflito fundiário, adotando as medidas necessárias com vista à preservação da função socioambiental da terra rural;
- IV – zelar pelo respeito à legislação trabalhista, notadamente no que concerne ao trabalho infantil, forçado e/ou em condições degradantes;
- V – atuar preventivamente na garantia da paz social, com o fim de coibir a violência no campo, valendo-se da instauração dos procedimentos legais, e adotar as medidas cabíveis;
- VI – mediar os conflitos agrários existentes, buscando solução conciliatória entre os envolvidos;
- VII – promover e defender os direitos humanos das pessoas acampadas e assentadas, adotando as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis;
- VIII – adotar medidas que assegurem o direito humano à terra rural e o direito humano à alimentação adequada;
- IX – desenvolver ações conjuntas com órgãos públicos e com entidades da sociedade civil visando à prevenção e mediação dos conflitos agrários.

¹⁰⁷ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia**. São Paulo: Direito, 1998.

2.3 – ATUAÇÃO NA ÁREA CÍVEL

2.3.1 – CONSIDERAÇÕES

A reforma agrária, política pública de grande relevo para a efetivação dos Princípios Fundamentais da República (arts. 1º, 3º e 4º da CF/88), dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º da CF/88) e dos Direitos Sociais (arts. 6º e 7º da CF/88), tem sido focada apenas em seu aspecto fundiário, ou seja, desapropriação de imóveis rurais com pagamento através de TDAs, parcelamento e implantação de assentamentos. Todavia, tal modelo tem encontrado diversos entraves, o que, por consequência, conduz à sua parcial ineficiência.

Lado outro, há que ser registrada a importância da agricultura familiar, que representa cerca de 10% do PIB nacional e produz 60% dos alimentos que chegam à mesa das famílias brasileiras, sendo o instituto jurídico da *posse* a principal fonte de obtenção e permanência no imóvel rural como meio de produção.

Com efeito, a atuação do Ministério Público nos conflitos coletivos pela posse da terra rural deve se dar no sentido de garantir aos trabalhadores rurais tutela jurisdicional fincada nos comandos constitucionais, especialmente no tocante à imperiosa observância do princípio da função social, possibilitando o acesso à posse da terra a milhares de famílias.

2.3.2 – ATUAÇÃO NOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

2.3.2.1 – LEGITIMAÇÃO INTERVENTIVA

Prefacialmente, impende registrar que a intervenção do Ministério Público nas ações que versam sobre conflito coletivo pela posse da terra rural é medida imposta por norma imperativa (*jus cogens*), que adveio com a alteração efetuada no art. 82, III, CPC, através da edição da Lei nº 9.415/96, impondo, por conseguinte, a nulidade do feito em caso de não-intervenção, em consonância com o que estabelece o art. 84, c/c o art. 246, também do CPC.

2.3.2.2 – CONFLITO COLETIVO PELA POSSE DA TERRA RURAL – CARACTERIZAÇÃO

A Lei nº 9.415/96 operou relevante alteração no art. 82, III, do Código de Processo Civil quando, em razão dos conflitos sociais caracterizados pela luta pela terra, consagrou a legitimação interventiva do Ministério Público nas lides que versem sobre conflito coletivo pela posse da terra rural.

Tal dispositivo não só estabelece os parâmetros ou condicionantes para a intervenção ministerial, mas também vem a determinar a competência do juízo, notadamente quando estamos diante da criação de Varas Estaduais de Conflitos Agrários, a exemplo

dos Estados de Minas Gerais, Pará, Santa Catarina, dentre outras unidades da Federação.

Destacam-se do dispositivo alguns elementos determinantes da legitimação interventiva no âmbito do chamado interesse social: conflito coletivo, posse e terra rural, sem afastar a intervenção em razão da hipossuficiência da parte.

O conflito coletivo caracteriza-se como uma modalidade de conflito social, a exemplo do que também ocorre com o chamado interesse individual homogêneo (v. art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), cuja característica mais efusiva consiste na pluralidade subjetiva de, pelo menos, uma das partes demandantes. No caso específico do que se convencionou chamar de conflitos agrários, temos por coletivo o conflito quando várias pessoas, unidas entre si por uma relação jurídica base, via de regra, através da constituição de movimentos sociais organizados, objetivam implementar a reforma agrária, possibilitando a todos o acesso a terra.

Com efeito, exige-se que a ocupação do imóvel rural decorra de unidade psicológica ou mobilização por movimentos sociais, a exemplo do que vem ocorrendo em alguns julgados, conforme se extrai do Feito nº 2.0000.00.471938-2/001 do TJMG, *in verbis*:

Tratando-se de conflito coletivo de terra rural, que se caracteriza por envolver grande número de possuidores num dos pólos passivos da relação processual, sendo comum a mobilização de trabalhadores pelos movimentos sociais, torna-se, senão impossível, extremamente dificultosa a identificação de todos os requeridos, sendo a exigência processual suprida pela citação editalícia de todos aqueles não identificados.

Portanto, o que qualifica determinado conflito como coletivo é, além da presença de uma pluralidade de pessoas em um dos pólos da relação processual, também a existência de um liame subjetivo entre elas, muitas vezes caracterizado por vinculações a movimentos sociais organizados, com o objetivo comum de ocuparem imóveis rurais, como instrumento de pressão para a implementação da reforma agrária. Há que ser exigida relativa concomitância ou continuidade nos atos de ocupação, de modo que as ações isoladas no tempo, sem nenhum vínculo ou relação com fato de origem comum, não caracterizariam a coletividade descrita na Lei.

A ocupação coletiva apresenta contorno de união na montagem do acampamento, na administração da área ocupada, como plantio, educação, vigilância, apresentando-se os ocupantes como integrantes de um grupo organizado e, inexoravelmente, voltado à reforma agrária.

A posse (de terra rural) caracteriza-se não somente por atos de exteriorização do domínio, dentro da concepção clássica do instituto, devendo ser analisados, ainda que em juízo de prelibação, os elementos a ela intrínsecos e caracterizadores da função social, princípio inserto na Constituição Federal de 1988 (art. 170, II) e minudenciado no art. 186 do aludido Pacto.

A norma também exige que o imóvel tenha a configuração de rural. O conceito de zona ou área rural é determinado por exclusão. Isso ocorre porque cabe ao município, através de lei, delimitar sua área urbana, sendo considerada rural toda a área excluída da zona urbana. Noutro giro, a caracterização do imóvel como rural pode decorrer da sua destinação, passando o urbano para a residualidade, em acatamento ao disposto no art. 4º, I, da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), *in verbis*:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se: I – Imóvel Rural, o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada; [...]

No que tange, especificamente, à intervenção do Ministério Público e à consequente modalidade interventiva, ainda há que ser destacada a freqüente hipossuficiência da parte passiva na lide, uma vez que, ordinariamente, constitui-se de pessoas que não gozam de direitos fundamentais primários e que buscam erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, iniciando tal sofrível caminhada com a ocupação de imóvel ou com a resistência para se manterem no espaço que ocupam, em frente aos poderosos interesses que envolvem os proprietários de bens imóveis em nosso País. A fragilidade detectada no âmbito do direito subjetivo/material há que ser transportada para o direito adjetivo/processual, de forma que seja buscado o desejado equilíbrio entre as partes, para que possam ser efetivados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2.3.2.3 – OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

- ação de Reintegração de Posse;
- ação de Manutenção de Posse; e
- ação de Interdito Proibitório.

Segundo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias:¹⁰⁸

Reintegração de posse: É o remédio processual adequado à restituição da posse àquele que a tenha perdido em razão de um esbulho, sendo privado do poder físico sobre a coisa. A pretensão contida na ação de reintegração de posse é a reposição do possuidor à situação progressa ao ato de

exclusão da posse, recuperando o poder fático de ingerência socioeconômica sobre a coisa.

Manutenção de posse: Se no esbulho há efetiva privação do exercício direto sobre a coisa, muitas vezes pode o possuidor ser perturbado ou severamente incomodado no exercício da posse, sem que tal agressão seja intensa o suficiente para excluí-lo do poder físico sobre o bem. O interdito de manutenção de posse pretende exatamente interromper a prática dos atos de turbação, impondo-se ao causador da moléstia a obrigação de abster-se da prática de atos contrários ao pleno e livre exercício da posse do autor, garantindo a permanência do estado de fato.

Interdito proibitório: O interdito proibitório pode ser conceituado como a defesa preventiva da posse, diante da ameaça de iminentes atos de turbação ou esbulho, objetivando impedir a consumação do ato de violência temido (art. 932, CPC). O possuidor, inibido pelo fundado receio de sofrer agressão próxima, dirige-se ao magistrado, a fim de pleitear uma liminar que obrigue o réu a abster-se de concretizar a agressão, mediante imposição de preceito proibitório, com a cominação de pena pecuniária – multa diária –, em caso de transgressão do preceito. (p. 129)

Para Humberto Theodoro Júnior:¹⁰⁹

Ação de reintegração de posse (antigo *interdictio recuperandae possessionis* dos romanos) tem como fito restituir o possuidor na posse, em caso de esbulho. Por esbulho deve-se entender a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo.

Ação de manutenção de posse (que corresponde aos *interdicta retinendae possessionis* do direito romano) destina-se a proteger o possuidor contra atos de turbação de sua posse. Seu objetivo é fazer cessar o ato do turbador, que molesta o exercício da posse, sem contudo eliminar a própria posse.

Interdito proibitório é uma proteção possessória preventiva, uma variação da ação de manutenção de posse, em que o possuidor é conservado na posse que detém e é assegurado contra moléstia apenas ameaçada.

Conforme Alexandre Freitas Câmara:¹¹⁰

A ação de reintegração de posse é a via adequada para obtenção de tutela da posse quando esta sofreu um esbulho. Define-se o esbulho como a moléstia à posse que *a exclui integralmente, de tal modo que o possuidor deixa de o ser*. Assim sendo, ocorre esbulho quando há perda total da posse, molestada injustamente por outrem.

¹⁰⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Procedimentos especiais. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 131.

¹¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. v.3. p. 388-389.

¹⁰⁸ ROSENVALD, Nelson, e FARIAS, Cristiano Chaves. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 122/129.

Será adequada a utilização da *ação de manutenção de posse* como forma de obter tutela da posse contra a turbação. Esta espécie de moléstia à posse pode ser definida como *todo ato praticado contra a vontade do possuidor, que lhe estorve o gozo da coisa possuída, sem dela o excluir completamente*. Difere a turbação do esbulho, pois, pelo fato de que neste ocorre a perda total da posse, enquanto naquela a posse se mantém, com as limitações impostas pela turbação.

É adequada a utilização do interdito proibitório quando ainda não ocorreu moléstia à posse do demandante, existindo apenas uma ameaça de esbulho ou turbação. Trata-se esta, pois, de demanda preventiva, destinada a impedir que a posse seja molestada, enquanto os outros dois interditos destinam-se a proteger uma posse já violada.

Para Sílvio de Salvo Venosa:¹¹¹

Ocorrendo esbulho, a ação é de reintegração de posse. Esbulho existe quando o possuidor fica injustamente privado da posse. Não é necessário que o desapossamento decorra de violência.

O interdito proibitório é utilizado para a simples ameaça à posse. A turbação é ofensa média à posse, socorrida pela ação de manutenção. O titular tem o exercício de sua posse prejudicado, embora não totalmente suprimido.

O interdito proibitório é remédio concedido ao possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse (art. 932 do CPC).

2.3.2.4 – ABORDAGEM CLÁSSICA DA POSSE

Em virtude, notadamente, da falta de especialização na prestação jurisdicional e da intervenção do Ministério Público, tivemos, por décadas, abordagens puramente privadas dos conflitos agrários/fundiários, aplicando-se indiscriminadamente o direito privado, ou seja, o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil vigente, procedimentos indesejáveis e de exclusão do Direito Agrário.

2.3.2.5 – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE (ARTS. 5º, XXIII, 170, III, E 186 DA CF/88)

A intervenção ministerial nos conflitos pela posse da terra rural deve pautar-se essencialmente pela verificação dos vetores de tal princípio, caracterizados pela produtividade, respeito à legislação ambiental e social, exploração voltada ao bem-estar dos proprietários e trabalhadores, ressaltando que tais comandos constitucionais são perfeitamente aplicáveis à seara possessória, tendo em vista que a Constituição Federal conhece da posse agrária, como se extrai do *caput* do seu art. 191.

Esclarece José Afonso da Silva que “[...] a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.¹¹²

Para Jaques Távora Afonsin:

À função social da propriedade, enquanto dever do proprietário ou do possuidor, corresponde o direito de todos os não-proprietários, especialmente dos mais necessitados, cujo acesso ao mesmo espaço titulado nunca deixa de estar potencialmente previsto como possível, na exata medida em que a dita função deixe de ser cumprida.¹¹³

Posto isso, como se extrai de vários despachos iniciais do Juízo de Conflitos Agrários de Minas Gerais, devem ser colacionados aos autos elementos probatórios, *v.g.*, no tocante à:

- produtividade do imóvel rural (art. 186, I, da CF/88, e arts. 6º e 9º, I, ambos da Lei nº 8.629/93), apresentando o respectivo Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) atualizado, bem como a ficha do gado porventura nele apascentado, seja ele do(s) requerente(s) ou do possuidor direto;
- situação ambiental do imóvel (art. 186, II, da CF/88 e art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.269/93), demonstrando se há averbação da reserva legal em certidões de inteiro teor das matrículas e/ou transcrições imobiliárias, bem como eventuais licenças ambientais para exploração da terra e da água, concedidas para si ou em favor do arrendatário;
- regularidade das relações trabalhistas (carteira de trabalho, recolhimento do INSS, etc) mantidas com os eventuais empregados que laboraram no imóvel, sejam ou não eles subordinados ao requerente (art. 186, III, da CF/88 e art. 9º, III, da Lei nº 8629/93);
- eventuais medidas implementadas no sentido do favorecimento da saúde, lazer e educação do requerente (proprietário, possuidor e/ou arrendatário) e dos trabalhadores (função bem-estar – art. 186, IV, da CF/88, e art. 9º, IV, da Lei nº 8.629/93).

¹¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 256.

¹¹³ ALFONSIN, Jaques Távora. Os conflitos possessórios e o Judiciário. Três reducionismos processuais de solução. *In: DRESCH DA SILVEIRA, Domingos Sávio e Xavier, Flávio Sant’anna (Org.). O Direito Agrário em debate*. Livraria do Advogado, POA, 1998. p. 280.

¹¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 128/130.

Também é necessário que se colacione aos autos planta de situação e localização do imóvel no respectivo município, com seus limites e confrontações (indicar as propriedades vizinhas), principais vias de acesso e o local onde se encontram efetivamente os requeridos, além de indicar as atividades agropastoris desenvolvidas pelo(s) requerente(s) – ou terceiros – em toda a área, identificando-as.

Com efeito, devem ser cientificados o INCRA, o Ministério do Trabalho, o IBAMA, o ITER, o IEF, o IGAM, a PMMG e a Polícia Ambiental local acerca do conflito instalado, solicitando-se à autarquia federal (INCRA) informações sobre a eventual existência de decreto expropriatório do imóvel rural e/ou procedimento administrativo de desapropriação; ao IBAMA e ao IEF informações acerca de eventual ocorrência de ilícito ambiental no imóvel; e ao IGAM informações quanto à regularidade do uso de recursos hídricos no imóvel.

De se registrar que, quando se constata *intensa produtividade do imóvel*, pode-se estar diante da chamada produtividade ilícita, uma vez que, ao se sacrificar o ser humano e/ou o meio ambiente, pode haver configuração de ilícito civil, caracterizado também pela teoria do abuso do direito ou prática de atos de emulação, instituto objetivamente consagrado no art. 187 do Código Civil de 2002. As hipóteses em testilha freqüentemente ocorrem em monoculturas (cana-de-açúcar, eucalipto, etc).

2.3.2.6 - COMPETÊNCIA/ATRIBUIÇÕES – RESOLUÇÃO Nº438/04/TJMG E LC Nº34/94

A competência para dirimir conflitos agrários no Estado de Minas Gerais é da Vara de Conflitos Agrários de Belo Horizonte, consoante o estabelecido na Resolução TJMG nº 438/2004, que prescreve, em seu art. 2º:

Art. 2º O Juiz de Direito da Vara de Conflitos Agrários, com sede em Belo Horizonte, tem jurisdição em todo o Estado de Minas Gerais e competência para processar e julgar as ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terras rurais, mencionadas no art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil, e as que lhe são conexas.

De se ressaltar que tal competência também abrange as chamadas ações discriminatórias concernentes a terras devolutas estaduais sobre as quais incidem conflito coletivo agrário.

As atribuições ministeriais para intervenção nos interditos possessórios pertinem à Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários de Belo Horizonte, que funciona junto ao aludido Juízo, tendo sido criada pela Lei Complementar nº 34/94, consoante o disposto em seu art. 61, IV, alterada pela LC nº 61/01.

2.3.2.7 – COMPETÊNCIA DA VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS DE BELO HORIZONTE, PELAS ATRIBUIÇÕES DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS E PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Devem os órgãos de execução locais e/ou Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários de Belo Horizonte, atentos a fatos tão relevantes socialmente, peticionar ao juízo no qual eventualmente tramite feito versando sobre conflito coletivo pela posse da terra rural, bem como respectivas discriminatórias, pleiteando o deslocamento da competência para a Vara Estadual de Conflitos Agrários, que tem competência absoluta *ratione materiae*, cientificando o Centro de Apoio Operacional de Conflitos Agrários.

Lado outro, há que ser observada a competência da Justiça Federal – que, em Minas Gerais, possui Vara Especializada (12ª Vara Federal de Belo Horizonte) – quando a hipótese fática convergir para o art. 109, I, da Constituição Federal. As situações mais comuns de competência da Justiça Federal são: a) expedição de decreto presidencial destinando o imóvel rural para fins de reforma agrária; b) existência de ação na Justiça Federal relativa ao imóvel objeto de conflito; c) manifestação da União demonstrando seu interesse na causa (v. Lei nº 9.469/97).

De registrar que compete à Justiça Federal *decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas* (Enunciado 150 da Súmula do STJ). Nesse prisma, perfaz-se de notória importância manifestação perante o juízo, requerendo a remessa dos autos à Justiça Federal, com a consequente revogação de eventual ordem judicial prolatada nos autos da possessória.

2.3.2.8 – OITIVA PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público deve ser previamente instado a manifestar-se diante de pleito de concessão de liminar, ou seja, antes do juízo de prelibação. Isso porque as liminares apresentam cunho satisfativo. Do contrário, a norma inculpada no art. 82, III, do CPC, que trata da intervenção obrigatória do Ministério Público, seria materialmente violada, caso tal intervenção ocorresse após o juízo antecipatório, pois seria praticamente ineficaz. Em face da existência de diversos julgados a esse respeito, a seguir colacionados, a Resolução nº 438/04-TJMG passou assim prescrever:

Art. 10. Recomenda-se, ressalvadas as situações de extrema urgência, a prévia oitiva do Ministério Público antes da decisão liminar, bem como no curso da lide, a cientificação dos órgãos envolvidos nos conflitos agrários, a fim de que possam prestar as informações pertinentes e eventual auxílio técnico administrativo para a composição dos conflitos.

2.3.2.9 – CONFLITOS POSSESSÓRIOS ENVOVENDO REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS

O regramento jurídico envolvendo a territorialidade dos remanescentes das comunidades quilombolas está previsto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe:

Art. 68 – Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o estado emitir-lhes o título respectivo.

Os arts. 215, § 1º, e 216, § 1º e § 5º, da CF/88 também tratam da questão, ao prescreverem:

Art. 215

[...]

§1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional;

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...];

§1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação [...];

§5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

À normatização transcrita também devem ser acrescidos os Decretos nº 4.887/2003 e nº 5.051/2004 e as disposições da IN nº 20/2005-INCRA.

A compreensão das questões respectivas deve passar necessariamente pelo processo hermenêutico, calcado na interpretação sistemática e teleológica, sobretudo dos dispositivos constitucionais, não bastando exegese literal, já que vinculada a investigações antropológica, sociológica e histórica. Nesse contexto, quilombo é mais que expressão geográfica na qual, em certa época, escravos ou não, foragidos ou não, resistiam a recaptura e se insurgiam contra o regime escravocrata e as perversas consequências. Ponto central que envolve a questão do território quilombola encontra-se na expressão *que estejam ocupando*.

Não se apresenta concebível que a Constituição Federal cingiu-se apenas aos aspectos temporal e espacial da questão quilombola, quando direta (art. 68, ADCT) e reflexamente (arts. 215, § 1º, e 216, §1º e § 5º) regulou a matéria; evidentemente, considerou os aspectos sociológicos e históricos (em analogia à ocupação dos índios). É preciso, portanto, identificar os remanescentes de quilombos e os próprios quilombos, vetores daquilo que a Consti-

tuição estabeleceu como que estejam ocupando (v. art. 2º do Decreto nº 4.887/03), de modo a envolver o território necessário ao pleno exercício dos direitos culturais e a difusão das manifestações culturais (art. 215, CF/88), bem como a proteção do patrimônio cultural tutelado (art. 216, CF/88).

Com efeito, a expressão *terras que estão ocupando* compreende o todo necessário à sobrevivência e também às manifestações culturais e religiosas dos remanescentes das comunidades quilombolas.

O próprio auto-reconhecimento deve revelar a extensão territorial tutelada pelo art. 68 do ADCT, dando de uma territorialidade cultural *sui generis*.

O texto constitucional prescreve “[...] é reconhecida a propriedade definitiva”, como inuidosa afirmação de propriedade antecedente, constituída pela ocupação e pela condição de ser remanescente de comunidade de quilombo, com oponibilidade erga omnes, como corolário típico dos direitos reais e da própria dimensão constitucional. Entretanto, o ordenamento jurídico impõe o reconhecimento coletivo da propriedade, por estarmos diante de remanescente de comunidade, caracterizada, também, pela indivisibilidade e inalienabilidade (v. art. 17, Decreto nº 4.887/03).

Quando o texto constitucional determina devendo o Estado *emitir-lhes os títulos respectivos*, impõe, evidentemente, um dever, prevalecendo sobre bens públicos e particulares.

A responsabilidade pela titulação, nessa linha, dependerá diretamente da respectiva competência administrativa sobre as terras ocupadas, quando públicas (v. art. 12, Dec. nº 4.887/03). Quando disser respeito a terras legitimamente registradas como de domínio particular, competirá à União e aos Estados a desapropriação por interesse social, com as respectivas indenizações das benfeitorias.

Sobre o tema, indica-se o laborioso e brilhante Parecer nº AGU/MC-1/2006, da lavra do ilustre Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, datado de 24 de novembro de 2006 e aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa.

Com tais considerações, tem-se que, após a identificação, reconhecimento, delimitação e demarcação da área, eventual conflito possessório haverá que ser solucionado observando-se a titularidade preexistente da propriedade. Devido ao notório interesse público incidente e à impossibilidade de ocorrência de prescrição aquisitiva, o pleito possessório aviado contra os indivíduos remanescentes de comunidade quilombola deverá ser julgado improcedente, restando ao “proprietário” indenização indireta, se hígido seu título.

Com efeito, nos conflitos coletivos envolvendo comunidade remanescente de quilombos, além da investigação quanto ao cumprimento da função social da propriedade/posse, deve-se colacionar elementos probatórios visando aquilatar a incidência, em especial, do art. 68, ADCT: auto-reconhecimento (Decreto nº 4.887/03), delimitação e demarcação do território pelo INCRA. Somente após a adoção das providências respectivas, poder-se-á exercer o juízo de prelibação na abordagem da liminar, se, por óbvio, pleiteada pela parte.

2.3.3 – ATUAÇÃO NOS FEITOS DOMINIAIS

O Ministério Público também deve intervir nas ações discriminatórias relativas a terras devolutas, observando que, caso versem a respeito de área sobre a qual incidam conflitos agrários, a competência será da Vara de Conflitos Agrários, devendo-se providenciar a remessa dos autos a tal juízo especializado. Em tais demandas fundiárias, deve ser observado o caráter de preferência e de prejudicialidade das ações discriminatórias sobre qualquer outra (art. 23 da Lei nº 6.386/76), bem como o ônus da prova quanto à higidez de seu domínio e o legítimo destaque do patrimônio público, que concerne ao particular, conforme consagrado na Apeção Cível nº 2001.01.00.031421-6/MG, TRF da 1ª Região, Relatora Selene Maria de Almeida, adiante colacionada.

2.4 – ATUAÇÃO NA ÁREA PENAL

2.4.1 – CONSIDERAÇÕES

A construção e a consolidação de uma sociedade democrática passam, necessariamente, por mudanças nos paradigmas econômicos correntes, notadamente quando a concentração da renda impinge significativa exclusão social. Constata-se que o compromisso pactuado no texto constitucional não tem logrado êxito finalístico, conduzindo a movimentações sociais de luta e tensão para a efetivação das diretrizes constitucionais, em especial as que se referem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse talante, há que ser destacado o papel dos movimentos sociais de trabalhadores rurais, que, em regra, buscam a concretização dos mandamentos constitucionais em franco embate contra a estrutura fundiária e a sublimação do alcunhado *agronegócio*.

Com efeito, alastram-se os chamados conflitos agrários, com reflexos, inclusive, na área urbana, cuja abordagem na seara civil já vem recebendo a impositiva formatação constitucional. Na *esfera penal*, urge enfrentarmos o desafio de conciliar os consecutórios gravosos da ordem repressiva penal com a correta exegese dos fatos atribuídos aos membros e às lideranças dos movimentos sociais ligados à terra, submetendo-os imperiosamente ao Pacto Social Supremo, como qualquer processo interpretativo

do direito objetivo. Nesse prisma, cogente se perfaz o enfrentamento da questão da penalização de tais ações individuais e coletivas, quando viabilizadoras dos princípios, direitos e garantias fundamentais, inexoravelmente postergados pelo Estado brasileiro por séculos e ainda sob a vigência da Constituição Cidadã de 1988. O aparente conflito entre as normas pertinentes à proteção do patrimônio e aquelas relativas ao princípio da dignidade humana deve ser dirimido, sobretudo, com a superação da intolerância e da discriminação, com a compatibilização entre os diversos regramentos do ordenamento jurídico sistematizado, com a exclusão da norma incompatível, em especial, com o ordenamento constitucional. Nesse sentido, o Direito penal deve ater-se às questões com pertinência e razoabilidade, ao ajustar a conduta à tipificação formal, sem esquecer-se da análise da tipicidade material, valorando a importância do bem-jurídico na situação concreta, para a consecução de seus nobres e relevantes objetivos. Assim, rechaçará a pecha de que sua finalidade precípua é a de manter o que está posto, abstraindo-se dos influxos sociais pulsantes e de conhecimento notório.

A propósito, lúcidas as lições de Luiz Roberto Barroso:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de *integridade moral* a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo. É um *respeito à criação*, independentemente da crença que se professe quanto à *sua origem*. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as *condições materiais de subsistência*. o desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua *afirmação* como o símbolo de um *novo tempo*. Ele representa a superação da *intolerância*, da *discriminação*, da *exclusão social*, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o *diferente*, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.¹¹⁴

Assim, o Direito penal *não pode ser visto como simples exercício de aplicação de penas a infratores, a que mantenha a ordem posta e não é instrumento do que está ditado. A fome não faz de famintos, criminosos*, na precisa abordagem de Cláudio Fontelles.¹¹⁵

2.4.2 – ATIPICIDADE NAS CONDUTAS DE OCUPAÇÃO

Na esfera penal dos conflitos possessórios, o direito seletivo tem encontrado vasto campo de atuação, impondo-se como instrumento de sobreposição do poder econômico, apresentando-se, portanto, como uma das perversas faces da violência.

¹¹⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**. PIP, nº 11, set./2001. p. 67.

¹¹⁵ FONTELLES, Cláudio. As Ocupações de Terras e o Direito Penal. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 12 e segs.

Aos trabalhadores rurais, no exercício da cidadania de chamar a atenção do Estado para a necessidade de concretização da reforma agrária, têm sido imputados, em regra, os seguintes fatos formalmente típicos:

- violação de domicílio – art. 150, CP;
- alteração de limites – art. 161, *caput*, CP;
- esbulho possessório – art. 161, II, CP;
- dano – art. 163, CP;
- apologia de crime ou criminoso – art. 287, CP;
- quadrilha ou bando – art. 288, CP;
- resistência – art. 329, CP;
- desobediência – art. 330, CP;
- exercício arbitrário das próprias razões – art. 345, CP;
- delito descrito no art. 20, *caput*, da Lei nº 4.947/66.

Entretanto, hoje não poucos têm se manifestado pela atipicidade de tais condutas, embasados em significativos pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Oportuno colacionarmos adiante trechos das brilhantes razões de arquivamento – confirmadas pela Procuradoria-Geral de Justiça – formuladas pelos cultos Promotores de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Apoio Comunitário e Conflitos Agrários da Capital, no emblemático inquérito policial (0093.03.003006-3), Comarca de Buritis/MG, instaurado em face da ocupação da Fazenda do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, no ano de 2002, os quais foram agraciados com o prêmio de melhor arrazoado forense, oferecido pela Associação Mineira do Ministério Público. A saber:

O que se extrai dos autos e dos objetivos do movimento social agrário ao qual pertencem os Denunciados (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), a ocupação teve por finalidade pressionar o governo a implementar programa de reforma agrária previsto na Constituição Federal (Título VII, Capítulo III), o que, como de conhecimento comum, constitui fim lícito e legítimo, expressão do direito de cidadania, conforme anunciado em alguns votos do Ministro Luís Vicente Cernicchiaro, no Superior Tribunal de Justiça, cujos trechos serão adiante transcritos.

Não bastasse, como de há muito é público e notório, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, ao contrário do que é veiculado pela chamada imprensa *chapa-branca*,¹¹⁶ é um movimento so-

cial agrário, de caráter nacional, que tem por finalidade, em apertada síntese, melhorar as condições de vida de todos os brasileiros, minorando as diferenças socioeconômicas e promovendo a justiça social, o que, segundo acreditam, será possível através da reforma agrária. Para atingir esse fim, o movimento tem, como forma de luta mais importante, a ocupação pacífica de terras que não atendam integralmente a função social (CF/88, art. 186). Cediço também que a reforma agrária só avançará se houver mobilizações massivas, com ocupações, com a luta direta, com a ação das massas. A propósito, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando ainda atento sociólogo, ensinava, de forma inesquecível, que as transformações políticas dependem da *rotinização* das lutas: “a ativação da sociedade urbano-industrial requer, mais do que nada, a substituição da ideologia do compromisso por outra que rotinize o conflito e permita legitimar socialmente a idéia de que sem movimento, luta e tensão será impossível fazer uma genuína transformação política”.¹¹⁷

De uma análise mais aprofundada e isenta do MST, importante ressaltar que, como movimento que pretende profunda transformação social, sua luta não acaba com a conquista da terra. Daí se constata a preocupação do movimento no setor de produção, com o desenvolvimento da cooperação agrícola; no setor de educação, com a formação de professores, a realização de programas de alfabetização, criação de escolas; no setor de direitos humanos, etc. Em última análise, infere-se com clareza solar a real pretensão do MST, qual seja:

[...] é a efetivação das diretrizes constitucionais, em atenção ainda aos princípios da dignidade humana e da cidadania, fundamentos da República (art. 1º, II e II, da Constituição), e aos seus objetivos fundamentais, tal como traçado no Texto Constitucional: construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem discriminações (art. 3º, I, III, e IV)¹¹⁸. E por ser legal, legítima e indispensável ao fortalecimento da própria democracia, sua atuação é reconhecida, inclusive internacionalmente, tendo o MST sido agraciado com o Prêmio Nobel Alternativo, concedido pela Fundação *The Right Livelihood Awards*, da Suécia, no Parlamento Sueco, em Estocolmo, em 9/12/91, por sua visão e trabalho que contribuiu para fazer a vida mais plena, dignificando nosso planeta e elevando a humanidade; com o Prêmio Interna-

Esses públicos são variados, mas neles se destaca a maioria composta pelos trabalhadores, pelos assalariados da classe média e pelas maiores marginalizadas” (cf., SOUZA, Eduardo Ferreira de. in *Do Silêncio à Satanização*. Revista Caros Amigos, jan./2002).

¹¹⁷ CARDOSO, F. H. *Autoritarismo e Democratização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

¹¹⁸ GARCIA, José Carlos. *De Sem-rostro a Cidadão*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

¹¹⁶ A propósito da conduta de tal imprensa, que, sempre a serviço das elites e do capital financeiro, vem buscando satanizar o MST e outros movimentos sociais congêneres, vale lembrar a antiga lição do professor Fernando Henrique Cardoso, que, já no ano de 1979, dizia, *in verbis*: “precisamos de uma política de comunicações sociais que levante com força a questão do controle do sistema de comunicações pelos públicos que sofrem o impacto dele.

cional Rei Balduino Para o Desenvolvimento 1996, concedido pelo Rei da Bélgica pelo papel essencial que esta associação desempenhou na execução da reforma agrária, permitindo, assim, através do regresso à terra, incentivar os mais desfavorecidos dos Brasileiros, dando-lhes um novo projeto de vida e uma dignidade recuperada.

Com o Prêmio Alceu Amoroso Lima na área de Direitos Humanos, concedido pelo Centro Alceu Amoroso Lima para a Liberdade, da Universidade Cândido Mendes (RJ) ao Setor de Educação do MST, em 16/08/1999; com o Prêmio Itaú-Unicef de Educação e Participação (2º lugar), em 11/12/1995, pelo programa de educação desenvolvido nos assentamentos da reforma agrária.

Com o Prêmio Paulo Freire de Compromisso Social, concedido pelo Conselho Federal de Psicologia de São Paulo, em 5/10/2000; entre outros “[...] Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República” (*Habeas Corpus* nº 5.574/SP. Rel. Ministro William Patterson. Julgamento em 8 de abril de 1997).

Do brilhante voto do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, extraímos:

A Constituição da República dedica o Capítulo III, do Título VII, à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização.

Na ampla arca dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.

A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político da sociedade, de outro gera direitos.

É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.

Reivindicar, por reivindicar, insista-se é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o princípio da proporcionalidade tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

A postulação da reforma agrária, manifestei, em *Habeas Corpus* anterior, não pode ser confundida, identificada com o esbulho possessório, ou a alteração de limites. Não se volta para usurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito. Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado há anos vem remetendo a implantação da reforma agrária.

Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o patrimônio. Indispensável a sensibilidade do Magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.

No *Habeas Corpus* nº 4.399-SP (STJ, 6ª Turma. Relator Ministro William Patterson. Julgamento em 12/03/1996), o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro já manifestara entendimento no mesmo sentido, como se vê de parte de seu voto:

O r. despacho de prisão preventiva, com fundamentação alentada, projeta uma realidade social. Divisou, na conduta da paciente a insubordinação às regras jurídicas. Do ponto de vista formal, isto acontece. Não, entretanto a configuração do esbulho possessório, ou de alteração de limites. O fato precisa ser analisado em seu contexto, coordenado à sua motivação. Aceito as considerações do MM. Juiz de Direito, encampadas pelo v. acórdão. Todavia, com o devido respeito, confiro-lhes configuração jurídica diferente. Invoque-se a Constituição da República, especificamente o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – cujo Capítulo II registra como programa a ser cumprido a Reforma Agrária (art. 184 usque 191).

Evidente, essa norma tem destinatário. E como destinatário, titular do direito (pelo menos – interesse) à concretização da mencionada reforma.

A demora (justificada, ou injustificada) da implantação gera reações, nem sempre cativas à extensão da norma jurídica.

A conduta do agente do esbulho possessório é substancialmente distinta da conduta da pessoa com interesse na reforma agrária.

Atualmente, a culpabilidade é cada vez mais invocada na Teoria Geral do Delito. A sua intensidade pode, inclusive, impedir a caracterização da infração penal.

No esbulho possessório, o agente dolosamente, investe contra a propriedade alheia, a fim de usufruir um de seus atributos (uso) ou alterar os limites do domínio para enriquecimento sem justa causa. No caso dos autos, ao contrário, diviso pressão social para concretização de um direito (pelo menos – interesse).

No primeiro caso, contraste de legalidade compreende aspectos material e formal.

No segundo, substancialmente, não há ilícito algum. Formalmente, e é só nesse nível, poder-se-á debater o *modus faciendi*. Esse debate tem seu foro próprio no julgamento do mérito da causa.

Aqui, e por ora, incumbe analisar o direito reclamado, qual seja de os Pacientes continuarem em liberdade.

A ordem pública precisa ser recebida no contexto histórico. E também assim o modo de atuação das pessoas.

É certo, evidente, se a lei (formalmente) é igual para todos, nem todos são iguais perante as leis.

Sabe-se, as chamadas classes sociais menos favorecidas não têm acesso político ao governo, a fim de conseguir preferência na implantação de programa posto na Constituição da República.

Quadrilha ou bando, a teor do disposto no art. 288 Código Penal é delito que visa a prática de crimes. Ordem pública, clamor público precisam ser recebidos com cautela. Podem ser gerados artificialmente, para dar a idéia de inquietação na sociedade.

Clamor público, ademais, não se confunde com reações (às vezes organizadas) de proprietários de áreas que possam vir a ser desapropriadas pela reforma agrária.

[...] Vejo a necessidade de reforma no referido despacho. Não vislumbro, substancialmente – não obstante o aspecto formal do respeitável despacho de prisão preventiva -, no caso concreto, demonstração de existência de crime de quadrilha ou bando, ou seja, infração penal em que se reúnem três ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes. Pode haver, do ponto de vista formal, diante do direito posto, insubordinação materialmente, entretanto, a ideologia da conduta não se dirige a perturbar, por perturbar a propriedade. Há sentido, finalidade diferente. Revela sentido amplo, socialmente de maior grandeza, qual seja a implantação da reforma agrária. Infelizmente, presos aos limites processuais – volto a dizer – sinto-me jungido, exclusivamente, a apreciar a negativa de liminar.

2.4.2.1 – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – ART. 150, CP

Violação de domicílio:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão casa compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão casa:

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do nº II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

De plano, é de ver-se que o próprio legislador penal, no § 4º do art. 150 do Código Penal, tomou como critério definidor de *casa a habitação* de qualquer compartimento, a *ocupação* de aposento de habitação coletiva e o “exercício” de profissão ou atividade em compartimento não aberto ao público, indicando que a intimidade protegida por esse preceptivo legal, que se encontra no Capítulo IV do Código Penal – e cuja *objetividade jurídica é a liberdade individual e não a propriedade* -, se estabelece pela *efetiva relação entre a pessoa e determinado espaço, a qual não se garante pela mera propriedade*. Daí já ter a jurisprudência penal, de modo iterado, decidido que: “A incriminação da violação do domicílio visa à proteção da moradia, e não o direito de propriedade, eis que é o interesse do Estado em garantir a liberdade individual, ou seja, o interesse reconhecido de cada um viver livre de qualquer intromissão em sua casa ou lar” (TACRIM-SP AC. Rel. José Habice. RJD 8/168). No mesmo sentido: TACRIM-SP AC. Rel. Azevedo Franceschini. JUTACRIM 1/48.

A sede da propriedade rural deve ser habitada por seus proprietários ou ser o local onde estes efetivamente exerçam suas atividades profissionais, de modo que se viole a intimidade. De todo modo, a prevalecer o equívoco de se achar que a mera propriedade faz presumir a relação de intimidade nascida da relação com o espaço, ter-se-ia que admitir que os mais abastados têm *mais intimidade* do que os menos aquinhoados, sendo certo que a intimidade é uma promanação da personalidade dos seres humanos, que são *iguais perante a lei*. Aliás, ainda no sentido de que a ocupação de propriedades rurais não configura o crime de violação de domicílio, já decidiram nossos tribunais: A propriedade rural não está compreendida no conceito de domicílio, por mais amplo que se considere (TACRIM-SP HC. Rel. Reis Freire. RT 516/357).

2.4.2.2 – ALTERAÇÃO DE LIMITES – ART. 161, CP

Alteração de limites:

Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

Para Roberto Delmanto Júnior, o delito em testilha:

[...] exige, para a sua configuração, o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de suprimir e des-

locar tapume, marco ou qualquer outro sinal de linha divisória, acrescido do seguinte elemento subjetivo expressamente exigido pelo tipo: para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia. Na atividade de ocupação de terras rurais, os trabalhadores [...] de forma alguma pretendem tomá-la para si... mas, sim de forçar o Governo a desapropriá-la, pagando a devida indenização, de acordo com o preconizado nos arts. 184 a 191, da Constituição da República, não há que se falar em ilícito penal contra a propriedade, muito embora possa restar configurado ilícito civil pela turbação ou esbulho... Por outro lado, é importante não confundir essa atividade com a atuação dos chamados grileiros, muitas vezes a mando de terceiros que invadem terras, inclusive do Estado, aí sim, para apoderar-se delas, perpetrando um verdadeiro crime contra a propriedade.¹¹⁹

2.4.2.3 – ESBULHO POSSESSÓRIO – ART. 161, § 1º, II, CP

Esbulho possessório:

II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3º Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Esse tipo penal constitui-se no mais comum na obtusa tentativa de marginalizar os trabalhadores rurais sem terra, daí, por conseguinte, haver inúmeros pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à atipicidade das condutas de ocupações, fundados, basicamente, na inexistência de elemento subjetivo do tipo, ou seja, intuito de esbulho, despojamento da posse ou desapossamento, com fins de enriquecimento ilícito, uma vez que imbuídos da intenção de pressionar o Estado para a realização da reforma agrária.¹²⁰

¹¹⁹ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **O movimento dos trabalhadores rurais sem terra em face do direito penal**. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 28, São Paulo: RT, 1999. Disponível em: <<http://www.delmanto.com>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

¹²⁰ Sobre o tema: Roberto Delmanto Júnior, obra citada; Rogério Greco. In: Curso de Direito Penal – Parte Especial, v. III, pág. 144, ed. Impetus, 3 ed., 2007; Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, *in* A ocupação coletiva em imóvel rural que não cumpre sua função social, Revista de Direito Comparado, v. I, agosto/2000; Afonso Henrique de Miranda Teixeira, In: A intervenção policial em questões possessórias - tese aprovada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público – Anais, Belo Horizonte, 2006; e STJ, no HC nº 5574/SP, 08/04/97.

2.4.2.4 – DANO – ART. 163, CP

Dano:

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

I - com violência à pessoa ou grave ameaça;

II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Bastante comum a lamentável prática de atribuir aos trabalhadores a conduta formalmente descrita de dano, embora, na hipótese, incidam a teoria da tipicidade conglobante, excluindo a tipicidade material, e a excludente da antijuridicidade, consistente no estado de necessidade.

Acerca do tema, Roberto Delmanto Júnior, na obra citada, colaciona irrefutáveis considerações sobre a inexistência do crime.

2.4.2.5 – APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO – ART. 287, CP

Apologia de crime ou criminoso: “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa”.

Tal delito, que pressupõe, por óbvio, fazer apologia, louvor, enaltecimento de fato criminoso ou de autor de crime, evidentemente não se restará configurado nas condutas relacionadas com as ocupações coletivas de imóveis rurais, uma vez que, como exaustivamente tratado, estamos diante de ações viabilizadoras de direitos fundamentais. Como consequência, não poderão ser alcançados por tal norma penal aqueles que, embora não participem das ocupações, externam seus pensamentos e entendimentos sobre as questões agrárias, bem como os líderes dos movimentos sociais rurais respectivos.

2.4.2.6 – QUADRILHA OU BANDO – ART. 288, CP

Quadrilha ou bando:

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

A imputação do delito formalmente previsto como o de formação de quadrilha ou bando também é freqüente aos trabalhadores rurais em decorrência de suas movimentações sociais para implantação da política pública da reforma agrária. Nesse sentido, consigna Roberto Delmanto Júnior na obra citada:

Aliás, a usual imputação de formação de quadrilha ou bando a membros de um movimento que tem fins legítimos e dos mais nobres, apoiado pela grande maioria da população, é a mais pernicioso de todas, sobretudo diante da gravidade de suas penas, a qual traz sérias implicações acerca das modalidades de prisão provisória, sem esquecer, também, que os seus eventuais líderes não podem ser objetivamente responsabilizados pelos excessos praticados por alguns sem terra durante uma invasão, em meio a centenas de milhares de miseráveis em situação idêntica.

Como expressamente previsto no tipo, é necessário associar-se, agregar-se ou unir-se para ou com a finalidade de cometimento de crimes. Configura-se, em tese, como delito formal – não necessitando, para a consumação, do cometimento de delito – e permanente, cuja consumação se protraí no tempo.

Na abordagem em testilha, como visto, os trabalhadores rurais associam-se para o exercício da cidadania, não para o cometimento de crimes. No mesmo sentido, sabemos da existência de movimentos sociais com mais de 20 anos de atuação pela reforma agrária, sendo que as lamentáveis tentativas de imputar tal prática delituosa aos trabalhadores rurais comumente ocorrem no momento em que acontece uma ocupação (quando esta está ocorrendo ou quando consumada). Daí por que se pode afirmar que o Direito penal tem sido usado para evitar manifestações sociais e proteger o patrimônio privado, em detrimento de direitos e garantias fundamentais emergentes do princípio da dignidade humana, como a liberdade de ir e vir e de associar-se.

A propósito:

Não caracterização de quadrilha ou bando – Movimento dos Sem Terra – Associação para a prática de crimes não comprovada – Invasão de propriedades com a finalidade de pressionar autoridades – Expediente que, apesar de perturbar a ordem pública, importa ilícito civil – Absolição mantida. (Ap. 272.550-3 – Andradina, 5ª C., rel. Dante Busana, 26.10.2000, v.u., JUBI 54/01). (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 940)

2.4.2.7 – RESISTÊNCIA – ART. 329, CP

Resistência:

Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Extraí-se do dispositivo que, para a configuração do crime em tela, é imprescindível que os trabalhadores rurais tenham recebido ordem judicial e que pratiquem violência ou ameaça contra o funcionário competente para executá-la, caracterizando conduta positiva ativa, o que afasta a possibilidade de ocorrência delitiva em caso de passividade, ainda que com o objetivo de que a ordem formal e substancialmente legal não seja cumprida.

Segundo os ensinamentos de Roberto Delmanto Júnior, na obra citada:

[...] para que este delito se configure, é necessário haver, por parte de quem tenha efetivamente recebido a ordem judicial para desocupar as terras invadidas, a prática de violência, em nosso entender, contra pessoa, ou, então, ameaça, que não se confunde com simples impérios, não tipificando esse crime a chamada *resistência passiva*, à qual recorria Mohandas Karamchand Gandhi, na luta a favor da independência e contra o racismo na Índia, entre 1915 a 1947.

Nesse sentido:

Resistência. Delito não configurado. Ausência de prova incontestada de que se tenha o acusado oposto com violência e ameaças à sua prisão. Absolição decretada. Inteligência do art. 329 do CP. É indispensável, para a configuração do crime de resistência, a prova incontestada de que o agente se opôs à realização do ato com violência e ameaças. Sem essa prova o crime não se define. (TJSP – RT 525/356).

2.4.2.8 – DESOBEDIÊNCIA – ART. 330, CP

Desobediência: Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Prefacialmente, insta ressaltar a necessidade de aprofundamento da análise do elemento subjetivo consistente no dolo. Na esmagadora maioria das vezes, as famílias contra as quais é dirigida a *ordem judicial* não tem para onde ir, sendo certo que, ainda que vivendo em precárias condições nos acampamentos, tem ali um atendimento mínimo às suas necessidades primárias, como moradia e alimentação.

Extraí-se do comando formal penal em testilha que o destinatário da norma é somente a quem a ordem judicial é dirigida, não havendo a possibilidade de alcançar eventuais líderes, em razão de que a responsabilidade penal é personalíssima.

2.4.2.9 – EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – ART. 345, CP

Exercício arbitrário das próprias razões:

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

A atipicidade do delito em foco também se impõe em relação às condutas de ocupação de imóveis rurais, seguindo a mesma linha de entendimento quanto aos demais tipos formais analisados, notadamente na abordagem do elemento subjetivo, na medida em que as ocupações de terras, em geral, visam a concretizar um direito que, embora deflua da Constituição Federal, depende inexoravelmente da atividade administrativa do poder público. Nesse giro, não se pode conceber o exercício arbitrário de um direito que ainda não foi efetivamente incorporado ao patrimônio de seu titular. De registrar ainda que se trata de delito de ação penal privada (salvo se houver emprego de violência contra a pessoa) e de menor potencial ofensivo, não admitindo, portanto, prisão em flagrante, quando o *autor* se compromete a comparecer ao Juizado Especial Criminal.

2.4.2.10 – DELITO DESCRITO NO ART. 20, CAPUT, DA LEI Nº 4.947/66

A Lei nº 4.947/66 fixa normas de Direito Agrário, estabelecido em seu art. 20:

Art. 20 – Invadir, com a intenção de ocupá-los, terras da União, dos Estados e dos Municípios.

Pena detenção de seis meses a três anos.

Parágrafo Único: Na mesma pena incorre quem, com idêntico propósito, invadir órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinadas a reforma agrária.

Mesmo diante de uma superficial análise do dispositivo em tela, verifica-se que, a exemplo do que também ocorre com o delito de esbulho, o elemento anímico consubstanciado na intenção de ocupar terras, aqui as públicas, é indispensável à caracterização e tipificação formal, o que, como visto, afasta sua incidência sobre as ações de movimentos sociais que visam à efetivação da reforma agrária, através do exercício do direito de pressionar os governos nas respectivas esferas.

O parágrafo único do aludido art. 20 da Lei nº 4.947/66, que fixa normas de direito agrário, faz expressa referência ao elemento anímico e, à evidência, dirige-se a potenciais sujeitos ativos que não sejam aqueles destinatários da reforma agrária, quais sejam, os diversos tomadores de terras públicas, conhecidos por grilheiros.

Sobre o tema:

Tratando-se de terras destinadas a assentamento, não há crime na ocupação praticada por trabalhadores rurais carentes de abrigo que lhes assegure condições mínimas de sobrevivência, circunstância que caracteriza estado de necessidade, a impor a concessão de 'habeas corpus' para trancamento da ação penal contra eles intentada. (HC 237.079, Rio Paranaíba, rel. Juiz Lamberto Sant'Anna, j. 03.06.1997).

2.4.3 – A INTERVENÇÃO POLICIAL EM QUESTÕES POSSESSÓRIAS

As movimentações de trabalhadores rurais com a nítida intenção de pressionar o estado a concretizar a tão sonhada reforma agrária não se consubstanciam em ilícitos penais, podendo converter-se em ilícitos civis, a serem eventualmente judicializados.

O desforço imediato, ou legítima defesa da posse, previsto no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, pressupõe o uso da própria força, ou seja, sem apelar para a autoridade.

Lado outro, os delitos atribuídos aos sem terra são, em regra, de menor potencial ofensivo, não se admitindo, portanto, a prisão em flagrante.

Por isso, conclui-se:

- a) os conflitos possessórios, em regra, não apresentam aspectos penais, razão pela qual, em princípio, não demandam a intervenção policial, já que se situam no âmbito do direito constitucional de exercício de legítima pressão para a implantação de políticas públicas e concretização de princípios norteadores do Pacto Social de 1988;
- b) a intervenção policial, nesses casos, somente poderá ocorrer havendo ordem judicial, ainda na hipótese do desforço imediato previsto no art. 1.210, § 1º, do Código Civil.

Sobre o tema, indica-se a leitura do artigo jurídico "A Intervenção Policial em Questões Possessórias", da lavra de Afonso Henrique de Miranda Teixeira, aprovado como tese no XVI Congresso Nacional do Ministério Público, publicada às fls. 499/507 dos *Anais – XVI Congresso Nacional do Ministério Público – Ministério Público e Justiça Social*.

Pressupondo, portanto, a existência de ordem judicial, ainda assim a ação do Oficial de Justiça e eventual auxílio da força policial devem ser revestidos de cautelas e procedimentos especiais. A esse respeito, em informações prestadas no Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.593.983-5/001, 18ª Câmara Cível do TJMG, o Juízo Agrário da Comarca de Belo Horizonte pontuou:

No campo da *experiência*, de cuja *vivência* poucos têm podido, com autoridade, doutrinar ou especular, pois seu conteúdo é de data nova, sabemos que o cumprimento de decisões drásticas

como a de desocupação liminar de grupos sociais organizados não é tarefa que se exaure no tempo de secar a tinta do comando inscrito. É lida para mais de mês ou meses, conforme a recalcitrância do movimento. É tarefa delicada a que a força policial se garante de pormenorizado planejamento e cuidadosa execução. Está em risco a incolumidade física e a dignidade humana de uma coletividade – mesmo que uma coletividade de ‘invasores’. Nisso não há revelado nenhum particular prestígio à conduta de qualquer das partes isoladamente, mas objetiva fazer cessar a violência insita ao conflito, no exercício das próprias razões.

Para o cumprimento de decisões judiciais, convém serem observadas as Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse Coletiva, formuladas em decorrência de reuniões realizadas no Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos, nos dias 22 de fevereiro e 11 de abril de 2008, que contaram com a participação de diversos representantes dos Estados Federados e que atuam na resolução de conflitos, nos seguintes termos:

- Da Autoridade Competente para Execução das Medidas

Havendo necessidade do uso da força pública para o cumprimento das ordens judiciais decorrentes de conflitos coletivos sobre a posse de terras rurais, os atos deverão ser executados com apoio da Polícia Militar e/ou Polícia Federal, observada a respectiva esfera de competência, em virtude da sua função institucional e do treinamento específico.

- Das Providências Iniciais

Ao receber a ordem de desocupação, o representante da unidade policial articulará com os demais órgãos da União, Estado e Município (Ministério Público, Inkra, Ouvidoria Agrária Regional do Inkra, Ouvidoria Agrária Estadual, Ouvidoria do Sistema de Segurança Pública, Comissões de Direitos Humanos, Prefeitura Municipal, Câmara Municipal, Ordem dos Advogados do Brasil, Delegacia de Polícia Agrária, Defensoria Pública, Conselho Tutelar e demais entidades envolvidas com a questão agrária/fundiária), para que se façam presentes durante as negociações e eventual operação de desocupação.

- Dos Limites da Ordem Judicial

O cumprimento da ordem judicial ficará limitado objetiva e subjetivamente ao que constar do respectivo mandado, não cabendo à força pública, responsável pela execução da ordem, ações como a destruição ou remoção de eventuais benfeitorias erigidas no local da desocupação.

A força pública limitar-se-á a dar segurança às autoridades e demais envolvidos na operação. Se o Oficial de Justiça pretender realizar ação que não esteja expressamente prevista no mandado, o co-

mandante suspenderá a operação, reportando-se imediatamente ao juízo competente. Trata-se de ato administrativo vinculado.

O comandante da operação tem direito de ter acesso ao mandado judicial que determinou a manutenção, reintegração ou busca e apreensão para conhecer os limites da ordem judicial.

- Da Documentação dos Atos de Desocupação

As operações deverão ser documentadas por filmagens, o que deve ser permitido pela polícia aos representantes de qualquer das entidades presentes ao ato.

- Do Planejamento e da Inspeção

A corporação responsável pelo cumprimento dos mandados judiciais de manutenção, reintegração e busca e apreensão promoverá o planejamento prévio à execução da medida, inspecionando o local e colhendo subsídios sobre a quantidade de pessoas que serão atingidas por ela, como crianças, adolescentes, mulheres grávidas, idosos e enfermos.

Considera-se iniciada a execução da ordem judicial a partir do momento em que forem levantados os dados para o planejamento.

As informações serão repassadas aos demais órgãos envolvidos com o cumprimento da medida, reportando-se ao Magistrado responsável pela expedição da ordem sempre que surgirem fatores adversos.

O responsável pelo fornecimento de apoio policial, com o intuito de melhor cumprir a ordem judicial, adotará as seguintes providências, com a participação dos demais envolvidos na solução do conflito: I - contactar os representantes dos ocupantes, para fins de esclarecimentos e prevenção de conflito; II - comunicar à Ouvidoria Agrária Regional do Inkra para tentar viabilizar área provisória para a qual os acampados possam ser removidos e prédios para eventual guarda de bens, bem como os meios necessários para a desocupação; III - comunicar ao Juiz eventual presença, no local, de pessoas estranhas às identificadas no mandado, requerendo-lhe orientações sobre os limites da ordem.

- Da Efetivação da Medida

As ordens judiciais serão cumpridas nos dias úteis, das 6 às 18 horas, podendo esse horário ser ultrapassado para a conclusão da operação. A autoridade policial responsável comunicará o cumprimento da medida judicial aos trabalhadores, ao requerente e aos demais envolvidos com antecedência mínima de 48 horas.

A comunicação deverá conter: I - a comarca, o juízo e a identificação do processo em que foi determinada a medida; II - o número de famílias instaladas na área a ser desocupada; III - a data e a hora em que

deverá ser realizada a desocupação; IV - a identificação das unidades policiais que atuarão no auxílio ao cumprimento da ordem judicial.

- Do Uso de Mão-de-Obra Privada para a Remoção

A polícia não permitirá, nem mesmo com utilização de mão-de-obra privada, desfazimento de benfeitorias existentes no local ou desmontagem de acampamento durante o cumprimento da ordem judicial, salvo pedido de retirada voluntária de objetos pelos desocupados da área objeto da lide.

- Do Uso de Meios Coercitivos para a Desocupação

A tropa responsável pela desocupação restringirá o uso de cães, cavalos ou armas de fogo, especificamente ao efetivo encarregado pela segurança da operação, controle e isolamento da área objeto da ação, devendo todo armamento utilizado na operação ser previamente identificado e acautelado individualmente.

Os policiais que participarem da operação devem estar devida e claramente identificados, de maneira que se torne possível sua individualização.

O uso de tropa dependerá de prévia disponibilização de apoio logístico, tais como assistência social, serviços médicos e transporte adequado, que deverá ser solicitado, por ofício, à autoridade judicial competente.

A tropa deverá ser orientada quanto aos limites do poder de polícia, com base no interesse social e na preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos, nos termos do art. 5º e seus respectivos incisos da Constituição Federal, observando-se que o direito de propriedade somente estará assegurado quando estiver cumprindo a função social (CF/88, art. 5º XXII e XXIII).

- Da Transparência das Informações

Toda informação sobre a execução de mandados judiciais de manutenção e reintegração de posse coletiva deve ser fornecida de forma clara, objetiva e concisa. As perguntas que forem feitas aos policiais deverão ser respondidas adequadamente.

- Da Conotação Social da Ação

O efetivo policial a ser lançado no terreno deve ser esclarecido sobre a ação a ser desenvolvida, com observação de que, apesar de ser de natureza judicial, tem conotação social, política e econômica, necessitando, em decorrência, de bom senso do policial para que sejam respeitados os direitos humanos e sociais dos ocupantes.

Os policiais devem ainda ser orientados sobre os limites do poder de polícia, com base no interesse

social e na preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos, nos termos do art. 5º e seus respectivos incisos da Constituição Federal.

- Do Relatório Final

Cumprido o mandado de manutenção, reintegração de posse ou busca e apreensão, o comandante da operação encaminhará ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a Ouvidoria Agrária Regional do Incra relatório circunstanciado sobre a execução da respectiva ordem.

De ressaltar a impertinência e inadequação formal da tentativa de atribuir-se o crime de desobediência (art. 330, CP) aos policiais instados pelo Poder Judiciário a cumprir ordem judicial, em face de eventual demora na execução, geralmente em decorrência do imprescindível planejamento. Isso porque tal delito está previsto no capítulo dos crimes perpetrados pelo *particular* contra a administração, o que, por óbvio, não ocorre. Poder-se-ia, em tese, incidir o delito de prevaricação (art. 319, CP), para o qual é exigido o elemento subjetivo consistente na satisfação de sentimento ou interesse pessoal, o que dificilmente ocorrerá em se tratando de cumprir ordem contra trabalhadores rurais sem terra. A propósito, confira-se *Ocupação coletiva em imóvel rural que não cumpre sua função social*, de Fernando A. N. Galvão da Rocha.

2.4.4 – COMBATE A FORMAÇÃO E AÇÕES DE MILÍCIAS

Na vertente penal dos conflitos agrários exsurtem lamentáveis condutas marginais e que se consubstanciam na formação de nítido estado paralelo, consistentes na formação de *milícias armadas* por parte de produtores e dos que se auto-intitulam *produtores rurais*, com o intuito de impedir movimentações sociais de trabalhadores rurais sem terra, em especial, de desocupar imóveis rurais utilizando-se, geralmente, de forte aparato de armas de fogo, inclusive de explosivos. Tais condutas, além de perniciosas e penalmente relevantes, subtraem da apreciação judiciária os complexos e pulsantes conflitos agrários/fundiários.

2.5 – ATUAÇÃO NA ESFERA DOS INTERESSES COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A promoção de medidas viabilizadoras de direitos fundamentais, como o acesso à educação, deve ser atizada mediante o instrumental objetivamente previsto na legislação, notadamente através da instauração de procedimentos preparatórios ou de inquéritos civis, que podem ensejar o ajustamento de conduta ou a propositura de ações civis. Nessa esfera de atuação, a aproximação com as áreas especializadas na defesa da criança e do adolescente e na do idoso apresenta-se com total pertinência e eficácia, a exemplo de ações já propostas objetivando a disponibilização de transporte escolar e/ou de unidades escolares na zona rural.

2.6 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Constituição da República – 1988

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

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

V – o pluralismo político.

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

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

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

[...]

XXII – É garantido o direito de propriedade:

[...]

XXXIII – A propriedade atenderá a sua função social.

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

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade privada; [...]

VII – redução das desigualdades sociais;

VIII – busca do pleno emprego.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação real, resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a pro-

priedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam a relação de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

[...]

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a

integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

ADCT

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Constituição Estadual de Minas Gerais – 1989

Art. 113 - O Juiz de Direito exerce a jurisdição comum estadual de primeiro grau e integra a carreira da magistratura nas comarcas e juízos e com a competência que a Lei de Organização e Divisão Judiciárias determinar.

Parágrafo único - Compete ao Juiz de Direito julgar mandado de injunção quando a norma regulamentadora for atribuição do Prefeito, da Câmara Municipal ou de sua Mesa Diretora, ou de autarquia ou fundação pública municipais.

Art. 114 - Para conhecer e julgar conflito fundiário, será, pelo Presidente do Tribunal de Justiça, designado Juiz de entrância especial, com competência exclusiva para questão agrária.

Parágrafo único - Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz se fará presente no local do litígio.

Fontes Históricas

LEIS

- *Lei de 26 de junho de 1375.* Obriga a prática da lavoura e o semeio da terra pelos proprietários, arrendatários, foreiros e outros, e dá outras providências.

RESOLUÇÕES

- *Resolução nº 76 – Reino – de consulta da mesa do Desembargo do Paço de 17 de julho de 1822.* Manda suspender a concessão de sesmarias futuras até a convocação da Assembléia Geral Constituinte.

ALVARÁS

- *Alvará de 3 de março de 1770* (Sesmarias – Procedimentos)
- *Alvará de 5 de outubro de 1795* (Diploma Final das Sesmarias)

CARTAS RÉGIAS

- *Carta Régia de 27 de dezembro de 1695.* Carta de Sua Majestade escrita ao Governador e Capitão Geral deste Estado, Dom João de Alencastro, sobre os ouvidores, criados de novo, examinare as sesmarias que se tem dado se estão cultivadas.
(Sesmarias – 4x1 légua = 2400 ha)
- *Carta Régia de 7 de dezembro de 1697.* Carta de Sua Majestade escrita ao Governador e Capitão Geral deste Estado, Dom João de Alencastro, sobre as sesmarias.
(Sesmarias – 3x1 légua)

Leis Complementares

- *Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993.* Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.
- *Lei Complementar nº 88, de 23 de dezembro de 1996.* Altera a redação dos arts. 5º, 6º, 10 e 17 da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.
- *Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998.* Institui o Fundo de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra, e dá outras providências.

Leis Ordinárias

- *Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 – Lei de Terras.* Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas

cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

Art. 1º - Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra. [...]

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo, não incursas em comisso por falta do cumprimento da condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei.

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimados por esta lei.

[...]

Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do respectivo posseiro.

- Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre a sua aplicação.

Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

- Lei nº 4.947, de 11 de abril de 1966. Fixa as normas de Direito Agrário, dispõe sobre o Sistema de Organização e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, e dá outras providências.
- Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o Código Florestal. (Texto consolidado com alterações posteriores)
- Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna, e dá outras providências.
- Lei nº 5.672, de 2 de julho de 1971. Modifica o § 2º do art. 10 da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966 (Normas de Direito Agrário), e o § 2º do art. 11 do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, que dispõe sobre o lançamento e cobrança do imposto sobre a propriedade territorial, e dá outras providências. (Revisão das áreas dos módulos e dos preços atribuídos à terra nua a pedido da administração pública ou entidades de classe.)
- Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências.
- Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Quadro das restrições para aquisição de terras por estrangeiros, incidentes sobre pessoas, imóveis e territórios.
- Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.
- Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972. Cria o Sistema Nacional de Cadastro Rural, e dá outras providências.
- Lei nº 5.954, de 3 de dezembro de 1973. Autoriza o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, a doar imóveis remanescentes de núcleos de colonização e de projetos de reforma agrária, nas condições que especifica.
- Lei nº 5.972, de 11 de dezembro de 1973. Regula o Procedimento para o Registro da Propriedade de Bens Imóveis Discriminados Administrativamente ou Possuídos pela União.
- Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto de Índio.
- Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.
- Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União, e dá outras providências.
- Lei nº 6.431, de 11 de julho de 1977. Autoriza a doação de porções de terras devolutas a municípios incluídos na região da Amazônia

Legal, para os fins que especifica, e dá outras providências.

- *Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979.* Dispõe sobre a Faixa de Fronteira, altera o Decreto-lei nº 1.135, de 3 de dezembro de 1970, e dá outras providências.
- *Lei nº 6.739, de 5 de dezembro de 1979.* Dispõe sobre a matrícula e o registro de imóveis rurais, e dá outras providências. (Cancelamento de registros. Situações jurídicas constituídas a que se refere o art. 5º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971).
- *Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979.* Altera o disposto nos arts. 49 e 50 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), e dá outras providências. (Tributação – ITR)
- *Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.* Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano, e dá outras Providências.
- *Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981.* Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental, e dá outras providências.
- *Lei nº 6.925, de 29 de junho de 1981.* Altera dispositivos do Decreto-lei nº 1.414, de 18 de agosto de 1975, e dá outras providências. (Ratificação de títulos expedidos pelos estados na Faixa de Fronteira e doação de áreas a municípios).
- *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.* Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.
- *Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981.* Dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, altera a redação do § 2º do art. 589 do Código Civil, e dá outras providências.
- *Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1989.* Estabelece medidas para proteção das florestas existentes nas nascentes dos rios e dá outras providências.
- *Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991.* Dispõe sobre a política agrícola.
- *Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.* Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

Art. 6º - Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.
[...]

Art. 8º - Ter-se-á como racional e adequado o aproveitamento de imóvel rural, quando esteja oficialmente destinado à execução de atividades de pesquisa e experimentação que objetivam o avanço tecnológico da agricultura.

Art. 9º - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo

graus e critérios estabelecidos nesta Lei, os seguintes requisitos:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

§ 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta Lei.

§ 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.

§ 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

§ 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais.

§ 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

- *Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996.* Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências.
- *Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.* Institui a Política Nacional de Recurso Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.
- *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.* Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências.
- *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.* Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
- *Lei nº 9.636, de 15 maio de 1998.* Dispõe sobre a regularização, administração, aforamen-

- to e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências.
- *Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.* Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.
 - *Lei nº 9.871, de 23 de novembro de 1999.* Estabelece prazo para as ratificações de concessões e alienações de terras feitas pelos Estados na faixa de fronteira, e dá outras providências.
 - *Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.* Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e dá outras providências.
 - *Lei nº 10.228, de 29 de maio de 2001.* Acrescenta artigo à Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política agrícola, a fim de estabelecer procedimentos relativos ao cadastramento e à recuperação de áreas desertificadas.
 - *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.* Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.
 - *Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001.* Altera dispositivos das Leis nº 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências.
 - *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Código Civil Brasileiro:

Art. 1228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[...]

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

Art. 1.196 – Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.210 – O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no caso de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

- *Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.* Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. (arts. 59, 66 e 67)
- *Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001.* Altera dispositivos das Leis nos 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências.
- *Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009.* Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências.

Nomas Estaduais

- *Lei nº 11.020, de 8 de janeiro de 1993.* Dispõe sobre as terras públicas e devolutas estaduais e dá outras providências.
- *Decreto nº 34.801, de 28 de junho de 1993.* Regulamenta a Lei nº 11.020, de 8 de janeiro de 1993, que dispõe sobre as terras públicas e devolutas estaduais e dá outras providências.
- *Deliberação Normativa COPAM nº 88, de 13 de setembro de 2005.* Dispõe sobre normas para o licenciamento ambiental nos projetos de assentamento para fins de reforma agrária e dá outras providências.
- *Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994.* Dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado e dá outras providências.
- *Lei Estadual nº 11.020, de 8 de janeiro de 1993.* Dispõe sobre as terras públicas e devolutas estaduais e dá outras providências.
- *Decreto nº 34.801, de 28 de junho de 1993.* Regulamenta a Lei nº 11.020, de 8 de janeiro de 1993, que dispõe sobre as terras públicas e devolutas estaduais e dá outras providências.
- *Deliberação Normativa COPAM nº 88, de 13 de setembro de 2005.* Dispõe sobre normas para o licenciamento ambiental nos projetos de assentamento para fins de reforma agrária e dá outras providências.
- *Resolução 438/TJMG, 24 de junho de 2004.* Altera a Resolução nº 398/2002, que regulamenta o funcionamento da Vara de Conflitos Agrários.

Decretos-Lei

- *Decreto-lei nº 0058, de 10 de dezembro de 1937.* Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações

- *Decreto-lei nº 1.968, de 17 de janeiro de 1940.* Regula as concessões de terras e vias de comunicação, bem como o estabelecimento de indústrias na faixa de fronteira.
 - *Decreto-lei nº 2.490, de 16 de agosto de 1940.* Estabelece novas normas para o aforamento dos terrenos de marinha e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 2.610, de 20 de setembro de 1940.* Interpreta disposições do decreto-lei nº 1.968, de 17 de janeiro de 1940, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.* Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.
 - *Decreto-lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941.* Esclarece e amplia o decreto-lei nº 2.490, de 16 de agosto de 1940.
 - *Decreto-lei nº 7.724, de 10 de julho de 1945.* Submete ao regime de aforamento as terras devolutas dentro da faixa de sessenta e seis quilômetros ao longo das fronteiras, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 7.916, de 30 de agosto de 1945.* Dispõe sobre a distribuição das terras devolutas nos Territórios Federais e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 9.063, de 15 de março de 1946.* Modifica a data de início da contagem do prazo a que se refere o § 1º do art. 2º do Decreto-lei nº 7.724, de 10 de julho de 1945.
 - *Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946.* Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966.* Altera dispositivos sobre lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, institui normas sobre arrecadação da Dívida Ativa correspondente, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 178, de 16 de fevereiro de 1967.* Dispõe sobre a cessão de imóveis da União Federal para as finalidades que especifica.
 - *Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.* Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo, e dá outras providências. (Concessão de direito real de uso).
 - *Decreto-lei nº 300, de 28 de fevereiro de 1967.* Dispõe sobre as penalidades pela falta de pagamento da contribuição sindical rural.
 - *Decreto-lei nº 494, de 10 de março de 1969.* Regulamenta o Ato Complementar nº 45, de 30 de janeiro de 1969, que dispõe sobre a aquisição de propriedade rural por estrangeiro.
 - *Decreto-lei nº 554, de 25 de abril de 1969.* Dispõe sobre desapropriação, por interesse social, de imóveis rurais para fins de reforma agrária, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 789, de 26 de agosto de 1969.* Dispõe sobre o enquadramento sindical rural e sobre o lançamento e recolhimento da contribuição sindical rural.
 - *Decreto-lei nº 1.110, de 9 de julho de 1970.* Cria o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), extingue o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (Ibra), o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda) e o Grupo Executivo da Reforma Agrária (Gera), e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971.* Declara indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura em cada lado do eixo de rodovias da Amazônia Legal, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 1.166, de 15 de abril de 1971.* Dispõe sobre enquadramento e contribuição sindical rural.
 - *Decreto-lei nº 1.175, de 11 de junho de 1971.* Dispõe sobre o recolhimento da contribuição sindical, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 1.179, de 6 de julho de 1971.* Institui o Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste (Proterra), altera a legislação do imposto de renda relativa a incentivos fiscais, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 1.414, de 18 de agosto de 1975.* Dispõe sobre o processo de ratificação das concessões e alienações de terras devolutas na Faixa de Fronteiras, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 1.766, de 28 de janeiro de 1980.* Dispõe sobre a dação de imóveis em pagamento de débitos relativos ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, à Taxa de Serviços Cadastrais, à Contribuição Sindical Rural, e à Contribuição de que trata o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.146, de 31 de dezembro de 1970, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 1.963, de 14 de outubro de 1982.* Dispõe sobre recursos do Programa Nacional de Política Fundiária, sobre financiamento de projetos de construção de casa para o trabalhador rural, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 1.989, de 28 de dezembro de 1982.* Dispõe sobre contribuição devida ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, e cálculo referente à taxa prevista no Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 2.375, de 24 de novembro de 1987.* Revoga o Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971, dispõe sobre terras públicas e dá outras providências.
 - *Decreto-lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987.* Dispõe sobre foros, laudêmios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União, e dá outras providências.
- Decretos**
- *Decreto de 25 de novembro de 1808.* Permite a concessão de sesmarias aos estrangeiros residentes no Brasil.

- *Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854.* Manda executar a Lei nº 601, de 18 de Setembro de 1850. (Terras Devolutas do Império)
- *Decreto nº 10.105, de 5 de março de 1913.* Aprova o novo regulamento de terras devolutas da União.
- *Decreto nº 61.435, de 3 de outubro de 1967.* Regulamenta o disposto na Seção III do Capítulo III, do Título III, arts. 84 a 86, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.
- *Decreto nº 62.504, de 8 de abril de 1968.* Regulamenta o art. 65 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, o art. 11 e parágrafos do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, e dá outras providências. (Desmembramento de Imóveis Rurais)
- *Decreto nº 63.058, de 30 de julho de 1968.* Regulamenta o art. 65 e seus parágrafos da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, combinado com o art. 11 do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966. (Concessão de financiamentos a herdeiros e legatários)
- *Decreto nº 68.153, de 1º de fevereiro de 1971.* Aprova o Regulamento Geral do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.
- *Decreto nº 68.524, de 16 de abril de 1971.* Dispõe sobre a participação da iniciativa privada na implantação de projetos de colonização nas zonas prioritárias para a Reforma Agrária, nas áreas do Programa de Integração nacional e nas terras devolutas da União na Amazônia Legal.
- *Decreto nº 72.106, de 18 de abril de 1973.* Regulamenta a Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, que institui o Sistema Nacional de Cadastro Rural, e dá outras providências.
- *Decreto nº 74.965, de 26 de novembro de 1974.* Regulamenta a Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, que dispõe sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País, ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil.
- *Decreto nº 80.511, de 7 de outubro de 1977.* Regulamenta a Lei nº 6.431, de 11 de julho de 1977, que autoriza a doação de porções de terras devolutas a municípios incluídos na região da Amazônia Legal, para os fins que especifica, e dá outras providências.
- *Decreto nº 82.935, de 26 de dezembro de 1978.* Dispõe sobre o dimensionamento do módulo rural para efeito de enquadramento sindical, e dá outras providências.
- *Decreto nº 84.685, de 6 de maio 1980.* Regulamenta a Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979, que trata do imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências.
- *Decreto nº 433, de 24 de janeiro de 1992.* Dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda.
- *Decreto nº 578, de 24 de junho de 1992.* Da nova regulamentação ao lançamento dos Títulos da Dívida Agrária.
- *Decreto nº 1.298, de 27 de outubro de 1994.* Aprova o Regulamento das Florestas Nacionais e dá outras providências.
- *Decreto nº 2.614, de 3 de junho de 1998.* Altera a redação do Decreto nº 433, de 24 de janeiro de 1992, que dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda.
- *Decreto nº 2.680, de 17 de julho de 1998.* Altera a redação e acresce dispositivo ao Decreto nº 433, de 24 de janeiro de 1992, que dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda.
- *Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999.* Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
- *Decreto nº 3.420, de 20 de abril de 2000.* Dispõe sobre a criação do Programa Nacional de Florestas – PNF, e dá outras providências.
- *Decreto nº 3.725, de 10 de janeiro de 2001.* Regulamenta a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, e dá outras providências.
- *Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002.* Regulamenta artigos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências.
- *Decreto nº 4.449, de 30 de outubro de 2002.* Regulamenta a Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001, que altera dispositivos das Leis nºs. 4.947, de 6 de abril de 1966; 5.868, de 12 de dezembro de 1972; 6.015, de 31 de dezembro de 1973; 6.739, de 5 de dezembro 1979; e 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências.
- *Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003.* Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PNPIR, e dá outras providências.
- *Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.* Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
- *Decreto nº 4.892, de 25 de novembro de 2003.* Regulamenta a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998, que criou o Fundo de Terras e da Reforma Agrária, e dá outras providências.
- *Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.* Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais.
- *Decreto nº 4449, de 30 de outubro de 2002.* Regulamenta a Lei nº 10267, de 28 de agosto de 2001, que altera dispositivos das Leis das

Leis nos. 4.947, de 6 de abril de 1966; 5.868, de 12 de dezembro de 1972; 6.015, de 31 de dezembro de 1973; 6.739, de 5 de dezembro de 1979, e 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências.

- Decreto nº 5570, de 31 de outubro de 2005. Dá nova redação a dispositivos do Decreto no 4.449, de 30 de outubro de 2002, e dá outras providências.

Instrução Normativa

- Instrução Normativa nº 49/2009 – INCRA. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.

Resolução

- Resolução CONAMA nº 387, de 27 de dezembro de 2006. Estabelece procedimentos para o licenciamento Ambiental de Projetos de Assentamentos de Reforma agrária, e dá outras providências.
- Resolução 438/TJMG, 24 de junho de 2004. Altera a Resolução nº 398/2002, que regulamenta o funcionamento da Vara de Conflitos Agrários.
- Resolução 620/TJMG, de 27 de novembro de 2009. Altera a competência da Vara de Conflitos Agrários de Belo Horizonte prevista na Resolução nº 438, de 21 de junho de 2004.

2.7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse**: e sua consequência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro. 2002. 229p.

ALFONSIN, Jacques Távora. A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. In: **Questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

ALFONSIN, Jaques Távora. Os conflitos possessórios e o Judiciário. Três reducionismos processuais de solução. In: DRESCH DA SILVEIRA, Domingos Sávio; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de Araújo. **O acesso à terra no estado democrático de direito**. Alto Uruguai: URI, 1998.

BARROSO, Luiz Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. PIP, nº 11, set./2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Lições de direito processual civil**. v. III 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CARDOSO, F. H. **Autoritarismo e democratização**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. O movimento dos trabalhadores rurais sem terra em face do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 28. São Paulo: RT, 1999 Disponível em: <http://www.delmanto.com>. Acesso em: 10 mar. 2008.

DRESCH, Renato Luís. A repercussão da Função Social da Propriedade nas Ações Possessórias. In: **A nova lei agrária**. Curitiba: Juruá, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. A justiça dos conflitos agrários no Brasil. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

FONTELLES, Cláudio. As Ocupações de Terras e o Direito Penal. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

GARCIA, José Carlos. **De Sem-rostro a Cidadão**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**. São Paulo: Direito, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Tomo I.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto. **Função social da propriedade**. Dimensões ambiental e trabalhista. Brasília: Nead, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da função social da propriedade**. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <http://www.carmenrocha.com.br/artigos/artigos.asp>. Acesso em: 10 mar. 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Poder judiciário e construção democrática no Brasil**. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <http://www.carmenrocha.com.br/artigos/artigos.asp>. Acesso em: 10 mar. 2008.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão. A ocupação coletiva em imóvel rural que não cumpre sua função social. In: **Revista de Direito Comparado**. v. 5, ago. 2000.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: RT, 1994.

TEIXEIRA, Afonso Henrique de Miranda. A Intervenção Policial em Questões Possessórias. In: **Anais – XVI Congresso Nacional do Ministério Público**. Belo Horizonte, 2006.

TEIXEIRA, Afonso Henrique de Miranda. Reserva para a Segurança Alimentar. In **Revista MPMG Institucional**. 12 ed. Belo Horizonte, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Procedimentos especiais**. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 3v.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Legitimidade dos movimentos populares no estado democrático de direito – as ocupações de terras. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

XAVIER, Flávio Santánnia (Org.). **O direito agrário em debate**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1998.

2.8 - TÉCNICA DE ATUAÇÃO/PEÇAS

Peças Objetivando o Deslocamento do Feito para a Vara de Conflitos Agrários e para a Justiça Federal

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - 1

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE

Autos nº

MM. Juiz,

Versam os aludidos autos sobre Ação de Reintegração de Posse ajuizada porem face de trabalhadores rurais que teriam ocupado imóvel rural, nesta Comarca, com a expedição de ordem liminar reintegratória por esse Juízo.

Entretanto, tem o Ministério Público que trata-se de conflito coletivo pela posse da terra rural, cuja competência *ratione materiae* é da Vara de Conflitos Agrários com sede em Belo Horizonte, a teor do art. 2º, da Resolução nº 438/2004, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (cópia anexa).

Posto isso, pugna o Ministério Público pela imediata remessa dos autos ao juízo competente, com a consequente revogação do ato decisório.

Termos em que,

E. deferimento.

.....
Promotor de Justiça

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - 2

PROMOTORIA DE JUSTIÇA CONFLITOS AGRÁRIOS

Autos nº

MM. Juiz,

Em de de ..., como atesta o documento de fls... , o Presidente da República editou decreto expropriatório da Fazenda....., objeto desta lide, autorizando o INCRA a promover a respectiva ação de desapropriação. Infere-se, portanto, que a aludida propriedade encontra-se mitigada, não apenas pelo decreto expropriatório, mas também pela expectativa do ajuizamento da ação correspondente à sanção governamental que ensejará, por certo, a imissão de posse do INCRA no mencionado imóvel.

Em recente Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça ..., cuja juntada requeremos, decidiu-se que:

“Compete à Justiça Federal decidir sobre o interesse manifestado por Autarquia Federal no sentido de figurar como assistente de uma das partes em litígio, em ação de reintegração de posse envolvendo imóvel rural”.

Logo, a simples intervenção do INCRA demonstrando seu interesse jurídico no deslinde de ação possessória, com espeque na condição insculpida no art. 5º, Lei nº 9.469/97, sobretudo em razão da publicação de Decreto Presidencial declarando de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel em questão, autoriza o deslocamento da competência desse r. Juízo à Vara da Justiça Federal competente para o processamento e julgamento do interesse autárquico.

Enfim, à Justiça Federal compete processar e julgar as causas que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas na condição de autora, rés, assistentes ou oponentes (art. 109, I, da CF)

Ante o exposto, opina o Ministério Público:

- a) que esse r. juízo decline da competência para processar e julgar a presente ação possessória para a respectiva Vara da Justiça Federal;
- b) em consequência disso, opina pelo recolhimento do mandado de reintegração, comunicando-se o juízo deprecado.

É o Parecer.

Belo Horizonte, de de

Luís Carlos Martins Costa
Promotor de Justiça

Maria Alice Alvim Costa Teixeira
Promotora de Justiça

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

LIMITES SUBJETIVOS DA LIDE/NECESSIDADE DE CITAÇÃO EDITALÍCIA

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS

Comarca de Belo Horizonte/MG

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos de nº

Autor:

Réus:

Objeto do Conflito: Fazenda (Comarca de)

Assunto: Agravo de Instrumento

COLENDIA CÂMARA,

DOUTO PROCURADOR,

O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atribuições na Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários, com fundamento nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO contra a decisão de fls..., prolatada pelo MM. Juiz da Vara Agrária deste Estado que, em AÇÃO POSSESSÓRIA (Processo nº.....) proposta por em face de, que determinou o cumprimento de mandado de reintegração de posse contra todos os atuais ocupantes do imóvel, integrantes ou não da lide, desrespeitando frontalmente os limites subjetivos da coisa julgada.

Para tanto, em atendimento ao disposto no art. 525 do CPC, junta cópia de todo o processo na instância originária.

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse ajuizada por em face de, aduzindo, em apertada síntese, que é proprietário do imóvel rural denominado "Fazenda", situado na comarca de, no lugar denominado, Comarca de/MG, com área de hectares. Afirma que a fazenda está devidamente cercada, existindo atividade de plantio e criação de gado. Relata, ainda, que no dia ... de de....., parte do imóvel, cerca dehectares, foi ocupada pelos requeridos, atingindo parte da reserva florestal, pelo que, requer a procedência do pedido, inclusive em sede de liminar (...). Juntou os documentos de fls.

Recebida a inicial, o d. Magistrado da comarca deferiu liminarmente a pretensão inicial do Autor, tendo sido cumprido o mandado de reintegração em (fls....), oportunidade em que se realizou a citação pessoal dos requeridos nominados na inicial, bem como de,,,, e, todos ocupantes do imóvel no momento da desocupação (consoante se verifica na certidão lavrada pelo Oficial de Justiça à fl.).

Contestação apresentada às fls....

Às fls....., o Autor noticiou nova ocupação dos requeridos na área, ocorrida em, e requereu a expedição de novo mandado de reintegração, que foi regularmente cumprido (fls.).

Em decisão de fls....., o d. Magistrado da comarca de determinou a remessa dos autos à Vara de Conflitos Agrários.

Autor peticionou novamente requerendo a expedição de outro mandado de reintegração, diante de nova ocupação ocorrida em (fls..).

O Órgão Ministerial opinou pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, ou, em sendo o caso, revogação da liminar concedida, com subsequente realização de inspeção judicial no imóvel e designação de audiência de conciliação (fls....).

O INCRA encaminhou laudo de vistoria da fazenda objeto do litúgio (fls...), que classificou o imóvel como grande propriedade improdutiva (fls....).

Às fls...., juntou-se "Auto de Constatação", no qual verifica-se que a Fazenda encontra-se ocupada por diversas famílias, existindo roças prontas para plantio e barracas de lona plástica.

No dia ..., após proceder à vistoria da fazenda (fls.....), realizou-se audiência na Comarca de, não tendo havido acordo, oportunidade em que entendeu o Magistrado não haver necessidade de instrução, já estando o processo devidamente formalizado para sentença.

O Órgão Ministerial novamente manifestou-se às fls...., opinando pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (não se comprovou o cumprimento da função social), ou, caso assim não se entendesse, pela improcedência do pedido.

Em alegações finais, os requeridos reiteraram a contestação, pleiteando a improcedência do pedido por falta de cumprimento da função social, pedindo ainda a indenização por benfeitorias (fls....).

O autor ratificou seu pedido inicial, afirmando ser a propriedade produtiva e insuscetível de desapropriação de acordo com decisão administrativa já proferida pelo INCRA (fls....).

Em sentença proferida às fls....., o Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inicial de reintegração de posse, revogando a liminar anteriormente deferida, por não estar sendo cumprida a função social da propriedade no referido imóvel, estando assim, excluída qualquer proteção possessória.

Inconformado, o requerente interpôs recurso de apelação às fls...., tendo os requeridos apresentado resposta às fls.....

O Ministério Público atuante em Segunda Instância, apresentou parecer às fls...., opinando pelo desproviamento do recurso, com a manutenção da decisão primeva pelos próprios fundamentos.

Em acórdão prolatado às fls....., a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado deu provimento ao recurso interposto pelo requerente, julgando procedente os pedidos iniciais, confirmando a liminar e determinando a expedição do competente mandado de reintegração de posse.

Após cumprimento do mandado de reintegração (auto acostado às fls.), o processo foi baixado e arquivado (fls.).

Às fls....., petição do autor informando nova ocupação do imóvel, requerendo o desarquivamento do feito e o cumprimento do mandado de reintegração.

Mandado de reintegração novamente cumprido, conforme certidão de fls.....

Às fls...., petição do autor informando a terceira ocupação consecutiva do imóvel, ocorrida em, e requerendo novamente o cumprimento do mandado de reintegração.

O Ministério Público manifestou-se às fls...., opinando pelo regular cumprimento da decisão de reintegração, a qual, entretanto, deve respeitar os limites subjetivos da coisa julgada, alcançando apenas aqueles ocupantes que foram devidamente citados e integraram a lide.

Em decisão de fls...., o d. Magistrado *a quo*, mantendo entendimento anterior, determinou o cumprimento da decisão transitada em julgado contra todos os ocupantes do imóvel, estendendo irregularmente os limites subjetivos da coisa julgada.

Inconformado, o Ministério Público, a tempo e modo, interpõe o presente recurso, cujas razões passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é próprio e tempestivo, vez que a decisão guerreada foi prolatada em, sendo certo, porém, que o processo somente foi recebido por esta Promotoria Especializada em... (fl. ...), iniciando a contagem do prazo para sua interposição em

DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO

A atribuição de efeito suspensivo à devolução ora operada é medida indispensável à realização da JUSTIÇA, tendo em vista que a decisão objurgada amplia os limites subjetivos da coisa julgada, submetendo pessoas que não integraram o pólo passivo da demanda, aos efeitos de decisão judicial coercitiva, criando restrições erga omnes, e, portanto, arbitrárias.

Restará comprovado adiante que o magistrado de 1º grau submeteu aos efeitos da decisão judicial pessoas que sequer integraram a lide, não tendo participado do devido processo legal, nem garantidos o contraditório e a ampla defesa. Além disso, o juízo *a quo* presumiu, sem qualquer base fática ou legal, que os atuais ocupantes do imóvel em litígio seriam sempre aqueles que integraram a lide, independentemente da constatação fática (BO de fls....) de que, ao menos os ocupantes identificados, são pessoas diferentes.

Assim, diante da iminência do cumprimento da ordem de desocupação, que apresenta contornos subjetivos mais amplos do que os abrangidos pela lide, imprescindível a suspensão dos efeitos da decisão objurgada, concedendo-se o necessário efeito suspensivo ao presente recurso, até provimento final, restringindo os efeitos da decisão judicial às partes que efetivamente participaram do processo.

DAS RAZÕES RECURSAIS

A análise dos autos demonstra que a decisão impugnada, ao estender os efeitos subjetivos da coisa julgada a todos aqueles que estivessem ocupando o imóvel, independente de terem sido ou não citados, fundou-se em presunção desprovida de qualquer base jurídica. Vejamos.

O Magistrado *a quo*, assim decidiu:

“Com relação aos réus do presente feito, a nova ocupação é atentatória à dignidade da justiça. Quanto aos novos ocupantes referidos no parecer ministerial, por certo são estimulados pelos primeiros. Por isso que determino a expedição de mandado de reintegração contra todos que se encontram na área ocupada.” (fls.)

Faz-se necessário ressaltar que não se questiona a autoridade da coisa julgada na ação possessória, sendo o Ministério Público favorável ao imediato cumprimento da decisão de reintegração. O que se discute neste recurso é a extensão ilimitada e arbitrária que se deu ao mandado de reintegração de posse expedido, que passou a submeter a seus efeitos pessoas que não integraram a lide.

De fato, apesar da ação de reintegração de posse ter sido proposta especificamente contra os réus nominados na inicial,,,,, e também foram citados os seguintes ocupantes do imóvel:,,, (conforme se verifica na certidão lavrada pelo Oficial de Justiça quando da citação à fl.). Além daqueles que foram citados, outras pessoas ocuparam o imóvel, conforme auto de constatação de fls. 217/218. Não tendo ocorrido a citação pessoal desses outros ocupantes, nem a citação editalícia quanto aos réus incertos e não sabidos, e não tendo tal ato sido suprido pelo comparecimento espontâneo destes no feito, podemos concluir que qualquer outra pessoa que se encontre ocupando o imóvel em apreço e que não foi devidamente citada, não integrou a lide, não se submetendo aos efeitos da coisa julgada. É o caso de, e, todos arrolados no Boletim de Ocorrência Policial de fls..... como atuais

ocupantes do imóvel (dentre outros) os quais, repita-se, são terceiros em relação ao presente processo, já que não foram citados, sequer por edital.

Em casos envolvendo conflito coletivo pela posse da terra rural, em que existe um número indeterminado de pessoas integrantes de diversos movimentos sociais, com intensa mutabilidade entre acampamentos e ocupações, mostra-se imprescindível a citação editalícia dos réus incertos e não sabidos, e mesmo daqueles identificados e que não foram citados pessoalmente, sob pena de não ser possível executar *in totum* o mandado de reintegração, que terá limites impostos pela própria extensão subjetiva da decisão.

Entender de outra maneira, sustentando que uma decisão judicial, prolatada em processos que envolvam conflitos coletivos pela posse da terra rural, mesmo sem citação editalícia, vincularia terceiros estranhos à lide, é o mesmo que colocar o imóvel litigado imune a qualquer ato que ameaçasse a posse autoral, criando uma imunidade absoluta, com efeitos *erga omnes*, de caráter perpétuo, o que seria um absurdo jurídico. Assim, diante da ausência de citação pessoal e/ou editalícia de todos os ocupantes da área objeto do litígio, faz-se necessário adequar a decisão vergastada aos estreitos limites subjetivos da coisa julgada, em observância ao disposto no art. 472 do Código de Processo Civil.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Ministério Público requer o CONHECIMENTO do presente recurso, bem como a CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, e, ao final, o seu PROVIMENTO para que o mandado de reintegração de posse, expedido em acórdão favorável ao proprietário do imóvel, alcance apenas os réus nominados que integraram o pólo passivo da demanda, respeitando-se os limites subjetivos da coisa julgada, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil.

Advogado do requerente:

Advogado dos requeridos:

Belo Horizonte,

Maria Alice Alvim Costa Teixeira
Promotora de Justiça

Luís Carlos Martins Costa
Promotor de Justiça

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRÉVIA INTERVENÇÃO/AUSÊNCIA DE VISTORIA E DE AUDIÊNCIA PRÉVIA/FUNÇÃO SOCIAL

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS

Comarca de Belo Horizonte/MG

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos de nº

Autores:

Réus:

Objeto do Conflito: Fazenda (Comarca de)

Assunto: Agravo de Instrumento

COLENDIA CÂMARA,

DOUTOR PROCURADOR,

O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atribuições na Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários, com fundamento nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO contra a decisão de fls. 526/528, prolatada pelo MM. Juiz da Vara Agrária deste Estado que, em AÇÃO POSSESSÓRIA (Processo nº), proposta por e Outro em face de e Outros, deferiu liminar de reintegração de posse contra todos os ocupantes do imóvel.

Para tanto, em atendimento ao disposto no art. 525 do CPC, junta cópia de todo o processo na instância originária.

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse ajuizada por e Outro em face de e Outros, aduzindo, em apertada síntese, que são senhores e possuidores do imóvel rural denominado “Fazenda”, situado na comarca de .../MG, com área de ... hectares, onde cultivam café (... hectares) e plantam eucalipto (...hectares), além de explorar a pecuária (...hectares de pastagem). Afirmam que no dia ... o imóvel foi ocupado pelos requeridos. Face o exposto, requereram a procedência do pedido, inclusive em sede de liminar, e a condenação em perdas e danos [...]. Juntaram os documentos de fls...

O d. Juízo da Comarca de ... recebeu a inicial às fls... e deferiu a liminar de reintegração de posse.

Em seguida, acatando manifestação ministerial de fls., a i. Juíza da Comarca revogou decisão anterior e declinou da competência para a Vara de Conflitos Agrários, por tratar-se de conflito coletivo pela posse da terra rural (fls...).

Recebida a inicial, o d. Magistrado Titular da Vara de Conflitos Agrários, Dr., após constatar a inexistência de situação urgente, bem como o fato de que a prova até então apresentada não demonstrava, em sede de cognição sumária, o cumprimento da função social do imóvel, determinou a emenda à inicial, além de

ordenar as diligências alinhavadas no r. despacho de fls....

Às fls....., atendendo à determinação judicial, os Requerentes colacionaram novos documentos aos autos (procuração, CCIR de 2003/2004/2005, Guia de contribuição sindical, notas fiscais de venda de café e carvão referente ao período de 2006/2007, nota fiscal de venda de bovinos, memorial descritivo do imóvel, ficha de vacinação do IMA, livro de registro de empregados, guias de recolhimento de FGTS e de previdência social,. Em, divergindo da posição adotada pelo d. Juiz Titular da Vara de Conflitos Agrários, o i. Juiz Substituto, sem oportunizar o prévio parecer ministerial, ausente a vistoria e a audiência de justificação e, ainda, não comprovado o cumprimento da função social da propriedade, reconheceu a posse dos agravados, deferindo-lhes a liminar pleiteada (fls..).

Inconformado, o Ministério Público, a tempo e modo, interpõe o presente recurso, cujas razões passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é próprio e tempestivo, vez que a decisão guerreada foi prolatada em, sendo certo, porém, que o processo somente foi recebido por esta Promotoria Especializada em (fls.....verso), iniciando a contagem do prazo para sua interposição em

DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO

Caso se concretize, a decisão guerreada ensejará lesão grave e de difícil reparação, de modo que a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo torna-se medida indispensável à realização da JUSTIÇA.

Restará comprovado adiante que o magistrado substituído de 1º grau, ao deferir a antecipação da tutela, sem prévia intervenção do Ministério Público, sem realização de vistoria e de audiência de justificação, incorreu em *error in procedendo*.

Ainda, sob o manto do Estado da Justiça Social, a lesão à dignidade humana decorrente da retirada abrupta e irreversível dessas famílias restará configurada e, via de conseqüência, maculado o princípio fundamental da República Federativa do Brasil, de passagem, premissa norteadora de toda e qualquer interpretação legal e conseqüente prestação jurisdicional.

Ademais, o *periculum in mora* é visível, tendo em vista que a retirada forçada da área ocupada por mais de trinta famílias, dentre elas, mulheres, crianças e idosos, com o desmanche de seus abrigos – considerando que o direito à moradia, nos termos do art. 6º da Lei Maior é direito social -, implicará lesão grave e irreparável.

Cumpra ainda destacar que a decisão guerreada é daquelas que a doutrina denomina de satisfativa, embora seja em caráter liminar, de sorte que, no caso em apreço, ponderando-se os valores e princípios pertinentes, constata-se que, à luz do primado da proporcionalidade, o princípio da dignidade humana deve se sobrepor, ao menos neste momento, evitando-se, assim, a retirada abrupta e irreversível das famílias acampadas no imóvel.

Até porque, a questão vertida nesses autos é por demais complexa, devendo ser resolvida em sede de cognição judicial exauriente e não sumária, como o fez o ilustre juiz substituído *a quo*, *concessa venia*. Nesse sentido, temos decisão proferida pela I. Juíza Heloísa Combat, prolatada em, em sede de Agravo de Instrumento nº 034863038, a qual deferiu efeito suspensivo ao recurso aviado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Finalmente, à vista da data em que foi concedida [...], com certeza a decisão liminar ainda não foi cumprida, podendo ser imediatamente suspensa por este E. Tribunal, sem prejuízo do *status quo*.

DA NULIDADE DA DECISÃO ATACADA FACE À AUSÊNCIA DE PRÉVIA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E À FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA EXTREMA URGÊNCIA

O art. 127 da Constituição Federal preconiza que compete ao Ministério Público a defesa do regime democrático, bem como da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo certo que, para tanto, a Lei Adjetiva Civil, em seu art. 82, estabelece as causas de obrigatória intervenção ministerial no processo, dentre as quais, nos litígios que versarem sobre interesse público primário, ou seja, o interesse social.

Pois bem. É cediço que as causas que envolvem conflito coletivo pela posse da terra evidenciam notório interesse social, posto que, a par de em um de seus pólos termos inúmeras famílias que lutam pela efetivação das premissas fundamentais inerentes à dignidade humana e insculpidas no texto constitucional, temos, ainda, como um dos cerne da causa, o cumprimento da função social, consoante estabelece o art. 186 da Constituição Federal, razões pelas quais, é inafastável a intervenção ministerial nesses litígios (art. 82, III, CPC).

Doutro lado, o disposto no art. 82, III, do Código de Processo Civil, deve ser interpretado de forma ampla, garantindo a participação ministerial desde o início dos processos referentes a conflitos coletivos pela posse da terra, antes mesmo da apreciação de pleito liminar (vide art. 10, da Resolução nº 438/2004, do TJMG), bem como em tempo oportuno e útil após sua apreciação, pois, somente desse modo ter-se-á a intervenção do Ministério Público de modo a garantir-lhe a tutela do interesse expresso no citado art. 127 da Lei Maior.

Assim, tal atuação deve ser viabilizada, não só em seu aspecto formal, com a simples intimação do Ministério Público, como também de modo a propiciar a efetivação dos objetivos que a justificam.

Ressaltamos que, em plena harmonia com o art. 82, III, do CPC, o art. 83, I, também da Lei Adjetiva Civil, impõe a fundamental ciência ao *parquet* de todos os atos processuais nos casos em que intervém, em especial, no que concerne aos atos de caráter decisório, ressaltando-se que tal ciência deve se dar em tempo oportuno, ou seja, adequado para eficácia de eventual utilização da via recursal, sob pena de se ter por esvaziado o objetivo da própria intervenção ministerial.

Feitas essas considerações, forçoso concluir que o procedimento das ações possessórias é concebido, atualmente, como meio de tornar o processo um legítimo instrumento para a realização do bem comum. O Ministério Público deve atuar nas ações possessórias que trazem em um dos pólos dezenas de famílias que buscam condições mínimas de sobrevivência, merecendo, pois, atenção especial do Estado conforme determina a Carta Magna em seu art. 226, e, assim, fazendo prevalecer a proteção à dignidade humana, à entidade familiar e à função social da propriedade (Constituição Federal, art. 1º, III e art. 5º, XXIII). Nessa linha, trazemos à colação excertos da decisão prolatada pelo i. Desembargador Mariné da Cunha, nos autos do Agravo de Instrumento nº 421.175-0:

A meu ver, de acordo com o art. 82, III, do CPC, é imprescindível a intervenção do Ministério Público no presente feito, por envolver questão de evidente interesse público, não só pelo fato de várias pessoas, famílias inclusive, estarem, supostamente, ameaçando o direito à moradia e à propriedade, bem como o cumprimento da função social de tal instituto, mas, também, em virtude da séria possibilidade de que, de tal invasão, possam decorrer sérios conflitos, inclusive com ameaça à vida e à integridade física das partes, conforme vem ocorrendo, freqüentemente, pelo Brasil afora e tem sido noticiado pela imprensa. Assim, a falta de intervenção do Parquet poderia levar à nulidade processual, não podendo ser deferida a liminar pleiteada, antes que o representante da entidade se manifeste.

O Desembargador Saldanha da Fonseca quando ainda Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 426.670-0, em 19.05.2004, asseverou:

“A falta de intimação do Ministério Público para intervir na ação como ‘custos legis’ importa a nulidade dos atos processuais desde a audiência de justificação realizada à revelia do ‘parquet’, a teor do disposto nos arts. 84 e 246 do CPC[...].”

Como se tudo isso não bastasse, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, realçando sua vanguardista atuação na solução dos conflitos agrários, editou a Resolução nº 438/2004, a qual alterou a de nº 398/2002, que regulamenta o funcionamento da Vara de Conflitos Agrários, sendo que em seu art. 10, assim dispõe:

Recomenda-se, ressalvadas as situações de extrema urgência, a prévia oitiva do Ministério Público antes da decisão liminar, bem como no curso da lide, a cientificação dos órgãos envolvidos nos conflitos agrários, a fim de que possam prestar as informações pertinentes e eventual auxílio técnico administrativo para a composição dos conflitos.

Com efeito, para que se dê efetividade aos arts. 82, III, do Código de Processo Civil, imperioso que a intervenção ministerial ocorra antes do juízo de prelibação da tutela liminar, dado o seu conteúdo satisfativo e a irreversibilidade da desocupação, razão pela qual, certamente foi editada a norma aludida.

Referida norma é cristalina quando excepciona a prévia oitiva do Ministério Público antes da apreciação da liminar, apenas naqueles casos em que a situação é de extrema urgência. A regra geral é a oitiva prévia do Ministério Público nas ações possessórias. Apenas em casos excepcionais, em que devidamente fundamentada na decisão judicial a peculiaridade da situação que caracterize a extrema urgência, é autorizada a modificação do procedimento padrão e uniforme da Vara Especializada de Conflitos Agrários, que estabelece a prévia oitiva do Ministério Público, bem como a presença do Juiz no local do conflito, a fim de realizar vistoria no imóvel e audiência de conciliação e justificação.

Pois bem. Dito isso, observa-se que os presentes autos encerram lamentáveis constatações que, como se verá, maculam a administração dos conflitos agrários submetidos à apreciação judicial. Vejamos.

Não há como negar a nulidade do feito a partir da decisão concessiva da liminar, inclusive, tendo em vista a ausência de prévia intervenção do *parquet*, bem como da vistoria e da audiência de justificação, além da falta de fundamentação da decisão judicial que caracterize a extrema urgência justificadora da concessão da liminar em afronta ao procedimento específico da Vara Agrária.

Os autores, em momento algum, comprovaram urgência tamanha que justificasse a concessão da liminar sem prévia oitiva do Ministério Público.

Assim, resta evidente a nulidade absoluta da decisão liminar e, conseqüentemente, dos atos procedimentais que a sucederam.

Por isso, o Ministério Público ora recorre, vez que, como demonstrado, há nulidade por violação de norma imperativa que impõe a prévia intervenção do *parquet*, antes da análise da liminar, em demandas que envolvam conflito coletivo pela posse da terra rural.

DA AUSÊNCIA DE PRÉVIA VISTORIA E DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 126, parágrafo único, preconiza que sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional deve o magistrado se dirigir ao local do conflito.

O princípio da eficiência, de natureza constitucional, condiciona a prestação jurisdicional especializada da Vara de Conflitos Agrários à imprescindível presença do Magistrado no local do conflito, a fim de que este possa aferir, *in locu*, a validade e eficácia dos documentos acostados aos autos, bem como a realidade fática que envolve a situação submetida à sua análise.

Este é um procedimento uniforme que vem sendo adotado pela operosa e eficiente Vara Agrária em todos os processos, inclusive os relativos a interditos proibitórios.

A concessão da liminar possessória sem a designação de audiência de conciliação, precedida de vistoria do imóvel, importa em mitigação da especialidade de jurisdição própria da Vara Agrária, quebrando a isonomia procedimental já de há muito adotada pela Vara Especializada.

Nesse contexto, a Resolução nº 438/2004, que alterou a Resolução nº 398/2002, em seu art. 5º, estatui:

“Art. 5º. Recebidos os autos e havendo urgência, o Juiz da Vara de Conflitos Agrários deslocar-se-á ao local do conflito, tomando as providências que entender pertinentes.”

Forçoso concluir que se trata de norma cogente, ou seja, imperativa, a qual impõe ao magistrado, e somente a ele, nos casos urgentes, o comparecimento ao local do conflito antes da apreciação da antecipação de tutela. Aqui, o intuito é viabilizar a vistoria, de modo a se verificar se presentes se fazem os requisitos dos arts. 186 da Carta Magna e 927 do Código de Processo Civil, bem como de se perquirir acerca da provável repercussão social da decisão judicial a ser tomada.

Se no Estado Democrático de Direito não é admissível a figura inacessível do magistrado, mister que o julgador se aproxime daqueles que são a razão de seu ofício e veja de perto as circunstâncias inerentes à prestação jurisdicional.

Acerca do processamento e julgamento das ações possessórias, sobretudo no que se refere à concessão de liminares, é de grande interesse recorrer aos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

Adverte a boa doutrina e jurisprudência que todo cuidado é de ser dispensado pelo juiz à prova documental in casu, já que, versando o interdito sobre fatos, como soem ser a posse, o esbulho, a turbacão e a respectiva data, dificilmente seus pressupostos vêm retratados em verdadeiros documentos.

É freqüente a tentativa de apoiar-se o pedido de liminar em títulos de domínio, declarações particulares de terceiros e reprodução de peças de outros processos (prova emprestada).

Nada disso, em princípio, tem força probante para autorizar a expedição do mandado liminar de que cogita o art. 928, do CPC.

[...]

Os títulos de domínio, outrossim, não revelam, de ordinário, nenhuma influência sobre a liminar possessória, posto que o que se discute, nessas ações, é o fato da posse, e não o direito de propriedade sobre a coisa. (Curso de Direito Processual Civil. v. III, 25 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 124)

No caso vertido nesses autos, conforme já mencionado, várias famílias – homens, mulheres, crianças e idosos – ocupam o imóvel objeto da presente reintegração de posse. Além de suas moradias, há que se considerar o risco iminente de lesão à dignidade dessas pessoas.

Ora, a prévia vistoria do imóvel, bem como a designação de audiência de justificação comprovariam a realidade acima exposta, o que, poderia levar o ilustre magistrado *a quo* a decidir diversamente em sede liminar. Nesse contexto, forçoso concluir que o *error in procedendo* ensejou prejuízo aos requeridos, em razão do que, deve ser reconhecida a nulidade da decisão atacada.

Nesse sentido, colacionamos despacho do Eminentíssimo Desembargador Mariné da Cunha, nos autos do Agravo de Instrumento nº 421.175-0:

Além disso, não se pode perder de vista que a posse é o poder de fato sobre a coisa, o exercício fático de um ou alguns poderes inerentes à propriedade, pelo que não pode ser suficientemente demonstrada sua existência através da mera prova documental – o que apenas se admite em relação ao domínio -, de forma que, em casos como o presente, é fundamental a realização de audiência de justificação de posse, a fim de que se possa verificar se estão efetivamente presentes os requisitos necessários ao deferimento da liminar possessória, a qual deverá ser acompanhada pelo Ministério Público. (grifo nosso)

Impende ressaltar, ainda, a importância dos acordos e conciliações obtidos em audiência pela Vara Agrária, sempre com a ajuda do ITER e do INCRA, órgãos fundamentais à solução dos conflitos, inclusive com a possibilidade de compra dos imóveis em litígio pelo INCRA, favorecendo a permanência dos movimentos sociais em determinadas áreas, de modo a garantir a seus integrantes a mínima dignidade.

Além disso, o lema “conciliar é legal”, foi desenvolvido e incentivado pelo próprio Poder Judiciário, buscando alternativas mais efetivas e eficientes à solução célere dos conflitos. Desta forma, a tentativa de conciliação deve preceder a todas as outras, objetivando sempre a pacificação social.

DO MÉRITO

A análise dos autos demonstra que a decisão impugnada foi prolatada de forma precipitada, desrespeitando a isonomia procedimental da Vara Agrária.

O d. Magistrado Substituto, ao deferir a liminar pleiteada sem prévia oitiva do Ministério Público e sem designação de audiência de justificação, não fundamentou sua decisão em qualquer situação de extrema urgência. Isso seria imprescindível, sobretudo diante do fato de que o Juiz Titular da Vara de Conflitos Agrários já havia se manifestado nos autos, determinando a juntada de novos documentos.

Mas, ressalte-se, a mera juntada de documentos indiciários de cumprimento da função social da propriedade não é suficiente para a concessão da liminar de reintegração de posse.

A eficácia probatória dos referidos documentos está condicionada à sua comprovação durante a visita judicial ao imóvel, pois, só assim, o Magistrado poderá coletar suas impressões pessoais acerca do poder de fato que os requerentes alegam ter sobre o imóvel. A posse, sendo poder de fato sobre a coisa, só pode ser comprovada diante da realidade fática.

Não bastasse isso, os documentos juntados pelos requerentes apenas indicam a existência de atividade econômica no imóvel. Entretanto, diante da grande extensão territorial do imóvel (... hectares), a área plantada (cerca de .. hectares) e de pastagem (cerca de.. hectares), ainda é bastante inferior à área total da propriedade.

A análise dos autos demonstra que apenas metade do imóvel, cerca de.... hectares são explorados. E os outros hectares? Como não há reserva legal averbada, presume-se que é uma área passível de exploração que não está sendo utilizada.

Outro fator importante é o fato de o imóvel não ter reserva legal averbada. *In casu*, o simples fato da propriedade produzir carvão vegetal, torna imprescindível a devida averbação da área de reserva legal, bem como da apresentação dos documentos expedidos pelos órgãos ambientais competentes autorizando a extração e produção de carvão vegetal, que não foram colacionados aos autos.

Além disso, há notícia nos autos de autuações administrativas ambientais contra o requerente, proprietário do imóvel (fls.....).

Sendo assim, impende registrar que a documentação apresentada, unilateral, não comprova o cumprimento da função sócio-econômica do imóvel objeto da lide.

Ora, não há outra conclusão plausível senão a do descumprimento da função social da propriedade.

Nesse momento, de se registrar que somente a observância da integralidade do art. 186 da Carta Magna enseja a conclusão de cumprimento da função social em seus três aspectos, de modo que, ausente a comprovação do aproveitamento racional e adequado do imóvel, da utilização correta dos recursos naturais e da preservação do meio ambiente, da observância das disposições acerca das relações de trabalho e da exploração que favoreça o bem estar do proprietário e dos trabalhadores, a negativa da tutela possessória é a medida adequada.

Assim, à vista do que consta no processado, a única constatação plausível é que, ao menos nessa fase procedimental, os requerentes não comprovaram que o imóvel litigado cumpre a função social em seus aspectos econômico e ambiental, razão pela qual, não há como se perquirir acerca da proteção possessória vindicada em sede sumária.

Não é outra a lição de Jaques Távora Afonsin, em Os Conflitos Possessórios e o Judiciário – Três reducionismos Processuais de Solução – *in* O Direito Agrário em Debate, obra de Dresch da Silveira, Domingos Sávio e Xavier, Flávio Santánnia (org), editora POA, 1998, p. 280:

À função social da propriedade, enquanto dever do proprietário ou do possuidor, corresponde o direito de todos os não-proprietários, especialmente dos mais necessitados, cujo acesso ao mesmo espaço titulado nunca deixa de estar potencialmente previsto como possível, na exata medida em que a dita função deixe de ser cumprida.

Também enfatizado por Fábio Konder Comparato:

[...] o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas [...] Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como desforço privado imediato (CC, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso [...] (FERNANDES, Bernardo Mançano et al. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: RT, 2000. p. 145 e 146).

Corroborando, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues Pereira e Luiz Edson Fachin:

Conforme já observamos, a Carta Magna atual garante o direito de propriedade, mas ao mesmo tempo, em seu art., apenas em alínea seguinte, impõe a propriedade o atendimento da sua função social, o que significa dizer que a propriedade constitucionalmente assegurada deve atender a sua função social. (art. 5º, XXIII).

Assim, disse o legislador constituinte o que não se pode desconhecer, principalmente por tratar da propriedade imobiliária rural, que essa deva atender os requisitos da função social da propriedade, quais sejam: o aproveitamento adequado e racional, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, as disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos trabalhadores e dos proprietários.

O capítulo destinado à Ordem Econômica e Financeira se refere à penalidade mais relevante decorrente do não cumprimento da função social: a desapropriação.

Se o não cumprimento da função social se liga à perda indenizada da propriedade (art. 184 da CF/88), conclui-se que não há proteção constitucional a propriedade que não cumpre referida função social, logo é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional conferir proteção possessória ao titular de domínio que não cumpre a função social da propriedade. É o que diz Edson Fachin:

O descumprimento da função social da propriedade não permite dar-lhe garantias outras que a Constituição não lhe defere. Logo, o modelo adotado pelo legislador constitucional de propriedade imobiliária rural protegida contra a perda indenizada, na modalidade do art. 184, é aquela que atende a todos os requisitos da função social, ficando de fora dessa moldura a propriedade que desatende um, alguns ou todos aqueles pressupostos.

Isto posto, é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional e a men legis deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre integralmente sua função social, inclusive (e especialmente) no tocante ao requisito da exploração racional (FERNANDES, Bernardo Mançano Fernandes et al. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: RT, 2000, p. 123).

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO – REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU – GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST – NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMÓVEL IMPRODUTIVO - DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 – NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL – REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – IMPROVIMENTO.

-Não havendo o agravante comprovado tratar-se de imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88;

-Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1.210 do NCC e 927 do CPC. (TAMG, Agravo de Instrumento nº 468.384-9, 5ª Câmara Civil, Rel. Juíza Hilda Teixeira da Costa, decisão de 25/11/2004) AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ÁREA RURAL – OCUÇÃO – FAMÍLIAS – CONDIÇÕES DO IMÓVEL – DESTINAÇÃO – FUNÇÃO SOCIAL – DIREITO CONSTITUCIONAL – DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS – ARTS. 926 E 927 DO CPC – REQUISITOS – COMPROVAÇÃO –PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

[...]

-Com o advento da Constituição Federal de 1988, os art.s 926 e 927 do CPC não podem ser apreciados sem que seja considerada, também, a destinação social do imóvel.

[...]

(TJMG, Apelação Cível nº 470.602-3, 16ª Câmara, Rel. Otávio de Abreu Portes, decisão em 18/05/2005)

EMENTA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.

[...]

-A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República [...].

(TAMG- Agravo de Instrumento nº 425.429-9, Relator Alberto Vilas Boas, decisão de 25/11/2003)

[...]

V.v.: Nas demandas possessórias referentes aos conflitos agrários necessário considerar o exame da produtividade e efetiva utilização do solo, ponderando os direitos inerentes à propriedade com as garantias constitucionais à vida, ao trabalho, à moradia, ao bem estar social, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, até mesmo o direito a um mínimo de propriedade privada, se sobrelevando, ainda, os objetivos consolidados como fundamentais da República, concernentes à erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.

Incumbe ao julgador, como intérprete da norma, adequar, em cada caso concreto, as disposições da lei infraconstitucional, material e processual, às exigências constitucionais. A interpretação sistemática constitucional da lei, em respeito ao dever social da propriedade determinado pelos art. 5º, inc. XIII e 186, da Constituição Federal, impõe ponderar o cumprimento desse dever na tutela jurídica do direito de propriedade e seus desdobramentos, dando efetividade à ordem constitucional. (TAMG, 6ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento nº 412.307-3, Rel. Dídimo Inocêncio de Paula, decisão em 25/03/2004).

Ainda, o Magistrado Federal, Welinton Militão dos Santos, titular da Vara Agrária Federal em Minas Gerais, em sentença proferida em 11/11/2004, nos autos nº 2004.38.00.038640-0, asseverou:

[...] No julgamento das ações possessórias, o magistrado há de verificar, primeiramente, se está devidamente comprovada a posse do requerente sobre a gleba supostamente “invadida”. Isso só, contudo, não basta, data vênia. Imprescindível, pois, a comprovação de outros elementos, como, v.g., o adimplemento da função social da propriedade (art. 186, da C.R. de 05.10.88), a propósito do qual devem ser interpretados o art. 185, II da mesma Lei Fundamental e os art.s 924, 926, 928, todos do CPC.

Outrossim, sabido e notório que a prova a que se refere o art. 927 do Código de Processo Civil é a da posse e não da propriedade, visto que as ações possessórias fundamentam-se no *ius possessionis* e não no *ius possidendi*, não há como se admitir a tutela liminar quando somente a propriedade restar, de plano, comprovada.

A propósito, o tema foi objeto de conclusão do Encontro Nacional de Tribunais de Alçada realizado nesta capital em junho/1983, nos seguintes termos:

Para a concessão de liminar nas possessórias não bastam documentos relativos ao domínio, assim como não são suficientes meras declarações de terceiros, desprovidas do crivo do contraditório.

Nessa linha tem sido o entendimento de diversos tribunais do país:

A prova exclusiva do domínio não autoriza a concessão liminar de reintegração de posse, exigindo-se o processamento da justificação prévia do alegado. (Ac um da 6ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 7.951-6, Relator Desembargador Cruz Quintal)

É inadmissível a concessão de medida liminar inaudita altera pars, em processo de interdito proibitório, sem se promover audiência de justificação prévia da posse, louvando-se o magistrado a quo tão somente em prova documental de domínio. (Ac um da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Agravo de Instrumento nº 2.661, Relator Desembargador Onésimo Nunes Rocha)

À vista do exposto, conclui-se que o juiz *a quo*, ao conceder a liminar de reintegração de posse, nega vigência ao dispositivo constitucional (art. 186 da Carta Magna), ressaltando-se, ainda, que o equívoco e a injustiça da decisão impugnada defluem, também, do fato de se tratar igualmente imóveis que atendem a sua função social e aqueles em relação aos quais seus proprietários se eximem de comprovar o cumprimento do preceito constitucional.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Ministério Público requer o CONHECIMENTO do presente recurso, bem como a concessão de EFEITO SUSPENSIVO, e, ao final, o seu PROVIMENTO com a decretação da nulidade da decisão impugnada e dos atos que a sucederam, face a ausência de prévia manifestação ministerial, de vistoria e de audiência de justificação e, caso superadas tais questões de natureza processual, seja reformada a decisão, por contrariar o direito material aplicável.

Advogado dos requerentes:

Belo Horizonte,

Luís Carlos Martins Costa
Promotora de Justiça

Márcia Pinheiro de Oliveira Teixeira
Promotora de Justiça

AGRAVO DE INSTRUMENTO – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO/FUNÇÃO SOCIAL

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS

Comarca de Belo Horizonte/MG

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos de nº

Autores:

Réus:

Assunto: Agravo de Instrumento

A lei processual deseja mais do que uma simples solução técnica para os conflitos dessa ordem, pois, como assinalado por Artur Pinto Filho, não é razoável admitir que somente por meio de uma decisão interlocutória seja possível solucionar pacificamente o conflito de interesses (Agravo de Instrumento nº 329.677-9 – Excerto do voto do Juiz Alberto Vilas Boas – TAMG)

O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atribuições na Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários, com fundamento nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO contra a decisão de fls. -v., prolatada pelo MM. Juiz da Vara Agrária deste Estado que, em AÇÃO POSSESSÓRIA (Processo nº ...) proposta por e Outros em face de e Outros, acolheu, *inaudita altera pars*, o pleito liminar aviado pelos autores, concedendo o respectivo mandado de interdito proibitório.

Para tanto, em atendimento ao disposto no art. 525 do CPC, junta cópia de todo o processo na instância originária.

Trata-se de Ação de Interdito Proibitório ajuizada por e outros em face de e Outros trabalhadores rurais sem terra que se encontram acampados no imóvel pertencente ao Sr., localizado no Município de, aduzindo, em apertada síntese, que são senhores e legítimos possuidores de imóveis rurais distintos situados na comarca de/MG, nas proximidades do acampamento no qual se encontram os requeridos. Afirmam que a presença de trabalhadores rurais sem terra nas proximidades de seus imóveis causa-lhes preocupação, intranquilidade e insegurança, vez que, os requeridos cogitam invasões de terra em várias propriedades da região. Em face do exposto, pleiteiam, em sede de cognição judicial sumária e exauriente, a concessão do mandado proibitório, de modo a proibir que os requeridos ocupem as propriedades dos requerentes, sem anuência destes.

Acompanharam a inicial os documentos de fls....

Às fls....., foi acostada manifestação ministerial pugnano pelo indeferimento da petição inicial, tendo em vista que no caso vertido nesses autos não é cabível litisconsórcio ativo facultativo, tampouco seu desmembramento de ofício.

Às fls..., foi acostado relatório de visita aos imóveis litigados.

Manifestação ministerial à fl... ratificando o parecer de fls...

O MM. Juiz *a quo*, às fls....., ausente condição de ação (interesse processual), à vista da impossibilidade jurídica de litisconsórcio ativo facultativo e embora não comprovado o cumprimento da função social dos imóveis, concedeu a liminar encarecida.

Inconformado, O Ministério Público, a tempo e modo, interpõe o presente recurso, cujas razões passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é próprio e tempestivo, vez que a decisão guerreada foi prolatada em, sendo certo, porém, que o processo somente foi recebido por esta Promotoria Especializada em (fl. ...), iniciando a contagem do prazo para sua interposição em

Ademais, a título de registro, urge salientar que o prazo para o Ministério Público, atuando como parte ou como fiscal da lei, interpor o presente recurso conta-se em dobro (art. 188 do CPC) o que, no caso em tela, equivale a 20 (vinte) dias.

Corroborando, oportuna a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, fl. 392:

“9. Ministério Público. Quer atue como parte (CPC 81), quer como fiscal da lei (CPC 82), o MP tem sempre o prazo em dobro para recorrer. No mesmo sentido: RIJ 106/1036, 106/217”

DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO

A decisão guerreada enseja grave lesão e de difícil reparação à ordem normativa e social, vez que, o primado da lei e a idéia de Justiça foram, de plano, rejeitadas pelo ilustre magistrado a quo. Assim, a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo torna-se medida indispensável à realização da JUSTIÇA. Restará comprovado adiante que o magistrado de 1º grau, ao deferir a liminar, incorreu em *error in procedendo* vez que, não bastasse a ausência de condição de ação, nem mesmo por exegese e com fulcro no primado da economia processual, as pretensões postas em juízo viabilizam o litisconsórcio ativo facultativo, nos termos do art. 46 do Código de Processo Civil.

Ademais, o *periculum in mora* é visível, tendo em vista que o presente feito manifestamente tende à extinção sem julgamento de mérito, à vista da ausência de condição de ação e dos requisitos para a litigância em conjunto dos pretensos litisconsortes, o que impõe, até por uma questão de lógica jurídica, a suspensão dos efeitos da decisão objurgada, concedendo-se o necessário efeito suspensivo ao presente recurso.

Cumpra ainda destacar que a decisão guerreada é daquelas que a doutrina denomina satisfativa, embora seja em caráter liminar, de sorte que, no caso em apreço, ponderando-se os valores e princípios pertinentes, constata-se, à luz do primado da proporcionalidade, que o princípio da segurança jurídica e primazia da lei deve se sobrepor aos supostos direitos individuais dos proprietários dos imóveis, ao menos neste momento.

Até porque, mesmo que se fizessem presentes todas as condições da ação e fosse possível a litigância conjunta no caso em tela, a proteção possessória vindicada é por demais complexa, devendo ser resolvida em sede de cognição judicial exauriente e não sumária, como fez o ilustre juiz *a quo*.

PRELIMINARES

1- DA AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO - INTERESSE PROCESSUAL

Como bem exposto pelo órgão ministerial às fls. ..., tratando-se de litígio coletivo pela posse de terra rural, aos autores incumbiria demonstrar de modo individualizado que seus respectivos imóveis cumprem a função social nos termos constitucionais (art.s 5º, inciso XXIII e 186, ambos da Lei Maior).

Ainda, considerando que esses autos versam sobre Interdito Proibitório, os requerentes deveriam demonstrar, cabalmente e de plano, os respectivos justos receios de turbação ou esbulho.

Isso porque, não basta a mera ilação ou o temor abstrato e não factível para configurar o justo receio, sendo fundamental, no plano da concretude, a comprovação de que a parte adversa praticou atos significativos que evidenciem a ameaça real, efetiva e inequívoca às ventiladas posses supostamente exercidas pelos demandantes sobre cada um dos imóveis isoladamente considerados.

Nessa linha, as lições doutrinária e jurisprudencial ora colacionadas:

A ação de interdito proibitório, também conhecida como ação de força iminente, ou de preceito cominatório, exige para sua acolhida, que o autor comprove, além da posse, o justo receio de moléstia à posse, justo receio que não se confunde com simples receio, decorrente da palavra vã, escrita ou falada. A ameaça deve ser atual e manifestada através de fatos significativos. (Alexandre de Paula, CPC Anotado, 7ª Edição, Editora RT, página 3.639)

Sendo o interdito proibitório medida preventiva de proteção possessória, indispensável, para sua concessão, a demonstração do justo receio, comprovando-se a prática de atos inequívocos por parte do réu, que ensejem previsão de perigo iminente de turbação ou esbulho. (Acórdão unânime da 4ª Câmara Cível do extinto TAMG, apelação nº 103.587-6, Rel Juiz Isaltino Lisboa)

Entretanto, nesses autos nada há que comprove, de forma individualizada em relação a cada um dos imóveis, nos termos constitucionais e legais, o cumprimento da função social e a existência dos alegados justos receios, razão pela qual não se tem por demonstrada a adequação e a utilidade inerentes ao interesse processual que os autores alegam possuir em relação à via eleita, no caso, o Interdito Proibitório (art. 932 do CPC). Em sendo assim, forçoso concluir que o juiz *a quo*, ao conceder a liminar, embora ausente condição de ação (interesse processual), incorreu em *error in procedendo*, estando, pois, eivada de nulidade a decisão objurgada, pelo que, assim deve ser declarada ao mesmo tempo em que decretada a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

2- DA IMPOSSIBILIDADE DO LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO

Doutro lado, os requerentes em pretenso litisconsórcio ativo facultativo, distorcendo o primado da economia processual e, com fulcro, tão-só, nos respectivos títulos de domínio, compareceram em juízo pleiteando a tutela possessória.

Ora, embora não se deva conferir extrema importância às formas, considerando que o processo não é um fim em si mesmo, mas meio de efetivação do direito material, no caso em tela, o que se percebe é um verdadeiro absurdo jurídico, uma negação total e irrestrita da lei, ocasionando tumulto processual sem igual, ao se permitir a existência de “litisconsórcio ativo facultativo” quando ausentes quaisquer das condições legais para sua constituição. Senão, vejamos:

Diz o art. 46 do Código de Processo Civil:

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

- I. entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;*
- II. os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;*
- III. entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;*
- IV. ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.*

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para a resposta, que recomeça da intimação da decisão.

Como se constata, a possibilidade da litigância em conjunto nos termos legais somente estará amparada quando verificadas quaisquer das situações acima elencadas. Nessas hipóteses, o litigante, embora isoladamente legitimado a pleitear a prestação jurisdicional, em consórcio com outros litigantes, deduz pretenções em juízo, caracterizando a pluralidade subjetiva da lide, ou seja, cumulação subjetiva de ações.

No que concerne às respectivas situações legais viabilizadoras do litisconsórcio ativo facultativo, importa salientar que essas devem, de plano, estar cabalmente comprovadas.

Pois bem. A comunhão de direitos e obrigações em relação a todos os litisconsortes evidencia-se em casos como a solidariedade e a co-propriedade, sendo, pois, determinada pelo próprio direito material. Nessas hipóteses, o ordenamento jurídico reclama solução uniforme para os co-titulares do direito, razão pela qual há possibilidade destes litigarem em conjunto.

Importa salientar que, certamente, o caso desses autos não caracteriza qualquer comunhão de direitos e obrigações, haja vista que são diversos imóveis e títulos de propriedade que, isoladamente, referem-se a cada um dos litisconsortes.

Por outro lado, não há como se cogitar que a presente lide funda-se no mesmo fato ou título jurídico, pois, no caso em tela, não há apenas um fato ou título jurídico, o que, evidentemente afasta, de plano, a conexão por inequívoca ausência dos requisitos insculpidos no art. 103 do CPC, notadamente quanto à causa de pedir remota (título jurídico) entre os pretensos litisconsortes.

Ademais, não houve demonstração de qualquer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito que pudesse permitir o intitulado litisconsórcio.

Nesse contexto, está claro e evidente a impossibilidade de se admitir a presente demanda nos termos em que foi proposta, mesmo porque, pelas razões já expostas, não há como se possibilitar o desmembramento *ex officio* e conseqüente aproveitamento do pedido inicial.

Outrossim, no caso em exame, resta comprometida a própria administração da Justiça, vez que não há como sequer fixar, nos termos legais, valor da causa, custas processuais e demais emolumentos, vez que o feito refere-se a diversos imóveis, cujas situações são autônomas e plenamente distintas.

Em sendo assim, forçoso concluir que o magistrado *a quo* concedeu a tutela liminar agindo em lamentável *error in procedendo*, vez que, a admissão do litisconsórcio nos moldes retratados na presente demanda não se pautou nos requisitos do art. 46 da Lei Adjetiva Civil, necessários à configuração desse instituto processual.

Destarte, não há como se negar a nulidade da decisão guerreada e, de pronto, proceder ao indeferimento da petição inicial, com a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos exatos termos dos art.s 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

MÉRITO

Da análise minuciosa dos autos, constata-se que os autores não comprovaram as posses dos imóveis descritos na inicial nos termos constitucionais (art. 186 da Carta Magna), fundamentando as pretensões postas em juízo em alegações de propriedade, o que, por sua vez, não é suficiente para a proteção em sede de Interdito Proibitório, pois, a posse tutelada nessa via procedimental funda-se no *ius possessionis* e não no *ius possidendi*.

Ora, acompanham a exordial os instrumentos de mandato, escrituras de compra e venda, boletins de ocorrência, certidões das matrículas dos imóveis, declarações de produtor rural referente às fazendas,, (todos alusivos ao ano de,), uma nota fiscal referente à fazenda ano, cópia do contrato de comodato alusivo à fazenda, fichas de vacinação do IMA referentes às fazendas e

Pois bem. Constata-se que não foram juntados aos autos os comprovantes de recolhimento dos Impostos Territoriais Rurais referentes aos imóveis, os respectivos CCIR que informariam se as citadas fazendas são ou não propriedades produtivas e tampouco documentos comprovando a inexistência de débitos tributários em relação aos imóveis.

Sendo assim, de início, impende registrar que a documentação apresentada, superficial, frágil e unilateral, não comprova o cumprimento da função sócio-econômica dos imóveis objetos da lide.

Ademais, oportuno salientar que, se efetivamente as citadas fazendas fossem produtivas, os postulantes certamente apresentariam notas fiscais alusivas ao comércio dos grãos e do leite, bem como referentes à compra de produtos para plantações, todas as fichas de vacinação do IMA atualizadas comprovando o número de cabeças de gado existentes nos respectivos imóveis, entre outros documentos.

Ainda, importa lembrar que nada há nos autos acerca dos empregados dos requerentes. Aqui, pertinente o seguinte questionamento: É possível a existência de propriedades produtivas, com plantações, produções de grãos e leite e criações de gado que não tenham empregados?

Ora, não há outra conclusão plausível senão a do descumprimento das funções sócio-econômica e trabalhista, pois, se assim não fosse, certamente os autores apresentariam não só os citados documentos que comprovariam o real aspecto econômico dos imóveis que alegam possuir, como também, as Carteiras de Trabalho e Previdência Social de seus trabalhadores e os respectivos comprovantes de recolhimento das contribuições previdenciárias.

Doutro lado, analisando detalhadamente as certidões de matrículas apresentadas, constata-se a ausência de averbação da área referente a reserva legal em algumas das referidas matrículas, o que, diga-se de passagem, é exigível de toda e qualquer propriedade rural. Outrossim, importa salientar que mesmo nos imóveis em que foi averbada a reserva legal, os requerentes não comprovaram que efetivamente observam a legislação ambiental, em especial, quanto à conservação e manutenção dessas áreas.

Ademais, não há comprovação de que as áreas de preservação permanente estão sendo preservadas nos exatos moldes do ordenamento jurídico vigente.

Nesse contexto, forçoso concluir que os postulantes não comprovaram o cumprimento da função sócio-ambiental dos respectivos imóveis.

Importa salientar que, considerando as extensões dos imóveis, pelo material fotográfico juntado aos autos (fls...) não há como dimensionar o aspecto produtivo e, nem mesmo, se os proprietários respeitam as disposições ambientais, tutelando, efetivamente, as áreas de proteção.

Nesse momento, de se registrar que somente a observância da integralidade do art. 186 da Carta Magna enseja a conclusão de cumprimento da função social em seus três aspectos. Assim, ausente a comprovação do aproveitamento racional e adequado do imóvel, da utilização correta dos recursos naturais e da preservação do meio ambiente, da observância das disposições acerca das relações de trabalho e da exploração que favoreça o bem estar do proprietário e dos trabalhadores, a negativa da tutela possessória é a medida adequada.

Nesse diapasão, à vista do que consta no processado, a única constatação plausível é que, ao menos nessa fase procedimental, os requerentes não comprovaram que os imóveis litigados cumprem a função social em seus aspectos econômico, trabalhista e ambiental e, sendo assim, conforme exposto, não há como se perquirir acerca da proteção possessória vindicada.

Não é outra a lição de Jaques Távora Afonsin, em *Os Conflitos Possessórios e o Judiciário – Três reducionismos Processuais de Solução* – In: **O Direito Agrário em Debate**, obra de Dresch da Silveira, Domingos Sávio e Xavier, Flávio Sant’anna (org), POA, 1998. p. 280:

À função social da propriedade, enquanto dever do proprietário ou do possuidor, corresponde o direito de todos os não-proprietários, especialmente dos mais necessitados, cujo acesso ao mesmo espaço titulado nunca deixa de estar potencialmente previsto como possível, na exata medida em que a dita função deixe de ser cumprida.

Também enfatizado por Fábio Konder Comparato:

[...] o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas [...] Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como desforço privado imediato (CC, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso [...] (FERNANDES, Bernardo Mançano et al. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: RT, 2000, p. 145 e 146).

Corroborando, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues Pereira e Luiz Edson Fachin:

Conforme já observamos, a Carta Magna atual garante o direito de propriedade, mas ao mesmo tempo, em seu art., apenas em alínea seguinte, impõe à propriedade o atendimento da sua função social, o que significa dizer que a propriedade constitucionalmente assegurada deve atender a sua função social. (art. 5º, XXIII). Assim, disse o legislador constituinte o que não se pode desconhecer, principalmente por tratar da propriedade imobiliária rural: que essa deva atender os requisitos da função social da propriedade, quais sejam: o aproveitamento adequado e racional, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, as disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos trabalhadores e dos proprietários.

O capítulo destinado à Ordem Econômica e Financeira se refere à penalidade mais relevante decorrente do não cumprimento da função social: a desapropriação.

Se o não cumprimento da função social se liga à perda indenizada da propriedade (art. 184 da CF), conclui-se que não há proteção constitucional à propriedade que não cumpra referida função social, logo é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional conferir proteção possessória ao titular de domínio que não cumpra a função social da propriedade. É o que diz Edson Fachin:

O cumprimento da função social da propriedade não permite dar-lhe garantias outras que a Constituição não lhe defere. Logo, o modelo adotado pelo legislador constitucional de propriedade imobiliária rural protegida contra a perda indenizada, na modalidade do art. 184, é aquela que atende a todos os requisitos da função social, ficando de fora dessa moldura à propriedade que desatende um, alguns ou todos aqueles pressupostos.

Isto posto, é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional e a men legis deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpra integralmente sua função social, inclusive (e especialmente) no tocante ao requisito da exploração racional (FERNANDES, Bernardo Mançano et al. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: RT, 2000, p. 123).

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO – REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU – GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST – NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMÓVEL IMPRODUTIVO - DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 – NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL – REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – IMPROVIMENTO. -Não havendo o agravante comprovado tratar-se de imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88;

Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1.210 do NCC e 827 do CPC. (TAMG, Agravo de Instrumento nº 468.384-9, 5ª Câmara Civil, Rel. Juíza Hilda Teixeira da Costa, decisão de 25/11/2004)

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ÁREA RURAL – ESBULHO – OCUPAÇÃO – FAMÍLIAS – CONDIÇÕES DO IMÓVEL – DESTINAÇÃO – FUNÇÃO SOCIAL – DIREITO CONSTITUCIONAL – DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS – ART.S 926 E 927 DO CPC – REQUISITOS – COMPROVAÇÃO –PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

[...]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os art.s 926 e 927 do CPC não podem ser apreciados sem que seja considerada, também, a destinação social do imóvel.

[...]

(TJMG, Apelação Cível nº 470.602-3, 16ª Câmara, Rel. Otávio de Abreu Portes, decisão em 18/05/2005)

EMENTA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.

[...]

A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.

...

(TAMG- Agravo de Instrumento nº 425.429-9, Relator Alberto Vilas Boas, decisão de 25/11/2003)

[...]

Vv: Nas demandas possessórias referentes aos conflitos agrários necessário considerar o exame da produtividade e efetiva utilização do solo, ponderando os direitos inerentes à propriedade com as garantias constitucionais à vida, ao trabalho, à moradia, ao bem estar social, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, até mesmo o direito a um mínimo de propriedade privada, se sobrelevando, ainda, os objetivos consolidados como fundamentais da República, concernentes à erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.

Incumbe ao julgador, como intérprete da norma, adequar, em cada caso concreto, as disposições da lei infra-constitucional, material e processual, às exigências constitucionais. A interpretação sistemática constitucional da lei, em respeito ao dever social da propriedade determinado pelos art. 5º, inc. XIII e 186, da Constituição Federal, impõe ponderar o cumprimento desse dever na tutela jurídica do direito de propriedade e seus desdobramentos, dando efetividade à ordem constitucional. (TAMG, 6º Câmara Civil, Agravo de Instrumento nº 412.307-3, Rel. Dídimo Inocêncio de Paula, decisão em 25/03/2004).

Oportuna a exposição do ilustre Desembargador Alberto Vilas Boas no julgamento do Agravo de Instrumento nº 478.797-9:

A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.

Ainda, o Magistrado Federal, Welinton Militão dos Santos, titular da Vara Agrária Federal em Minas Gerais, em sentença proferida em 11/11/2004 nos autos nº 2004.38.00.038640-0, asseverou.:

[...] No julgamento das ações possessórias, o magistrado há de verificar, primeiramente, se está devidamente comprovada a posse do requerente sobre a gleba supostamente “invadida”. Isso só, contudo, não basta, data vênia. Imprescindível, pois, a comprovação de outros elementos, como, v.g., o adimplemento da função social da propriedade (art. 186, da C.R. de 05.10.88), a propósito do qual devem ser interpretados o art. 185, II da mesma Lei Fundamental e os art.s 924, 926, 928, todos do CPC.

Outrossim, sabido e notório que a prova a que se refere o art. 932 do Código de Processo Civil é a da posse e não da propriedade, visto que as ações possessórias fundamentam-se no *ius possessionis* e não no *ius possidendi*, não há como se admitir a tutela liminar quando somente a propriedade restar, de plano, comprovada.

A propósito, o tema foi objeto de conclusão do Encontro Nacional de Tribunais de Alçada realizado nesta capital em junho/1983, nos seguintes termos:

Para a concessão de liminar nas possessórias não bastam documentos relativos ao domínio, assim como não são suficientes meras declarações de terceiros, desprovidas do crivo do contraditório.

Nessa linha tem sido o entendimento de diversos tribunais do país:

A prova exclusiva do domínio não autoriza a concessão liminar de reintegração de posse, exigindo-se o processamento da justificação prévia do alegado. (Ac um da 6ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 7.951-6, Relator Desembargador Cruz Quintal)

É inadmissível a concessão de medida liminar inaudita altera pars, em processo de interdito proibitório, sem se promover audiência de justificação prévia da posse, louvando-se o magistrado a quo tão somente em prova documental de domínio. (Ac um da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Agravo de Instrumento nº 2.661, Relator Desembargador Onésimo Nunes Rocha)

Por fim, à vista do exposto, conclui-se que o juiz *a quo*, ao conceder a liminar de interdito, nega vigência ao dispositivo constitucional (art. 186 da Carta Magna), ressaltando-se, ainda, que o equívoco e injustiça da decisão impugnada defluem, também, do fato de se tratar igualmente imóveis que atendem a sua função social e aqueles em relação aos quais seus proprietário se eximem de comprovar o cumprimento do preceito constitucional.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Ministério Público requer o CONHECIMENTO do presente recurso, bem como a CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, e, ao final, o seu PROVIMENTO para que seja decretada a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos do art. 267, I e VI, face à ausência de condição da ação (interesse processual) e impossibilidade do litisconsórcio ativo facultativo, via de consequência, declarando-se nula a decisão de fls. ... e, caso superadas tais questões de natureza processual, seja reformada a decisão por contrariar o direito material aplicável.

Advogado dos agravados:

Advogados dos requeridos:

Belo Horizonte,

Maria Alice Alvim Costa Teixeira
Promotora de Justiça

Luís Carlos Martins Costa
Promotor de Justiça

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESLOCAMENTO/JUSTIÇA FEDERAL

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos nº

Autores:

Réus:

Objeto do Conflito: Fazenda (Comarca de)

Assunto: Agravo de Instrumento

“Compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula 150, do STJ)

COLETA CÂMARA,

DOU TO PROCURADOR DE JUSTIÇA,

O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atribuições na Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários, com fundamento nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO contra a decisão de fls. ..., prolatada pelo MM. Juiz da Vara Agrária deste Estado que, em AÇÃO POSSESSÓRIA (Autos nº ...) proposta por e Outros em face de e Outros integrantes do movimento social, indeferiu a remessa dos autos à Justiça Federal.

Para tanto, em atendimento ao disposto no art. 525 do CPC, junta cópia de todo o processo na instância originária.

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse ajuizada por e Outros em face de e Outros integrantes do movimento social, aduzindo, em síntese, que são proprietários e legítimos possuidores do imóvel denominado Fazenda, com área de hectares, situado no município de/MG e que o referido imóvel foi ocupado por integrantes do movimento social em....., oportunidade em que destruíram parte das pastagens. Afirmam que o imóvel é produtivo e explora a criação de gado. Finalmente, postulam a concessão da tutela, inclusive em sede liminar, para que sejam reintegrados na posse da propriedade em questão (fls....). Juntaram os documentos de fls....

O Ministério Público opinou pelo indeferimento da liminar, diante da não comprovação da produtividade e do cumprimento da função social da propriedade (fls....).

Realizada visita ao local dos fatos, o respectivo termo foi juntado às fls....

Em audiência realizada em, acordou-se que os requeridos poderiam ocupar área de hectares da fazenda, além de retirarem carvão de uma área contígua dehectares. Estabeleceu-se ainda que o INCRA apresentaria o laudo em dias (fls.).

Em....., realizou-se nova audiência de conciliação (fls....). Auto de visita e constatação juntado às fls...

Manifestação ministerial às fls....., opinando pelo indeferimento da liminar vindicada, vez que, ausentes comprovantes da posse alegada nos termos constitucionais.

Atento ao requerimento ministerial, o juízo indeferiu o pedido de desocupação imediata (fls.), tendo referida decisão sido objeto de Agravo de Instrumento (cópia juntada às fls....).

Às fls..., foi juntado Laudo Agrônomico elaborado pelo INCRA, no qual a autarquia atestou que o imóvel litigado trata-se de grande propriedade improdutiva.

As contestações foram apresentadas às fls.... e e impugnadas às fls....

Após especificação de provas, o Juízo designou nova vistoria no imóvel e nova audiência de conciliação, na qual firmou-se novo acordo, permitindo que os requeridos ocupassem em comodato uma área de hectares. Além disso, acordou-se que o presente processo ficaria suspenso até que fosse solucionada a questão da desapropriação, já estando em andamento processo administrativo.

Oitiva das testemunhas mediante carta precatória às fls.....

Às fls..., juntou-se cópia do acórdão proferido no Agravo de Instrumento interposto, tendo sido concedida a liminar de reintegração.

Designou-se nova visita à Fazenda, bem como nova audiência, que realizou-se em na comarca de (fls....). Na oportunidade, o Órgão Ministerial argumentou que o comodato estabelecido entre as partes litigantes é posterior à interposição do Agravo de Instrumento, devendo, portanto, prevalecer.

Às fls..., o INCRA informa a existência de decreto expropriatório da Fazenda (fls...) e requer sua admissão no feito como *Amicus Curiae*, pleiteando a imediata remessa dos autos à Justiça Federal, a fim de que esta examine a existência de interesse jurídico da referida Autarquia Federal.

Os autores reiteram pedido de cumprimento da decisão concessiva da liminar (fls...), o que foi negado pelo juízo *a quo*, ao entendimento de que, a fixação de um novo acordo posterior ao ajuizamento do recurso, torna-o prejudicado, pois a profunda alteração do substrato fático da demanda, importa na perda do próprio interesse recursal (fls....).

Apresentação de contestação por curador especial nomeado pelo juízo às fls....

Parecer ministerial opinando pela remessa dos autos à Justiça Federal, diante do interesse direto da União no feito, suficientemente demonstrado com a publicação do decreto expropriatório da Fazenda (fls...).

Em decisão de fls....., o d. Magistrado *a quo* indeferiu o pedido de remessa dos autos à Justiça Federal, entendendo não estar demonstrado o interesse processual do INCRA no presente feito.

Inconformado com a decisão que indeferiu a remessa dos autos à Justiça Federal, o Ministério Público, a tempo e modo, interpõe o presente recurso, cujas razões passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é próprio e tempestivo, vez que a decisão guerreada foi prolatada em, sendo certo, porém, que o processo somente foi recebido por esta Promotoria Especializada em ... (fls....), iniciando a contagem do prazo para sua interposição em

DA REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL

A análise dos autos demonstra que a decisão impugnada não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Primeiramente, devemos observar que o INCRA efetivamente manifestou-se nos autos de reintegração de posse, informando acerca da existência de decreto expropriatório relativo à Fazenda, que, sem dúvida, culminará em uma ação judicial de desapropriação na esfera federal.

O interesse do INCRA, e, por via de consequência, da União, está suficientemente demonstrado, sobretudo, diante da publicação do decreto de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária da “Fazenda” (fls...), bem como através da manifestação aposta nos autos, em que a referida Autarquia Federal pleiteia sua participação como *amicus curiae*. Assim, demonstrado o interesse jurídico do INCRA no presente feito possessório, evidente a competência da Justiça Federal para apreciá-lo, conforme disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97.

Verificada a competência absoluta da Justiça Federal para julgamento dos presentes autos, está devidamente justificada a obrigatoriedade do deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, em virtude da intervenção no feito do INCRA, autarquia federal. Como cediço, a Justiça Federal é a competente para julgar processos envolvendo interesses jurídicos da União, suas autarquias ou empresas públicas (Enunciado 150 da Súmula do STJ e art. 109, inciso I, da Constituição Federal).

Além disso, a União já manifestou interesse concreto e efetivo no feito com a publicação do decreto presidencial expropriatório, dede de, cuja cópia se encontra acostada às fls..., que declarou de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel objeto do presente litígio.

No mesmo sentido, o disposto no art. 5º, da Lei nº 9.469/97:

Art. 5º - A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

In casu, a União demonstra efetivo interesse econômico no processo, objetivando adquirir a Fazenda, via iminente ação de desapropriação, com sua inclusão no programa de assentamentos de reforma agrária. O fato do INCRA não ter peticionado formalmente nos autos, pleiteando sua admissão, configura mera irregularidade, pois, apresenta-se manifesto o interesse da autarquia federal na solução deste litúgio, impondo-se a remessa dos autos à Justiça Federal.

No mesmo sentido, tem decidido este Egrégio Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – INTERESSE DA UNIÃO – JULGAMENTO AFETO À JUSTIÇA FEDERAL – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – DECLINAÇÃO DE OFÍCIO – PROCESSUAL CIVIL – INTELLIGÊNCIA DO ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Por força do dispositivo constitucional (art. 109, I, CF/88), compete à Justiça Federal processar e julgar as causas em que a União figurar como interessada, sendo defeso ao juiz Estadual, manifestamente incompetente, manifestar-se no feito, devendo, de ofício, declinar da sua competência. (TJMG – Agravo de Instrum. Nº 1.0024.04.355637-2/002, rel. Des. Antônio Sérvulo, julg. 25/01/2006).

COMPETÊNCIA – INTERESSE DE AUTARQUIA FEDERAL – AÇÃO DE USUCAPÍÃO – IBAMA – CONFINANTE – JUSTIÇA FEDERAL. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas (Súmula nº 150 do STJ). (TJMG – Agravo de Instrum. Nº 2.0000.00.498341-3/000, rel. Des. José Flávio de Almeida, julg. 14/09/05)

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o Ministério Público o CONHECIMENTO do presente recurso, e, ao final, o seu PROVIMENTO para que seja determinada a imediata remessa dos autos de origem e dos presentes à Justiça Federal. Advogado das partes:

Belo Horizonte,

Luís Carlos Martins Costa
Promotor de Justiça

Maria Alice Alvim Costa Teixeira
Promotora de Justiça

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CRIANÇA E ADOLESCENTE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE..... – MG

Na medida em que a sociedade brasileira praticar este Estatuto (da Criança e do Adolescente), estará superando a tentação do ter, do prazer e do poder para descobrir a dignidade da pessoa humana e a força do relacionamento fraterno que nasce da gratuidade do amor.(D. Luciano Mendes de Almeida – Bispo de Mariana/ Minas Gerais)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, através do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de.....signatário, no uso de suas atribuições legais de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados às crianças e aos adolescentes, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição federal, e arts. 201, inc. V, 208, parágrafo único, e 210, inc. I, todos do estatuto da Criança e do Adolescente, vem à presença de Vossa Excelência promover a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, para proteção judicial dos interesses individuais indisponíveis das crianças e adolescentes residentes no acampamento do....., instalado na Fazenda ..., município de, em face do MUNICÍPIO DE, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela pessoa do Prefeito Municipal, Sr. ..., que poderá ser citado pessoalmente na....., e do ESTADO DE MINAS GERAIS, pessoa jurídica de Direito Público interno, que poderá ser citado na pessoa de seu Procurador-Geral, Praça da Liberdade, s/nº, Belo Horizonte-MG, para que sejam obrigados a responsabilizar-se pelo transporte daquelas crianças e adolescentes, pelos motivos de fato e direito a seguir expostos:

DOS FATOS

Denota-se das peças informativas anexas que, no município de-MG, há uma ocupação de terras, desenvolvida pelo, instalada na Fazenda.....Tal ocupação encontra-se na zona rural, há cerca de.....Km. Da sede município de.....

Extraí-se que, dentre as diversas pessoas instaladas naquela ocupação, há..... adolescentes e crianças, em idade escolar.

Graças à ação do Conselho Tutelar do Município de....., em atenção à requisição do Ministério Público, tais crianças e adolescentes encontram-se devidamente matriculados o ensino público básico.

São eles:

1) ...

[...]

Lamentavelmente, apesar dos esforços encetados pelo Conselho Tutelar do Município de, não tem sido possível àquelas crianças e adolescentes a frequência ao ensino público básico, em razão da não disponi-

bilização do devido transporte escolar às mesmas.

Tal omissão estatal tem ferido de morte o direito constitucional e humanitário daquelas crianças e adolescentes ao acesso ao ensino público básico.

Data maxima venia, o fato de residirem debaixo de pedaços de lonas não lhes afasta a titularidade de direitos consagrados pela nossa CARTA MAGNA de 1988, dentre eles o de acesso ao ensino público básico. Da mesma forma, a alteração quanto a possível falta de recursos públicos não exime o poder público de suas obrigações, já que não são as necessidades de nossas crianças e adolescentes que devem adequar-se à estrutura do poder público, mas sim este que deve zelar pelo respeito aos preceitos legais previstos em nosso ordenamento.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROMOÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O art. 129, inc. III, da Constituição Federal, diz que compete ao Ministério Público, promover a ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos.

O art. 201, inc. V, da Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), dispõe por sua vez que cabe ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência.

O art. 208, parágrafo único desta mesma lei, reza que além das hipóteses previstas no “caput” do art. é possível a proteção judicial para a defesa de outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da juventude protegidos pela Constituição.

Por fim, o art. 210, inc. I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que para as ações civis fundadas em interesses coletivos ou difusos o Ministério Público tem legitimidade para a agir.

Portanto, o Ministério Público é parte legítima para propor a presente ação, seja por amparo Constitucional seja por amparo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

A competência para o julgamento desta ação civil pública é da Justiça da Infância e da Juventude, nos termos do art. 148, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe: “A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...] IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos, afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209.”

DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, DIFUSOS E COLETIVOS PRÓPRIOS DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA

Quanto à defesa dos interesses difusos e coletivos, em geral, por parte do Ministério Público, escreve o renomado e eminente Hugo Nigro Mazzilli que:

[...] é feita especialmente a partir da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que é de aplicação subsidiária para outras normas de proteção a interesses difusos e coletivos (Leis nº 7.853/89, nº 7.913/89, nº 8.069/90, nº 8.078/90). Ademais, tendo a Lei nº 8.078/90 superado o veto originário que tinha sido imposto a dispositivos da Lei nº 7.347/85, alcança-se, agora, a integral defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, bem como de qualquer outro interesse coletivo ou difuso.

Alcança-se, pois, a proteção da criança e do adolescente, seja como destinatários de um meio ambiente sadio e equilibrado, seja ainda, agora como obreiros, enquanto destinatários de adequadas condições ambientais do trabalho, seja, enfim, como consumidores efetivos ou potenciais. A defesa dos interesses da criança ou do adolescente consumidor, segundo o art. 81 do Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), pode ser vista de vários aspectos: o interesse do consumidor por ser estritamente individual (um só comprador lesado), individual homogêneo (uma série de um produto produzido com defeito), coletivo (a inadequada prestação de ensino a escolares) ou difuso (como na propaganda enganosa).

Difusos, pois, são interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria de interesse público.

Por sua vez, os interesses coletivos compreendem uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas. Em sentido lato, englobam não só os interesses transindividuais indivisíveis (que o Código do Consumidor chama de interesses coletivos em sentido estrito), como, também, aqueles que o Código do Consumidor chamou de interesses individuais homogêneos. Estes últimos caracterizam-se pela extensão divisível ou individualmente variável do dano ou da responsabilidade.

Assim, segundo o mesmo Código, coletivos são os interesses 'transindividuais de natureza indivisível de seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base' (art. 81, II).

Inovando na terminologia legislativa, o Código mencionou, pois, os interesses individuais homogêneos (art. 81, III), 'assim entendidos os decorrentes de origem comum', que, como vimos, na verdade, não deixam de ser interesses coletivos, em sentido lato.

Consideremos mais detidamente a situação da criança e do adolescente. Se, numa comunidade, apenas um adolescente não foi atendido num hospital ou não obteve vaga num estabelecimento de ensino, podemos falar em seu interesse individual, posto indisponível. Já, o interesse pode ser individual homogêneo, quando de vários menores tratados inadequadamente com uma vacina com prazo de validade vencido, p. ex., ou pode

ser coletivo (em sentido estrito), quando de uma ação trabalhista coletiva contra o mesmo patrão, exigindo um pagamento devido a todos. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente difuso se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como as crianças destinatárias de propaganda enganosa ou inadequada, veiculada pela televisão, cf. arts. 220, § 3º e 221 da CF).

A defesa de interesse de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo, como quando à questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou quando haja extraordinária dispersão de interessados, a tornar necessária ou, pelo menos, conveniente sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público, ou quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo, de um sistema econômico, social ou jurídico. Tratando-se, porém, de interesses coletivos ou difusos, sua defesa interessará sempre à coletividade como um todo.

Diz o Estatuto caber a iniciativa do Ministério Público para ação civil pública na área da Infância e da Juventude, ainda que para defesa de interesses individuais (art. 201, V, Livro II, Título VI, Capítulo VII). Em nosso entendimento, temos, aí, que considerar a defesa individual da criança e do adolescente, por meio de ação civil pública, apenas enquanto se trate de direitos indisponíveis, que digam respeito à coletividade como um todo, única forma de conciliar a exigência do Estatuto com a destinação institucional do Ministério Público (art. 127, *caput*, da CF). Assim, as providências do Ministério Público são exigíveis, até mesmo com o ingresso da ação civil pública, para assegurar vaga em *escola*, tanto para uma única criança como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um como a diversos adolescentes privados de liberdade.

Enfim, a omissão do Município de e do Estado de Minas Gerais em não proporcionar o devido transporte escolar das crianças e adolescentes retro mencionado, viola direito dos mesmos, direito este considerado indiscutivelmente como sendo indisponível e coletivo, ainda assim o Ministério Público teria legitimidade para agir, já que está legitimado até mesmo para defender o direito de uma pessoa com menos de dezoito anos de idade, reconhecidamente um ser em desenvolvimento, ainda que individual, é indisponível, nos termos dos arts. 201, V, e 208, parágrafo único, ambos do Estatuto da Criança e Adolescente.

DAS NORMAS E PRINCÍPIOS LEGAIS NÃO OBSERVADOS

Art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”

O Estatuto da Criança e do Adolescente revolucionou o Direito Infante-Juvenil, inovando e adotando a Doutrina da Proteção Integral, prevista no art. 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo.

Ao abraçar esta doutrina, o Estatuto rechaçou a “Teoria do Direito Tutelar do Menor”, adotada pelo Código de Menores revogado (Lei nº 6.697/79), que considerava crianças e adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada em situação irregular.

A nova teoria, destarte, baseada na total proteção dos direitos infante-juvenis, tem seu alicerce jurídico e social na Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, adotada na Assembléia Geral das Nações Unidas, no dia 20/10/1989, e o Brasil adotou o texto, em sua totalidade, pelo Dec. nº 99.710/90, após ser ratificado pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo nº 28/90).

Nessa linha, dispõe o art. 3º do Estatuto que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Comentando este artigo, principalmente sobre as inovações introduzidas no Estatuto, que adquiriu “status” de Constituição da Criança e do Adolescente, escreve Paulo Vercelone, Presidente da Associação Internacional de Juizes de Menores e de Família, que:

Esta lei, ora comentada, tem o conteúdo e a forma de uma verdadeira Constituição, como adverte o título, que usa o termo “Estatuto”. Isto vale principalmente para as “disposições preliminares”, que abrem o caminho para o elenco dos direitos específicos e para a predisposição dos instrumentos legislativos necessários para sua atuação concreta.

O art. 3º, onde começa o elenco dos direitos assegurados aos sujeitos indicados no art. 2º, aparece de fato como uma solene declaração de princípios, análoga a outras, contidas em Cartas Constitucionais e convenções internacionais (como o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20/11/89).

Trata-se da técnica legislativa usual quando se faz uma revolução, quando se reconhece que uma parte substancial da população tem sido até o momento excluída da sociedade e coloca-se agora em primeiro plano na

ordem de prioridades dos fins a que o Estado se propõe. Desta vez não se trata de uma classe social ou de uma etnia, mas de uma categoria de cidadãos identificada a partir da idade. Mas trata-se, contudo, de uma revolução, e o que mais impressiona é o fato de que se trata de uma revolução feita por pessoas estranhas àquela categoria, isto é, os adultos em favor dos imaturos.

As regras ali enunciadas colocam também algumas normas de caráter imediatamente preceptivo, isto é, às quais todos devem imediata obediência, pois são suficientemente precisas; mas têm importância decisiva também por seu aspecto programático, isto é, aquele que se refere às normas concretas para implementação do programa. De fato, a partir da entrada em vigor do Estatuto, todos os Poderes do Estado, os órgãos públicos da comunidade e em particular o Poder Judiciário têm a obrigação de interpretar todas as normas, aquelas em vigor e as futuras, à luz daqueles princípios fundamentais, chegando a considerar implicitamente revogadas, embora na ausência de intervenções legislativas, as normas precedentes que entrem em contradição com aqueles princípios.

Sobre os princípios adotados pelo estatuto, explica o renomado autor

Os princípios afirmados no art. são três: a) crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana; b) eles têm direito, além disso, à proteção integral que é a eles atribuída por este Estatuto; c) a eles são garantidos também todos os instrumentos necessários para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

A primeira regra contém implicitamente a afirmação da plena capacidade jurídica do cidadão menor de idade quanto aos direitos fundamentais. O fato de estar física e psiquicamente imaturo não exclui a perfeita correspondência entre a situação jurídica da criança e do adolescente e a situação jurídica do adulto no que diz respeito aos direitos fundamentais, os quais podem ser identificados basicamente nos direitos da personalidade seja em relação ao Estado, seja em relação aos outros cidadãos.

A segunda regra reforça a primeira, no sentido de que o legislador afirma a plena compatibilidade entre a titularidade dos direitos fundamentais e a proteção integral. Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) e de outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.

A terceira regra, análoga a outras das Constituições modernas (como o art. 3º, c.2, da Constituição Italiana), posto que liberdade e dignidade são os bens mais preciosos de toda pessoa humana, impõe à coletividade a eliminação de qualquer obstáculo que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impeça o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

O quadro revolucionário está, portanto, completo.

O art. 4º, nesse mesmo diapasão, diz o seguinte:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O parágrafo único deste artigo determina que:

A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Comentando este artigo, principalmente sobre a preferência e a prática de direitos, Dalmo de Abreu Dallari escreve o seguinte:

O apoio e a proteção à infância e juventude devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes. Essa exigência constitucional demonstra o reconhecimento da necessidade de cuidar de modo especial das pessoas que, por sua fragilidade natural ou por estarem numa fase em que se completa sua formação, correm maiores riscos. A par disso, é importante assinalar que não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes. Reconhecendo-se que eles são extremamente importantes para o futuro de qualquer povo, estabeleceu-se como obrigação legal de todos os governantes dispensar-lhes cuidados especiais.

Essa exigência também se aplica à família, à comunidade e à sociedade. Cada uma dessas entidades, no âmbito de suas respectivas atribuições e no uso de seus recursos, está legalmente obrigada a colocar entre seus objetivos preferenciais o cuidado das crianças e dos adolescentes. A prioridade aí prevista tem por objetivo prático, que é a concretização de direitos enumerados no próprio art. 4º do Estatuto, e que são os seguintes: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Ainda comentando este artigo sobre a garantia da prioridade, escreve o eminente autor:

Complementando as disposições constitucionais e as exigências do art. 4º do Estatuto, foi acrescentado a este um parágrafo, enumerando alguns dos procedimentos indispensáveis para a garantia de prioridade exigida pela Constituição. Essa enumeração não é exaustiva, não estando, aí, especificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e à juventude, nem todas as formas de assegurá-la. A enumeração contida nesse parágrafo representa o mínimo exigível e é indicativa de como se deverá dar efeito prático à determinação constitucional.

A primeira garantia da prioridade, entre as especificadas no parágrafo único do art. 4º, consiste na “primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias”. Evidentemente, quando a lei fala em primazia, está supondo hipóteses em que poderá haver opção entre proteger ou ocorrer em primeiro lugar as crianças e adolescentes ou os adultos. Isso pode ocorrer, p. ex., numa situação de perigo como, também, nos casos de falta ou escassez de água, alimentos ou abrigo, ou então nas hipóteses de acidente ou calamidade. Em todos esses casos, e sempre que houver possibilidade de opção, as crianças e os adolescentes devem ser protegidos e socorridos em primeiro lugar.

A segunda situação em que a lei expressamente determina que seja garantida a prioridade à criança e ao adolescente é aquela em que se deve da “precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública”.

Serviços públicos, de modo geral, são aqueles prestados diretamente pelos órgãos públicos ou por delegação destes. Se algum serviço for prestado simultaneamente e no mesmo local, a crianças ou adolescentes e também a adultos, os primeiros devem ser atendidos em primeiro lugar. Essa regra deve ser interpretada com bom senso, para que a garantia de precedência referida nesse dispositivo não se converta na afirmação de um privilégio absurdo e injustificável. Pode servir como exemplo a situação em que uma criança seja levada a um pronto-socorro, para ser tratada de um pequeno ferimento, lá chegando ao mesmo tempo em que chega um adulto em estado muito grave. Se houver apenas um médico no local, ninguém há de pretender que a criança receba a assistência em primeiro lugar.

A precedência estabelecida em favor da criança e do adolescente tem como fundamentos sua menor resistência em relação aos adultos e suas reduzidas possibilidades numa competição para o recebimento de serviços. Por força da lei o próprio prestador dos serviços deve assegurar aquela precedência, não permitindo que um adulto egoísta e mal-educado procure prevalecer-se de sua superioridade física.

Além de se referir à precedência no recebimento de serviços públicos, o Estatuto menciona também os de “relevância pública”. Esse qualificativo foi usado expressamente na Constituição, no art. 197, em relação às ações e aos serviços de saúde, podendo também ser assim considerados, por extensão, os que forem prestados ao povo para atendimento de necessidades essenciais, mesmo que o prestador seja um particular. O conceito jurídico de relevância pública só ficará bem claro depois de trabalho pela doutrina e sedimentado pela jurisprudência, mas pode ser desde já invocado com base no sentido corrente da expressão.

A terceira precedência prevista expressamente no Estatuto é a atenção preferencial na formulação e na execução das políticas sociais públicas. Quem deve atender a essa exigência é, em primeiro lugar, o legislador, tanto o federal quanto o estadual e o municipal. Sendo todos competentes para legislar em matéria de saúde, podem fixar por meio de lei as linhas básicas dos respectivos sistemas de saúde, pois, embora a Constituição fale em “sistema único” de saúde, admite um setor público e outro privado, além de prever a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios. Em consequência, cada esfera política deverá ter sua legislação própria, obedecidas as disposições constitucionais quanto às competências.

Tanto a formulação quanto a execução das políticas sociais públicas exigem uma ação regulamentadora e controladora por parte dos órgãos do Poder Executivo, a par da fixação de planos e da realização de serviços. No desempenho de todas essas atividades deverá ser, obrigatoriamente, dada precedência aos cuidados com a infância e a juventude. Será contrária à lei a decisão de não respeitar essa exigência, podendo, por isso, ter pedida sua anulação ou suspensão pelo Poder Judiciário, através de mandado de segurança, ação popular ou ação civil pública, dependendo das circunstâncias. De acordo com as particularidades de cada caso, a ação poderá ser proposta por qualquer cidadão, por pessoa ou entidade diretamente interessada ou, ainda, pelo Ministério Público.

Por fim, comentando o parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a garantia de prioridade para crianças e adolescentes deve ser assegurada pela destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, o ilustre e festejado autor ensina que:

Essa exigência legal é bem ampla e se impõe a todos os órgãos públicos competentes para legislar sobre a matéria, estabelecer regulamentos, exercer o controle ou prestar serviços de qualquer espécie para promoção dos interesses e direitos de crianças e adolescentes. A partir da elaboração e votação dos projetos de lei orçamentária já estará presente essa exigência. Assim, também, a tradicional desculpa de “falta de verba” para a criação e manutenção de serviços não poderá ser mais invocada com muita facilidade quando se tratar de atividade ligada, de alguma forma, a crianças e adolescentes. Os responsáveis pelo órgão público questionado deverão comprovar que, na destinação dos recursos disponíveis, ainda que sejam poucos, foi observada a prioridade exigida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aí estão as principais exigências que decorrem diretamente do art. 4º do Estatuto, com seu parágrafo único. Evidentemente, a lei não poderia prever todas as circunstâncias e descer a pormenores sobre cada uma delas. Mas a leitura atenta desses dispositivos fornece elementos suficientes para que se perceba seu espírito e sua

abrangência. Em caso de dúvida sobre seu alcance, deverá ser feita a interpretação observando-se que se trata da afirmação e garantia de direitos fundamentais, razão pela qual cabe perfeitamente a aplicação por extensão ou analogia, nunca podendo ser admitida uma interpretação restritiva.

Em linhas gerais, a criança e o adolescente devem ser tratados com prioridade, têm preferência no atendimento, o poder público deve ter atenção preferencial na formulação e na execução das políticas sociais públicas, destinando de forma privilegiada os recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Não bastasse tudo isto, ainda há normas constitucionais sendo violadas pelo Município e o Estado de Minas Gerais. Vale a pena transcrever o art. 226, “caput”, da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

DO TRANSPORTE ESCOLAR

A Constituição Federal determina que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, inclusive para aqueles que não o tiveram na idade própria (art. 208, inciso I, da CF). por outro lado, o inciso VII do mesmo art. determina que é dever do Estado o “o atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”. O art. 212 da Carta Magna determina que os Estados e Municípios deverão aplicar vinde e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Também a Lei nº 9.394/96, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, disciplina que:

Art. 4º. O dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I) ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; [...]

VIII – atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigí-lo.

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: [...]

VIII – aquisição de matéria didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

E, para dirimir qualquer dúvida sobre a responsabilidade do Estado e do Município no que se refere ao dever de promover o transporte escolar, seja de forma compartilhada ou individual, a Lei nº 10.709/03, ao modificar os arts 10 e 11 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (nº 9.374/96), determinou que:

Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de: [...]

VII – assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: [...]

VI – assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

Insta salientar que, embora a Lei imponha tal obrigação ao Estado e ao Município, tal fato não exime este último de promover o transporte também dos alunos da rede estadual da zona rural e alguns da zona urbana, haja vista que um e outro ente federativo integram o conceito de poder público e Estado (aquí também compreendida a União) e, como tal, cabe-lhes, de forma conjunta ou não, garantir o direito constitucional à educação.

Neste particular, convém, em obediência à própria legislação em vigor, que Estado e Município haja de forma articulada e mediante mútua colaboração para garantir o direito à educação, tanto o ensino fundamental como o médio (art. 211 da Constituição Federal), ate porque, em se tratando de ensino fundamental, os dois entes estão obrigados a fornecê-lo, conforme determina o art. 10, inciso VI e art. 11, inciso V, da Lei nº 9.394/96.

Também o art. 208 da Constituição Federal não deixa dúvidas quando ao dever do Estado (nas três esferas de governo), garantir o direito à educação.

E, se assim é, o fato de a Lei nº 10.709/03, ter distribuído as obrigações no que tange ao transporte, não isenta o Município dede efetivá-lo em relação aos alunos da rede estadual da zona rural e urbana, pelo menos até que o governo estadual assuma tal responsabilidade, de forma exclusiva.

Isso porque, seja em face da Constituição Federal, seja em face da legislação infraconstitucional, tem-se como incontroverso que os atributos da absoluta prioridade e indisponibilidade conferem o direito à

educação preponderância sobre quaisquer outros que não se revestem dos mesmo predicados, como, por exemplo, os interesses meramente financeiros ou políticos de um ente público.

O próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, quando da consulta nº 485041/98 7, formulada por Prefeito Municipal que indagara “qual o procedimento no que pertine às despesas com transporte de alunos da municipalidade para as escolas estaduais”, eis que a “dificuldade reside no fato de que é o Estado ficado a cargo do Município”, externou voto de Conselheiro Fued Dib, acolhido por unanimidade, no sentido de que “*tem o Município o dever precípuo de realizar prioritariamente as despesas com o transporte escolar necessário ao ensino fundamental e, ainda, à educação infantil em creches e pré-escolas, incluídas a de educação especial, pois estão dentro de sua área de competência.*”

Conforme já ressaltado, o Estado e o Município vêm se omitindo em relação ao cumprimento de seu dever, em relação às crianças e adolescentes retro mencionados.

Ainda neste sentido, a Lei Orgânica do Município deestipula, em se art. 237, que a educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, possui, como um de seus objetivos básicos, o atendimento ao educando no ensino fundamental através de programas suplementares, abrangendo, entre outras garantias, o transporte escolar.

A obrigatoriedade de transporte escolar gratuito aos alunos que cursam o ensino fundamental é evidente. Decorre da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Lei Orgânica do Município. O ensino fundamental é gratuito e obrigatório. O acesso à escola deverá ser pleno, abrangendo, portanto, o transporte escolar. O Município está obrigado a utilizar vinde e cinco por cento de sua receita, no mínimo, para a manutenção e desenvolvimento do ensino.

Por outro lado, o art. 53, inciso V do Estatuto da Criança e do Adolescente determina, como direito fundamental da criança e do adolescente, o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Ainda neste sentido, justifica-se a presente ação por ser a evasão escolar um dos graves problemas do sistema educacional, principalmente na zona rural. Assim, a demora e a indecisão do poder público, por outro lado, agrava tal problema, afastando os alunos da rede escolar e dificultando o acesso a educação.

DA TUTELA ANTECIPADA

De acordo com o preceituado no art. 273 do Código de Processo Civil,

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que: existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano ou de difícil reparação.

No caso vertente, os requisitos da verossimilhança da alegação e prova inequívoca defluem de forma clara e indiscutível dos docs. anexos, inclusive ofício do Conselho Tutelar de, dando conta de que..... crianças e adolescentes, apesar de matriculados no ensino público básico, não estão tendo assegurado o acesso à educação em razão da recusa do poder público em propiciar-lhes o devido transporte escolar.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação advém da persistência do poder público em omitir-se em sua obrigação, afastando crianças e adolescentes da escola, expondo-as ao abandono intelectual. Ainda, conforme previsão legal contida no art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente e Art. 12 da Lei nº 7.347/85, pode o juiz, sendo relevante os fundamentos da demanda, presentes os demais requisitos, conceder o provimento de urgência pleiteado *initio litis*.

Assim, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requer-se:

LIMINARMENTE:

a) seja imposta a obrigação de fazer, determinando ao município deque, no prazo máximo de 72 horas, implemente e custeie, durante o período letivo, o devido transporte escolar dos alunos retro mencionados, no trajeto de ida e volta, do local onde residem atualmente ou venham a residir futuramente no município (no segundo caso, desde a distância seja superior a 02 Km.) até as escolas públicas (estadual e municipal) onde se encontram matriculados no ensino público básico, sob pena de multa diária no importe de R\$ 10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Defesa da Criança e do Adolescente do município de

O PEDIDO FINAL

Ao final, requer-se a total procedência do pedido para que:

a) seja imposta definitivamente a obrigação de fazer, determinando-se ao Município deque promova e custeie, durante o período letivo, o devido transporte escolar das crianças e adolescentes retro mencionados, matriculados na rede pública de ensino municipal, no trajeto de ida e volta, do local onde residem atualmente ou venham a residir futuramente no município (no segundo caso, desde a distância seja superior a 02 Km.) até as escolas públicas onde se encontram matriculados no ensino público básico, enquanto residirem no município de e encontrarem-se matriculados na rede de ensino pública municipal, sob pena de multa diária no importe de R\$10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Defesa da Criança e do Adolescente do município de

b) seja imposta a obrigação de fazer, determinando-se ao Município de que promova e custeie, até que ocorra a implementação do transporte escolar pelo poder público do Estado de Minas Gerais, durante o período letivo, o devido transporte escolar dos alunos retro mencionados, que se encontra matriculados na rede pública de ensino estadual, no trajeto de ida e volta, do local onde residem atualmente ou venham a residir futuramente no município (no segundo caso, desde que a distância seja superior a 02 Km.) até as escolas públicas onde se encontram matriculados no ensino público básico, enquanto residirem no município dee encontrarem-se matriculados na rede de ensino pública, sob pena de multa diária no importe de R\$10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Defesa da Criança e do Adolescente do município de

c) Seja imposta definitivamente a obrigação de fazer, determinando-se ao Estado de Minas Gerais que promova e custeie o transporte escolar, dos adolescentes retro mencionados que se encontram matriculados na rede pública estadual de ensino, no trajeto de ida e volta, do local onde residem atualmente ou venham a residir futuramente no município (no segundo caso, desde que a distância seja superior a dois Km.) até a escola pública onde se encontram matriculados, enquanto residirem no município dee encontrarem-se matriculados na rede de ensino pública estadual, sob pena de multa diária no importe de R\$10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Defesa da Criança e do Adolescente do município de Das provas. Pretende-se provar o alegado através de todos os meios de provas em direito admitidos, como depoimento pessoal da parte, juntada de documentos, prova testemunhal, pericial etc... Requerendo, ainda, desde já, seja requisitada ao Sr. Prefeito Municipal de....., cópia de eventuais convênios firmados com o Estado de Minas Gerais, através da Secretaria Estadual de Educação, em vigência durante o ano de 2004, que refiram-se ao transporte escolar de alunos da rede pública estadual.

Da citação. Requer-se a citação dos requeridos para, querendo, apresentarem defesa que tiver, no prazo legal, sob pena de revelia e confissão.

Valor da causa. Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00.

Requer-se, ao final, a condenação dos requeridos em despesas processuais e honorários advocatícios, em favor do Estado de Minas Gerais.

P. deferimento.

data

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça

ARQUIVAMENTO – ATIPICIDADE – CONDUTA DE OCUPAÇÃO DE IMÓVEL RURAL

Comarca:

Pedido de Arquivamento

Autos nº.....

Indiciados.....

Meritíssimo Juiz de Direito,

Pois fui sempre lavrador, lavrador de terra má; não há espécie de terra que eu não possa cultivar. – Isso aqui de nada adianta, pouco existe o que lavar; mas diga-me, retirante, que mais fazia por lá? – Também lá na minha terra de terra mesmo pouco há; mas até a calva da pedra sinto-me capaz de arar. – Também de pouco adianta, nem pedra há aqui que amassar; diga-me ainda, compadre, que mais fazia por lá?(Morte e Vida Severina – João Cabral de Melo Neto.)

Súmula:. Inquérito Policial. Ocorrência de possíveis Crimes de Dano e Formação de Quadrilha. Ocupação da Fazenda, de domínio da empresa –Desdobramento do fato primevo ocorrido em..... Participação de mais de 60 (sessenta) membros da militância social ligada à terra. Possível crime da espécie multitudinária. Abate de 06 (seis) cabeças de gado da raça nelore. Avaliação indireta das ocorrências no patamar de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais). Não-conformação da tipicidade em talante material e conglobante. Precedentes da moderna doutrina de Direito Penal. Direito da Livre Manifestação do pensamento assegurados constitucionalmente. Adágio da concretização do secular primado da existência condigna. Preclara e irretorquível atipicidade das condutas analisadas. Arquivamento do Inquérito Policial que se impõe, como meio salutar de preservação da dignidade da pessoa humana e consecução dos direitos e garantias constitucionais de estirpe fundamentais.

I - RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre Inquérito Policial, registrado sob o número....., a fim de ser apuradas as condutas possivelmente delitivas epigrafadas no art. 163 e art. 288, todos do Código Penal Brasileiro, possivelmente deflagradas contra o patrimônio da empresa....., via da ocupação do prédio rústico da Fazendapor inúmeros militantes e líderes do MST – Movimento dos Sem Terra – ligados a circunscrição geográfica de

Via dos depoimentos inquisitoriais de fls. (tomados via precatória policial na Delegacia de Polícia Civil de ...), pode-se aquilatar o ânimo subjetivo dos dirigentes e membros da agremiação social, no talante de ver cumprido e efetivado os interesses do grupo, assegurados constitucionalmente, no entanto, sem indicar os responsáveis pela eclosão dos fatos.

Em todos os depoimentos colhidos, por intermédio da peça informativa, não há individualização das condutas apontadas como criminosas tampouco a indicação precisa/individualizada dos possíveis autores. Destaca-se que a desocupação do recinto pela Polícia Militar do Estado de Minas Gerais ocorreu pacificamente.

Portaria Inaugural de fl.; Boletim de Ocorrência de fls.; Termos de Declarações de Testemunhas de fl. e fls....; Carta Precatória de fls. 36/41; Termo de Declarações de Investigado de fls....-verso; Auto de Constatação de Dano de fl.; Anexo Fotográfico de fls.; Auto de Desocupação de fl.; Auto de Avaliação Indireta de Danos de fl. e Relatório de fls..

Ao aviso conclusivo da i. Autoridade Policial houve os crimes adscritos, em decorrência da certeza da autoria e da materialidade delitivas, restando indiciados os nacionais.....

Vieram os autos com vistas ao Ministério Público, conforme despacho de fls...

É o relato do essencial. Manifesta-se.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Prefacialmente, insta destacar que as condutas *sub examine* não estão a desafiar os consectários gravosos de ordem repressiva em função da correta exegese das ocorrências atribuídas aos membros e lideranças dos Movimentos Sociais ligados à terra.

Nesse turno, depreende-se do acervo apuratório que diversas pessoas – entre as quais parcelas significativas de lavradores e excluídos camponeses – ocuparam o prédio rústico da Fazenda....., de domínio da, no talante de ver processada, cumprida e efetivada os lídimos direitos de órbita constitucional visando o regresso de todos à terra.

Por esse viés, não se tem orquestrada a tipicidade penal em sentido conglobante e material. Vale dizer, em outras palavras, que para a configuração da conduta-padrão-típica não basta a simples tipicidade formal, ao revés, as condutas analisadas devem efetivamente romper e lesionar os bens jurídicos de relevância penal. Acrescente-se que o direito penal – *ultima ratio* no ordenamento jurídico para a tutela dos interesses primordiais da sociedade – deve se ater às questões de pertinência e que ultrapassem os liames do razoável e do tolerável, em um juízo racional de adequação entre os fatos concretos e as finalidade reitoras do ordenamento posto, interpretados a partir da tratativa constitucional da matéria repressiva, de sorte a não ser penalizada as ações individuais ou coletivas viabilizadoras dos direitos e garantias fundamentais, fomentadas por ramos múltiplos da ciência jurídica.

Tanto que o escólio do mestre Zaffaroni é preclaro a respeito da tipicidade conglobante na órbita da seleção de condutas penalmente relevantes, *verbis*:

a lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito penal ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o oficial de justiça e, no entanto, quando penetramos na norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, PORQUE A PRÓPRIA ORDEM NORMATIVA A ORDENA E A INCENTIVA. (E. R. Zaffaroni; J. Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. p. 458.)

Ora, é preciso alinhar que na hipótese dos autos os princípios e os direitos fundamentais estavam sendo postergados pelo poder público ao se omitir diante da ausência de uma política fundiária justa, célere e efetiva. Assim, *concessa venia* aos que labutam em sentido contrário, não haveria na espécie como colher as mais legítimas prerrogativas da reivindicação popular, que possui estatura constitucional extraída da liberdade de expressão e do pensamento, a teor do disposto no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal de 1988. Dessa feita, a tipicidade conglobante assume posição de envergadura na consecução dos objetivos do direito penal, afastando as ações individuais e coletivas que estão em conformidade com a ordem jurídica global, especialmente, quando estão em xeque os direitos e garantias de jaez fundamentais.

Nesse sentido, de compatibilização entre os diversos segmentos do ordenamento jurídico no contexto do Direito Penal, são as lições do festejado Professor Greco, laureado integrante do *Parquet* Mineiro, de pertinência ao tema *sub occullis, in fine*:

Nesse sentido são as lições de Bobbio, quando assevera que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele 'normas incompatíveis'. Aqui, 'sistema' equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isto é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm certo relacionamento entre si, esse relacionamento é relacionamento da COMPATIBILIDADE, que implica na exclusão da INCOMPATIBILIDADE. Portanto, a ANTINOMIA existente deverá ser solucionada pelo próprio ordenamento jurídico. [...] Para concluir-se pela tipicidade penal é preciso, ainda, verificar a chamada tipicidade material. [...] Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem jurídico no

caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal. Concluindo, para que se possa falar em TIPICIDADE PENAL é preciso haver a fusão da tipicidade formal ou legal com a TIPICIDADE CONGLOBANTE (que é formada pela antinormatividade e pela tipicidade material). **SÓ ASSIM O FATO PODERÁ SER CONSIDERADO PENALMENTE TÍPICO.** (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2003. p. 174/175.)

Ainda é preciso sobrelevar que a concentração dos militantes visava tão-somente a concretude de um projeto existencial para lhes assegurar a sobrevivência condigna.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, convém realçar que o mesmo está dotado dos atributos inatos da dignidade, da liberdade e da igualdade, segundo o hígido comentário da doutrina de escol prefaciada por Barroso, *verbis*:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de INTEGRIDADE MORAL a ser assegurados a todas as pessoas por sua existência no mundo. É um RESPEITO À CRIAÇÃO, independentemente da crença que se professe quanto À SUA ORIGEM. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as CONDIÇÕES MATERIAIS DE SUBSISTÊNCIA. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a LUTA por sua AFIRMAÇÃO como o símbolo de um NOVO TEMPO. Ele representa a superação da INTOLERÂNCIA, da DISCRIMINAÇÃO, da EXCLUSÃO SOCIAL, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o DIFERENTE, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. (Luiz Roberto Barroso, *Fundamento Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*, p. 67, PIR, n° 11, set./2001.)

Com arrime em tais explanações, de pertinência ao caso *sub examine*, averbe-se que o próprio Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem proclamado a prevalência da Dignidade da Pessoa Humana para afastar ou ampliar a incidência de preceitos legais, de sorte a compulsar o arcabouço de matiz constitucional que tutela os direitos personalíssimos e sociais de essência ao ser humano. (*Vide* o Acórdão do Agravo de Instrumento de n° 1.0000.00.315607-2/000, Relator Desembargador Célio César Paduani, julgado em 26/08/2003, referente as questões do direito à moradia e a reintegração de posse pelo Poder Público).

À vista disso, impende ressaltar que a compreensão do caso em tela deságua na corrente e marcante exclusão social, em que não são permitidas as mudanças dos paradigmas vigentes, baseados em uma sociedade em que é predominante a concentração agrária e a mercantilização e exteriorização do alcunhado “agronegócio” em detrimento dos potenciais humanos locais.

Nesta ordem de idéias, é precioso colacionar a mais preclara doutrina jurídica sobre o tema ora enfrentado, que retrata a realidade dos autos, *in fine*:

A enumeração dos objetivos constitucionais em nossa Carta, sem dúvida, reflete a REALIDADE BRASILEIRA, composta dos problemas de um país continental, com população multirracial, condições culturais, econômicas e sociais diversificadas, qualidade de vida e horizontes de OPORTUNIDADES afirmados em extremos OPOSTOS, variando entre a ‘denominação’, pela plena fruição de vantagens da ‘inclusão’, e a ‘exclusão’, pela AUSÊNCIA DE ATENÇÕES À SUA PRÓPRIA EXISTÊNCIA. Os ‘objetivos’ consignados no discurso constitucional, por isto mesmo, funcionam, a um só tempo, como registro da realidade e como documento denunciador do habitual desencontro entre os direitos assegurados ao ‘povo’ integrado no texto constitucional, à ‘população’, por um lado, e, por outro, a ação dos PODERES DA REPÚBLICA, a quem incumbe OBJETIVÁ-LOS. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Democracia e Exclusão Social – Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. 1 ed, p 489/490, Malheiros, São Paulo: 2003.*)

Segundo o exposto, cabe aos Poderes da República objetivar e efetivar os direitos assegurados na Carta Política, exurgindo a importância de uma JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIFUSA que possa permear os valores buscados para o enaltecimento e primazia do SER HUMANO, enquanto digno em seus aspectos existenciais.

Tanto que as lições de Moraes, ao citar diversos autores alienígenas, encampam na dicção de uma jurisdição constitucional que possa compulsar o núcleo fundamental dos direitos assegurados no talante mor da ordem jurídica em detrimento das legislações e entendimentos representativos de interesses dirigidos e corporativos, senão observe:

Em resumo, a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa de uma POLÍTICA preocupada com DIREITOS. Conseqüentemente, a regra da maioria, só se legitima se na prática respeita os direitos da minoria. [...]. Observe-se que a JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção do Estado de Direito e aos DIREITOS FUNDAMENTAIS, pois como recorda Jorge Miranda, ‘o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo ESSENCIAL DAQUELES DIREITOS, tal como o PRINCÍPIO DA LIBERDADE poderia recusar qualquer POLÍTICA sobre sua modulação. (Alexandre de Moraes, *Legitimidade da Justiça Constitucional – As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo* – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho coordenados por Ives Gandra da Silva Martins, p. 562, São Paulo: América Jurídica, 2002.)

Dessa feita, é sabido e ressabido que não resta censurada a atitude cívica, singular ou coletiva, visando angariar a efetivação de direitos assegurados na Constituição Federal de 1988.

Seria desarrazoado uma interpretação canhestra e repressiva contra os desiguais, vítimas de um sistema constitucional programático e inoperante para a tutela dos valores fundamentais do ser humano.

Acrescente-se que na espécie debatida o que se pretendia era conferir utilidade e agregar valores estruturais ao impulso do movimento social, soerguendo os direitos fundamentais e individuais, de assento constitucional.

Corroborando as premissas já fixadas, curial destacar o pensamento de Luigi Ferrajoli, sobre os direitos fundamentais, esposado em seu Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal -, aproveitado a espécie dos autos, mormente para salientar a importância dos postulados declinados, ultrapassando a simples esfera de garantias para se tornar um instrumento de arrefecimento do próprio juízo acusatório em situações especiais, como corolário de uma ATUAÇÃO MINISTERIAL CONSTITUCIONAL, concretizando valores de igualdade em sentido material, *in verbis*:

Podemos, neste ponto, redefinir os DIREITOS FUNDAMENTAIS, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles direitos cuja GARANTIA é necessária a satisfazer o VALOR DAS PESSOAS e a realizá-lhes a IGUALDADE. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito -, os DIREITOS FUNDAMENTAIS não são NEGOCIÁVEIS e dizem respeito a ‘TODOS’ em IGUAL medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão. É esta IGUALDADE e, ao mesmo tempo, este seu nexos com os valores da PESSOA HUMANA que consente em identificá-lhes a soma com a esfera da TOLERÂNCIA e as suas violações com a esfera do INTOLERÁVEL. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Pena. 1 ed. São Paulo:RT, 2002. p. 727. Tradução de Juarez Távares, Luiz Flávio Gomes e outros.)

De outra banda, ultrapassada as matérias indisponíveis antepostas, não é crível que possa ser presumido o vínculo subjetivo entre as diversas condutas dos integrantes do Movimento Social, se não há provas no Inquérito Policial da atividade individual de cada participante, a permitir a análise escorreita do ânimo dirigido à obtenção dos resultados finalísticos e específicos e a própria estabilidade do liame psicológico. O possível crime multitudinário poderia ensejar, aos arrepios do Direito Penal do Fato, uma responsabilidade objetiva, de odiosa consequências em face dos direitos individuais fundamentais.

III - CONCLUSÃO

EXPOSITIS, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS o arquivamento do Inquérito Policial registrado sob o número, que indiciava os cidadãos....., com fundamento na atipicidade da conduta, segundo os fundamentos retromencionados, o que faz com base no art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal, interpretado *a contrario sensu*.

....., aos de de

Athaide Francisco Peres Oliveira
Promotor de Justiça

2.9 - JURISPRUDÊNCIA

Cíveis:

Intervenção do Ministério Público

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.

- Não se conhece de preliminar de carência de ação quando o tema envolve-se com o mérito da liminar, concedida em ação possessória.

- A intervenção prévia do Ministério Público nas ações que revelam o conflito agrário é indispensável, mesmo antes de ser examinado o pedido de liminar em ação de reintegração de posse.

- A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.

- Preliminares não conhecidas e agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 425.429-9 – Relator Alberto Vilas Boas – 2ª Câmara Cível/TAMG – 25/11/2003)

A MEU VER, DE ACORDO COM O ART. 82, III, DO CPC, É IMPRESCINDÍVEL A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PRESENTE FEITO, POR ENVOLVER QUESTÃO DE EVIDENTE INTERESSE PÚBLICO, NÃO SÓ PELO FATO DE VÁRIAS PESSOAS, FAMÍLIAS INCLUSIVE, ESTAREM, SUPOSTAMENTE, AMEAÇANDO O DIREITO À MORADIA E À PROPRIEDADE, BEM COMO O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DE TAL INSTITUTO, MAS, TAMBÉM, EM VIRTUDE DA SÉRIA POSSIBILIDADE DE QUE, DE TAL INVASÃO, POSSAM DECORRER SÉRIOS CONFLITOS, INCLUSIVE COM AMEAÇA À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICAS DAS PARTES, CONFORME VEM OCORRENDO, FREQUENTEMENTE, PELO BRASIL AFORA E TEM SIDO NOTICIADO PELA IMPRENSA. ASSIM, A FALTA DE INTERVENÇÃO DO PARQUET PODERIA LEVAR À NULIDADE PROCESSUAL, NÃO PODENDO SER DEFERIDA A LIMINAR PLEITEADA, ANTES QUE O REPRESENTANTE DA ENTIDADE SE MANIFESTE [...] (Excertos da decisão prolatada pelo i. Desembargador Marine da Cunha – Agravo de Instrumento nº 421.175-0)

A FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NA AÇÃO COMO ‘CUSTOS LEGIS’ IMPORTA A NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS DESDE A AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO REALIZADA À REVELIA DO ‘PARQUET’, A TEOR DO DISPOSTO NOS ARTS. 84 E 246 DO CPC [...] (Apelação Cível nº 426.670-0 – TAMG – 19/05/2004)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – MATÉRIA – LITÍGIO COLETIVO PELA POSSE DE TERRAS RURAIS – LEGITIMIDADE DO MP – COMPETÊNCIA – VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS – Por força da nova reda-

ção do art. 82, inciso III, do CPC, dada pela Lei nº 9.415/96, o Ministério Público tem legitimidade ativa para intervir nos feitos de conflitos agrários. As ações envolvendo conflitos agrários deverão ser propostas perante o Juízo da Vara de Conflitos Agrários, com sede na Capital. VV. – Não se encontra caracterizado, nos autos, o caráter coletivo e transindividual da invasão da propriedade rural promovida pelos réus, hábil a deslocar a competência da presente ação para a Vara de Conflitos Agrários. (Agravo de Instrumento nº 1.0556.09.018240-4/001 – Desembargador-Relator Lucas Pereira – 17ª Câmara Cível/TJMG – 12/11/2009).

Audiência de Justificação-Necessidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. APRECIÇÃO DIFERIDA PARA APÓS A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. NÃO CONHECIMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. O ato do juiz que difere a apreciação do pedido de liminar, para depois da realização da audiência de justificação, constitui despacho de mero expediente, não tendo conteúdo decisório, sendo, portanto, irrecorrível, nos termos do disposto no art. 504 do CPC. Na direção do processo e na esteira da prerrogativa conferida pelo art. 130 do Digesto Processual Civil, nada obsta ao juiz determinar a juntada de documentos que entende necessários à formação de seu juízo de convencimento, acerca da matéria posta à sua apreciação, mormente em face do nítido cunho social de que ela se reveste. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.121789-9/001 – Desembargador Relator Tarcísio Martins Costa – 9ª Câmara Cível/TJMG – 27/11/2007)

Competência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - COMPETÊNCIA DA VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS - RESOLUÇÃO N.º 398/2002

- Para a fixação da competência da vara especializada, mister, de início, definir - tarefa não muito fácil - o que seja “litígio coletivo pela posse da terra rural”, não se podendo afastar do conceito, ao meu ver, a idéia de reforma agrária promovida por um grupo organizado e, muitas vezes, indeterminado de pessoas, unidas por um interesse comum a todos e não meramente particular de cada um.

- Presentes, pois, os pressupostos do art. 1º, da Resolução n.º 398/2002, competente é a Vara de Conflitos Agrários. (Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.498488-1/000(1) – Desembargador Relator Batista de Abreu – 16ª Câmara Cível/TJMG – 23/11/2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVASÃO DE TERRA PELO MST. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL LE-

VANTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATUAÇÃO DO INCRA COMO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DECLINADA. Se o INCRA se manifesta no processo de reintegração de posse, ligado ao MST, como amicus curiae, e o Ministério Público intervém no feito apontando incompetência da Justiça Comum, impõe-se o acolhimento da preliminar, declinando-se da competência para a Justiça Federal. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.785685-8/003(1) – Relator Luciano Pinto – 17ª Câmara Cível/TJMG – 27/04/2006).

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - POSSESSÓRIA AJUIZADA PELA UNIÃO ENVOLVENDO O MESMO IMÓVEL - APLICAÇÃO DA REGRA DE COMPETÊNCIA DO ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DESLOCAMENTO PARA JUSTIÇA FEDERAL.

- Existindo ação possessória versando sobre o mesmo imóvel, aforada pela União, pouca importa que INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, autarquia federal, regularmente intimada, tenha ou não se manifestado nos autos, pois é irrecusável a aplicação da regra constitucional de competência (art. 109, I da Constituição da República), resultante do notório interesse da União, a justificar a justificar o julgamento pelo foro privilegiado. (Apelação Cível nº 2.0000.00.471871-2/000 – Desembargador Relator Tarcício Martins Costa – 9ª Câmara Cível/TJMG – 31/01/2006).

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DESAPROPRIAÇÃO - INCRA - IMISSÃO NA POSSE - COMPETÊNCIA DECLINADA AO TRF - ART. 109, I, DA CF.

- Comprovado o ajuizamento de ação de desapropriação pelo INCRA, tendo por objeto o mesmo imóvel, cuja reintegração de posse é requerida pelo proprietário, verifica-se a competência do e. TRF, em face do evidente interesse da União Federal, nos termos do art. 109, I, da CF.

- Competência declinada para o TRF da 1ª Região. (Apelação Cível Nº 2.0000.00.491710-0/000 – Desembargadora Relatora Evangelina Castilho Duarte – 10ª Câmara Cível/TJMG – 22/11/2005)

- Como decorrência do art. 2º da Lei nº 8.197, de 27.6.91, e, posteriormente, do art. 5º, da Lei nº 9.469, de 10.7.97, uma vez ajuizada ação expropriatória perante a Justiça Federal, na qual figure como autora ou ré concessionária de serviço público de energia elétrica, a competência para apreciação e julgamento será deslocada para a Justiça Estadual, desde que a União manifeste seu desinteresse na causa. Tendo a União manifestado expressamente seu desinteresse na demanda, cessa a competência da Justiça Federal, na medida em que não se pode obrigar referido ente público a permanecer na lide, seja qual for a condição. (TRF – 3ª Região – Ac. Da 5ª Turma, publ. Em 13/11/2007 – AI 1999.03.091.475-0 – Rel. Des. André Nekatschalow).

Função Social

[...]RELEVÂNCIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA – NECESSIDADE DE NEUTRALIZAR O ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO CONTRA BENS PÚBLICOS E CONTRA A PROPRIEDADE PRIVADA – A PRIMAZIA DAS LEIS E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. – O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. – O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. – Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; de manter os níveis satisfatórios de produtividade; de assegurar a conservação dos recursos naturais; e de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade [...] (STF - ADI-MC nº 2.213/DF – Relator: Min. Celso de Mello – DJ – 23/04/04)

Sabemos que, em todos os recantos do território nacional – e os juízes não podem ser insensíveis a esta realidade – há uma grave crise em torno da terra; todos sabemos que a reforma agrária é um imperativo da Nação. Não parece possível que o Poder Judiciário, que estima e resguarda a propriedade, mas que não pode deixar de aplicar a Constituição, quando esta prevê a possibilidade da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, em se cuidando de propriedade com as características estabelecidas na Constituição e na Lei de regência reguladas, deixe de ponderar essas formas de procedimento, em ordem a, em seu veredictum, tornar inviável a reforma agrária quando, assim, se tem como cabível. (STJ - Mandado de Segurança 22.591 – Ministro Néri da Silveira).

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N° 7-STJ.

I - O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n° 7-STJ. III - Recurso especial não conhecido. (STJ - Recurso Especial n° 75659 - SP - Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior - 21/06/2005).

Algumas passagens do voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior merecem ser anotadas.

9- O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC. A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.). Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da administração. O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, 'Direito Constitucional Positivos', 5ª ed., p. 249/0, com apoio em autores europeus. Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO AGRAVANTE. ESBULHO POSSESSÓRIO. VISTORIA JÁ REALIZADA. IMISSÃO NA POSSE DO IMÓVEL. GARANTIA DA ESTABILIDADE SOCIAL NO CAMPO. I - A controvérsia sobre a legitimidade ativa do agravante, por envolver questão sobre o domínio, deve ser aferida nos autos da ação expropriatória, e não de modo

inérito, como questão preliminar, em agravo de instrumento. II - O § 6º, do art. 2º, da lei 8.629/93, deve ser interpretado de modo a prestigiar a estabilidade das relações sociais no campo. Assim, demonstrado que o imóvel possui os indicadores GUT e GEE no patamar de 00,00% (zero por cento), ante o abandono de seu proprietário, torna-se desaconselhável a suspensão do procedimento expropriatório por conta de invasão de caráter coletivo, ocorrida após a conclusão da vistoria administrativa. III - Agravo de instrumento improvido para garantir a imissão do INCRA na posse do imóvel. (Agravo de Instrumento n° 2005.01.00.006792/6 - Desembargador Relator Cândido Ribeiro - 3ª Turma - TRF - 1ª Região - 14/11/2006)

PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INVASÃO DE IMÓVEL RURAL. SUPOSTA IMPRODUTIVIDADE. ESBULHO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. I - No AG n° 2005.01.00.006792-6 / MG, foi mantida a decisão que emite o INCRA na posse do imóvel expropriado. Sendo assim, a pretensão possessória deduzida pelo proprietário/expropriado restou prejudicada. II - Processo extinto sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC (ausência de interesse processual). (Apelação Cível n° 2004.38.00.038640-0 - Desembargador Relator Cândido Ribeiro - 3ª Turma - TRF - 1ª Região - 14/11/2006)

Com efeito, em razão do descumprimento de seu dever fundamental como haveria de ser, perde as garantias possessórias, independentemente da indenização total, prévia e justa, mais precisamente o princípio ativo da propriedade, que é relativo à posse, registrando-se que, em tais casos, o proprietário que descumpre os eu dever fundamental de dar à propriedade a sua função social decorrente da sua própria natureza não tem o direito ao desforço imediato do art. 520 do Código Civil, de então, nem do art. 1.210, § 1º do atual CCB, já que o § 2º do mencionado art., conformado para a função social da propriedade, vislumbra na hodiernidade (CR. De 5/10/1988), infere não ser o *jus in re* suficiente, *a contrario sensu*, para manutenção ou reintegração em alçada possessória.

[...]

Neste caso, já há muito, tenho tido entendimento não só quando viajo pelo campo teórico reflexivo, inclusive nos seminários nacionais e internacionais sobre Direito Agrário, mas quando estou no mundo dos fenômenos, mais precisamente no mundo do ser, notadamente, proferindo decisões perante esta Vara Agrária do Estado de Minas Gerais, que o latifúndio que possua simplesmente o domínio sobre o imóvel, que se encontra abandonado, portanto sem o Princípio Ativo da propriedade, mais precisamente a posse direta e efetiva, não tem direito a ser mantido ou reintegrado, numa posse que, por ser virtual, inexistente de fato, não somente em razão da ocupação, mas mesmo em estágio anterior. (Reintegração de Posse n° 2004.38640-0, 12ª

Vara da Justiça Federal de Belo Horizonte, Juiz Weliton Militão, 11/11/2004).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.

- Não se conhece de preliminar de carência de ação quando o tema envolve-se com o mérito da liminar, concedida em ação possessória.

- A intervenção prévia do Ministério Público nas ações que revelam o conflito agrário é indispensável, mesmo antes de ser examinado o pedido de liminar em ação de reintegração de posse.

- A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.

- Preliminares não conhecidas e agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 425.429-9 – Relator Alberto Vilas Boas – 2ª Câmara Cível/TAMG – 25/11/2003)

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO – REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU – GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST – NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMÓVEL IMPRODUTIVO – DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 – NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL – REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – IMPROVIMENTO.

- Não havendo o agravante comprovado tratar-se seu imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88;

- Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para a proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1.210 do NCC e 927 do CPC. (Agravo de Instrumento nº 468.384-9 – Relatora Hilda Teixeira da Costa – 5ª Câmara Cível/TAMG - 25/11/2004)

PROCESSUAL CIVIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMÓVEL RURAL - ESBULHO - SITUAÇÃO FÁTICA - RECURSO IMPROVIDO. A importância do caráter social imprimido à propriedade reflete-se no dever do proprietário de dar à sua propriedade uma função específica. Não se trata porém de qualquer função, mas uma função de cunho social, que se destina ao interesse coletivo e não apenas ao interesse individual. (Agravo nº 1.0024.05.769023-2/001 – Desembargador Relator José Flávio de Almeida – 12ª Câmara Cível/TJMG – 16/05/2007)

INTERDITO PROIBITÓRIO - PROVA DA POSSE - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

- O interdito proibitório é uma defesa preventiva da posse, em face da ameaça de turbação ou esbulho. Ao possuidor cumpre provar a sua posse, o receio de ser molestado e a probabilidade de que a mesma venha a ser efetivada. Ausente a demonstração do exercício da posse, em respeito à função social da propriedade, não há como deferir a proteção possessória.

- Apelação não provida. (Apelação Cível nº 2.0000.00.506535-2/000 – Desembargador Relator Roberto Borges de Oliveira – 10ª Câmara Cível/TJMG – 11/10/2005)

INTERDITO PROIBITÓRIO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – AMEAÇA DE TURBAÇÃO OU ESBULHO – NÃO COMPROVAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA.

- Por ser a função social da propriedade elemento integrante do direito de propriedade, e, por consequência da posse, não se pode conferir proteção possessória ao titular que não a cumpre, sendo certo que para a procedência do pedido de interdito proibitório o elemento objetivo (ameaça) deve ter intensidade bastante para gerar o elemento subjetivo (justo receio).

- Apenas incide em litigância de má-fé a parte que pratica as condutas elencadas no art. 17 do CPC, agindo, comprovadamente, com dolo ou culpa em sentido processual, causando prejuízo à parte contrária. (Apelação Cível nº 2.0000.00.505037-7/000 – Desembargador Relator Saldanha da Fonseca – 12ª Câmara Cível/TJMG – 8/02/2006)

POSSESSÓRIA. ÁREA RURAL. MST. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL. CONSTRUÇÃO DE NOVA EXEGESE DA NORMA MATERIAL E PROCEDIMENTAL. INVESTIGAÇÃO DA PRODUTIVIDADE E APROVEITAMENTO DA ÁREA EM AÇÃO POSSESSÓRIA. NECESSIDADE. ART. 5º, XXII E XXIII, CF. LEI Nº 8.629/93. NEGARAM PROVIMENTO. VOTO VENCIDO. (Agravo de Instrumento 70003434388. – Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior – 19ª C. Cív/ TJRS. - j. 06/11/2001)

PERECIMENTO DO DIREITO DE DOMÍNIO E IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA – FAVELA CONSOLIDADA SOBRE O TERRENO URBANO LOTEADO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE O DIREITO COMUM (Apelação Cível nº 212.726-1/8, Desembargador Relator José Osório – TJSP)

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROPRIEDADE RURAL. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. Embora a função social da propriedade não deva ser discutida em sede de ação de reintegração de posse, pois em exame o injusto impedimento do exercício da posse, de esbulho

não se pode cogitar, quando a posse impugnada decorre da melhor prova da falta de utilização econômica da propriedade rural. (Apelação Cível nº 1.0024.05.769023-2/003 – Desembargador Relator José Flávio de Almeida - 12ª Câmara Cível – TJMG - 12/11/2008)

POSSESSORIA. AREA RURAL. MST. FUNCAO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INVESTIGACAO. POSSIBILIDADE. FUNCAO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL. CONSTRUCAO DE NOVA EXEGESE DA NORMA MATERIAL E PROCEDIMENTAL. INVESTIGACAO DA PRODUTIVIDADE E APROVEITAMENTO DA AREA EM ACAO POSSESSORIA. NECESSIDADE. ART. 5º, XXII E XXIII, CF. LEI Nº 8.629/93. NEGARAM PROVIMENTO. VOTO VENCIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70003434388 – Des. Relator Carlos Rafael dos Santos Júnior – 19ª Câmara Cível – TJRS – 06/11/2001)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IUS POSSESSIONES INVOCADO POR AMBAS AS PARTES - MELHOR POSSE - FUNÇÃO SOCIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.211 DO CC/2002 - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. I - Será mantida na posse do bem a pessoa que estiver possuindo, no momento da propositura da ação, não sendo manifesto que a obteve de outras por modo vicioso. Em outros termos, se houver um possuidor aparente, cuja posse não seja viciosa, este é quem deve ser mantido na posse, sem qualquer indagação sobre a qualidade dela. Assim, o êxito da demanda interdita depende da qualidade da posse que se pretende manter ou recuperar. Como a posse é exteriorização da propriedade ou outro direito real no plano fatural, e considerando a função social e econômica norteadas pela Constituição Federal, chanceladas agora pelo art. 1.228 do novo Diploma, sobretudo nos §§ 1º e 2º, o principal critério abalizador da manutenção ou reintegração de posse haverá de ser, indubitavelmente, a utilização sócio-econômica do bem litigioso e não mais o prazo de ano e dia de titularidade da posse. Portanto, substitui-se o critério puramente objetivo do parágrafo único do antigo art. 507 pelos critérios sócio-políticos e econômicos ancorados na função social da propriedade que, em última análise, reside na própria posse.

Não significa dizer, contudo que os juizes não possam considerar em suas decisões, como elemento de formação de seus convencimentos, os “títulos” de posse e/ou a sua respectiva data, ou, ainda, que não possam, de ofício, utilizar-se do poder geral de cautela, autorizado expressamente pelos arts. 798 e 799 do CPC, determinando, por exemplo, o seqüestro cautelar do bem litigioso. A exegese a ser conferida ao art. 1211 do novel Diploma é no sentido de que o ponto norteador para a manutenção ou reintegração haverá de ser a posse efetiva em consonância com as suas finalidades sociais e econômicas. Assim, interpreta-se sistemática, teleológica e axiológicamente o art. 1.211 do nCC e o art. 927 do CPC, sob a luz da Carta Magna de

1988. (Novo código civil comentado. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 999/1000).

II - Provado nos autos que o Réu, no plano fatural, deu destinação sócio-econômica ao bem objeto do litúgio, preparando a terra e construindo a morada onde reside com a sua família, a relação entre bem e sujeito há de ser mantida com ele, porquanto se trata de situação que melhor atende aos valores da posse insculpidos no art. 1.211 do nCC, na exata medida em que o Autor não demonstrou ter “melhor posse”. (APELAÇÃO CÍVEL n. 2004.023193-8, da Comarca de Lages/SC – Des Relator Joel Dias Figueira Júnior – 1ª Câmara Cível – TJSC – 06/03/2007).

Ações Discriminatórias / Imóvel público

PROCESSO CIVIL - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO RELATIVA À REGULARIDADE DO REGISTRO IMOBILIÁRIO - TERRAS DEVOLUTAS - PROVIMENTO DAS APELAÇÕES.

- A ação discriminatória tem como objetivo precípuo afastar incerteza jurídica relativa do domínio de terras. Pela sentença, fica estabelecido a delimitação da terra pública, estabelecendo o que é do Estado e o que pertence ao particular.

- Se nos autos, o particular não faz comprovação do início e da regularidade da cadeia dominial do imóvel, não é correto julgar improcedente o pedido discriminatório com a justificativa de manutenção da segurança jurídica.

- Inexistente prova de constituição válida da cadeia dominial, deve ser acolhido o pedido inicial para julgar procedente a ação discriminatória proposta, reconhecendo que as terras em questão são devolutas, pois conforme o disposto na Lei nº 601, de 1850, era proibida a aquisição de terras devolutas por outro título que não o de compra, título que inexistia nos autos.

4. Apelações providas. (Apelação Cível nº 2001.01.00.031421-6 – Desembargadora Federal Relatora Selene Maria de Almeida – 5ª Turma – TRF – 1ª Região - 26/02/2003)

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ART. 23 LEI N. 6.383/76 - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - CARÁTER PREFERENCIAL E PREJUDICIAL - SUSPENSÃO - DECISÃO SINGULAR MANTIDA. “É incontentável a prejudicialidade e preferência das ações discriminatórias sobre quaisquer outras e da aplicação da Lei Federal n.º 6.383/76 as terras devolutas do Estado”. (Agravo nº 1.0024.02.878417-1/001 – Desembargador Relator Alvim Soares - 7ª Câmara Cível/TJMG – 9/03/2004)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - SUSPENSÃO - PREJUDICIALIDADE E PREFERÊNCIA DA AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - RECURSO PROVIDO. Por força do disposto no art. 23 da Lei 6383/1976, o processo discriminatório possui caráter preferencial e prejudicial em relação às demais ações em andamento, envolvendo imóveis objeto de área discriminada. Recurso a que se dá provimento. (Agravo nº 1.0000.00.353249-

6/000 – Desembargador Relator Kildare Carvalho – 3ª Câmara Cível/TJMG – 17/06/2004)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - ART. 23 DA LEI 6.368/76 - Revela-se preferencial e prejudicial o processo discriminatório judicial, face a outras ações que se referem a domínio e posse de área situada na gleba discriminada, razão pela qual estas devem ser suspensas. Recurso provido. (Agravo nº 1.0024.03.025037-7/001 – Desembargador Relator Lucas Sávio V. Gomes – 3ª Câmara Cível/TJMG – 4/03/2004)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC - OCORRÊNCIA - DEFERIMENTO MANTIDO. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, se torna viável manter o deferimento de tutela antecipada, visando restituir a porção de terras reconhecidamente devolutas. Recurso a que se nega provimento. (Agravo nº 1.0024.03.025037-7/002 – Desembargador Relator Kildare Carvalho – 3ª Câmara Cível/TJMG – 1/12/2005)

Embargos Declaratórios e de Retenção por Benefeitorias

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITOS INFRINGENTES - PARECER MINISTERIAL ATINENTE AOS DOIS AGRAVOS CONEXOS - CERTIDÃO DO CARTÓRIO - ERRO MATERIAL - CORREÇÃO - POSSIBILIDADE.

- Vislumbrando-se a ocorrência de erro material no corpo do acórdão, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração com o fito de proceder-se à necessária correção. (Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.419157-1/002(1) – Desembargador Relator Osmando Almeida – 9ª Câmara Cível/TJMG – 26/04/2005)

EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. PRECLUSÃO.

– Tratando-se de ação possessória, dada a sua natureza executiva, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido previamente na fase de conhecimento. Providência não tomada pelo interessado. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 549.711 – Relator Ministro Barros Monteiro – 4ª Turma do STJ - 16/12/2003)

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. TAIS EMBARGOS NÃO CABEM NA AÇÃO POSSESSÓRIA (EM RAZÃO DE SUA NATUREZA), SE O DIREITO DE RETENÇÃO NÃO FOI ANTERIORMENTE RECONHECIDO. ESSE DIREITO HÁ DE SER PLEITEADO NA RESPOSTA AO PEDIDO POSSESSÓRIO, SOB PENA DE PRECLUSÃO. PRECEDENTE DO STJ: RESP 14.138. HIPÓTESE EM QUE NÃO HOUVE NEM OFENSA AO ART.

744 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NEM DÍSSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (Recurso Especial nº 46.218-5/GO – Relator Ministro Nilson Naves – 3ª Turma do STJ – 25/10/1994)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE TERMO DE RECEBIMENTO DE IMÓVEL CUMULADA COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE RETENÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. REVELIA. PREJUDICIALIDADE.

1. Em se tratando de ação também possessória, cuja executividade depende apenas da expedição do respectivo mandado de reintegração, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido na fase de conhecimento, sob pena de preclusão, e não nos embargos de retenção.

2. O julgamento antecipado da lide se faz necessário quando a solução da causa decorrer de questão meramente de direito, hipótese dos autos, não se podendo falar em cerceamento do direito de defesa.

3. Discussão a respeito da existência, ou não, de revelia prejudicada, eis que em nada alterará o resultado da demanda.

4. Recurso especial não conhecido. (STJ - Recurso Especial nº 54.780-6-DF – Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – 1/04/2007)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POSSESSÓRIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. BEM IMÓVEL PÚBLICO. AÇÃO AJUIZADA ENTRE DOIS PARTICULARES. SITUAÇÃO DE FATO. RITO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE. – “ A AÇÃO AJUIZADA ENTRE DOIS PARTICULARES, TENDO POR OBJETO IMÓVEL PÚBLICO, NÃO AUTORIZA A ADOÇÃO DO RITO DAS POSSESSÓRIAS, POIS HÁ MERA DETENÇÃO E NÃO POSSE. ASSIM, NÃO CUMPRIDOS OS PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS PARA O RITO ESPECIAL, DEVE O PROCESSO SER EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, PORQUANTO INADEQUADA A AÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - RECURSO ESPECIAL nº 998.409 – DF – Autos nº 2007/0249655-2 - RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI - 13/10/2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERAS DEVOLUTAS. COMPROVAÇÃO DA CADEIA DOMINIAL. ÔNUS DO PARTICULAR. O Poder Público não precisa provar a existência da terra devoluta, pois sua propriedade é historicamente originária e decorre da sua própria soberania. Assim, a prova do dominialidade na ação discriminatória apura-se por exclusão, ou seja, são de domínio público todas as terras, exceto aquelas que o particular comprovar serem providas de uma cadeia registral válida e regular. Recursos conhecidos, porém não providos (Apelação Cível nº 1.0024.03.025037-7/011 - Desembargadora-Relatora Albergaria Costa - 3ª Câmara Cível/TJMG - 15/10/2009).

Nova Ocupação/Litisconsórcio/Citação/Efeitos da Decisão.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SÚMULA nº 202/STJ - DETERMINAÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CONTRA TERCEIROS - INEFICÁCIA - INALTERABILIDADE DA SENTENÇA - DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.

I- “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso.” (Súmula 202/STJ)

II- Fora das hipóteses do Art. 463 do CPC, o Juiz não pode alterar a sentença publicada para alcançar terceiros alheios a relação processual e estendê-la a fato que lhe foi posterior.

III- Ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, que lhe garanta contraditório e ampla defesa (CF - Art. 5º, LIV e LV).

IV- As decisões judiciais não atingem terceiros alheios à relação processual (CPC - Art. 472). (Recurso em Mandado de Segurança nº 21.443-SP – Relator Ministro Humberto Gomes de Barros – 3ª Turma do STJ – 15/05/2007)

AGRAVO - INTERDITO PROIBITÓRIO - FUNDADO RECEIO DE DANO - PROVA - LIMINAR - LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO - IMPOSSIBILIDADE.

- A liminar no interdito proibitório não pode ser deferida quando ausente a prova do fundado receio de dano. A manifestação subjetiva de receio é insuficiente para a concessão de liminar, porquanto ao juiz cabe aferir a concretude da alegação. - O litisconsórcio ativo facultativo não é possível na ação de interdito proibitório, pois as medidas agressivas que o ensejam devem ser analisadas de forma individual, caso a caso (propriedade por propriedade). Ademais, o art. 46 do CPC não o contempla. (Agravo nº 1.0024.06.051202-7/001 – Desembargador Relator Saldanha da Fonseca – 12ª Câmara Cível/TJMG – 8/11/2008)

AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO - AMEAÇA DE TURBAÇÃO OU ESBULHO - LITISCONSÓRCIO PASSIVO - CITAÇÃO INCOMPLETA - NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA.

Existindo mais de um réu no pólo passivo da demanda, deverão ser todos eles citados para responderem aos termos da ação, sob pena de nulidade do processo. (Apelação Cível nº 2.0000.00.482492-8/000 – Desembargador Relator Unias Silva – 5ª Câmara Cível/TJMG – 24/11/2005)

[...]

TRATANDO-SE DE CONFLITO COLETIVO DE TERRA RURAL, QUE SE CARACTERIZA POR ENVOLVER GRANDE NÚMERO DE POSSUIDORES NUM DOS PÓLOS PASSIVOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SENDO COMUM A MOBILIZAÇÃO DE TRABALHADORES PELOS MOVIMENTOS SOCIAIS, TORNA-SE, SENÃO IMPOSSÍVEL, EXTREMAMENTE DIFÍCUL-

TOSA A IDENTIFICAÇÃO DE TODOS OS REQUERIDOS, SENDO A EXIGÊNCIA PROCESSUAL SUPRIDA PELA CITAÇÃO EDITALÍCIA DE TODOS AQUELES NÃO IDENTIFICADOS. (Feito nº 2.0000.00.471938-2/001, do TJMG)

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DAS ESPOSAS DOS AUTORES. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. REQUISITOS DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA CONCEDIDA.

- Tratando-se de ação possessória, nos termos do art. 10, § 2º do CPC, é necessária a participação do cônjuge como litisconsorte.

- Em que pese a ausência de qualificação das esposas dos autores, que foram devidamente qualificados, a ponderação dos interesses em jogo, com prestígio aos princípios e objetivos da República Brasileira, impede a extinção prematura do processo.

- É lícito ao Tribunal, após cassar a sentença terminativa, e verificando que o processo está maduro para julgamento, apreciar o mérito da lide.

- Comprovada por testemunhas a posse, o esbulho e a respectiva perda da disponibilidade da coisa pelos autores, julga-se procedente o pedido de reintegração de posse.

- Agravos retidos não conhecidos, apelo provido, sentença cassada e pedido julgado procedente. (Apelação Cível nº 2.0000.00.492967-3/000 – Desembargador Relator Alberto Vilas Boas – 10ª Câmara Cível/TJMG – 13/12/2005)

Arrendamento

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSE ANTERIOR NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE PROVA SEGURA QUANTO À ÉPOCA DO ESBULHO. LIMINAR INDEFERIDA POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. 1- Nas ações possessórias, a ausência de prova de qualquer dos requisitos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil conduz ao acolhimento da liminar. 2- A mera apresentação de contrato de arrendamento de imóvel, confrontada com vasta documentação comprobatória de ocupação de inúmeras famílias em imóvel rural rechaça a existência de posse do arrendatário. 3- Não restando provado nos autos que o esbulho datou de menos de ano e dia, não há como se deferir a liminar, a fim de reintegrar o pretense possuidor imediatamente. 4 - Agravo a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.504746-1/001(1) – Desembargador Relator Francisco Kupidowski – 13ª Câmara Cível/TJMG – 6/04/2006)

Tutela Antecipada

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - ACORDO - HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL - IRREGULARIDADE - COMPROVAÇÃO - DECISÃO FINAL - TUTELA - ANTECIPAÇÃO - REQUISITOS - AUSÊNCIA. Revestindo-se o instituto da tutela antecipada, de caráter excepcional e em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, fica prejudicada a sua concessão, se o que se busca no juízo da antecipação da tutela fere a convicção inarredável do Julgador, face aos diversos questionamentos e justificativas somente apuráveis em ação ordinária. Inteligência do art. 273 do Código de Processo Civil. (Agravado de Instrumento nº 1.0024.05.891771-7/001(1) – 16ª Câmara Cível/TJMG – 24/05/2006)

A PROVA EXCLUSIVA DO DOMÍNIO NÃO AUTORIZA A CONCESSÃO LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, EXIGINDO-SE O PROCESSO DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA DO ALEGADO. (Ac um da 6ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 7.951-6, Relator Desembargador Cruz Quintal)

É INADMISSÍVEL A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS, EM PROCESSO DE INTERDITO PROIBITÓRIO, SEM SE PROMOVER AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA DA POSSE, LOUVANDO-SE O MAGISTRADO A QUO TÃO SOMENTE EM PROVA DE DOCUMENTAL DE DOMÍNIO. (Ac um da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Agravo de Instrumento nº 2.661, Relator Desembargador Onésimo Nunes Rocha)

Extinção de Cautelar

AÇÃO CAUTELAR DE ATENTADO -PROCESSO PRINCIPAL - EXTINÇÃO - PERDA DO OBJETO DA CAUTELAR.

Com o fim do processo principal, a ação cautelar de atentado perde o seu objeto, já que deixa de ser cabível, ou seja, não há possibilidade de surgir no curso do processo situação nova ou mudança do status quo, lesiva à parte e sem razão de direito. (Apelação Cível nº 2.0000.00.454140-8/000 – Desembargador Relator Osmando Almeida – 9ª Câmara Cível/TJMG – 6/09/2005)

Justo Receio

SENDO O INTERDITO PROIBITÓRIO MEDIDA PREVENTIVA DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA, INDISPENSÁVEL, PARA SUA CONCESSÃO, A DEMONSTRAÇÃO DO JUSTO RECEIO, COMPROVANDO-SE A PRÁTICA DE ATOS INEQUÍVOCOS POR PARTE DO RÉU, QUE ENSEJEM PREVISÃO DE PERIGO IMINENTE DE TURBAÇÃO OU ESBULHO. (Acórdão unânime da 4ª Câmara Cível do TAMG, Apelação 103.587-6, Rel. Juiz Isalino Lisboa).

Ocupação após Vistoria

MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. IMPROCEDÊNCIA DA PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. OCUPAÇÃO DA ÁREA DESAPROPRIANDA POR INTEGRANTES DO MST. VEDAÇÃO PREVISTA NO § 6º DO ART. 2º DA LEI 8629/93: NÃO-OCORRÊNCIA. 1. A inexistência pura e simples de procuração (CPC, art. 13), verificada de plano, não se confunde com a irregularidade de representação de pessoa jurídica (CPC, art. 37), alegada pela parte contrária ou pelo Ministério Público, mas não suficientemente demonstrada. Hipótese em que se pode concluir pela legitimidade do representante da parte por qualquer meio de prova permitido em direito. 2. Ebulho praticado por integrantes do MST. Divergência entre as alegações da impetrante e as informações da autoridade coatora. Necessidade de dilação probatória incabível em mandado de segurança. Inexistência de direito líquido e certo. 3. A vedação prevista no § 6º do art. 4º da Lei 8629/93, com a redação dada pela MP 2109/01, alcança apenas as hipóteses em que a vistoria ainda não tenha sido realizada ou quando feitos os trabalhos durante ou após a ocupação. Segurança denegada. (Mandado de Segurança nº 24.136/5-DF – Relator Ministro Maurício Corrêa – Tribunal Pleno/STF, 11/09/2002).

Fracionamento do Imóvel – Irrelevância

CONSTITUCIONAL. REFORMA AGRÁRIA. DESAPROPRIAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE DO CO-HERDEIRO PARA IMPETRAÇÃO [ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 1.533/51]. SAISINE. MÚLTIPLA TITULARIDADE. PROPRIEDADE ÚNICA ATÉ A PARTILHA. ART. 46, § 6º, DO ESTATUTO DA TERRA. FINALIDADE ESTRITAMENTE TRIBUTÁRIA. FINALIDADE DO CADASTRO NO SNCR-INCR. CONDOMÍNIO. AUSÊNCIA DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DE PARTES CERTAS. UNIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO IMÓVEL RURAL. ART. 4º, I, DO ESTATUTO DA TERRA. VIABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO. ART. 184 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 2. Qualquer dos co-herdeiros é, à luz do que dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei nº 1.533/51, parte legítima para a propositura do *writ*. 3. A saisine torna múltipla apenas a titularidade do imóvel rural, que permanece uma única propriedade até que sobrevenha a partilha [art. 1.791 e parágrafo único do vigente Código Civil]. 4. A finalidade do art. 46, § 6º, do Estatuto da Terra [Lei nº 4.504/64] é instrumentar o cálculo do coeficiente de progressividade do Imposto Territorial Rural - ITR. O preceito não deve ser usado como parâmetro de dimensionamento de imóveis rurais destinados à reforma agrária, matéria afeta à Lei nº 8.629/93. Precedente [MS nº 24.573, Relator para o Acórdão o Ministro EROS GRAU, DJ 15/12/2006]. 5 A existência de condomínio sobre o imóvel rural não impede a desapropriação-sanção do art. 184 da Constituição do Brasil, cujo alvo é o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. Pre-

cedente [MS nº 24.503, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 05/09/2003]. 6. O cadastro efetivado pelo SNCR-INCRÁ possui caráter declaratório e tem por finalidade: i) o levantamento de dados necessários à aplicação dos critérios de lançamentos fiscais atribuídos ao INCRA e à concessão das isenções a eles relativas, previstas na Constituição e na legislação específica; e ii) o levantamento sistemático dos imóveis rurais, para conhecimento das condições vigentes na estrutura fundiária das várias regiões do País, visando à provisão de elementos que informem a orientação da política agrícola a ser promovida pelos órgãos competentes. 7. O conceito de imóvel rural do art. 4º, I, do Estatuto da Terra contempla a unidade da exploração econômica do prédio rústico, distanciando-se da noção de propriedade rural. Precedente [MS nº 24.488, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ de 03/06/2005]. 8. O registro público prevalece nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção *iuris tantum*. Não se pode tomar cada parte ideal do condomínio, averbada no registro imobiliário de forma abstrata, como propriedade distinta para fins de reforma agrária. Precedentes (MS n. 22.591, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ de 14/11/2003 e MS nº 21.919, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 6/06/97). Segurança denegada. (Mandado de Segurança nº 26129/DF- Relator Ministro Eros Grau – Tribunal Pleno/STF - 14/06/2007) Penais

Violação de Domicílio – Art. 150, CP

A INCRIMINAÇÃO DA VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO VISA À PROTEÇÃO DA MORADIA, E NÃO O DIREITO DE PROPRIEDADE, EIS QUE É O INTERESSE DO ESTADO EM GARANTIR A LIBERDADE INDIVIDUAL, OU SEJA, O INTERESSE RECONHECIDO DE CADA UM VIVER LIVRE DE QUALQUER INTROMISSÃO EM SUA CASA OU LAR (TACRIM – SP – AC – Rel. José Habice – *RJD* 8/168). No mesmo sentido: TACRIM – SP – AC – Rel. Azevedo Franceschini – *JUTACRIM* 1/48.

A PROPRIEDADE RURAL NÃO ESTÁ COMPREENDIDA NO CONCEITO DE DOMICÍLIO, POR MAIS AMPLO QUE SE CONSIDERE (TACRIM-SP – HC – Rel. Reis Freire – RT 516/357).

Esubulho Possessório – Art. 161, II, CP

A INVASÃO DE PROPRIEDADES RURAIS COM A FINALIDADE, OU SOB O PRETEXTO, DE PRESSIONAR AS AUTORIDADES A DINAMIZAR A REFORMA AGRÁRIA, EXPEDIENTE QUE TANGENCIA A GUERRA REVOLUCIONÁRIA, PERTURBA A ORDEM PÚBLICA E IMPORTA EM ILÍCITO CIVIL, MAS NÃO CONFIGURA O DELITO DE ESBULHO POSSESSÓRIO, PORQUE AUSENTE O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO (Ap. 272.550-3-*Andradina*, 5ª C., rel. Dante Busana, 26/10/2000, v.u., *JUBI* 54/01). (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 704). ESBULHO POSSESSÓRIO – DESCARACTERIZAÇÃO

– INVASÃO DE PROPRIEDADES RURAIS COM A FINALIDADE DE PRESSIONAR AS AUTORIDADES A DINAMIZAR A REFORMA AGRÁRIA – EXPEDIENTE QUE PERTURBA A ORDEM PÚBLICA E IMPORTA EM ILÍCITO CIVIL, MAS NÃO CONFIGURA O DELITO, POIS AUSENTE O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO, CONSISTENTE NO DESAPOSSAMENTO DA TERRA E CONSTITUIÇÃO DE POSSE PRÓPRIA EM SUBSTITUIÇÃO À ALHEIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 161, § 1º, II, DO CP.

Ementa da Redação: A invasão de propriedades rurais com a finalidade ou pretexto de pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária perturba a ordem pública e importa em ilícito civil, mas não configura o delito de esbulho possessório, previsto no art. 161, §1º, II, do CP, pois ausente o elemento subjetivo do tipo, consistente no desapossamento da terra e constituição de posse própria em substituição a alheia. (RT-787 – Maio de 2001 – 90º Ano – p. 594)

ESBULHO POSSESSÓRIO – DESCARACTERIZAÇÃO – MOVIMENTO POPULAR VISANDO IMPLANTAR A REFORMA AGRÁRIA – FORMA DE PRESSÃO POPULAR PRÓPRIA DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO.

Ementa Oficial: Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar o programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático.

(HC 5.574/SP – 6ª T. – J. 08/04/1997 – rel. design. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 18/08/1997 – RT-787 – Maio de 2001 – 90º Ano – p. 608).

[...] MOVIMENTO POPULAR VISANDO A IMPLANTAR A REFORMA AGRÁRIA NÃO CARACTERIZA CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. CONFIGURA DIREITO COLETIVO, EXPRESSÃO DA CIDADANIA, VISANDO A IMPLANTAR PROGRAMA CONSTANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (STJ - *Habeas Corpus* nº 5.574/SP. Rel. Ministro William Patterson. Julgamento em 8 de abril de 1997).

A CONDUTA DO AGENTE DO ESBULHO POSSESSÓRIO É SUBSTANCIALMENTE DISTINTA DA CONDUTA DA PESSOA COM INTERESSE NA REFORMA AGRÁRIA. (STJ - *Habeas Corpus* nº 4.399-SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento em 12 de março de 1996).

Conforme denota-se de TCO de f. 03/23 um grupo de pessoas adentraram em uma propriedade rural, com a intenção de reivindicar a implantação de Reforma Agrária.

Na ocasião acima citada foi indicado como conduta típica o art. 161, § 1º, II, do CP.

Do esboço probatório trazido nos autos verificou-se que realmente trata-se de conflito agrário estabelecido na região.

Neste viés, o MP apresentou parecer postulando o cancelamento do procedimento instaurado por atipicidade das condutas.

Razão assiste ao MP, para a configuração de um delito dentre os inúmeros elementos deve haver a tipicidade, que por sua vez requer o elemento subjetivo do tipo, qual seja a intenção de lesionar o patrimônio alheio, rubrica em que está inserido o art. 161 do CP (Dos Crimes Contra o Patrimônio). A conduta descrita na prova trazida aos autos, nada mais é que a tentativa do exercício do direito a Reforma Agrária prevista na Constituição Federal, art. 184.

Destarte como requerido pelo MP determino o arquivamento do feito por falta de tipicidade.

Determino que a Secretaria de Defesa Social retire quaisquer apontamentos relativos às pessoas designadas neste procedimento.

Intimem-se, requisite-se e providencie-se.

De vazante para Coromandel, 08 de agosto de 2007. (Decisões monocráticas prolatadas pelo Juiz de Direito Marco Antônio Macedo Ferreira nos Autos n°s 0193.07.019.014-8, 0193.07.018.912-4, 0193.07.019.068-4, 0193.07.019.018-9 e 0193.07.019.008-0)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU DENÚNCIA – ART. 581, I, DO CPP – ACUSAÇÃO POR CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI N° 4.898/65), PRIVAÇÃO ILEGAL DA LIBERDADE DE CRIANÇA E SUBMISSÃO DE CRIANÇA SOB SUA AUTORIDADE E VEXAME OU CONSTRANGIMENTO (ARTS. 230 E 232 DA LEI N° 8.069/90) – DENÚNCIA – SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS – DECISÃO CASSADA – JUÍZO INDEVIDO DE ANTECIPAÇÃO DO MÉRITO – PROSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO MINISTERAL PROVIDO.

[...]

Por fim, quanto aos trabalhadores acampados na fazenda, há prova de que foram retirados mediante desocupação forçada, sem mandado judicial e (no meio da noite de um sábado) – causando perplexidade até mesmo nas autoridades do Ministério do Desenvolvimento Agrário, conforme declarações da Ouvidoria Agrária (fls. 154/155) – o que, a princípio, caracteriza ação ilegal, especialmente porque a propriedade rural teria sido ocupada pacificamente, aspecto que descaracteriza o delito de esbulho possessório. (SER n° 1.0534.06.005150-3/001 – Comarca de Presidente Olegário – Desembargador-Relator Edelberto Santiago).

SÚMULA DO JULGAMENTO: APELAÇÃO CRIMINAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA DOS QUERELADOS. POSTULAÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA NÃO PODE SER CONFUNDIDA COM O ESBULHO POSSESSÓRIO. AUSÊNCIA DE DOLO DIRIGIDO À VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO. ARQUIVAMENTO MANTIDO. Recurso improvido, à unanimidade, nos termos do voto do relator. (TURMA RECURSAL DE PATOS DE MINAS – Autos n° 0480.08.114734-4 – 05/03/2009)

O Ministério Público aduziu o seguinte: “MM Juíza, tendo em vista que não se trata de invasão do lar de determinada pessoa feita por entes personalizados, mas sim de manifestação, ao que saiba, pacífica, de determinado grupo social que reivindicava acesso ao direito consagrado constitucionalmente a ter moradia digna, entendo ser o fato atípico, requerendo o arquivamento do presente”. Pela MM. Juíza de Direito foi proferida a seguinte decisão: “Face à atipicidade da conduta do autor do fato S.R.S. arquivem-se os autos, conforme requerido pelo MP. Dê-se baixa”. (JECRIM - Autos n° 0024.09.531.535-4 – 05/08/2009).

Dano – Art. 163, CP

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – FURTO E DANO – SUBTRAÇÃO E ABATE DE CABEÇAS DE GADO DE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA – INADMISSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ORGANIZADORES OU PROMOTORES DA INVASÃO PELA PRÁTICA DOS DELITOS – IMPRESCINDIBILIDADE DE QUE HAJA PROVA CABAL DE QUE OS DIRIGENTES DO MOVIMENTO POPULAR TENHAM TAMBÉM CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO, SEJA COMO CO-AUTORES, SEJA COMO PARTÍCIPES – ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO QUE NÃO ABRIGA A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA.

Ementa da Redação: Embora comprovada a subtração e o abate de cabeças de gado de propriedade invadida pelo movimento dos sem-terra, inadmitese sejam responsabilizados os organizadores ou promotores da invasão pela prática dos delitos de furto e dano, pois os dirigentes de um movimento popular não podem ser incriminados por crimes cometidos por integrantes do grupo, se não provado, cabalmente, que também concorreram para a infração, seja como autores, seja como partícipes, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio não obriga a responsabilidade penal objetiva. (RT-787 – Maio de 2001 – 90º Ano – pág. 594)

Quadrilha ou Bando – Art. 288, CP

QUADRILHA OU BANDO – DESCARACTERIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE OS INTEGRANTES DO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA SE ASSOCIARAM PARA COMETEREM CRIMES DE FURTO E DE DANO – TIPO PENAL QUE EXIGE A ASSOCIAÇÃO DE TRÊS OU MAIS PESSOAS PARA O COMETIMENTO DE CRIMES E NÃO A ASSOCIAÇÃO PARA OUTRO FIM, DA QUAL RESULTEM OU POSSAM RESULTAR NA PRÁTICA DE DELITOS.

Ementa da Redação: Inexistindo prova de que os integrantes do movimento dos sem-terra se associaram para cometerem crimes de furto e de dano, figuras que, corriqueiramente, ocorrem no curso das invasões, não há se falar na caracterização do crime de quadrilha ou bando, pois o art. 288 do CP exige a associação de três ou mais pessoas para o cometimento de crimes e não a associação para outro fim, do qual resultem ou possam resultar na

prática de delitos. (RT-787 – Maio de 2001 – 90º Ano – pág. 594)

NÃO CARACTERIZAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO – MOVIMENTO DOS SEM TERRA – ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DE CRIMES NÃO COMPROVADA – INVASÃO DE PROPRIEDADES COM A FINALIDADE DE PRESSIONAR AUTORIDADES – EXPEDIENTE QUE, APESAR DE PERTUBAR A ORDEM PÚBLICA, IMPORTA ILÍCITO CIVIL – ABSOLVIÇÃO MANTIDA. (Ap. 272.550-3 – *Andradina*, 5ª C., rel. Dante Busana, 26.10.2000, v.u., JUBI 54/01.)” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 940)

A MANUTENÇÃO DE LÍDERES DO MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA – MST – SOB CUSTÓDIA PROCESSUAL, SOB A ACUSAÇÃO DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, DESOBEDIÊNCIA E ESBULHO POSSESSÓRIO AFRONTA O PRECEITO INSCRITO NO ART. 5º, LXVI, DA CONSTITUIÇÃO. (STJ – *Hábeas Corpus* nº 9.896 – PR)

Resistência – Art. 329, CP

RESISTÊNCIA. DELITO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTE DE QUE SE TENHA O ACUSADO OPOSTO COM VIOLÊNCIA E AMEAÇAS À SUA PRISÃO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 329 DO CP. É INDISPENSÁVEL, PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE RESISTÊNCIA, A PROVA INCONTESTE DE QUE O AGENTE SE OPÔS À REALIZAÇÃO DO ATO COM VIOLÊNCIA E AMEAÇAS. SEM ESSA PROVA O CRIME NÃO SE DEFINE. (TJSP – RT 525/356)

Delito Previsto no art. 20, caput, da Lei nº 4.947/66 TRATANDO-SE DE TERRAS DESTINADAS A ASSENTAMENTO, NÃO HÁ CRIME NA OCUPAÇÃO PRATICADA POR TRABALHADORES RURAIS CARENTES DE ABRIGO QUE LHESS ASSEGURA CONDIÇÕES MÍNIMAS DE SOBREVIVÊNCIA, CIRCUNSTÂNCIA QUE CARACTERIZA ESTADO DE NECESSIDADE, A IMPOR A CONCESSÃO DE ‘HABEAS CORPUS’ PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL CONTRA ELES INTENTADA. (HC 237.079, Rio Paranaíba, rel. Juiz Lamberto Sant’Anna, j. 03/06/97)

Júri/Pronúncia/Desaforamento

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - CO-RÉUS - CHACINA DE FELIZBURGO - CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - ARGÜIÇÃO PRELIMINAR PARA DECLARAR NULA A DECISÃO - ARGUMENTO DE IMPUTAÇÃO GENÉRICA E AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO OBJETIVA DAS CAUSAS CONFIGURADORAS DAS QUALIFICADORAS - REJEITADA - PEDIDO ALTERNATIVO DE DECOTAÇÃO DAS QUALIFICADORAS - IMPROCEDENTE - SÚMULA 64 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DE AUTORIA - PRINCÍPIO DO “”IN

DUBIO PRO SOCIETATE” - RECURSOS IMPROVIDOS. (R.S.E. nº 1.0358.05.009233-9 – Desembargador Relator Edelberto Santiago - 1ª Câmara Criminal/TJMG – 3/10/2006)

DESAFORAMENTO – INEXISTÊNCIA DA NECESSÁRIA IMPARCIALIDADE DOS POSSÍVEIS JURADOS E DA SEGURANÇA PESSOAL DOS ACUSADOS NAS COMARCAS DE JEQUITINHONHA E VIZINHAS – REQUERIMENTO DO JUIZ DE DIREITO – TRANSFERÊNCIA DO JULGAMENTO PARA A COMARCA DE BELO HORIZONTE – DESAFORAMENTO CONCEDIDO. (Desaforamento nº 1.0000.06.446980-2/000 – Desembargador Relator Edelberto Santiago – 1ª Câmara Criminal/TJMG – 15/05/2007).

PEDIDO DE DESAFORAMENTO - RÉUS E SEGUIDORES DAS VÍTIMAS COM SIMPATIZANTES EM TODA REGIÃO CIRCUNVIZINHA - INFLUÊNCIA ECONÔMICA DOS RÉUS SOBRE A POPULAÇÃO LOCAL - CRIME COM RAÍZES EM CONFLITOS PELA POSSE DE TERRA - INEXISTÊNCIA NA COMARCA DE ORIGEM DE LOCAIS ADEQUADOS PARA UM JULGAMENTO IMPARCIAL E LIVRE DE INFLUÊNCIAS INTERNAS OU EXTERNAS, FATORES ESTES QUE VÊM A CONTRIBUIR PARA AUSÊNCIA DE ISENÇÃO E DE MANUTENÇÃO DO SIGILO DAS VOTAÇÕES - INEXISTÊNCIA DE TRANQUILIDADE E CONDIÇÕES ADEQUADAS PARA UM JULGAMENTO IMPARCIAL - DÚVIDAS QUANTO À IMPARCIALIDADE DOS MEMBROS DO CONSELHO DE SENTENÇA - RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ PRÓXIMO DOS AGENTES, DOS FATOS E DAS PROVAS - PROVA SUBSTANCIAL NOS AUTOS ACERCA DAS REAIS NECESSIDADES PREVISTAS NO ART. 424 DO CPP - PEDIDO DEFERIDO PARA DESAFORAR O JULGAMENTO DOS RÉUS RAYFRAN DAS NEVES SALES E CLODOALDO CARLOS BATISTA PARA A COMARCA DA CAPITAL - DECISÃO UNÂNIME (Pedido de Desaforamento nº 200530042130 – Câmaras Criminais Reunidas-TJPA – Desembargadora Relatora Raimunda do Carmo Gomes Noronha)

3 – ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Promotora de Justiça Mônica Aparecida Bezerra
Cavalcanti Fiorentino

3.1 – INTRODUÇÃO

Importante ramo da ciência jurídica no mundo contemporâneo, o Direito do Consumidor constitui conquista, das mais importantes e significativas, dos povos, sobretudo após a aprovação em sessão plenária, na Organização das Nações Unidas (ONU), da Resolução nº 39/248,¹²¹ de 9 de abril de 1985, inspirada, ao que se sabe, na célebre declaração dos direitos do consumidor, proferida pelo então presidente norte-americano, John Kennedy, em 15/03/1962, data na qual (por sinal) se comemora o *Dia Internacional do Consumidor*.

Sendo assim, o Direito do Consumidor confunde-se, em sentido amplo, com a idéia de direitos humanos, sendo considerado, por parte da doutrina,¹²² como direitos de segunda geração, cujo princípio fundamental é a busca pela igualdade material, com o reconhecimento e a efetivação prática dos direitos no plano dos fatos. Daí ressaltar o aspecto social do Direito do Consumidor, característica bastante sensível quando se levam em conta, por exemplo, os objetivos e princípios expressamente eleitos pelo legislador brasileiro ao dispor sobre a política nacional das relações de consumo.

¹²¹ Em última análise, pode-se considerar que a Resolução nº 39/248 constitui a célula *mater* da legislação consumerista na maioria dos Estados filiados à ONU, haja vista que, à época, poucos países experimentavam considerável desenvolvimento das práticas de consumo de massa, bem como, ainda, a seu turno, era forte a crença na suficiência das codificações civilistas (códigos francês e alemão) no trato das relações de consumo. Imprescindível dizer nesse contexto a vinculatividade dos Ordenamentos Jurídicos dos Estados signatários da Carta da ONU às Resoluções emanadas de seus órgãos. Tem predominado o entendimento segundo o qual esses Estados que já ratificaram a Carta encontram-se fortemente vinculados aos conteúdos dos atos e decisões posteriormente tomadas. E assim o é porquanto os atos que precederam a internalização e reconheceram a sua legitimidade e validade não podem ser vistos de forma isolada. A se considerar que o processo de ratificação não tem cunho meramente estrutural, incoerente negar a força vinculante de tais resoluções. Entendimento diverso culminaria no esvaziamento, pela banalização, da própria ONU, que não teria seus atos e decisões observadas, a denotar seu despropósito existencial. No caso em tela mais razão subsiste para a defesa de tal vinculação, na medida em que os direitos do consumidor são direitos fundamentais, reflexos diretos da doutrina dos direitos humanos. Por serem direitos de tal magnitude, não pode restar dúvidas acerca da premência da observância de seus preceitos e diretrizes.

¹²² D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Direitos Humanos**: a luta pela justiça. São Paulo: Comissão Brasileira de Justiça e Paz, 1989.

Note-se, portanto, que o Direito do Consumidor é, ao mesmo tempo, anseio¹²³ e consequência do sistema capitalista e da economia de massa, aspectos típicos do mercado a partir da segunda metade do Século XX.

Sob o prisma consumerista, reconhece-se, *a priori*, o consumidor inferiorizado em relação ao fornecedor, sobretudo se consideradas (no mais das vezes) a sua capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação, bem como, no plano técnico, acerca das características e riscos de utilização dos diversos produtos e serviços que lhe são postos à disposição. Daí os princípios da vulnerabilidade e hipossuficiência dos consumidores.

Com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ficou clara e patente a disposição do Estado brasileiro em reconhecer e dar guarida, no plano normativo e na prática cotidiana, aos preceitos básicos traçados a partir da Resolução ONU nº 39/249, bem como a regras de conduta com vistas à tutela do *hipossuficiente e vulnerável*, participante da relação de consumo.

Nessa conjuntura, o Ministério Público, no cumprimento de seu mister institucional,¹²⁴ deve atentar para os aspectos econômicos e sociais do Direito do Consumidor, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos colocados à sua disposição, dentre os quais se destacam, o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública,¹²⁵ e, excepcionalmente, por expressa previsão do legislador constitucional mineiro,¹²⁶ dos

¹²³ A *Consumers International* é uma entidade composta por aproximadamente 250 organizações de consumidores de 115 países, sem fins lucrativos, fundada em 1960, para proteger e promover os interesses dos consumidores em nível mundial, bem como representá-los ante aos organismos regionais e internacionais. Atualmente sediada em Londres, suas oficinas regionais, nas quais são implementados seus programas, encontram-se distribuídas na Malásia (Ásia-Pacífico), em Zimbábue (África) e no Chile (América Latina e Caribe). A Oficina para América Latina e Caribe, fundada em 1986, estabeleceu entre seus objetivos: desenvolver/fortalecer o movimento dos consumidores na região promovendo seus direitos em nível nacional e regional e representar as organizações de consumidores internacionalmente para influir nas instâncias de decisões que os afetem. Desde sua criação, sua missão tem sido promover a construção de uma sociedade justa, mediante a defesa dos direitos consumeristas em todo o mundo, em especial dos grupos vulneráveis. Enfatiza-se responsabilidade que os consumidores têm de usar seu poder no mercado para eliminar abusos e promover práticas comerciais saudáveis, além de apoiar o consumo e a produção sustentáveis.

¹²⁴ CF/88, art. 127, *caput*.

¹²⁵ CF/88, art. 129, inciso III c/c Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

¹²⁶ CE-MG, art. 233, § 3º c/c art. 14 dos ADTC; Lei Complementar Estadual nº 34/94, com a alteração dada pela Lei Complementar Estadual nº 61/2001

mecanismos de atuação administrativa próprios do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor (PROCON-MG).

Com essa breve introdução, passo, pois, ao desenvolvimento dos trabalhos afetos à Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor e ao PROCON-MG.

3.2 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nas atividades típicas da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, recomenda-se ao Promotor de Justiça, no uso estrito das atribuições e competências (atuação administrativa) que lhe foram constitucionalmente deferidas:

3.2.1 – CONCEITOS BÁSICOS NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSUMERISTAS

Por conceitos básicos em Direito do Consumidor, deve-se entender os vocábulos e expressões de uso corrente, cujas definições devem ser de conhecimento sedimentado do Promotor de Justiça. São, em princípio, os seguintes:

3.2.2 – NORMA DE ORDEM PÚBLICA

O CDC, em seu art. 1º, informa serem preceitos de *ordem pública e interesse social* as normas nele contidas, assim entendidas como de caráter cogente, isto é, de observância obrigatória e não derogáveis pela vontade das partes, salvo nas hipóteses prévia e expressamente por ele permitidas. Logo, em geral, não há, na interpretação das disposições consumeristas, margem para a disposição de direitos por parte do consumidor, seja em cláusula contida em contrato de adesão ou não.

3.2.3 – RELAÇÃO DE CONSUMO

Espécie de negócio jurídico cuja nota diferenciadora consiste na qualidade dos sujeitos participantes – de um lado, o consumidor e, de outro, o fornecedor – bem como na dos objetos envolvidos – produto e/ou serviço –, além de um elemento teleológico, finalístico – utilização do objeto na condição de seu destinatário final.

O seu reconhecimento visa propiciar a adoção de um microsistema jurídico próprio – Direito do Consumidor –, com princípios e normas derogadoras do direito privado clássico (Direito Civil) e do denominado Direito Comercial (modernamente conhecido também por *Direito Empresarial*¹²⁷).

3.2.4 – CONSUMIDOR

Segundo a doutrina, o conceito de consumidor, tal como exposto no CDC, decorre da leitura de três

¹²⁷ Em consideração à tradição, reputamos conveniente a adoção da nomenclatura *Direito Comercial*, em detrimento da novel expressão *Direito Empresarial*.

arts. – 2º, 17 e 29 –, assim dispostos em uma escala de concretude e visibilidade.

Na definição do art. 2º, o consumidor é o próprio participante do negócio jurídico de consumo em tabelado com o fornecedor. É, pois, denominado consumidor real, visto que diretamente adquire ou utiliza o bem (produto ou serviço) como destinatário final – trata-se, desse modo, da figura do consumidor, por excelência.

O parágrafo único do art. 2º também reconhece como consumidor, toda “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Já no art. 17, é reconhecida a figura da vítima de acidente de consumo, denominado *fato do produto ou do serviço*, que, por força de disposição específica de lei¹²⁸ é equiparada, para efeitos de declaração e proteção de direitos, a consumidor.

Por fim, no art. 29 também se vislumbra hipótese legal de equiparação de consumidor, na medida em que o CDC, em plano mais amplo e com vistas à tutela coletiva, considera consumidores todas as pessoas expostas às práticas previstas nos seus Capítulos V e VII.¹²⁹

3.2.5 – VULNERABILIDADE

É a especial situação de inferioridade material, na qual se encontra o consumidor. Decorre da constatação de que o consumidor, no mundo contemporâneo, não dispõe do controle e da ciência dos bens de produção, submetendo-se, por conseguinte, ao poder dos titulares desses mesmos bens.

Consiste, em verdade, na própria espinha dorsal do microsistema de Direito do Consumidor, justificando, no plano normativo, a necessidade de tutela especial para o equilíbrio das relações jurídicas resultantes do fenômeno de consumo¹³⁰. É princípio reitor, expresso no CDC, art. 4, I.

3.2.6 – FORNECEDOR

Tem seu conceito legal definido no art. 3º do CDC. Trata-se, pois, de pessoa física ou jurídica que, com habitualidade, desenvolve as atividades “de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição

¹²⁸ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

¹²⁹ Trata-se, pois, de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que a ele se ajustam todas as pessoas pelo simples fato de se encontrarem potencialmente expostas às práticas descritas na lei.

¹³⁰ João Batista de Almeida identifica, no texto da Resolução ONU nº 29/248, que o denominado “desequilíbrio” do consumidor, em termos econômicos, educacionais (conhecimento técnico e científico) e de poder aquisitivo, guarda identidade com a noção de vulnerabilidade.

ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.¹³¹

À margem dessa definição, regulam-se pelo Direito Civil ou Comercial as relações jurídicas referentes àquelas atividades, as quais ocorrem, no entanto, esporadicamente, sem habitualidade, ou quando não reconhecem, no pólo oposto, a existência de um consumidor.

As pessoas públicas e privadas prestadoras de serviço público são consideradas, nos termos do CDC, fornecedoras, bem como as instituições financeiras¹³².

3.2.7 – PRODUTO

É qualquer bem, ou coisa, móvel ou imóvel, material ou imaterial, resultante da atividade produtiva do fornecedor no mercado de consumo. Sua aquisição e/ou utilização pode ocorrer a título gratuito ou oneroso.

3.2.8 – PRODUTO DURÁVEL E PRODUTO NÃO DURÁVEL

As noções de produto durável e produto não durável são de grande importância para o estudo do direito consumerista, uma vez que definem regramentos distintos para o exercício do direito de reclamar e seus respectivos prazos decadenciais¹³³.

Produto durável é o bem, ou coisa, que resiste a muitos usos, sem que, com isso, a sua destruição ou deterioração se dê de imediato.

Produto não durável é o bem, ou coisa, cujo uso, em uma ou em reduzidas ocasiões, importa sua destruição ou deterioração¹³⁴.

3.2.9 – SERVIÇOS

O conceito legal de serviço¹³⁵ (CDC, art. 3º, § 2º) é meramente exemplificativo. Somente se caracteriza pela modalidade onerosa, seja o ônus financeiro direto ou indireto¹³⁶.

¹³¹ Fornecedor é gênero, enquanto fabricante, produtor, construtor, importador, etc. são espécies. O CDC, ao se reportar ao fornecedor, o faz de forma genérica e indistinta. Ao contrário, quando quer designar o ente específico, utiliza-se de termo designativo particular e especializante.

¹³² A partir da ADI nº 2591-1, o STF pôs fim à discussão sobre a aplicabilidade do CDC às instituições financeiras, considerando-as sujeitas ao direito consumerista.

¹³³ CDC, art. 26.

¹³⁴ Conforme doutrina de Rizzato Nunes, há de se reconhecer, na definição de produtos duráveis e não duráveis, certa similitude conceitual com a idéia, corrente entre os civilistas, de bens consumíveis e não consumíveis.

¹³⁵ “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

¹³⁶ O ônus financeiro indireto ocorre, por exemplo, nos

O pagamento de espécies tributárias vinculadas diretamente à contraprestação de serviços públicos, tal como ocorre com as *taxas* e as *contribuições de melhoria*, foge ao espectro de atuação do direito consumerista, na medida em que é regulado pelo Direito Tributário. A seu turno, incide o CDC e as demais normas consumeristas sobre os serviços públicos remunerados via tarifa, sejam eles prestados pelo próprio poder público (por sua administração pública Direta ou Indireta), bem como por particulares, mediante os instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos¹³⁷.

3.2.10 – FATO DO PRODUTO/SERVIÇO

Entende-se por *fato do produto e do serviço* o acidente de consumo, fato jurídico do qual decorrer lesão real à vida, saúde e segurança dos consumidores.

É causado por defeitos dos produtos e serviços¹³⁸ postos à disposição dos consumidores e gera, para seus fornecedores, o dever de indenizar, sem a necessidade de caracterização de culpa (responsabilidade objetiva), em virtude de adoção da teoria do *risco criado*.

Entretanto, os profissionais liberais não se submetem à responsabilidade objetiva, nos precisos termos do art. 14, § 4º, do CDC.

3.2.11 – VÍCIO DO PRODUTO

Conforme dispõem os arts. 18 e 19 do CDC, vício do produto é uma anomalia, não causadora de lesão decorrente de acidente de consumo (fato do produto e do serviço), que afeta a funcionalidade, o rendimento do produto e do serviço, nos aspectos qualitativo ou quantitativo, de modo a tornar-lhes impróprios ao uso e consumo, bem como aquele que importa em diminuição do valor do bem, e, ainda, o decorrente de divergências entre o conteúdo e as indicações sobre ele constantes do recipiente, rótulo, embalagem ou mensagem publicitária.

Sua caracterização gera, para o fornecedor, o dever de sanar o vício, seja substituindo-se as partes viciadas¹³⁹, complementando-se a quantidade faltante,

casos de estacionamento *gratuitos* de *shopping centers*, onde indubitavelmente os custos do referido serviço estão diluídos nos demais produtos e serviços postos à disposição dos consumidores – internalização dos custos da teoria do risco, na modalidade risco-proveito.

¹³⁷ CDC, art. 22 e seu parágrafo único.

¹³⁸ Nesse sentido, o fato do produto/serviço é entendido como acontecimento externo ao produto e serviço, geralmente (mas não necessariamente) decorrente de vício do produto/serviço. Inconfundíveis, pois, as noções de fato e vício do produto ou do serviço.

¹³⁹ Conforme dispõe o § 3º do art. 18, caso a reparação do produto venha a acarretar-lhe perda de valor, ou quando tratar-se de produto essencial, poderá o consumidor exi-

ou desfazendo-se a relação de consumo, a critério do consumidor, observadas as condicionantes legais.

Todos os integrantes da cadeia de fornecimento (fabricante, atacadista, varejista, revendedor, etc.) têm responsabilidade própria e solidária para a sanção dos vícios do produto¹⁴⁰.

3.2.12 – VÍCIO DO SERVIÇO

Anomalia incidente sobre os serviços, relativa a seus aspectos qualitativos ou decorrentes da disparidade com as indicações da oferta ou da mensagem publicitária.

Sob o prisma qualitativo, o vício do produto será gerador de inadequação aos fins razoavelmente esperados, de diminuição de valor ou, ainda, poderá decorrer do não-atendimento de normas (legais, infralegais, técnicas, etc.) regulamentares de prestabilidade, quando, então, será considerado, pela lei, como *impróprio*¹⁴¹.

Caberá ao fornecedor dos serviços a sanção do vício com a reexecução deles, quando possível; a restituição imediata da quantia desembolsada, sem prejuízo de perdas e danos; ou o abatimento proporcional do preço, segundo opção do consumidor¹⁴².

3.2.13 – NOTA TÉCNICA

Entendimento técnico-jurídico do órgão de defesa do consumidor, esposto por integrantes de sua Secretaria-Executiva (coordenadores de área), sobre matéria relevante, sem, contudo, apresentar força coercitiva. Nesse aspecto, equipara-se à doutrina, tendo por objetivo externar e divulgar conhecimento e posturas de ação, para o próprio órgão consumerista, bem como para os demais integrantes dos Sistemas de Defesa do Consumidor¹⁴³. Não tem, contudo, caráter vinculativo para o fornecedor.

3.2.14 – FUNDO ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (FEPDC)

Criado pela Lei Complementar Estadual nº 66, de 22 de janeiro de 2003, diz respeito ao fundo para o qual deverão ser revertidos os valores resultantes de termos de ajustamento de conduta, termos de acordo e condenações pecuniárias, administrativas e judiciais, das ações movidas pelo Ministério Pú-

gir, de imediato, uma das medidas previstas nos incisos I a III do § 1º do referido art..

¹⁴⁰ Na hipótese do art. 19, § 2º, somente o fornecedor imediato será responsável pela sanção do vício, rompendo-se, assim, a regra geral que dispunha acerca da solidariedade dos fornecedores.

¹⁴¹ CDC, art. 20, § 2º.

¹⁴² CDC, art. 20, I a III.

¹⁴³ Vide <http://www.mj.gov.br/dpdc> e <http://www.mp.mg.gov.br/procon> na seção Notas Técnicas.

blico do Estado de Minas Gerais¹⁴⁴⁻¹⁴⁵⁻¹⁴⁶. Destina-se ao cumprimento das metas e objetivos da Política Estadual de Relações de Consumo, entre os quais, podem ser relacionadas a recuperação de bens, a promoção de eventos educativos e científicos e a edição de material informativo, bem como a modernização administrativa dos órgãos públicos integrantes do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (SEDC).

Consiste na principal fonte de recursos para o desenvolvimento de ações e projetos tendentes à proteção e defesa do consumidor no âmbito do Estado de Minas Gerais.

3.2.15 – CONSELHO GESTOR DO FEPDC

Também criado pela Lei Complementar Estadual nº 66/2003, o Conselho Gestor do Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor tem a função de gerir os recursos do fundo e deliberar acerca da destinação deles, em atenção aos objetivos da Política Estadual de Relações de Consumo.

Tem composição heterogênea¹⁴⁷, competindo-lhe ainda aprovar o plano de aplicação dos recursos e acompanhar sua execução, elaborar o cronograma financeiro de receita e despesa do FEPDC, elaborar a proposta orçamentária do FEPDC, definir a aplicação das disponibilidades transitórias de caixa do FEPDC, zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos na Lei nº 8.078/90, aprovar o orçamento operacional de custeio das atividades do PROCON-MG, aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender ao disposto no inciso VI deste artigo, examinar e aprovar pro-

¹⁴⁴ LCE nº 66/2003: “Art. 1º – Ficam criados, na estrutura organizacional do Ministério Público, o Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (FEPDC), previsto na Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

¹⁴⁵ Trata-se de norma imperativa, a que dispõe acerca da destinação das multas aplicadas em decorrência de lesão ou ameaça de lesão a direitos consumeristas (CDC, art. 57, *caput* e 100, parágrafo único), sobre condenações administrativas e judiciais. A respeito das condenações judiciais, cujo autor originário seja o Ministério Público, observar que, reverterão para o FEPDC as condenações pecuniárias resultantes de *dano moral coletivo*, bem como a execução de condenação nas ações coletivas de consumo pelo saldo do *fluid recovery* (CDC, art. 100, *caput*).

¹⁴⁶ Vale ressaltar que, dado o caráter público do FEPDC, a utilização ou destinação indevidas ou em desacordo com as disposições legais em comento, em especial as Leis Federais nº 7.347/85 e nº 8.078/90 e Leis Complementares Estaduais nº 34/94, nº 61/2001 e nº 66/2003, pode ensejar a responsabilização funcional e pessoal do Promotor de Justiça – (Vide Ato CGMP nº 1, de 12 de fevereiro de 2008, art. 100-A).

¹⁴⁷ O CGFEPDC é composto por três membros indicados pelo Procurador-Geral de Justiça, pelo Secretário-Executivo do PROCON-MG, por um Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, por um representante da OAB-MG, e por três membros indicados por entidades de defesa do consumidor integrantes do SEDC.

jetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa, promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos e científicos, fazer editar, diretamente ou em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre a matéria mencionada no art. 2º, promover atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura de proteção do consumidor, examinar e aprovar projetos de modernização administrativa de órgãos públicos voltados para a proteção do consumidor.

O Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor poderá propor ao CGFEPDC o custeio, com recursos do FEPDC, de projetos e ações, no âmbito da comarca, com vistas a educar, orientar e defender os consumidores, bem como para a prevenir e reparar danos oriundos da relação de consumo¹⁴⁸.

3.3 – O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO CONSUMIDOR

No trato diário da defesa do consumidor, ao Promotor de Justiça recomendam-se as seguintes práticas:

3.3.1 – ATUAÇÃO SOCIAL

Pautar-se, em relação ao Direito do Consumidor, de modo a reconhecer-lhe como instrumento de efetivação e desenvolvimento de interesses e fins sociais, como importante meio de difusão de noções de Direito e cidadania, ampliando as possibilidades de acesso à Justiça.

Buscar, ao mesmo tempo, concretizar os valores e princípios contidos na Política Nacional das Relações de Consumo, com vistas a garantir ao consumidor o respeito a seus direitos básicos, entre os quais se destacam a vida, a saúde, a segurança, a dignidade e os interesses econômicos dos consumidores, bem como aspectos relativos à educação para o consumo, ao desenvolvimento regional, à transparência e harmonia das relações de consumo.

3.3.2 – PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO TRANSINDIVIDUAL

Compete ao Promotor de Justiça atuar, para a defesa dos interesses indisponíveis do consumidor, no âmbito transindividual, por força de disposições normativas insertas na Constituição da República¹⁴⁹, utilizando-se de mecanismos judiciais e administrativos (próprios da Instituição Ministerial e do

¹⁴⁸ Observar, nesse particular, as exigências de ordem formal e material para a formalização da proposta de projeto a ser custeado pelo FEPDC. Nesse sentido, recomenda-se a leitura das *deliberações* e *resoluções* relativas ao FEPDC, disponíveis no *site* <http://www.mp.mg.gov.br/procon>, ou mesmo, um contato do Promotor de Justiça com a Secretaria-Executiva do PROCON-MG.

¹⁴⁹ *Vide* CF/88, arts. 127, *caput*, 128, § 5º, II, “b”, e 129, III e IX.

PROCON-MG¹⁵⁰).

A atuação judicial dar-se-á por meio do manejo da ação civil pública e da ação coletiva de Consumo. Administrativamente, o Promotor de Justiça poderá servir-se do inquérito civil público, além da investigação preliminar e do processo administrativo.

3.3.3 – EDUCAÇÃO

Importante missão do Promotor de Justiça diz respeito à divulgação e educação para o correto e consciente exercício dos direitos do consumidor. Assim, sugere-se, em conjunto com as outras atribuições do órgão ministerial, sempre que possível, a realização de palestras, dirigidas aos consumidores e fornecedores, sobre os direitos e deveres dos consumidores¹⁵¹.

O Promotor de Justiça deverá atentar para o fato de que, na condição de integrante do PROCON-MG, o Promotor de Justiça poderá propor, via Secretaria-Executiva, a realização de projetos de educação para o consumo, a serem custeados pelo Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (FEPDC)¹⁵², bem como utilizar-se dos projetos já implantados pelo órgão consumerista¹⁵³.

Também, desde que possível, deverá o Órgão de Execução utilizar-se dos meios de comunicação de massa para a divulgação de conhecimento dos direitos do consumidor.

3.3.4 – INCENTIVO ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Compete ao Promotor de Justiça incentivar a criação e desenvolvimento de Associações Civas de Proteção do Consumidor, promovendo seu acesso à Justiça, nas esferas administrativa e judicial.

3.3.5 – CRIAÇÃO E INCENTIVO AO FUNCIONAMENTO DO PROCON MUNICIPAL

Para melhor atendimento e tutela dos interesses do consumidor, individual ou coletivamente considerados, torna-se extremamente conveniente e oportuna a atuação do Promotor de Justiça no sentido de sensibilizar o poder público local a criar o órgão municipal de proteção e defesa do consumidor.

¹⁵⁰ Conforme anteriormente relatado, as atividades do PROCON-MG foram transferidas ao Ministério Público estadual (CE-MG, art. 14 do ADCT).

¹⁵¹ Sobre a realização de projetos educativos consumeristas, leia-se o Manual do Consumidor, de autoria do Promotor de Justiça Amauri Artimos da Matta, 1996.

¹⁵² *Vide* LC nº 66/2003.

¹⁵³ Um dos projetos de execução permanente pelo PROCON-MG, com vistas à educação para o consumo, é o *PROCON-MIRIM*, destinado a crianças e pré-adolescentes do ensino fundamental.

A experiência tem demonstrado que, nos municípios onde existem PROCONs municipais atuantes, o trabalho do Promotor de Justiça torna-se menos exaustivo, haja vista a concorrência das atribuições administrativas dos órgãos estadual e municipal de defesa do consumidor¹⁵⁴.

Estabelecer contato e modos de atuação conjunta com o órgão municipal de defesa do consumidor.

3.3.6 – ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR

Recomenda-se o atendimento ao público, nos mesmos moldes praticados nas demais áreas afetas ao Promotor de Justiça, salientando, em qualquer hipótese, a impossibilidade de tutela individual do consumidor.

Caso seja identificada, na reclamação (notícia) trazida pelo consumidor, prática de infração consumerista a direitos transindividuais de natureza coletiva, ao Promotor de Justiça caberá tomar as providências que considerar convenientes.

3.3.7 – AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A fim de resolver questões de monta, com graves repercussões econômicas e sociais, o Promotor de Justiça poderá, como forma de atuação mais democrática e aberta, realizar audiência pública, para instruir e/ou conhecer a realidade social, em tese conflitante com os direitos do consumidor¹⁵⁵.

*Ajuizamento de ações civis públicas e ações coletivas*¹⁵⁶

¹⁵⁴ A propósito, ler a Nota Técnica nº 08 do PROCON Estadual em <http://www.mp.mg.gov.br/procon>.

¹⁵⁵ Trata-se de importante e moderna forma de atuação ministerial, marcada pelo diálogo aberto e irrestrito acerca de problemas que afligem diretamente os segmentos sociais interessados. Tem por escopo a *oxigenação* e ampliação da discussão, para além do plano estritamente jurídico, com a inclusão de dados econômicos, sociais, culturais, entre outros. Sempre que possível, será de grande utilidade fazer-se acompanhar de profissionais especializados no setor afeto ao problema, oriundos de órgãos públicos ou privados, para esclarecimentos e proposições sobre os problemas detectados e expostos em audiência.

¹⁵⁶ Sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento da ação coletiva, a jurisprudência já pacificou o entendimento no sentido de sua possibilidade. No mesmo sentido, Nelson Nery Jr. afirma que: “É a defesa do consumidor, por meio da ação coletiva – quer para a tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos – é questão de interesse social, por expressa disposição do art. 1º do CDC, interesse social esse cuja proteção é objetivo institucional do Ministério Público, segundo o art. 127, *caput*, da Constituição Federal. Está, portanto, na Carta Magna a legitimação do Ministério Público para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.” (*in Revista de Direito do Consumidor*. v. I. São Paulo, 1992. p. 206)

Sempre que necessário, o Promotor de Justiça, após detida análise do caso e das possibilidades e conseqüências decorrentes de seu agir, ajuizará as ações pertinentes para a solução de problemas decorrentes da inobservância das leis e do direito consumerista.

Deverá observar, em cada caso, os critérios de competência estabelecidos para a propositura das ações¹⁵⁷.

3.4 – ATUAÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL

No que se refere à atuação do Promotor de Justiça no juízo criminal, além das atribuições e recomendações veiculadas pelas demais Promotorias criminais, cuja repetição será inócua, algumas peculiaridades devem ser salientadas.

Com relação às atribuições do Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, vale destacar que este tem atribuição para officiar em feitos criminais cujas infrações envolvam relações de consumo ou, ainda, sejam por elas motivadas^{158,159}.

Todos os crimes previstos no CDC são, pela Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, considerados de menor potencial ofensivo¹⁶⁰.

Os crimes previstos na Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária e as relações de consumo), a partir do art. 7º, permitem a *suspensão condicional do processo*¹⁶¹.

Em grande parte, as infrações penais contra as relações de consumo consistem nas denominadas *normas penais em branco*, cuja complementação

¹⁵⁷ DC, art. 93, I e II.

¹⁵⁸ Desse modo, o crime de estelionato, praticado na forma do golpe do *toma*, estará afeto ao Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, sempre que verificado no contexto de uma *relação de consumo*.

¹⁵⁹ Os crimes previstos no art. 1º (incisos I e II) da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, quando referentes a relações de consumo, serão de atribuição da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor. Nos demais casos, competirão à Promotoria de Justiça da Ordem Econômica, conforme expresso comando legal: “*Art. 1 Constitui crime contra a ordem econômica: [...]*”.

¹⁶⁰ Hipótese em que será possível a transação penal, recomendando-se ao Promotor de Justiça, além da propositura de medidas restritivas de direitos (art. 43, do Código Penal), a publicação de contrapropaganda, na forma do art. 78, II do CDC. Entre as medidas restritivas de direitos, vale lembrar que, caso resultem na aplicação da *prestação pecuniária* (art. 43, inciso I c/c 45, § 1º), esta, quando não reverter em proveito da vítima ou de seus dependentes, será destinada, exclusivamente, ao FEPDC (Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor), instituído pela Lei Complementar Estadual nº 66/2003.

¹⁶¹ Lei Federal nº 9.099/95, art. 89. Poderão ser propostas as mesmas medidas restritivas de direitos descritas no item anterior (nota de rodapé nº 40)

normativa se faz por disposições legais¹⁶² ou regulamentares¹⁶³. Recomenda-se, nas hipóteses em que a infração extrapenal ainda estiver em fase de apuração nas instâncias próprias¹⁶⁴, aguardar o resultado destas para a propositura da ação penal¹⁶⁵.

3.4.1 – SUJEITO ATIVO

É o fornecedor (CDC, art. 3º). A responsabilidade penal recairá, às vezes, sobre os administradores e diretores da empresa fornecedora, nas hipóteses elencadas no art. 75 do CDC¹⁶⁶.

A *denúncia* deverá, tanto quanto possível¹⁶⁷, individualizar as condutas dos agentes envolvidos no fato criminoso, sob pena de inépcia¹⁶⁸, bem como

¹⁶² Norma penal em branco *homóloga*.

¹⁶³ Norma penal em branco *beteróloga*.

¹⁶⁴ As instâncias próprias podem ser *penais* (ligadas a ór-gãos afetos à persecução penal) ou *extrapenais* (de natureza cível, administrativa).

¹⁶⁵ Medida importante que evita a propositura indevida de processos penais persecutórios, haja vista que as instâncias próprias, dada a sua especialidade, permitem atingir grau elevado de certeza quanto a materialidade e autoria do fato imputado. Tal precaução revela-se quase imprescindível, por exemplo, nos casos de adulteração de combustíveis.

¹⁶⁶ “Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.”

¹⁶⁷ Nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra escancarada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, dentro do contexto fático que dispõe o Ministério Público no limiar da ação penal, permitindo-se razoável descrição da participação de cada agente. Precedentes. A instrução criminal se presta para esclarecer e pormenorizar de que forma o réu participou dos delitos que lhe são imputados, permitindo ampla dilação dos fatos e provas, quando os pacientes poderão levantar todos os aspectos que julgarem relevantes para provar a inexistência de configuração da autoria, da materialidade do crime, ou, ainda, da existência de excludente de culpabilidade. (STJ - HC 56243/MG Ministro GILSON DIPP - 5.º Turma) PENAL - CRIME ESTELIONATO - ART. 171 CP - ABSOLVIÇÃO - CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO - ART. 7, VII, DA LEI Nº 8.137/90 - INDUZIR O CONSUMIDOR EM ERRO POR AFIRMAÇÕES FALSAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS. Responde criminalmente o representante legal da empresa que permite aos seus prepostos fornecerem informações falsas ao consumidor, induzindo-o ao erro, especialmente quando é a empresa a beneficiária da fraude. - O crime contra relações de consumo absorve o crime de estelionato, praticado no âmbito das relações de consumo, em face de seus elementos constitutivos. (TJMG – Ap. Criminal nº 2.0000.00.517736-6/000 - Rel. Walter Pinto da Rocha)

¹⁶⁸ PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (LEI Nº

de impossibilitar o exercício do contraditório e ampla defesa. A condição, tão-somente, de gerente, administrador, sócio da empresa ou qualquer outra função de direção da empresa fornecedora autora do delito, por si só, não torna essas pessoas agentes responsáveis pelo fato criminoso¹⁶⁹.

3.4.2 – BEM JURÍDICO

Entende-se que o bem jurídico tutelado nesses crimes é a relação de consumo, assim entendida como a relação jurídica travada entre consumidor e fornecedor, tendo por objeto um produto ou serviço.

Trata-se, portanto, de negócio jurídico qualificado, especial, portador de interesse social, coletivo e difuso¹⁷⁰.

Os danos ao bem jurídico nesses crimes, correspondentes a lesões a direitos do consumidor, são de três categorias:

- de informação¹⁷¹;
- que qualidade (impropriedade) do produto ou serviço¹⁷²;
- relativos a práticas comerciais (abusivas)¹⁷³.

8.137, ART. 5, II). DENÚNCIA INEPTA. TRANCAMENTO. A denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa, uma das mais importantes franquias constitucionais. - Contém a mácula da inépcia a denúncia que formula acusação genérica de prática de crime contra as relações de consumo, sem apontar de modo circunstanciado a participação dos réus no fato delituoso. - A mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa, na qual se constatou a ocorrência de crime no processo de venda, não autoriza que contra o mesmo diretor seja formulada uma acusação penal em Juízo. - Recurso ordinário provido. *Habeas-corpus* concedido (STJ - RHC 8320/SP - Ministro VICENTE LEAL 6.º Turma)

¹⁶⁹ Haja vista a adoção do princípio da culpabilidade em nosso sistema jurídico penal, o qual veda a responsabilidade penal objetiva.

¹⁷⁰ Quanto à natureza de direito público das relações de consumo, *vide* art. 1º, *caput*, do CDC. Todos os crimes que atentam contra as relações de consumo desafiam ações penais públicas incondicionadas (CP, art. 100).

¹⁷¹ Tem por fundamento os arts. 6º, II e III, e 7º c/c arts. 9, 30, 31, 36 a 38, todos do CDC. Exemplo de crime dessa natureza: art. 7, VII, da Lei nº 8137/90.

¹⁷² Baseia-se, conforme o caso, nos arts. 6º, I, VI e 7º c/c arts. 8º, 10, 12 a 14, 18 a 21, do CDC. O crime previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8137/90, trata de hipótese de típica de delito, cujo fundamento é a falta de qualidade (impropriedade) do produto ou serviço – *vide*, em especial, arts. 18, § 6º, e 20, § 2º, ambos do CDC.

¹⁷³ Referidos crimes têm por fundamento o arts. 6º, IV, c/c 39 do CDC, e visam harmonizar interesses dos partícipes das relações de consumo. A propósito, o art. 71 do CDC incriminou a prática abusiva da *cobrança vexatória* do consumidor.

3.4.3 – SUJEITO PASSIVO

O sujeito passivo dos crimes contra as relações de consumo é, de forma direta e imediata, a coletividade dos consumidores. Apenas reflexamente o consumidor pode ser considerado sujeito passivo do delito.

3.5 – ATUAÇÃO NO JUÍZO CÍVEL

3.5.1 – ESBOÇO HISTÓRICO

Impulsionado pelo advento da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), o Ministério Público tornou-se agente expressivo de modificação da realidade social com o manejo da ACP, por força da conformação constitucional recebida em 1988.

Contudo, com o surgimento do CDC, modificou-se sobremaneira a forma de condução e tutela dos direitos coletivos do consumidor, com a ampliação de possibilidades de atuação do órgão ministerial de execução, alcançando, inclusive, os ditos *interesses individuais homogêneos*, ao lado dos direitos coletivos e difusos, já previstos desde a ordem jurídica pretérita. Nem por isso se olvide dizer que o legislador ordinário criador do CDC não poderia ampliar hipóteses de agir ministerial não previstas na Constituição – à época da Constituinte, de fato, elas, nem sequer existiam¹⁷⁴ como espécies processuais

¹⁷⁴ “Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados.

Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição.

Apesar de alguma divergência, a linha preponderante é no sentido do reconhecimento da legitimação, havendo casos em que esta é negada não em face de sua eventual inconstitucionalidade, mas porque se trata, na espécie concreta, de pequeno número de interessados, estritamente definido.” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código**

positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Certo é que a atuação do Ministério Público sempre será cabível em defesa dos interesses difusos. Com relação aos direitos coletivos e individuais homogêneos, atuará, desde que:

- haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano (ainda que potencial);
- seja sobremaneira acentuada a relevância social do bem jurídico tutelado;
- seja necessária a defesa da estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico, cuja tutela interesse a toda a coletividade dos consumidores;
- Atualmente, vislumbra-se, sem maiores dificuldades e com as ressalvas acima expostas, o amplo espectro de atuação do Promotor de Justiça na defesa de direitos individuais homogêneos, coletivos (*stricto sensu*) e difusos em matéria consumerista.

3.5.2 – PECULIARIDADES

No trato das ações civis públicas, nenhum reparo ou observação há de ser feito quanto ao exercício e condução do processo, bem como quanto à atuação do Ministério Público na condição de *custos legis*, razão pela qual remeto o Órgão Ministerial à leitura do tópico *Introdução* relativo à atuação do Promotor de Justiça no juízo cível.

Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 545-6)

No mesmo sentido:

Função institucional do Ministério Público. Direitos individuais e homogêneos. Limites. A função institucional do Ministério Público é definida pela CF (art. 129) e abrange a defesa dos direitos coletivos, dos quais são espécies os direitos individuais e homogêneos. A lei infraconstitucional, ou o intérprete, não podem reduzir a função institucional constitucionalizada. O fato de o Código do Consumidor ter introduzido normas relativas a ações coletivas, das quais o Ministério Público pode ser titular, não limita a Ação Civil Pública nem permite concluir que os interesses individuais homogêneos só são amparados nas relações de consumo. A matéria tributária, quando um número significativo de pessoas hipossuficientes, é direito coletivo que pode e deve ser sustentado pelo Ministério Público, para evitar a multiplicação de demandas repetitivas, em que, segundo a jurisprudência, a Fazenda Pública é invariavelmente condenada, ocasionando danos ao patrimônio público. Tratando-se de taxa de iluminação pública, envolvendo grande massa de hipossuficientes, cujo valor financeiro individual é pequeno, mas grande a lesão integral aos contribuintes e ao patrimônio público, patenteia-se o interesse social segundo a Constituição para ensejar a iniciativa constitucional do Ministério Público. ACÓRDÃO Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR, VENCIDO O REVISOR, E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO. (Apelação (Cv) Cível nº 000.200.704-5/00, 4ª Câmara Cível do TJMG, Governador Valadares, Rel. Des. Almeida Melo. j. 23/11/2000, maioria).

Entretanto, ao serem ajuizadas ações coletivas, quais sejam, aquelas destinadas à tutela de direitos individuais homogêneos, seja pelo Promotor de Justiça, seja por quaisquer outros co-legitimados¹⁷⁵, fazem-se necessárias algumas observações, dada sua aplicação restrita ao microsistema do processo coletivo consumerista. São elas:

- publicação de edital, na forma do art. 94 do CDC¹⁷⁶;
- promoção da liquidação e execução coletiva do *fluid recovery*, nos casos de condenações resultantes da ação coletiva, conforme art. 100¹⁷⁷;
- assunção do pólo ativo do processo pelo Ministério Público, quando houver a desistência infundada ou abandono da ação por co-legitimado, na ação coletiva^{178,179}.

3.5.3 – EXECUÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E TERMOS DE ACORDO

Cabe ao Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor da comarca de domicílio do compromissado o ajuizamento da ação de execução de título executivo judicial, lastreada em termos de ajustamento de conduta e termos de acordo celebrados pelo Órgão Ministerial, por Órgão Ministerial diverso ou, ainda, pelos demais órgãos e entidades co-legitimados, quando estes não o fizerem^{180,181}.

¹⁷⁵ CDC, art. 91 c/c 82, I a IV.

¹⁷⁶ Peculiaridade afeta ao trato das ações civis coletivas de consumo, a publicação de edital atende à especial característica do direito tutelado (que é intrinsecamente individual), com vistas a possibilitar a adesão de consumidores ao processo. Trata-se de exigência legal (CDC, art. 94) geradora de nulidade do processo, razão pela qual é de se ressaltar sua importância, seja na atuação ministerial como autor (legitimado extraordinário), seja como *fiscal da lei*, zelando pela sua observância, quando ajuizados pelos demais co-legitimados.

¹⁷⁷ Prescreve o art. 100 do CDC a possibilidade de liquidação e execução das indenizações potencialmente existentes e não executadas pelos consumidores (*fluid recovery*), após transcorrido o prazo de um ano do trânsito em julgado da ação coletiva.

¹⁷⁸ Tal como ocorre na ACP, o Ministério Público, verificando a ocorrência das hipóteses legais (§ 3º do art. 5º, da Lei Federal nº 7.347/85, com a redação dada pelo CDC), irá assumir a titularidade da ação coletiva, salvo quando se tratar de ações plurissubjetivas, cujo objeto estará adstrito, apenas, à tutela de direitos dos próprios associados.

¹⁷⁹ Hugo N. Mazzilli (in **A defesa dos interesses Difusos em Juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 350) entende que a recusa do Órgão Ministerial em assumir a titularidade da ação coletiva, por analogia ao sistema estatuído para o inquérito civil, deverá submeter, previamente, suas razões ao Conselho Superior do Ministério Público.

¹⁸⁰ Lei Federal nº 7.347/85, art. 5º, § 6º.

¹⁸¹ Resp nº 222582/MG.

Em respeito ao devido processo legal, bem como a outros direitos e garantias fundamentais, ocorrendo a hipótese de um aparente descumprimento do ajuste firmado, recomenda-se ao Promotor de Justiça, antes do ajuizamento do processo executivo, a realização de um procedimento administrativo formal de verificação do descumprimento da obrigação assumida, seja em termo de ajustamento de conduta, seja em termo de acordo^{182,183}.

3.5.4 – ATUAÇÃO COMO FISCAL DA LEI (*CUSTOS LEGIS*)

Na sua atuação como *custos legis*, o Promotor de Justiça, ao produzir seu parecer de mérito, sempre opinará em favor do melhor direito, e não da parte que determina a atuação ministerial.

Ao contrário, na dilação probatória, permitirá atuação mais voltada para o consumidor, requerendo a baixa dos autos em diligência, quando necessário, solicitando provas, etc. Deverá evitar e coibir, na medida do possível, atos meramente protelatórios e incompatíveis com a segurança, celeridade e efetividade da tutela jurisdicional.

3.6 – ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

3.6.1 – INFORMAÇÕES PRELIMINARES

Ao lado da atuação administrativa típica do órgão ministerial, ou seja, a instauração de inquérito civil, temos ainda, por expresso comando constitucional¹⁸⁴, transferidas ao Ministério Público as atividades do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor. Os arts. 22 a 24 da Lei Complementar Estadual nº 61/01 conferem as características básicas, prerrogativas e competências administrativas do PROCON-MG, para o cumprimento de seu mister institucional¹⁸⁵.

¹⁸² Nos termos firmados na própria Promotoria de Justiça, o procedimento de verificação de eventual descumprimento do TAC ou do TA poderá se dar no bojo do respectivo inquérito civil de origem do termo. Ao se tratar de TAC firmado em outra Promotoria (comarca diversa, por ex.), o procedimento será instaurado sob a forma de procedimento preparatório (administrativo) ministerial. Em ambos os casos, porém, serão admitidos atos pelo compromissário, para esclarecimentos e justificativas, em respeito à ampla defesa, a fim de que se evite o ajuizamento desnecessário de execução judicial.

¹⁸³ A propósito, ver Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do processo administrativo federal), aplicável analogicamente.

¹⁸⁴ CE-MG, art. 14 do ADCT.

¹⁸⁵ “Art. 22 - Fica criado o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor (PROCON-MG), na estrutura do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, para fins de aplicação das normas

Vale salientar que, entre as competências do PRO-

relativas às relações de consumo, especialmente as estabelecidas na Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e no Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997.

Art. 23 - Compete ao Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, órgão vinculado diretamente à Procuradoria-Geral de Justiça, exercer, por meio de sua Secretaria Executiva, a coordenação da política do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (SEDC), com competência, atribuições e atuação em todo o Estado, cabendo-lhe: I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor; II - receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais; III - dar atendimento e orientação permanente aos consumidores sobre seus direitos e garantias, processando regularmente as reclamações fundamentadas; IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação; V - fiscalizar as relações de consumo e aplicar as sanções e penalidades administrativas previstas na Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor; VI - funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e pela legislação complementar; VII - elaborar e divulgar anualmente o cadastro estadual de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, de que trata o art. 44 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e remeter cópia ao órgão federal incumbido da coordenação política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; VIII - celebrar convênios e termos de ajustamento de conduta, na forma do § 6º do art. 5º da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985; IX - elaborar e divulgar o elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas nas relações de consumo no âmbito do Estado e divulgar o elenco elaborado pelo órgão federal competente; X - exercer as demais atividades previstas pela legislação relativa à defesa do consumidor e desenvolver outras compatíveis com suas finalidades. § 1º - A Secretaria Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor será integrada pelos Promotores de Justiça com atribuições na Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor da Capital e será dirigida por Secretário Executivo designado pelo Procurador-Geral de Justiça. § 2º - A distribuição de serviços e as atividades do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor serão regulamentadas por ato conjunto dos integrantes da Secretaria Executiva. § 3º - Das decisões proferidas pelas autoridades julgadoras integrantes da Secretaria Executiva nos processos administrativos caberá, no prazo de dez dias contados da data da intimação, recurso voluntário sem efeito suspensivo. § 4º - Na hipótese da cominação de pena de multa, o recurso será recebido com efeito suspensivo. § 5º - Da decisão que, em processo administrativo, julgar insubsistente a infração recorrerá de ofício a autoridade julgadora que o presidiu. § 6º - Fica criada a Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, composta por, no mínimo, três Procuradores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça, à qual compete proferir decisão administrativa definitiva em julgamento dos recursos voluntários e necessários interpostos contra as decisões das autoridades julgadoras nos processos administrativos. Art. 24 - As multas aplicadas nos termos dos arts. 56, I, e 57, *caput*, da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, reverterão ao Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, na forma prevista em lei.”

CON-MG, como seria de se esperar de qualquer outro PROCON, encontra-se o *poder de polícia administrativa*, o qual permite adotar medidas auto-executáveis, sem a necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário. Tais instrumentos de atuação já se mostraram muito eficientes na defesa do consumidor, citando-se, por exemplo, a questão do combate à adulteração de combustíveis, com resultados expressivos na melhora dos produtos nesse segmento de consumo.

Contudo, cabe ao Promotor de Justiça, com atribuição na defesa do consumidor, a escolha dos mecanismos que considerar mais eficientes e efetivos no trato da defesa desses direitos.

3.7 – ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL TÍPICA

3.7.1 – INQUÉRITO CIVIL

Instrumento concebido na Lei da ACP, e respaldado na Constituição¹⁸⁶, como procedimento administrativo de atribuição exclusiva do Ministério Público para a verificação da existência de lesão ou ameaça de lesão a direito transindividual, bem como para apuração de responsabilidades.

Apresenta nítida natureza investigativa e inquisitorial, prestando-se à colheita de elementos de prova suficientes para a propositura de Ação Civil Pública e de Ação Coletiva de Consumo, razão pela qual não se aplica, nesse momento, qualquer sanção aos investigados.

O objeto do inquérito civil é o mais amplo possível, dentro das possibilidades de atuação do Ministério Público, podendo referir-se a um fato determinado ou a um conjunto de fatos que revelem um estado de coisas contrário aos interesses da coletividade¹⁸⁷.

Caso se constatem, no curso das investigações, indícios e provas da prática de ilícito penal, nada impede que esses dados, obtidos no inquérito civil, sirvam de elemento para a propositura de ação penal¹⁸⁸.

¹⁸⁶ CF/88, art. 129, III.

¹⁸⁷ Sugere-se a definição, minimamente criteriosa, do fato ou problema investigado, a fim de que se evite a universalização da investigação, o que pode redundar na impossibilidade de atingimento dos objetivos persecutórios, dificultando sua conclusão. Nesse sentido, vislumbra-se, com o fito de racionalização dos trabalhos, a possibilidade de cisão do inquérito civil, em tantas quantas forem as vertentes de investigação.

¹⁸⁸ Embora o inquérito civil possa servir de base para a propositura de ação penal, não se deve, por isso, elevá-lo a única ou principal forma de apuração de infrações penais – para isso, temos o inquérito policial. Desse modo, em determinadas situações excepcionais, não há quaisquer óbices à apuração de fatos penalmente relevantes pelo órgão do Ministério Público, embora reconheça a celeuma, ainda existente entre os órgãos policiais e o Ministério Público, sobre a competência para a investigação de fatos

Assim como ocorre com o inquérito policial, o inquérito civil não é indispensável (obrigatório) como etapa precedente à propositura de ações judiciais pelo órgão ministerial¹⁸⁹.

Após instrução do inquérito civil, caso o Promotor de Justiça não vislumbre os elementos necessários para a adoção de nenhuma medida posterior, judicial ou extrajudicial, ou com a realização das medidas extrajudiciais de recomendação ou ajustamento de conduta, quando não mais restarem iniciativas a serem tomadas, proporá, fundamentadamente, o arquivamento do feito, submetendo sua decisão ao Conselho Superior do Ministério Público, para que, ratificando-a ou não, exerça o controle da atividade ministerial¹⁹⁰.

Sobre as informações e outros dados obtidos em função das investigações, alerta-se ainda o membro do Ministério Público para que faça uso responsável delas, sob pena de responsabilização pessoal pelos danos porventura causados¹⁹¹.

3.7.2 – RECOMENDAÇÃO

Instrumento concebido na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, reproduzido na Lei nº 34/94 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais)¹⁹², no sentido de orientar e recomendar aos responsáveis a adoção de medidas que possam favorecer a adequada prestação de serviços públicos ou o respeito a bens, interesses e direitos transindividuais, cuja tutela caiba ao Ministério Público.

Embora não tenha caráter obrigatório, a recomendação serve de advertência a respeito das implicações de sua inobservância, devendo ainda ser justificada, a fim de que o recomendado se convença da legalidade e justeza de suas disposições¹⁹³.

penais.

¹⁸⁹ Em sentido inverso, *vide* o artigo de DALLARI, Adilson Abreu. **Obrigatoriedade de realização de inquérito civil**. Revista Interesse Público. n. 1. 1999. p. 7/18.

¹⁹⁰ Na hipótese de o Conselho Superior do Ministério Público rejeitar a proposta de arquivamento do inquérito civil, em consideração ao princípio da independência funcional do órgão de execução, será designado outro Promotor de Justiça para o prosseguimento das investigações ou outras medidas determinadas pelo órgão de controle.

¹⁹¹ *Vide* LC nº 75/93, art. 8º § 1º e Lei Federal nº 8.625/93, art. 26, § 2º.

¹⁹² LCE nº 34/94, art. 67, VI (revogado pela LCE nº 99/07 com efeitos suspensos por medida cautelar na ADI 3946).

¹⁹³ Orienta-se, nesse particular, que o Promotor de Justiça, ao expedir recomendações, o faça nos estritos limites da lei, conclamando os destinatários a cumprir fielmente suas disposições, alertando, inclusive, para as consequências jurídicas de seu não atendimento.

Sugere-se dar a mais ampla publicidade à recomendação ministerial, seja pelo Ministério Público, por seus próprios meios, seja pela imprensa, ou mesmo pelo destinatário da recomendação, caso isso seja objeto de acordo entre as partes¹⁹⁴.

Conforme a Resolução CNMP nº 23/2007, é vedada a utilização da recomendação como substituta ao inquérito civil e da ação civil pública.

3.8 – ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL ATÍPICA

3.8.1 - MECANISMOS DE ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA À FRENTE DO PROCON-MG¹⁹⁵

Conforme dito alhures, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por força de disposição constitucional expressa¹⁹⁶, passou a titularizar, com exclusividade, as competências do órgão estadual de proteção e defesa do consumidor (PROCON-MG).

Desse modo e considerando a forma peculiar de atuação do Promotor de Justiça na condição de autoridade administrativa do PROCON-MG¹⁹⁷, faz-se necessária a descrição dos instrumentos de ação administrativa do órgão de defesa do consumidor e suas formas de ação, baseadas na estrita observância do regime jurídico administrativo.

3.8.1.1 – MEDIDAS CAUTELARES

Nota de destaque na atuação do Promotor de Justiça, no manejo dos instrumentos de atuação na defesa do consumidor enquanto PROCON-MG, é a possibilidade de se servir de medidas administrativas cautelares. Tais medidas, desde que necessárias e atendidos seus pressupostos, são de grande valia e têm por escopo fazer cessar, interromper, atos tendentes a causar prejuízos ao consumidor. Revestem-se, por exemplo, dos atributos da auto-executoriedade e da imperatividade, sendo, pois, de cumprimento obrigatório, sem a necessidade de prévio ajuizamento de ações junto ao Poder Judiciário. Desse modo, é instrumento célere e valioso na efetivação de direitos do consumidor e, principalmente, na prevenção de danos a estes, concretizando, assim, direito básico do consumidor, constante

¹⁹⁴ *Vide* disposições acerca do termo de ajustamento de conduta.

¹⁹⁵ *Vide* LCE nº 61/2001 e Resolução PGJ nº 49/2002.

¹⁹⁶ CE-MG, art. 14 do ADCT.

¹⁹⁷ Ao compatibilizar as competências administrativas do PROCON-MG com os objetivos e funções institucionais do Ministério Público, observa-se que, em uma interpretação sistemática dos dispositivos legais em questão, somente quando verificada a existência de interesses transindividuais e/ou indisponíveis, estará o órgão estadual autorizado a agir. Note-se, porém, que, em se tratando de PROCON municipal, não existe nenhuma vedação a sua atuação na defesa do consumidor, seja ele individual ou coletivamente considerado.

do art. 6º, VI, do CDC¹⁹⁸.

3.8.1.2 – INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Instrumento análogo ao inquérito civil, utilizado para a investigação de fatos indicadores de lesão ou ameaça de lesão a interesses consumeristas. Previsto no art. 33, § 1º, do Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997.

Recomenda-se a adoção da investigação preliminar quando do recebimento, pelo Promotor de Justiça, de representações de entidades e pessoas, físicas e jurídicas, com a notícia de fatos, em tese, indicativos de infração a direitos do consumidor, visto que as provas, porventura existentes, foram unilateralmente produzidas¹⁹⁹.

3.8.1.3 – PROCESSO ADMINISTRATIVO

Nas hipóteses em que restar caracterizada a prática de ilícito consumerista, o Promotor de Justiça poderá servir-se do *processo administrativo*, com vistas à aplicação das sanções previstas no art. 56 do CDC²⁰⁰.

¹⁹⁸ Inserem-se nessa categoria de atos as interdições administrativas, as medidas suspensivas de comercialização e distribuição de produtos, busca e apreensão de mercadorias, proibição de fabricação de produtos, entre outras.

¹⁹⁹ Exemplo que caracteriza bem a questão acima descrita pode ser dada com relação ao problema de impureza e sujidades encontradas no café torrado e moído. Habitualmente, os sindicatos e associações de produtores de café encaminham ao PROCON-MG representação contra fornecedores, noticiando, embasados em laudos periciais, a existência de vícios de qualidade no produto café torrado e moído. Ocorre, porém, que, em razão de limitações administrativas e também em respeito ao devido processo legal, necessidade de contraditório e ampla defesa, não é possível a instauração, de plano, do processo administrativo. Assim, deve o Promotor de Justiça agir com a devida cautela e receber a representação como *notitia delicti*, passando, ato contínuo, a certificar-se a respeito da suposta infração, instruindo o procedimento inquisitivo com provas passíveis de suportar processo administrativo em contraditório.

²⁰⁰ “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste art. serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.”

Usualmente, são duas as formas pelas quais tem início o *processo administrativo*²⁰¹:

- auto de infração, lavrado por agente fiscal do PROCON-MG;
- portaria.

O *auto de infração* vem exaustivamente descrito no art. 35, inciso I, do Decreto nº 2.181/97, letras “a” a “h”. É de se salientar que os autos de infração atualmente em uso no PROCON-MG têm todas as características legais, próprias da espécie em comento. É formalizado pelo agente fiscal do PROCON-MG²⁰², em atos fiscalizatórios regulares, realizados junto ao mercado consumidor, ou, em casos especiais, mediante determinação específica da autoridade (Promotor de Justiça). Nesse caso, não se faz necessária a portaria do Promotor de Justiça, pois o auto de infração é a peça de instauração do processo.

A *portaria* tem sua forma legal definida no art. 40, incisos I e IV, do Decreto nº 2.181/97. Objetiva a individualização do fato constituinte da infração e a explicitação dos dispositivos legais pertinentes. Poderá, se presentes as circunstâncias autorizadas, vir acompanhado de medidas cautelares. É ato exclusivo do Promotor de Justiça, na condição de autoridade administrativa do PROCON-MG.

Tanto o auto de infração quanto a portaria têm por escopo definir o objeto sobre o qual versa o processo administrativo, possibilitando o exercício de defesa e contraditório.

Recomenda-se que ambas as peças de instauração do processo tragam consigo a notificação para a juntada aos autos de cópias do contrato social, estatuto (ou ato equivalente), atualizados, bem como da *Demonstração do Resultado do Exercício*, referente ao exercício financeiro imediatamente anterior ao da prática da suposta infração²⁰³.

Acerca da aplicação das sanções previstas no CDC, *vide* tópico específico abaixo.

²⁰¹ O Dec. nº 2.181/97, art. 33, III, prevê ainda a modalidade de *reclamação*, porém esta é típica da ação dos órgãos oficiais de defesa do consumidor no tocante a interesses individuais. O recebimento de reclamações pelo Promotor de Justiça tem, por essa razão, apenas o condão de dar-lhe conhecimento da suposta prática de ilícito consumerista (*notitia delicti*).

²⁰² Conforme a Resolução PGJ nº 49/2002, art.12, § 2º, com a redação dada pela Resolução PGJ nº 14/2003, são agentes fiscais do PROCON-MG os oficiais do Ministério Público em exercício nas Promotorias de Justiça Especializadas na Defesa do Consumidor. Na hipótese de, extraordinariamente, ser necessária a designação de outro servidor, será previamente nomeado pelo Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, mediante Portaria, *agente fiscal AD HOC*, com menção expressa das diligências a cumprir, bem como da autorização do Promotor de Justiça a que estiver subordinado. A respectiva Portaria acompanhará todos os atos praticados pelo *agente fiscal* designado e será anexada aos autos dos procedimentos em que este atuar.

²⁰³ Na generalidade dos casos, as empresas consideram,

3.8.1.4 – ITER PROCEDIMENTAL

Iniciado por auto de infração ou portaria, o processo administrativo aguarda a *impugnação* (defesa) do fornecedor, a ser produzida em até 10 dias, contados da intimação do ato²⁰⁴. É possível a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, na forma prevista pela Lei Federal nº 9.800/99.

Após recebimento de impugnação, verificar a existência de requerimento de perícias, análises de contraprova, entre outros atos de instrução, bem como pedido de celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC) ou termo de acordo (TA). Deferir aqueles que sejam pertinentes, notificando a empresa das diligências posteriores, para acompanhamento, se desejarem, por profissional especializado²⁰⁵.

Caso haja dilação instrutória, o fornecedor será intimado do resultado das diligências, podendo defender-se em sede de *alegações* finais²⁰⁶. Ao Promotor de Justiça é facultada a possibilidade de requerer diligências instrutórias complementares, após as quais sempre se dará vista ao fornecedor. Reiterar, se necessário, requisição de documentos ao fornecedor²⁰⁷.

Após o encerramento da fase instrutória e verificada, pelo Promotor de Justiça, a verossimilhança da autuação contida no auto de infração ou na portaria, deverá ser oportunizada a solução conciliatória, consistente em proposta ministerial de termo de ajustamento de conduta (TAC) ou termo de acordo (TA), esse último quando a conduta do fornecedor já tiver sido adequada às normas pertinentes²⁰⁸ ou, ainda, quando a correção da conduta se mostrar

para efeito de exercício financeiro, o ano fiscal, compreendido entre o dia 1º de janeiro e 31 de dezembro.

²⁰⁴ A contagem dos prazos, no sistema dos processos administrativos do CDC, obedece à regra especial do art. 42 do Dec. nº 2.181/97: na contagem do prazo computa-se o dia do início. Caso algum dos prazos encerre-se em dia sem expediente normal na Promotoria, será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, no qual houver expediente normal.

²⁰⁵ Nas perícias, deve-se sempre facultar ao fornecedor acusado o acompanhamento da diligência por assistente técnico e a formulação de quesitos.

²⁰⁶ Em que pese o fato de as alegações finais não constarem do procedimento descrito no Dec. nº 2.181/97, em respeito aos princípios da ampla defesa e contraditório, ao fornecedor acusado deve-se permitir a produção de argumentos sobre as provas produzidas e carreadas aos autos após a *impugnação*.

²⁰⁷ Cópias do contrato social, estatuto (ou ato equivalente), atualizados, bem como da Demonstração do Resultado do Exercício, referente ao exercício financeiro imediatamente anterior ao da prática da suposta infração.

²⁰⁸ Demonstrada, de forma cabal, no processo administrativo.

inexequível²⁰⁹. Sendo obtida a conciliação, o processo será suspenso até que se verifique o cumprimento integral do termo firmado, seguido de seu arquivamento, sujeito a controle pela Junta Recursal. Não sendo possível a solução conciliatória, por negativa do fornecedor acusado, o processo segue para *decisão administrativa*.

3.8.1.5 – DECISÃO ADMINISTRATIVA

Em sede de decisão administrativa, o Promotor de Justiça julgará a infração *subsistente* ou *insubsistente*²¹⁰.

Ao julgar subsistente a infração, aplicará as sanções cabíveis, entre as elencadas no art. 56 do CDC, ou, desde que haja autorização legal para tanto, outras sanções previstas em normas específicas. É, em todo caso, possível a cumulação de sanções, conquanto sejam pertinentes e úteis ao objetivo pretendido de proteção e defesa do consumidor. Da referida decisão de subsistência, cabe recurso voluntário²¹¹ no prazo de dez dias.

Se, do contrário, o Promotor de Justiça considerar insubsistente a infração, decidirá nesse sentido, submetendo, *incontinenti*, sua decisão, sob a forma de reexame necessário, ao órgão superior competente, isto é, à Junta Recursal do PROCON.

3.8.1.6 – SANÇÕES

As sanções previstas no CDC encontram-se elencadas no art. 56, incisos I a XII, sendo certo que, à exceção da multa (inciso I), poderão as demais, inclusive, ser objeto de medida cautelar, antecedente²¹² ou incidente de processo²¹³ administrativo. No magistério de Cláudia Lima Marques, as sanções comportam divisão em:

- a) pecuniária;
- b) objetivas;
- c) subjetivas.

A *sanção pecuniária* consiste basicamente na imposição de multa, graduada conforme disposições

²⁰⁹ Tal como ocorre nas hipóteses de encerramento ou alteração das atividades (objeto social) do fornecedor.

²¹⁰ Procedente ou improcedente, respectivamente.

²¹¹ Caso seja aplicada a sanção pecuniária (multa), o recurso interposto terá efeito suspensivo; nas demais hipóteses, somente comportará efeito devolutivo.

²¹² Por medida cautelar antecedente ao processo administrativo, entenda-se medida cautelar inserida na *investigação preliminar*, que é a única espécie administrativa procedimental e pré-processual, prevista no Dec. nº 2.181/97.

²¹³ Embora a redação do parágrafo único do art. 56 do CDC faça uso do vocábulo *procedimento*, entendo que a sua substituição por processo preserva melhor a técnica jurídica, uma vez que não se admite a tomada de medidas cautelares isoladas e independentes de quaisquer procedimentos.

legais constantes do art. 57 do CDC. O PROCON-MG possui planilha informatizada própria para o cálculo das sanções pecuniárias, possibilitando, assim, a fixação objetiva, uniforme e isonômica do *quantum* da multa. Quando, na instrução do processo, não for dado conhecer a capacidade econômica do fornecedor, esta será arbitrada²¹⁴. Somente será aplicada, após regular processo administrativo, julgado subsistente²¹⁵.

As *sanções objetivas* são aquelas que resultam em medidas concretas quanto ao produto ou serviço, sobre o qual incide a conduta ilícita. Visa cessar ou interromper a propagação e perpetração de fatos atentatórios ao direito do consumidor. São comuns as medidas cautelares administrativas que se servem das sanções objetivas, antecedentes ao provimento final do órgão de defesa do consumidor²¹⁶, com vistas, no mais das vezes, à preservação da saúde e segurança do consumidor^{217,218}.

Por fim, as *sanções subjetivas* são as que se referem diretamente à atividade do fornecedor, determinando a abstenção dela (CDC, art. 56, VII a XI), sob a forma de medidas de caráter geral ou, ainda, a imposição de uma obrigação de fazer, consistente na contrapropaganda (art. 56, XII). Têm caráter bifronte – preventivo e repressivo – de afetação da conduta do fornecedor que seja prejudicial aos legítimos interesses e direitos do consumidor²¹⁹.

3.9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

²¹⁴ Sugere-se, nos casos em que o fornecedor qualificar-se como *microempresa (ME)* ou *empresa de pequeno porte (EPP)*, adotar-se os limites máximos de faturamento bruto anual, previstos para essas pessoas. - vide, a propósito, a Lei Federal nº 9317/96 e a Lei Complementar Federal nº 123/06.

²¹⁵ Conforme se depreende do art. 57, *caput*, do CDC, a *contrario sensu*, as demais espécies de sanções poderão ser objeto de medidas cautelares administrativas.

²¹⁶ Nesse sentido, são exemplos de medidas cautelares a apreensão de produto impróprio (art. 57, II), seguida, ou não, de sua destruição (art. 57, III – inutilização), bem como a medida de suspensão de fornecimento de produtos e/ou serviços (art. 57, VI).

²¹⁷ Em especial, CDC, arts. 6º, I, 8º, 9º e 10.

²¹⁸ Note-se que, em se tratando de medida cautelar pré-processual, nada obsta a que seja diferido o contraditório. Sempre que presentes as circunstâncias autorizadoras da adoção de cautelares administrativas, o princípio do devido processo legal será observado, haja vista que haverá a necessária ponderação entre o interesse do fornecedor, calcado constitucionalmente na garantia de propriedade privada (CF/88, art. 5º, XXII) e livre iniciativa (CF/88, art. 170), e a garantia estatal de defesa do interesse do consumidor (CF/88, art. 5º, XXXII), assim como, conforme o caso concreto, a preservação da vida, dignidade e integridade física e moral da pessoa (CF/88, art. 5º, *caput*).

²¹⁹ Vide nota anterior (nº 99).

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JR., Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

4 – ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE²²⁰

Promotora de Justiça Andréa Mismotto Carelli

4.1 - INTRODUÇÃO

A iniciativa de se atualizar o Manual de Atuação para os Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais atuantes na área da Infância e Juventude é da maior importância. Primeiro porque se trata de um ramo especializado, cujo conteúdo não é exaurido na Universidade; às vezes não é sequer tratado na faculdade de Direito. Outro fato a lhe dificultar a aplicação é que se trata de uma área nova, jovem como o público que visa proteger. O Estatuto da Criança e do Adolescente tem apenas 20 anos, o que, em termos históricos, é pouco para ser completamente absorvido pela sociedade à qual pretende se aplicar.

Não bastasse, a doutrina não se debruça sobre esse sistema com o mesmo fôlego com que procede em outros ramos jurídicos, pelo menos no aspecto da prática cotidiana relacionada ao operador do direito. No final das contas, temos doutrina de excelente valor, diga-se, mas insuficiente, e que acaba por tangenciar aspectos significativos da prática, sobretudo do ponto de vista da atuação a ser desempenhada pelo *Parquet*.

²²⁰ Na primeira edição desta obra o autor do texto da presente área foi o Procurador de Justiça José Ronald Vasconcelos de Albergaria.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em virtude de tais razões – aliadas a outras, como a dificuldade do Poder Judiciário, nos processos coletivos, em exigir do Executivo as condições necessárias para o exercício de direitos em nome do princípio da conveniência e oportunidade da Administração Pública, bem como a má-fé e o despreparo dos gestores –, ainda não saiu do papel completamente. Este vazio de aplicação deve servir ao Ministério Público para reflexão, já que é seu mister constitucional diligenciar no sentido de garantir o exercício de direitos por parte deste público, cuja proteção é a prioridade absoluta da República, nos termos do disposto no art. 227 da Carta de 1988.

Destarte, um dos escopos do presente Manual é o de se transformar em singelo instrumento para que tais lacunas sejam preenchidas mediante a atuação destemida do Promotor de Justiça, porém mais articulada e uniforme.

Sendo assim, tivemos o escopo de focar as questões práticas e polêmicas e, sobretudo, propor um novo paradigma de atuação para o Promotor de Justiça: para que a rede de proteção se converta em realidade de maneira que os direitos da infância e juventude possam ser exercidos em sua plenitude e universalidade, a atuação do Promotor de Justiça da Infância e Juventude deve ser diferenciada. Mais do que se deter no exame de processos e propor ações, o que o novo sistema requer é a atuação de alguém que possa mobilizar a comunidade, influenciar a opinião pública, articular junto aos atores sociais iniciativas de resolutividade, tudo no sentido de mobilizar os gestores e a sociedade civil organizada a criarem, aperfeiçoarem, manterem e monitorarem políticas públicas para esta clientela tão especial em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, algo que, na quase totalidade das vezes, não se consegue por meio do ajuizamento de ações.

Na maioria das circunstâncias, não basta ajuizar a demanda. É preciso trazer informações para o gestor, é preciso centrar esforços na elaboração do orçamento, é preciso mobilizar outras instâncias e trabalhar diuturnamente com a premissa de que, pelo ordenamento jurídico em vigor, todos nós estamos compelidos a criar condições para o exercício dos direitos por parte de crianças e adolescentes.

Desse modo, a proposta do presente Manual para a área é a de que o Promotor de Justiça, de início, mapeie a rede local, com o objetivo de levantar suas deficiências, suas competências, suas lacunas, de modo a se obter uma visão global das potencialidades da comunidade, dialogando com ela e criando condições para que ela se qualifique, reconhecendo o papel de cada um dentro das relações sociais e as assumindo, acabando-se com a prática deletéria que ainda hoje temos em algumas Comarcas: a do encaminhamento eterno. A criança é encaminhada a um sem-número de instituições, sem que alguém realmente a assuma.

Com isso, talvez exista a possibilidade de pararmos de enxugar o gelo, e ficarmos o dia todo na Promotoria de Justiça apagando incêndios. Quem sabe se, com essa mudança na atuação, as mazelas sociais, sobretudo a criminalidade, que é uma chaga social, decresça e deixe de fazer vítimas todos os dias.

Só o investimento na construção de políticas públicas para a infância e juventude poderá reverter esse estado de coisas que os Promotores de Justiça visam combater.

A criminalidade e a corrupção que hoje presenciamos são, indubitavelmente, resultados da falta de investimento que se fez na criança e no adolescente nos mais de quinhentos anos de História deste país. O Ministério Público de Minas Gerais quer contribuir para que esse débito histórico para com este público seja revertido.

4.2 - BREVE HISTÓRIA DO

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são pessoas em estado de desenvolvimento e que em razão disto, merecem um tratamento, inclusive jurídico, diferenciado e prioritário, em termos de história da civilização é uma completa novidade, dado que explica, mas não justifica a dificuldade que é sua implementação na prática.

A história social da criança e do adolescente e a forma como o direito posto revelaram o valor que essas categorias tinham para a época evidenciam quem sempre foi o lado mais fraco.

Desde os primórdios, a supremacia dos interesses da família – que, como prega a maioria das religiões, é sagrada – em detrimento dos da infância parece ter sido a tônica desde o início da história do homem sobre a Terra. Nas antigas civilizações, os laços familiares eram estabelecidos pelo culto à religião, e não pela afetividade ou consangüinidade. O pai era, portanto, a autoridade máxima, a ele sendo facultado o exercício do poder absoluto sobre os filhos enquanto eles residissem na casa do genitor, independentemente da maioridade, uma vez que, à época, não havia distinção entre maiores e menores. O direito romano consagrava ao *pater familia* o direito de apor o seu nome nos componentes de seu patrimônio. Essa era a razão pela qual o filho e a esposa ganhavam o sobrenome do varão. Havia a regra, inclusive, de que o pai, desinteressado pelo ressarcimento de um dano causado por seu filho, poderia abandoná-lo em favor do prejudicado, que poderia fazer do infante um escravo, explorando seu trabalho.

Nesse ponto, as práticas ocorridas em Esparta são também bem eloqüentes para caracterizar o pensamento vigente: naquela cidade, o pai transferia para um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, a partir do momento em que a criança completasse sete anos, tudo com o intento

de que fossem preparados novos guerreiros, o que talvez se constituísse no principal mister daquela cidade-estado grega.

Durante a Idade Média, o crescimento da religião cristã influenciou as normas então vigentes, contribuindo para o início do reconhecimento dos direitos para crianças ao se pregar o direito à dignidade para todos, indistintamente.

A Igreja, aos poucos, por meio dos concílios, foi outorgando certa proteção aos menores, prevenindo e aplicando penas aos pais que abandonavam (expunham) seus filhos. No entanto, essa proteção era setorizada, sendo destinada apenas aos infantes concebidos dentro do casamento. Os nascidos fora do matrimônio eram discriminados, recaindo sobre eles a pecha da bastardia. A eles, não se estendiam tais pregações.

No Brasil-Colônia, a legislação manteve o pai como autoridade máxima, assegurando-lhe o direito de castigar o filho como forma de educá-lo, excluindo-se a ilicitude da conduta, caso no exercício dessa incumbência o filho morresse ou fosse lesionado. Ao pai, em casos tais, não era aplicada nenhuma sanção, pois se entendia estar ele no exercício regular de um direito. Contudo, como salienta Rodrigues Amin (2007), com relação aos indígenas, a prática era invertida.

Dada à dificuldade que os jesuítas encontraram para catequizar os índios adultos e percebendo que era muito mais simples “educarem” as crianças, utilizaram-nas como forma de atingir os pais e sacramentar a ordem que se queria impor. Em outras palavras, os filhos passaram a “educar” e adequar os pais à nova ordem moral.

Teve início aí uma prática comum por parte do Estado brasileiro em quase quinhentos anos de história: a de se apropriar da criação de crianças e adolescentes, não reconhecendo a família como instância adequada para tal, sobretudo se ela pertencesse às classes sociais desfavorecidas.

Já em 1551, o Estado começou a atuar por meio da Igreja. Foi fundada a primeira casa de recolhimento de crianças do Brasil, gerida pelos jesuítas, que buscavam isolar crianças índias e negras da “má influência” dos pais, com seus “costumes bárbaros”, consolidando-se aí o início da política de recolhimento que, além de se valer dos infantes para disseminar valores caros à ordem de dominação vigente, partia do pressuposto de que certas famílias – as mais desvalidas e de ascendência não européia – eram inábeis para educar sua prole.

No século XVIII, o Estado passa a se preocupar ainda mais com órfãos e expostos. Na época, era muito comum o abandono de crianças, principalmente as ilegítimas (as nascidas fora do casamento) e os filhos de escravos, na porta das igrejas, conventos, residências e até mesmo na rua, fato que deu causa

à importação da roda dos expostos, direto da Europa, mecanismo que perdurou no Brasil até meados da década de 1950.

A roda dos expostos era um engenho instalado na entrada das Santas Casas de Misericórdia, porta na qual havia um apêndice disposto para que os bebês fossem ali depositados, e que rodava para o interior do recinto, de modo a garantir o anonimato daquele que abandonava a criança.

Estava institucionalizado o desamparo, o abandono, ainda se criando para o autor de tal desumanidade um engenho que lhe garantisse o anonimato, como se, com efeito, a criação de uma criança fosse um estorvo. Não bastasse, reconhecera-se no afastamento da família uma oportunidade mais adequada de sobrevivência ao infante.

O início do período republicano é marcado pelo aumento da população de cidades como Rio de Janeiro e São Paulo. Mazelas sociais, como doenças e pessoas desprovidas de moradia, agravavam-se. Exigiam-se medidas urgentes, pois aquele era o momento de construção da imagem da República. Entidades assistenciais foram fundadas com vistas a intensificar o recolhimento, oscilando o pensamento social entre assegurar direitos e “se defender” dos menores. Ora, convenhamos que, mais de um século depois, o anseio social dominante não é muito diferente.

Nesse contexto, construiu-se a Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência/delinquência, que disseminou a idéia geral de que o Estado teria o dever de “proteger” os menores, mesmo que à custa da supressão de suas garantias. A tutela da infância, naquele momento histórico, caracterizou-se pelo regime de internações, com a quebra dos vínculos familiares, os quais foram substituídos por vínculos com as instituições, não raro totais. O objetivo era “recuperar” o menor, adequando-o ao comportamento desejado pelo Estado, mesmo que fosse ele afastado dos familiares. A preocupação era correccional, higienista, e não afetiva.²²¹

A criação da FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), já na década de 1960, foi mais um incentivo à política de segregação, a qual demonstrou ao longo do tempo ser um instrumento hábil na busca da imposição da instituição estatal como forma de se exercer o controle político sobre as populações mais jovens.

Ocorre, no entanto, que, em determinado momento, mais precisamente na passagem da década de 1980 para a de 1990, esse paradigma foi quebrado, e o reconhecimento de que as crianças deveriam ser criadas em suas famílias foi tão assimilado que foi incorporado na legislação pertinente – art. 227

²²¹ O próprio fato de ser “menor” já trazia em seu bojo a idéia de alguém a ser “recuperado”, como se menoridade fosse delinquência, algo a ser corrigido.

da Constituição da República de 1988, nos arts. 4º e 16, inc. V, e de modo destacado em todo o Capítulo III do Título II da Lei n.º 8.069/90 – como fruto da conclusão geral de que a entidade familiar (biológica ou não) é essencial ao desenvolvimento da pessoa em formação.

Essa ruptura de paradigma deve ser devidamente contextualizada. Não foi de um dia para o outro que a mentalidade mudou. Muito pelo contrário. Aliás, nesse ponto devemos fazer um adendo ao fato que no séc. XX houve um notável avanço de algumas disciplinas, como a pedagogia, a psicologia, a medicina e a psicanálise, que criaram interessantes e elaboradas teorias sobre o estado de ser criança e suas necessidades diferenciadas. Os trabalhos empreendidos por Freud, Melanie Klein, Lacan, Piaget, Winnicott e Paulo Freire, só para citar alguns, foram extremamente reveladores de tais vicissitudes enfrentadas por quem está em estado de desenvolvimento físico e psíquico.

Esse novo entendimento propiciado pelos saberes mencionados, mais o cenário político brasileiro vivenciado entre as décadas de 1980 e 1990 criaram o campo propício para a ruptura e substituição por um novo paradigma que viria nortear o novo direito da criança e do adolescente, e que escolheria o Ministério Público como ator a tutelá-lo.

Depois de um longo período de extremas limitações impingidas às liberdades públicas durante o regime militar instituído pelo golpe de 1964, a sociedade brasileira, privada até então de participar das coisas afetas à República, em razão da supressão dos direitos de reunião e da manifestação do pensamento, com a derrocada do regime imposto pelo golpe, em dezembro de 1983, viu-se mais apta para se manifestar diante das mazelas sociais, que até então eram mascaradas em virtude da censura imposta aos meios de comunicação.

Aos poucos, na medida em que a censura caía e os meios de comunicação se reorganizavam diante da nova ordem, o cenário social foi-se revelando: desemprego, fome, violência, altos índices de analfabetismo, aglomeração de populações em favelas em torno dos grandes centros urbanos, e uma total ausência de políticas públicas que pudessem subverter tal estado de exclusão.

Diante da realidade social que começava a ser desvendada, e no exercício de um direito que até então era negado, manifestações populares foram-se intensificando.

Por outro lado, os partidos políticos começaram a se organizar.

Em meio ao caos sócioeconômico que se revelava, passou a chamar a atenção e causar comoção a situação de crianças e adolescentes que logo se destacaram como as mais frágeis vítimas das mazelas que

se descortinavam. Os efeitos dos quinhentos anos da negação ao exercício de direitos fundamentais afinal mostravam sua face.

Foi nesse contexto que foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte, momento em que os atores sociais mobilizados para este mister reivindicavam uma chance histórica de reparar a omissão para com tal público que, até então, não tinha sido reconhecido como sujeito de direitos, mas sim tratado pela legislação, de forma esparsa e lacunosa, como mero objeto de intervenção do mundo adulto.

Diante desse estado de coisas, o constituinte não desperdiçou a chance de subverter o paradigma até então vigente, estabelecendo que a proteção dos interesses da infância e da juventude é a única prioridade absoluta da República brasileira.

O art. 227 da Carta Magna foi elaborado de forma emblemática.

Já não era sem tempo: passamos do princípio da situação irregular para o da proteção integral.

4.3 - ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A idéia inicial que deve servir de fundamento à atuação do Ministério Público na defesa dos direitos de crianças e adolescentes é a de que a Constituição da República de 1988 alterou de forma radical o paradigma que servia de alicerce para o ordenamento jurídico nesta seara. Afastou a doutrina da situação irregular até então em vigor, disseminada, sobretudo, pelo Código de Menores, e alçou a infância e juventude como a prioridade das prioridades dentro do Estado de Direito Brasileiro. Desse modo, de forma absolutamente inovadora, dentro de uma diretriz até então desprezada, crianças e adolescentes passaram a ser sujeitos de direitos, sendo que a observância de seus direitos fundamentais passou a ser cogente não só para a família na qual estão inseridos, mas também para o Estado e a sociedade.

Regulamentando e buscando dar efetividade à norma constitucional foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microssistema aberto de regras e princípios. Em termos jurídicos, a alteração deste paradigma, que nos tirou da doutrina da situação irregular e nos inseriu na doutrina da proteção integral, não aconteceu por acaso, mas constitui fruto de uma longa sucessão de fatos que acabaram por culminar na elaboração do já citado art. 227 da Constituição Federal e na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente cerca de dois anos depois (Lei n.º 8.069/90).

Rodrigues Amin (2007) fala com propriedade sobre essa sucessão de eventos:

O primeiro documento internacional que expôs a preocupação em se reconhecer direitos a crianças

e adolescentes foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, promovida pela Liga das Nações.

Contudo, foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, o grande marco no reconhecimento de crianças como sujeitos de direitos carecedoras e proteção e cuidados especiais. O documento estabeleceu, dentre outros princípios: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral, e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação.

A ONU, atenta aos avanços e anseios sociais, mormente no plano de direitos fundamentais, reconheceu que a atualização do documento se fazia necessária. Em 1979 montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução nº 44.²²²

A doutrina da situação irregular que ocupou o cenário jurídico infanto-juvenil por quase um século era restrita. Limitava-se a tratar daqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular, estabelecido no art. 2º do Código de Menores.

Aqui se apresentava o campo de atuação do Juiz de Menores, restrito ao binômio carência/delinquência. Todas as demais questões que envolvessem crianças e adolescentes deveriam ser discutidas na Vara de Família e Regidas pelo Código Civil.

O Juiz de Menores centralizava as funções jurisdicional e administrativa, muitas vezes dando forma e estruturando a rede de atendimento.

É evidente que indefinições sobre os limites da atuação do juiz eram evidentes. O princípio da tripartição dos Poderes e da inércia do Poder Judiciário ficavam, desse modo, em segundo plano. O Juiz de Menores exercia a figura do pai, e parece que isso bastava ao sistema. Ao pressuposto de que, por ser magistrado, homem e possível pai de família, sabia o que era melhor para aquele menino ou menina que a ele eram trazidos. A debilidade desta lógica é notável em face da complexidade social e psicológica que geralmente se escondem por trás da história de um indivíduo que chega ao sistema de Justiça.

Em síntese: a situação irregular era uma doutrina não universal, restrita de forma quase absoluta a um limitado público infanto-juvenil, geralmente envolvido no binômio carência/delinquência, ideologia disseminada na época.

Não se tratava, obviamente, de uma doutrina garantista ou cidadã. Agia-se apenas na seqüência e não na causa do problema, “apagando incêndios”. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto e não como sujeito de direitos.

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe com esse padrão do Código de Menores que, como todos sabemos, não deu bons frutos, e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez na história desta terra, crianças e adolescentes passaram a titularizar direitos fundamentais, como qualquer outro ser humano.

A responsabilidade de assegurar o respeito a esses direitos foi diluída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em regime de co-gestão e co-responsabilidade. No entanto, não podemos olvidar que a ordem de menção utilizada pelo legislador é eloqüente ao estabelecer que os cuidados devam ser primeiro exercidos pela família, até porque sabemos que o Estado e a sociedade nunca substituirão a contento o clima de acolhimento que uma família apenas razoável pode oferecer ao infante. Nenhuma instituição, por melhor que seja, aplaca as necessidades afetivas de um ser em formação como a entidade familiar. E esta ilação pode ser perfeitamente entendida quando visitamos unidades de acolhimento e vemos o desejo que a maioria das crianças manifestam em serem “adotadas”, ainda que acolhidas em ambientes adequados e razoáveis.

Dentro dessa esteira, apesar de o art. 227 da Constituição da República ser definidor, em seu *caput*, de direitos fundamentais e, portanto, ser de aplicação imediata, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.

A nova lei, como não poderia deixar de ser, *ab initio* estendeu seu alcance a todas as crianças e adolescentes, indistintamente.

Para fins de proteção, considerou-se a possibilidade de eventual risco social, situação pré-definida no art. 98 da Lei nº 8.069/90, e não mais a situação irregular.

Com o fim de garantir efetividade à doutrina da proteção integral, a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, através de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, abuso e proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil.

Adotou-se o princípio da descentralização político-administrativa, materializando-o na esfera municipal pela participação direta da comunidade através do Conselho Municipal de Direitos e do Conselho

²²² MACIEL, Kátia R. F. L. A. *et al.* Curso de direito da criança e do adolescente. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 5p.

Tutelar. A responsabilidade pela causa da infância ultrapassa a esfera do poder familiar e recai sobre a comunidade da criança ou do adolescente e sobre o poder público, principalmente o municipal, executor da política de atendimento, de acordo com o art. 88, inc.I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Ao juiz coube a função que lhe é própria: julgar. A atuação *ex officio* não se encontra elencada nos arts. 148 e 149 da legislação estatutária, mas apenas aquela restrita às funções judicante e normativa, esta última em caráter excepcional, uma vez que atípica à magistratura. Agora é a própria sociedade através do Conselho Tutelar que atua, diretamente, na proteção de suas crianças e jovens, encaminhando à autoridade judiciária os casos de sua competência e ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente.

A atuação do Ministério Público no sistema garantidor do ECA foi sobremaneira ampliada seguindo a tendência preconizada pela Constituição da República que promove o *Parquet* a agente de transformação social.

No campo formal, a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada. O desafio é torná-la real, efetiva, palpável.

4.3.1 - PRINCÍPIOS BASILARES DO ATUAL DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O direito da infância e juventude, assim como qualquer outro ramo jurídico, contém princípios próprios, verdadeiro alicerces de todo o sistema. Nos dizeres de José Cretella Júnior, “[...] princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes”. A inobservância de qualquer um deles importará em uma atuação ilegal.²²³

Na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente ou de qualquer outro dispositivo do sistema, a interpretação do comando que exsurge da norma deve-se nortear de maneira a dar a máxima incidência ao princípio. O mesmo vale para casos de aparente contradição. Neste ponto, como exemplo desta premissa, deve ser sublinhado que, com a edição da Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009, a qual alterou artigos do Estatuto e que ficou conhecida nos meios de comunicação como a “nova lei de adoção”, ao que parece, ensejou dois comandos antagônicos que vão requerer do intérprete a realização de uma “manobra” para afastar a aparente contradição, o que será possível evocando-se um dos princípios presentes no Estatuto.

O art. 136 da Lei nº 8.069/90 atesta que o Conselho Tutelar tem a atribuição de aplicar as medidas de proteção arroladas no art. 101 dos incs. I a VII. Pois bem. O inc. VII do aludido dispositivo abarca a possibilidade de o Conselheiro aplicar a medida do “acolhimento institucional”, locução que substitui a palavra “abrigo”.²²⁴

Ocorre, no entanto que, logo mais, no § 2º do mesmo art. 101, o Estatuto estabelece que “o afastamento de criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária”.²²⁵

Não há dúvidas de que o Conselheiro Tutelar, na medida em que ele decide colocar a criança em uma unidade de acolhimento (abrigo), o que lhe é deferido pelo inc. VII do art. 101 –, está afastando o infante do convívio familiar, o que lhe é vedado pelo § 2º do mesmo dispositivo.

Está-se diante de um aparente conflito, e já começam a aparecer posições nos dois sentidos: de que só o juiz pode decidir pela colocação em unidade de acolhimento, por que isso não deixa de ser uma forma de afastamento do convívio familiar, e outra de que pode, sim, o conselheiro colocar a criança em instituições tais. Ora, para superarmos este possível conflito, devemos estar atentos para os princípios que o Estatuto contém. Um deles parece ser bem esclarecedor no sentido de afastar a pretensa contradição: o do melhor interesse para a criança.

O sistema de garantias deve proceder da maneira que melhor puder proteger o interesse da criança. Parte-se do pressuposto de que o melhor para ela é

²²⁴ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VIII - colocação em família substituta;

[...]

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

²²⁵ “§2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.”

²²³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.35.

permanecer junto à família natural, podendo dela ser afastada apenas no caso da verificação de situação de risco (art. 98 do Estatuto). Esta é a regra básica: a da convivência familiar. A retirada é excepcional e deverá ser feita pela autoridade judicial. Ocorre que, considerando o princípio do melhor interesse, a criança ou o adolescente poderá ser afastado pelo Conselho na medida em que um direito seu estiver sendo violado, de maneira que a espera da decisão judicial poderia ser-lhe prejudicial.

Por fim, é preciso destacar que o compromisso do Promotor de Justiça da Infância e Juventude é para com a proteção dos interesses de crianças e adolescentes, e não para com a dos pais. Aliás, muito ao contrário, deve defendê-los a despeito dos anseios parentais, do Estado e da sociedade em caso de conflito. O bem maior, nesse contexto, para nós, é o bem-estar dessa faixa etária.

4.3.1.1 - PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O verbete "prioridade" é definido pelo dicionário Aurélio (1997) como "qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia".

O mesmo dicionário define o verbete 'absoluto' como aquele que "não depende de outrem ou de uma coisa; independente; não sujeito a condições; incondicional, superior a todos os outros; único; seguro, firme" (AURÉLIO, 1997).

Não se pode definir o princípio da absoluta prioridade do direito da criança e do adolescente senão como a interpretação literal da soma de seus vocábulos, ou seja, a primazia incondicional dos interesses e direitos relativos à infância e juventude.

A prioridade se mostra premente porque a criança e o adolescente são sujeitos em estado de desenvolvimento físico, psíquico, emocional e espiritual, e, considerando a fragilidade natural decorrente dessa condição peculiar, carecem de proteção especializada, diferenciada e integral.

Ademais, em estado tal, a criança e o adolescente estão dispostos tanto a um maior sofrimento, caso privados das condições básicas para a sobrevivência, quanto à possibilidade de aproveitar muito melhor os investimentos feitos, sobretudo no campo da educação.

Liberati (1991, p. 45) define tal princípio com perfeição:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e dos adolescentes[...].

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

No campo legislativo, o princípio da prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente é disciplinado na própria Carta Constitucional; vide o art. 227:

'Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.'

No aspecto infraconstitucional, o princípio encontra-se inserto no art. 4º da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Vejamos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...].

Não bastassem os dispositivos mencionados serem auto-explicativos, quase que gramaticais, o legislador ainda demarcou, no art. 6º, alicerces hermenêuticos para o intérprete, o que acaba por afastar qualquer hipótese de dúvida ou divergência acerca da primazia do interesse da criança e do adolescente perante todos os outros presentes no sistema jurídico:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Por fim, recordamos que, apesar de a Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) impor prioridade absoluta ao atendimento dos direitos do idoso (art. 3º), se, na situação concreta, o jurista, o operador do direito ou o gestor depararem-se com o conflito entre os interesses do idoso e os da criança ou do adolescente, serão os destes últimos privilegiados. Isto porque a prioridade conferida ao idoso é infraconstitucional. Já quanto às crianças e aos adolescentes, a prioridade tem sede constitucional.

Interessante destacar que, como não poderia deixar de ser, o princípio da prioridade absoluta, feliz-

mente, já foi absolutamente absorvido pelos Tribunais Superiores:

PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE PROGRAMA SÓCIO-EDUCATIVO DESTINADO A ADOLESCENTE EM REGIME DE SEMI-LIBERDADE NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DIREITO SUBJETIVO À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À EDUCAÇÃO, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ENTRE OUTROS. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Controvérsia gravitante em torno da possibilidade jurídica do pedido formulado em ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, que objetiva a criação e instalação, no município de Ribeirão Preto, de programa sócio-educativo destinado a adolescentes em regime de semi-liberdade previsto no art. 90, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Alegação de que o prazo exíguo para o cumprimento da obrigação de fazer caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da sujeição dos entes públicos às Leis de Licitações e de Responsabilidade Fiscal, no que aludem à necessidade de previsão orçamentária para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa. 3. A possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação, cuja ausência enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, abrange não apenas a previsão legal da pretensão do autor, mas, antes, que a mesma não se encontre "vetada" pela ordem jurídica. 4. Causa de pedir consubstanciada na inobservância, pela FEBEM/SP, da política básica de atendimento dos direitos da criança e do adolescente estabelecida pelo ECA, frustrando a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: 'É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.' 5. O pleito ministerial não se encontra vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo tentativa de assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo do adolescente. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os adolescentes, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 7. Ademais, o magistrado não fica adstrito ao prazo, para o cumprimento da obrigação de fazer, indicado pelo

Ministério Público, sendo-lhe defeso, contudo, a prolação de sentença que incorra em um dos vícios de julgamento elencados no art. 460, do CPC. 8. Recurso especial desprovido. STJ. HC 97539 / RJ - RIO DE JANEIRO. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 16.06.2009. Órgão Julgador: Primeira Turma.

Não podemos deixar de mencionar uma decisão paradigmática emanada da mais alta Corte deste país, o STF, que, ao ser chamada para se posicionar com relação ao teor do princípio da prioridade absoluta, além de reconhecê-lo em sua inteireza, ainda admitiu que o Poder Judiciário pode exigir do Poder Executivo a consecução de políticas públicas tratadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao julgar uma ação envolvendo o Governo do Tocantins, o Supremo Tribunal Federal (STF) abriu um precedente histórico. Na decisão, o presidente do STF, Gilmar Mendes, deu prevalência ao princípio constitucional da prioridade absoluta de atendimento a crianças e adolescentes. E determinou que o governo estadual criasse, no prazo de um ano, uma política pública na área de atendimento a adolescentes infratores, sob pena de multa diária.

A decisão abriu uma jurisprudência inédita no Brasil. Pela primeira vez na história, entendeu-se que o Judiciário pode obrigar o Executivo a cumprir políticas públicas sociais. Na antiga posição do Supremo, prevaleciam o princípio da separação dos Poderes – pelo qual o Judiciário não poderia interferir em assuntos de competência do Executivo – e o da "reserva do possível", segundo o qual os direitos só poderiam ser garantidos se houvesse recursos públicos disponíveis.

São justamente esses os argumentos usados como defesa pelos governos – municipais, estaduais e federal – em ações que cobram a execução de políticas públicas, como no caso do processo julgado pelo Ministro Gilmar Mendes. A ação foi movida pelo Ministério Público de Tocantins contra o governo estadual, exigindo a implantação de um programa de internação e semiliberdade de adolescentes em conflito com a lei em Araguaína, município de 115 mil habitantes.

De acordo com o processo, diante da inexistência de uma unidade de atendimento especializada no município, o Estado estaria abrigando os adolescentes em cadeias comuns, contrariando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e encaminhando os meninos para uma unidade a 160km (cento e sessenta quilômetros) de distância, dificultando o contato deles com a família.

Após o *Parquet* vencer a ação em primeira e segunda instâncias, o Governo de Tocantins recorreu ao STF. O presidente do Supremo decidiu manter a decisão de determinar que o governo estadual implemente em Araguaína, no máximo em 12 (doze) meses, um programa de atendimento a adolescentes autores de ato infracional, e proibiu o Estado de

abrigar os jovens em unidades que não sejam especializadas. Se não cumprir a ordem judicial, o governo terá de pagar multa diária de R\$3.000,00 (três mil reais), por tempo indeterminado.²²⁶

²²⁶ Dada a relevância da decisão mencionada, passamos a transcrevê-la em sua inteireza:

SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 235-0/TOCANTINS. RELATORA: MINISTRA PRESIDENTE. REQUERENTE(S): ESTADO DO TOCANTINS. ADVOGADO(A/S): PGE-TO - LUÍS GONZAGA ASSUNÇÃO. REQUERIDO(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS (AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 1848/07 NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 72658-0/06). INTERESSADO(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS. Trata-se de pedido de suspensão de liminar (fls. 02-22), formulado pelo Estado do Tocantins, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, que indeferiu pedido de suspensão de liminar ajuizado naquele Tribunal de Justiça. A decisão impugnada manteve liminar concedida na ação civil pública n.º 2007.0000.2658-0/0, em curso perante o Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Araguaína/TO, que determinou o seguinte: '[...] Concedo a liminar e determino ao Estado de Tocantins que implante na cidade de Araguaína/TO, no prazo de 12 (doze) meses, unidade especializada para cumprimento das medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores, a fim de propiciar o atendimento do disposto nos arts. 94, 120, § 2º e 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Determino ainda que o requerido se abstenha de manter adolescentes apreendidos, após o decurso do prazo de doze meses, em outra unidade que não a acima referida. Fixo multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a ser paga pelo requerido, em caso de descumprimento ou de atraso no cumprimento da presente decisão, a qual deverá ser revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos dos arts. 213 e 214 da Lei nº 8.069/90.' (fl. 94) Na ação civil pública, argumentou-se que o Poder Executivo local, ante a inexistência de unidade especializada naquela comarca, estaria encaminhando os adolescentes infratores para o município de Ananás/TO, distante 160 quilômetros daquela localidade, o que dificultaria o contato daqueles com seus familiares (fl.62). Além disso, os adolescentes infratores estariam alojados em cadeia local, em celas adjacentes à de presos adultos, a permitir contato visual e verbal entre eles, em ambiente inóspito, fato este que teria sido atestado pelo Conselho Tutelar de Araguaína e pelo Diretor do estabelecimento prisional (fl. 65). Argüiu-se, ainda, o descumprimento do compromisso firmado entre o Governo do Tocantins e o Ministério Público Estadual, mediante Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, para que até 15 de janeiro de 2007 houvesse a alocação de recursos para a criação do regime de semiliberdade naquela Comarca, em Palmas e em Gurupi (fl. 62). A ação civil pública defendeu ser incabível a alegação do óbice da reserva do possível no presente caso, ante a necessidade de garantia do mínimo necessário à existência condigna dos adolescentes infratores, conforme informariam precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul (fls. 68-71). Por fim, consignou o Ministério Público Estadual que a medida liminar deveria ser concedida, em face das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 123, art. 185, art. 94, art. 120 e art. 124), bem como em face do que dispõe a Constituição Federal (art.1º, III; art. 5º, III, XXXIX, XLIX; art.37, *caput*; art. 227, *caput* e § 3º, todos da CF/88) e Pactos Internacionais (fls. 71-88). O juízo de primeiro grau concedeu a medida liminar, conforme transcrição acima, ressaltando que as normas contidas no art. 227, *caput* e § 3º, da Constitui-

ção e reproduzidas no ECA possuem plena eficácia (fls. 90-95). Ademais, a medida liminar consignou, a despeito de os adolescentes não estarem mais internados na Cadeia Pública de Ananás/TO no momento da decisão, que: a inexistência de unidade especializada em Araguaína/TO obrigaria o encaminhamento de adolescentes infratores ao CASE de Palmas/TO, distante 375 quilômetros daquela comarca, em afronta ao princípio da independência dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição (fls. 08-09). Ademais, inviabilizando o contato familiar e o próprio sucesso do processo sócio-educativo. Contra tal decisão, o Estado do Tocantins ajuizou pedido de suspensão de liminar junto à Presidência do Tribunal de Justiça do Tocantins (fls. 33-54) que indeferiu o pedido, ante o entendimento de inocorrência de grave lesão à ordem e economia públicas e inexistência de efeito multiplicador da decisão (fls. 97-100). Contra tal decisão, o Estado do Tocantins interpôs recurso de Agravo Regimental. O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins negou provimento ao agravo regimental em suspensão de liminar (fls.127-130), pois entendeu inexistente efeito multiplicador e ausentes razões que infirmassem a decisão recorrida. O pedido de suspensão de liminar contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins é baseado em argumentos de lesão à ordem e economia públicas do Estado do Tocantins. Enfatiza o requerente que a liminar deferida, para construção de unidade especializada em prazo determinado, importaria em ato de interferência do Poder Judiciário no âmbito de atuação do Poder Executivo, o requerente alega lesão à economia pública estadual, por ausência de previsão orçamentária, exiguidade de prazo para efetivação das medidas, ofensa ao princípio da reserva do possível e vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem autorização legal (fls. 08-19). Em complementação, o Estado do Tocantins afirma que a liminar deferida esgotou, por completo, o objeto da ação civil pública, violando o art. 1º, § 3º, da Lei n.º 8.437/92, que veda a concessão de liminar contra atos do poder público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (fls.19-21). Decido. A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis nº 4.348/64, nº 8.437/92, nº 9.494/97 e art. 297 do RI/STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional. Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 497-Agr/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-Agr/SC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. A ação civil pública pleiteia condenação do Estado de Tocantins em obrigação de fazer, para implantação de programa de internação e semiliberdade de adolescentes infratores, em unidade especializada, na Comarca de Araguaína/TO, no prazo de 12 (doze) meses. Nesse sentido, aponta-se: violação aos direitos dos adolescentes e à política básica de atendimento a adolescentes, previstos no art. 227, *caput* e § 3º da Constituição e concretizados nas determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 94, art. 120, §2º, e art. 124). Por outro lado, a suspensão de liminar aponta: violação ao art. 2º, CF/88, consistente em interferência direta nas atividades do Poder Executivo; ausência de previsão orçamentária (art. 163, I; art.165; art. 166, §§ 3º e 4º; art. 167, III, todos da CF/88); violação ao princípio da reserva do pos-

sível, exigüidade do prazo e possibilidade de efeito multiplicador do presente caso. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional. Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.05.96; SS nº 1.272-AgR/RJ, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.05.2001. No presente caso, discute-se possível colisão entre (1) o princípio da separação dos Poderes, concretizado pelo direito do Estado do Tocantins definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas a adolescentes infratores e (2) a proteção constitucional dos direitos dos adolescentes infratores e de uma política básica de seu atendimento. Eis o que dispõe o art. 227 da Constituição: 'Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; [...]'. É certo que o tema da proteção da criança e do adolescente e, especificamente, dos adolescentes infratores é tratado pela Constituição com especial atenção. Como se pode perceber, tanto o *caput* do art. 227, como seu parágrafo primeiro e incisos possuem comandos normativos voltados para o Estado, conforme destacado acima. Nesse sentido, destaca-se a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção da criança e do adolescente. Segundo esse aspecto objetivo, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo deste direito. Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbot*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*; Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. JuS:1989, p. 161). Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Parece lógico, portanto, que a efetividade desse direito fundamental à proteção da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade. De outro modo, estaria a blindar, por meio de um espaço amplo de discricio-

nariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Por outro lado, alega-se, nesta suspensão de segurança, possível lesão à ordem e economia públicas, diante de determinação judicial para implantação de programa de internação e regime de semiliberdade, em unidade especializada (a ser construída), com prazo determinado de 12 meses. Nesse sentido, o argumento central apontado pelo Estado do Tocantins reside na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo estadual. Contudo, nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo em que a teoria da Constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam. Nesse sentido, entendo inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins, em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 227). Da mesma forma, não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever do Poder Executivo dar primazia na consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4º: 'Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de primazia compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.'. Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Tocantins, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva, concretamente delineada pelo ECA. A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se tratam de comandos vinculativos. Ressalte-se que no próximo dia 13 de julho comemorar-se-ão os 18 (dezoito) anos de promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem se cristalizado como um importante avanço na delimitação das políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente. Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência dessa Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: RE-AgR nº 410.715/SP, 2ª T. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006; RE nº 431.773/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.10.2004. Do julgamento do RE-AgR nº 410.715/SP, 2ª T. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006, destaca-se o seguinte trecho: '[...] A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança,

não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] Não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando constitucional exige, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, claramente definida no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ-Resp 630.765/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 12.09.2005). No presente caso, vislumbra-se possível proteção insuficiente dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado, que deve ser coibida, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo. A decisão impugnada apenas determina o cumprimento de política pública constitucionalmente definida (art. 227, *caput*, § 3º) e especificada de maneira clara e concreta no ECA, inclusive quanto à forma de executá-la. Nesse sentido é a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich (ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, 2004. p. 251): *'Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijan pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un <<diálogo>> entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.'* (sem grifo no original). Contudo, conforme informação contida nas razões do Estado do Tocantins, este foi intimado da decisão de primeiro grau em 19 de outubro de 2007 (fl. 115). Assim, o prazo de 12 meses se extinguiu em 19 de outubro de 2008. A partir desta data, conforme a decisão impugnada, caso o Estado de Tocantins não tenha construído unidade especializada, ou venha a abrigar adolescentes infratores em outra localidade, que não uma unidade especializada, arcará com multa diária de R\$ 3.000,00 (três mil reais), por prazo indeterminado. Entendo que tão-somente neste ponto a decisão impugnada gera grave lesão à economia pública, ou seja, apenas quanto à fixação de multa por

O Estado de Tocantins alegava, além da interferência entre Poderes, que a punição provocaria "lesão à economia pública estadual", já que o orçamento estadual não previa recursos para essas ações. O Ministro Gilmar Mendes discordou dos argumentos ao ditar: "[...] A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional".

não construção, em 12 meses, de unidade especializada para abrigo dos menores na comarca de Araguaína. Para se chegar a essa constatação, basta observar que a fixação de multa em valor elevado e sem limitação máxima constitui ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois impõe remanejamento financeiro das contas estaduais, em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade. Dessa forma, remanesce íntegra a decisão, quanto à possibilidade de multa por abrigar adolescentes infratores em cadeias comuns, em detrimento de abrigá-los em outras unidades especializadas existentes no Estado. Destaco, contudo, que não se impede a fixação de multa por descumprimento de decisão judicial. O que não se pode perder de vista é a possibilidade de vultoso prejuízo à coletividade, por multa fixada em decisão liminar baseada em juízo cognitivo sumário. Portanto, a determinação constitucional de absoluta prioridade na proteção dos direitos da criança e do adolescente (art. 227, CF/88) evidencia tanto a dimensão objetiva de proteção destes direitos fundamentais, quanto a proibição de sua proteção insuficiente pelo Estado de Tocantins, por impossibilitar condições fáticas e concretas de implantação de programa de internação e semiliberdade na Comarca de Araguaína/TO. Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada dos adolescentes infratores, em unidade especializada, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, §1º, V, CF/88). A proibição da proteção insuficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição define como de absoluta prioridade. Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias, como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa (*Annäherungstheorie*) às determinações constitucionais que concretizam o direito fundamental de proteção da criança e do adolescente. Assim, não vislumbo grave lesão à ordem e economia públicas, com exceção da fixação de multa por não construção, em doze meses, de unidade especializada para abrigar adolescentes infratores na Comarca de Araguaína/TO. Diante o exposto, defiro parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial de construção de unidade especializada, em doze meses, na comarca de Araguaína/TO. Dessa forma, diante da determinação da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mantenho os efeitos da decisão impugnada quanto à (1) implantação, em doze meses, de programa de internação e semiliberdade de adolescentes infratores, na comarca de Araguaína/TO e (2) proibição, sob pena de multa diária, de abrigar adolescentes infratores em outra unidade que não seja uma unidade especializada (nos termos do ECA). Publique-se. Comunique-se com urgência. Brasília, 8 de julho de 2008. Ministro GILMAR MENDES Presidente.

4.3.1.2 - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina da proteção integral foi instituída, inicialmente, em 20 de novembro 1959, na Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, formulada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

Em 20 de novembro de 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ratificada pelo Brasil, em 22 de novembro de 1990, por meio do Decreto n.º 99.710 – reforçou a necessidade de proteger a criança e o adolescente integralmente, em todas as suas necessidades.

No ordenamento jurídico pátrio, a doutrina da proteção integral já surgiu com *status* de texto constitucional. O art. 227 da Constituição da República assegurou à criança e ao adolescente todo um rol de direitos fundamentais, não se limitando a um ou outro, com absoluta prioridade frente aos demais.

A disciplina pormenorizada desta doutrina agasalhada pela Constituição, coube à Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que, já em seu art. 1º, faz menção expressa ao fato de tutelar a “proteção integral à criança e ao adolescente”, a qual, nos moldes do seu art. 3º, compreende a proteção ao “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social” da criança e do adolescente.

Várias foram as alterações trazidas pela doutrina da proteção integral, que como já dito, substituiu a da situação irregular, explicitada no Código de Menores. Contudo, três dessas mudanças podem ser referidas como os cânones do microsistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

I - A criança e o adolescente deixam a categoria de mero objeto de intervenção do mundo adulto, como se fossem algo do qual se pudesse dispor, e passam a sujeitos de direitos, sendo-lhes conferidas todas as garantias fundamentais inerentes a essa condição (art. 3º).

II - A defesa dos interesses e direitos deste público torna-se prioridade absoluta da República brasileira, o que acaba por repercutir no conteúdo estabelecido no art. 4º do Estatuto, a saber: “[...] a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais; a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

III - A criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como pessoas em estado de desenvolvimento, devendo a família, a sociedade e o Estado respeitarem essa condição peculiar (art. 6º).

Do confronto entre as doutrinas da proteção integral e da situação irregular, Rodrigues Amin *apud*

Brancher (2007, p.15) apresentam-nos um interessante quadro comparativo, o qual se encontra a seguir transcrito:

Aspecto	Situação Anterior	Situação Atual
Doutrinário	Situação irregular	Proteção integral
Caráter	Filantropico	Política pública
Fundamento	Assistencialista	Direito subjetivo
Centralidade Local	Judiciário	Município
Competência Executória	União e Estados	Município
Decisório	Centralizador	Participativo
Institucional	Estatal	Co-Gestão: sociedade civil
Organização	Piramidal hierárquica	Rede
Gestão	Monocrática	Democrática

Em virtude da alteração do paradigma que norteava o ordenamento jurídico no que dizia respeito a esse público, foram sendo estatuídos diversos princípios que hoje norteiam o direito da criança e do adolescente. O número e a denominação desses princípios não são questões unânimes na literatura jurídica. Destarte, considerando sobretudo os focos de atuação do Ministério Público, adotaremos a divisão em cinco princípios, cujo domínio é essencial no dia-a-dia do Promotor de Justiça – o da prioridade absoluta, o da proteção integral – tratado neste tópico –, o do melhor interesse, o do peculiar estado de pessoa em desenvolvimento e o da municipalização.

O julgado a seguir, emanado do TJMG, é emblemático, e capta de forma precisa o alcance do princípio da doutrina da proteção integral. E mais, dá uma lição de como o Poder Judiciário deve postar-se diante da omissão do Poder Executivo quando da consecução dos direitos de crianças e adolescentes:

CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA CONSTRUÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro empreenderem todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos

do art. 227, da CF, e dos arts. 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90 da Lei nº 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. A omissão dos municípios de Carangola, São Francisco do Glória, Faria Lemos e de Fervedouro, para solucionar o grave problema de abandono e desabrigo dos menores em situação de risco, arrasta-se há anos. Falta interesse em resolver o problema. Enquanto nada é feito pelo Poder Executivo, a saúde, a vida, a dignidade, a integridade e a cidadania das crianças e adolescentes ficam ameaçadas e violadas. Tal situação gera angústia, sofrimento, perplexidade, apreensão e revolta nas crianças e adolescentes em situações de risco e na comunidade local. Maior violação à Constituição não há, pois valores constitucionais fundamentais estão sob constante e permanente lesão. Ao se admitir que o Poder Judiciário nada pode fazer ante tanto abuso e violação a direitos e garantias fundamentais constitucionais, estar-se-á rasgando o texto constitucional, condenando as crianças e adolescentes a situações degradantes, humilhantes, aflitivas, dolorosas que, muitas vezes, conduzem à marginalidade, à prostituição, e, às vezes, à morte, além de se atribuir ao Poder Judiciário papel decorativo ou de 'mero capacho' do Executivo. TJMG. Processo n.º 1.013305.027113-8/001 (1). Relatora: Ministra MARIA ELZA. Data do Julgamento: 29.11.2007. Data da Publicação: 19.12.2007.

4.3.1.3 - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Se o princípio da prioridade absoluta impõe o atendimento prioritário aos direitos da criança e do adolescente, o princípio do melhor interesse, como já apontado, consubstancia-se em um princípio de hermenêutica, à medida que orienta o jurista, o legislador, o operador do direito e o gestor a optarem pela decisão que melhor atenda aos interesses deste público.

A História, importante instrumento no esclarecimento de certos preceitos adotados na contemporaneidade, revela que o nascedouro desse princípio encontra-se intimamente ligado ao instituto do *parents patrie*, mecanismo utilizado na Inglaterra do séc. XIV, pelo qual era conferida ao rei a prerrogativa de proteção das pessoas incapazes (PEREIRA, 2000, p. 1).

Pereira (2002, p.2) aponta dois julgados do Direito Inglês do ano de 1763 – os casos “Rex versus DeLaval” e “Blissets”, ambos apreciados pelo juiz Lord

Mansfield – como primeiros precedentes da primazia do interesse da criança, nos quais o magistrado utilizou-se de medida semelhante à ação de busca e apreensão brasileira, adotando posicionamento que entendia ser mais adequado para a salvaguarda da criança.

No campo legislativo, os primeiros documentos que admitiram o princípio do melhor interesse possuem alcance internacional. Em 1959, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), ao promulgar a Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, declarou que:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei, por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança (segundo princípio).

Nesse mesmo contexto, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, igualmente aprovada pela Assembléia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, expressou, em seu art. 3º, que:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança.

Assim, o princípio do melhor interesse pode ser compreendido como um “princípio orientador”, que dará sentido aos demais dispositivos do sistema.

O julgado a seguir transcrito evidencia como, na prática, o referido princípio deve ser aplicado face a casos concretos:

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE GUARDA DE MENORES AJUIZADA PELO PAI EM FACE DA MÃE. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MELHORES CONDIÇÕES. - Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA. - Devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a

materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art.19 do ECA. - A guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação. - Melhores condições, para o exercício da guarda de menor, evidencia, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor deve estar perfeitamente equilibrado com todos os demais fatores sujeitos à prudente ponderação exercida pelo Juiz que analisa o processo. - Aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, sem contudo, ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer à criança e ao adolescente toda a bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade, não deve, em absoluto, subsistir à testa da criação de seus filhos, sob pena de causar-lhes irrecuperáveis prejuízos, com seqüelas que certamente serão carregadas para toda a vida adulta. - Se o conjunto probatório apresentado no processo atesta que a mãe oferece melhores condições de exercer a guarda, revelando, em sua conduta, plenas condições de promover a educação dos menores, bem assim, de assegurar a efetivação de seus direitos e facultar o desenvolvimento físico, mental, emocional, moral, espiritual e social dos filhos, em condições de liberdade e de dignidade, deve a relação materno-filial ser assegurada, sem prejuízo da relação paterno-filial, preservada por meio do direito de visitas. - O pai, por conseguinte, deverá ser chamado para complementar monetariamente em caráter de alimentos, no tocante ao sustento dos filhos, dada sua condição financeira relativamente superior à da mãe, o que não lhe confere, em momento algum, preponderância quanto à guarda dos filhos, somente porque favorecido neste aspecto, peculiaridade comum à grande parte dos ex-cônjuges ou ex-companheiros. - Considerado o atendimento ao melhor interesse dos menores, bem assim, manifestada em Juízo a vontade destes, de serem conduzidos e permanecerem na companhia da mãe, deve ser atribuída a guarda dos filhos à genitora, invertendo-se o direito de visitas. - Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre pais, em que ambos seguem exercendo o poder familiar, devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade. Recurso especial julgado, todavia, prejudicado, ante o julgamento do mérito do processo. STJ. Resp nº 964836/BA. RECURSO ESPECIAL 2007/0151058-1.Rel.: Ministra NANCY ANDRIGHI.

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 02.04.2009. Data da Publicação/Fonte: DJe: 04.08.2009.

4.3.1.4 - PRINCÍPIO DO PECULIAR ESTADO DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

Esse princípio, como estabelece o art. 6º da Lei n.º 8.069/90, serve como norte na interpretação dos dispositivos constantes na referida norma, mas também como fundamento do investimento prioritário que família, Estado e sociedade devem fazer com relação às crianças e aos adolescentes.²²⁷

Na verdade trata-se de um axioma que legitima todos os demais princípios. Contudo, também parece que esta premissa tem especial relevância no sentido de ser um comando ao gestor quando da formulação das políticas públicas para este público em especial.

Todos os questionamentos, angústias e descobertas que são possíveis às pessoas que estão em desenvolvimento devem ser considerados na construção dos serviços pelos técnicos envolvidos em sua prestação. Serviços como o do acolhimento institucional, o das medidas sócio-educativas e do tratamento do alcoolismo e da drogadição devem levar em consideração esse estado, sob pena dos serviços serem infrutíferos. É justamente porque o psiquismo de crianças e adolescentes ainda está longe de ter sido concluído que vale mais a pena investir em sua formação do que nas demais faixas etárias, pois a possibilidade de sucesso é muito maior.

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento também implica, primeiramente, o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas.

A afirmação da criança e do adolescente como “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento” não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de complexidade relativa. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A consequência prática de tudo isto reside no reconhecimento de que as crianças e adolescentes são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e mais direitos especiais, que decorrem precisamente do seu esta-

²²⁷ “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e os deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

tuto ontológico próprio de “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”.

Nesse aspecto, o julgado a seguir versa sobre uma das muitas possibilidades de interpretação propiciada por tal princípio:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE EM GRAU CORRESPONDENTE AO ILÍCITO PRATICADO COM O MAIOR DE 18 ANOS. INEXISTÊNCIA. CRIAÇÃO DE NOVO RISCO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. TIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias consignaram que as passagens anteriores do menor pela Vara da Infância e da Juventude, por atos infracionais praticados mediante violência ou grave ameaça, aliadas ao seu comportamento no fato descrito na denúncia – roubo –, revelariam a prévia corrupção moral do adolescente, caracterizadora do crime impossível. 3. Procedimentos judiciais em curso na Vara da Infância e da Juventude não podem ser considerados como prova de prévia corrupção do menor, por decorrência lógica de não serem sequer prova de sua participação em ato infracional. 4. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: ‘A remissão não implica reconhecimento de responsabilidade, nem vale como antecedente, *ex vi* do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente’ (REsp 909.787/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 3/9/07). 5. Tratando-se de criança ou adolescente, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei nº 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227). 6. É nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias – efeito secundário –, pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei nº 8.069/90, arts.112-125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei nº 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei nº 8.069/90, art. 1º) por critério simplesmente etário (Lei nº 8.069/90, art. 2º, *caput*). 7. O art. 1º da Lei nº 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias minoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afora os direitos já referidos anteriormente, importa registrar que à criança e ao adolescente são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Lei nº 8.069/90, art. 3º). 8. Diante disso, dessume-se que o fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais. 9. Por conseguinte, mesmo na hipótese da participação anterior de criança ou adolescente em ato infracional, reconhecida por sentença transitada em julgado, não haveria razão para o afastamento da tipicidade da conduta, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado. 10. De fato, a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida. 11. Nesse contexto, considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável – pois não pode ser mais corrompido – em virtude da prática de atos infracionais. Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que a formação moral do menor, nessa hipótese, encontra-se definitiva e integralmente comprometida. 12. Todavia, tal entendimento, como visto, fere o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo-se observar que até mesmo a internação, medida socioeducativa privativa de liberdade e de maior gravidade aplicável ao menor infrator, está sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Lei nº 8.069/90, art. 121, *caput*). 13. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a tipicidade da conduta. STJ REsp 1031617/DF. RECURSO ESPECIAL 2008/0033109-7. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 29.05.2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 04/08/2008.

4.3.1.5 - PRINCÍPIO DA MUNICIPALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que ampliou o acesso e o alcance da política de assistência social, instituiu um importante princípio – o da descentralização do atendimento, nos termos estabelecidos no art. 204, inc. I.²²⁸

²²⁸ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes

Densamente conectado ao princípio da descentralização, sendo essencial ao seu funcionamento, surge o princípio da municipalização, igualmente previsto pelas redações da Carta Magna (art. 30 e incisos) e da Lei n.º 8.069/90 (art. 88, I).

Com a Constituição da República de 1988, o Município é elevado à categoria de ente da Federação, tal qual o foram os Estados e o Distrito Federal, assumindo atribuições, até então inéditas, no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, fixa-se o princípio da municipalização, em que, diante da complexidade das relações sociais, o atendimento dos direitos sociais atribui-se ao braço do Estado mais próximo da realidade da população que, no Brasil atual, é o Município.

Municipalizar significa que os demais entes federativos transferiram atribuições, antes somente suas, aos Municípios, ente mais próximo da realidade das crianças e dos adolescentes cidadãos. A municipalização incorpora desde a iniciativa para formular programas direcionados ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente até a execução desses mesmos programas.

Nesse ponto, fazemos a mesma ressalva pontuada por Rodrigues Amin (2007, p. 30):

É necessário que ocorra a municipalização real, ou seja, é indispensável que o poder público municipal instale os Conselhos de Direitos e Tutelar, é preciso a elaboração e a fiscalização da lei orçamentária e, por meio dela, sejam destinados recursos aos programas de atendimento, é preciso que o Município se envolva com os problemas da sua população.

O fato é que, infelizmente, tal não vem ocorrendo. As notícias que temos é a de que os Municípios, em sua grande maioria, ainda não conseguiram se organizar plenamente neste sentido. Falta aos prefeitos, aos secretários e aos servidores públicos a introjeção de tal novo comando. E mais, falta um melhor preparo técnico para que esse comando se torne realidade. E quanto a isto, parece que os outros entes federativos não vêm atuando no sentido de que este princípio se torne uma prática cotidiana, pois não há o investimento necessário na qualificação dos gestores municipais. Muito se fala na ingerência que prefeitos exercem sobre os Conselhos Municipais, isso quando existem. E raros são os Conselhos Municipais que realmente elaboram e deliberam sobre políticas públicas na área da infância e juventude. Com relação a este triste fenômeno, a sociedade civil e o Ministério Público devem fazer uma auto-avaliação já que, ao que parece, ante tal falta de conhecimento e omissão, não se está conseguindo atuar eficazmente no sentido de reverter tal estado, pelo menos não em um prazo

que queremos. É preciso deixar claro, sobretudo para a sociedade civil, que o Estatuto da Criança e do Adolescente evidencia que a sociedade é também obrigada juridicamente a diligenciar no sentido de garantir o exercício de direitos, sobretudo os fundamentais, de crianças e adolescentes, e tal só é possível, sobretudo, mediante a ocupação e o bom trabalho nos Conselhos de Direitos Municipais.

Para que sejam alcançados os efeitos almejados, é necessário que a população, como sociedade civil, efetivamente cumpra o papel que lhe foi destinado no art. 227 da Constituição Federal, assumindo sua parcela de responsabilidade na defesa dos interesses da criança e do adolescente.

O julgado trazido à baila, a seguir, é muito esclarecedor quanto à leitura adequada a ser dada ao princípio tratado neste tópico pelo operador do direito.

APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE PROVIDÊNCIA EM FAVOR DE MENOR FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERNAÇÃO EM CLÍNICA DE RECUPERAÇÃO QUÍMICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ARTS. 98, INC. II, 101 E 201, INC. VIII, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ART. 129, INC. IX, DA CF/88 - COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES FEDERADOS - FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PRESCINDÍVEL - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 196 E 227, CAPUT, DA CF/88 E ARTS. 4º, 7º, 11 e 88, INC. III DO ECA - NECESSIDADE DO TRATAMENTO COMPROVADA - AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO ESPECÍFICA QUANTO À MEDIDA PLEITEADA - ALEGAÇÕES GENÉRICAS QUANTO AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS - COMINAÇÃO DE MULTA - POSSIBILIDADE. - Nos termos do art. 201, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.- O sistema de compartilhamento de competências, tal como estabelecido no art. 23, II, da CF/88, reserva competência concorrente ao município para avaliar as ações e a forma de execução dos serviços públicos relativos à saúde, a ele competindo fornecer os meios para realização de internação de adolescente carente, portador de dependência química, ainda que sua atividade deva obediência às regras gerais previamente estabelecidas pelo Ministério da Saúde. - Comprovada a necessidade de o adolescente, hipossuficiente financeiramente, ser submetido a tratamento toxicológico adequado, deve-se confirmar a condenação do Município de Ubá a interná-lo em clínica de recuperação química, cumprindo-se, assim, o disposto no art. 196 da Constituição da República e nos arts. 7º, 11, e 88, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que asseguram ao direito social a saúde digna. TJMG. Relator: ARMANDO FREIRE. Data do Julgamento: 01.09.2009. Data da Publicação: 09.10.2009.

e de assistência social;
[...].”

4.4 - PECULIARIDADES DA ATUAÇÃO NA ÁREA

4.4.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Promotor de Justiça com atribuição na área, atua na seara civil e infracional, no extra e no judicial. Defende direitos individuais, coletivos e difusos, e ainda deve participar das discussões dos Conselhos de Direitos Municipais (CMDCA's), nos termos do que dispõe o art. 122 e o parágrafo único da Consolidação dos Atos Normativos da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais (ATO CGMP n.º 1, de 19 de fevereiro de 2010, que aprova a revisão e a atualização da Consolidação dos Atos Normativos e Orientadores expedidos pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais).²²⁹

A participação do Promotor de Justiça em reuniões dos CMDCA's é de extrema importância. Primeiro porque pode ter o condão de fazer com que os Conselheiros de fato compareçam, o que, em muitos Municípios já é um feito. Segundo, porque poderá fomentar discussões pertinentes e levantar as necessidades locais, nos moldes da demanda que se apresenta na Promotoria de Justiça, propiciando a discussão das ações que possam realmente sanar as deficiências dos serviços públicos municipais.

O Promotor de Justiça da infância e juventude não pode limitar-se a trabalhar de portas fechadas, muito ao contrário, deve estar em estreita sintonia com as discussões encampadas pela sociedade local, e manter diálogo com o Poder Legislativo e os Conselhos Tutelar e de Direitos, sob pena de as decisões judiciais para as quais se dedica não terem aplicabilidade prática. Ora, do que adianta o Promotor de Justiça ajuizar a ação de extinção do poder fami-

²²⁹ Art. 122. Recomenda-se a permanente participação dos órgãos de execução com atribuições na defesa dos direitos da infância e juventude nas reuniões – ordinárias e extraordinárias – dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente dos municípios que integram a comarca, sem embargo do exercício da contínua fiscalização dos trabalhos de tais conselhos, cobrando-se a efetiva formulação de políticas de atendimento à criança e ao adolescente, estabelecendo-se o rol de prioridades a serem enfrentadas no âmbito municipal e a elaboração de projetos que viabilizem a adoção de medidas de prevenção, proteção especial e socioeducativas, nos moldes previstos nos arts. 101, 129 e 112 (notadamente em seus incisos III e IV) da Lei n.º 8.069, de 1990.

Parágrafo único. Orienta-se no sentido da manutenção, em arquivo próprio da Promotoria de Justiça, de cópias de todas as atas de reuniões dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente dos municípios que integram a comarca – consignando a presença e a participação do membro ministerial – bem como de documentos outros relacionados ao seu funcionamento, para fins de controle e acompanhamento, passando tal acervo a integrar o rol de dados aferíveis por ocasião da realização de correições ordinárias (arts. 204, II, e 227, § 7º, da Constituição Federal; art. 17, IV, da Lei n.º 8.625, de 1993; art. 39, VII, da Lei Complementar Estadual n.º 34, de 1994; art. 88, I, da Lei n.º 8.069, de 1990)."

liar se, depois de extinto, não há unidade de acolhimento ou programa para atender a criança que foi afastada dos pais? Do que adianta ajuizar a representação e diligenciar com o fito de que o adolescente receba a medida socioeducativa de meio aberto se ela não é oferecida no Município?

Tais serviços (acolhimento institucional, oferecimento das medidas socioeducativas e tantos outros) poderiam, por lei, ser exigidos do Poder Executivo mediante o ajuizamento das ações civis públicas. Ocorre, entretanto, que depois de quase vinte anos de Estatuto da Criança e do Adolescente, bater às portas do Judiciário não se mostrou assim tão eficaz no que se refere ao combate das omissões dos gestores. Há aí não só a questão de se querer evitar o enfrentamento político com o gestor, mas também o da lentidão da decisão diante dos efeitos suspensivos dos recursos manejados. A resposta que deveria ser célere torna-se pouco útil para aquela pessoa em estado de desenvolvimento em situação de risco.

Nos casos das ações cominatórias, de obrigação de fazer, as mais utilizadas na área da infância face à já costumeira ausência de políticas públicas que universalizem o acesso aos direitos fundamentais por crianças e adolescentes, o sistema de Justiça ainda se indaga sobre o que fazer no caso de descumprimento da decisão que antecipa a tutela, o que é de ocorrência freqüente nesse Estado. Convenhamos que a lei poderia, pelo menos neste ponto, ser melhor. Como atuar eficazmente sobre a vontade do gestor para que ele saia da situação de inércia, mesmo ante a existência de decisão judicial que o compele a agir e criar condições adequadas ao exercício do direito por parte do infante? Esta é uma discussão pertinente que ainda não foi superada, dificultando a resposta pronta e efetiva desejada pelo *Parquet* quando opta por manejar o instrumento das ações coletivas.

Quando alegamos que a lei poderia ser melhor, fazêmo-lo com relação ao art. 12 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) que disciplina:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

[...].

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Note-se que, muito embora a multa seja devida desde o momento do descumprimento, para ser exigível é preciso que a decisão tenha transitado em julgado. Cabe perguntar qual decisão: a interlocutória, que antecipa a tutela, ou a final?

Nelson Nery e Rosa Nery ao comentarem o referido dispositivo asseveram que “[...] a multa é devida desde o descumprimento da liminar, mas exigível

somente após o trânsito em julgado da sentença de procedência do pedido”.²³⁰

Tal entendimento também vinha sendo adotado até então pela Jurisprudência. Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, o Tribunal de Justiça daquele Estado já tinha encampado decisão neste sentido (j.10.08.1990, Rel. Des. Walter Moraes, v.u., RTJESP n.128/383).

Se assim for, haverá um lapso temporal enorme entre o descumprimento e a exigibilidade da multa, período este que, por ser longo e prorrogável infinitamente por meio da interposição de recursos, poderá colaborar para dissuadir o chefe do Executivo de cumprir o que lhe é ordenado na decisão judicial. Até porque quando do trânsito em julgado, talvez nem mais esteja ocupando aquele cargo público.

Ocorre, no entanto, que este entendimento, felizmente, vem sendo alterado, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, estabelecido que a decisão interlocutória que fixa a multa já é título executivo para a execução definitiva, sendo despiendo o trânsito em julgado da sentença de procedência do pedido:

A irresignação recursal consiste em saber da possibilidade de execução definitiva da multa diária (astreintes) fixada em decisão liminar nos autos de ação popular contra prefeito ajuizada para remoção de placas com símbolo de campanha instaladas em obras públicas. Segundo observa o Min. Relator, a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória, que agora se processa como definitiva (art. 475-O, do CPC), além de que a jurisprudência deste Superior Tribunal, em situações análogas, já assentou que a decisão interlocutória que fixa multa diária por descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução definitiva. Sendo assim, a execução de multa diária (astreintes) por descumprimento de obrigação fixada em liminar concedida em ação popular pode ser realizada nos próprios autos, conseqüentemente não carece de trânsito em julgado da sentença final condenatória. Ademais, quanto à questão de deserção do REsp por ausência de pagamento das custas de remessa e retorno, trata-se de recurso interposto por autor popular que goza do benefício da isenção (art. 5º, LXXIII, da CF/88). Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag nº 1.040.411-RS, DJe 19/12/2008; Resp nº 1.067.211/RS, DJe 23/10/2008; Resp nº 973.647/RS, DJ 29/10/2007; REsp nº 689.038-RJ, DJ 03/08/2007; REsp nº 869.106/RS, DJ 30/11/2006, e REsp nº 885.737/SE, DJ 12/04/2007. REsp nº 1.098.028/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 09/02/2010.

Contudo, outras questões de cunho processual afligem o sucesso das ações coletivas. A multa deve ser imposta ao prefeito, que deverá responder com seus próprios recursos, já que o omissor é ele, ou ao Município, já onerado por ter um gestor omissor? Esta questão, ao que parece, ainda permanece em aberto.

Também a idéia de responsabilizar o gestor penalmente pelo descumprimento da decisão judicial, ao que parece, pelo entendimento jurisprudencial em vigor, também não é possível.

O entendimento prevalente é o de que, ante a existência da sanção civil imposta em razão do descumprimento (astreintes), seria um *bis in idem* responsabilizá-lo também criminalmente.

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA PELO SEU EVENTUAL DESCUMPRIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA. 1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexistia a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação. 2. Se a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a Ação Penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ. 3. Parecer do MPU pela denegação da ordem. 4. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal 1000.6004. 2056, ajuizada contra o paciente. STJ. **HABEAS CORPUS** nº 2007/0244468-6. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 18.12.2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 25/02/2008. p. 352.

É evidente que tais ações são, e vão ser sempre instrumentos valiosos para que possamos tutelar o direito de crianças e adolescentes. No entanto, devemos convir que essa estratégia não basta.

É por isso que a atuação do Promotor nos Conselhos é imprescindível a fim de instar os Conselheiros a conhecerem a realidade local, a deliberarem sobre a política a ser seguida e a diligenciar em no sentido de garantir os recursos orçamentários suficientes a custear o serviço previsto em suas Resoluções.

Não bastasse, outra estratégia de atuação é o monitoramento de como os recursos públicos são gastos, e se em tal operação há respeito ao princípio da prioridade absoluta por parte do gestor local.

²³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

4.4.2 - O SISTEMA DE GARANTIAS DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Atualmente, o grande desafio deixou de ser a positividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. O que se mostra premente hoje é o mister de torná-los realidade social com a efetivação de políticas públicas capazes de universalizar o acesso aos direitos fundamentais.

Em esse ponto, o Estatuto também é inovador. Pela primeira vez na história brasileira houve uma declaração de direitos acompanhada do estabelecimento de um sistema de garantias que visa possibilitar a concretizá-los.

Como os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo *status* de prioridade absoluta, ele requer uma hermenêutica própria, comprometida com a proteção integral e o melhor interesse da criança.

O direito da criança e do adolescente como um sistema de garantia dos direitos fundamentais ampara a proteção integral num sistema lógico, organizado sob a perspectiva de redes com responsabilidades compartilhadas entre família, sociedade e Estado.

Um dos aspectos fundamentais desse novo sistema foi a criação de duas instituições básicas: os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares. Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente são órgãos responsáveis pelo planejamento, controle, deliberação e monitoramento das políticas públicas. Já os Conselhos Tutelares são órgãos compostos por representantes da sociedade civil com a atribuição de agir sempre que os direitos forem ameaçados ou violados, pela família, pela sociedade, pelo Estado e, até mesmo pelas próprias crianças e adolescentes. Diante de situações como essas, os Conselhos Tutelares aplicam medidas de proteção às crianças e adolescentes e, também, aos pais ou responsáveis. Os Conselhos Tutelares são órgãos que devem funcionar em todos os municípios brasileiros. Já os Conselhos de Direitos, além de funcionarem nos municípios, também devem estar instalados nas esferas estadual e nacional.

Em síntese, o sistema de garantias de direitos pretende provocar transformações estruturais a partir do entrelaçamento de quatro dinâmicas específicas, que envolvem: a política de atendimento; a política de proteção; a política de promoção e a política da Justiça.

Nesse contexto, cabe ao Ministério Público diligenciar no sentido de catalisar as engrenagens desse mecanismo, provocando a articulação entre os atores sociais envolvidos no sistema.

4.4.3 - POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, CONSELHOS DE DIREITOS E FUNDO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE (FIA)

4.4.3.1 - INTRODUÇÃO

São os ramos da administração e da política que nos trazem o conceito de políticas públicas: certo tipo de orientação para a tomada de decisões em assuntos públicos, políticos ou coletivos.

Embora seja um conceito oriundo dessas duas áreas, vem sendo utilizado em outros campos, inclusive pelo jurídico, haja vista que a concretização dos direitos sociais passa necessariamente pelo entendimento e introdução de tal conceito.

Entende-se por políticas públicas “o conjunto de ações coletivas voltadas para a garantia dos direitos sociais, configurando um compromisso público que visa dar conta de determinada demanda, em diversas áreas” (Guareschi *et al.* 2004, p. 180).

A Lei n.º 8.069/90 constituiu-se no fundamento legal e elemento determinante à responsabilização do Estado e da sociedade na implementação de políticas na área da infância e juventude. Nos anos de 1990, uma série de legislações complementares e normatizações também foram aprovadas visando tanto à garantia de direitos quanto como à constituição de programas e serviços com o escopo de concretizá-los.

O Estatuto da Criança e do Adolescente inovou quanto à gestão, ao método e ao conteúdo do tratamento dispensado à infância e aos adolescentes brasileiros ensejando a complexificação das políticas nessa área, que passam a ser desenvolvidas por organizações de diferentes naturezas jurídicas que abragem condições de estrutura físico-financeira e de pessoal díspares, e ainda finalidades que mesclam interesses públicos e privados de ordem econômica, social e religiosa.

É evidente que tais disparidades podem acabar dificultando o diálogo, o entendimento e o trabalho conjunto, e atentando contra a andamento mais célere das atividades, que todos sabemos é urgente, já que o nosso público está em condição de desenvolvimento. Lado outro, possibilita a convivência, o entendimento e a tolerância de atores de origens díspares, o que sem dúvida colabora para o implemento do princípio republicano e democrático.

Um dos elementos dessa complexificação é o fato de que as políticas materializam-se em programas sócio-assistenciais cujos serviços são desenvolvidos por trabalhadores de diferentes níveis de formação e perfis sócio-culturais, implicando uma multiplicidade de condições objetivas de trabalho, de relações organizacionais e de subjetividades.

A construção de uma política de atendimento requer a integração de uma rede de organizações, governamentais e não-governamentais, que colaborem para a produção de diagnósticos, controles, monitoramentos e avaliações, com vistas a uma melhoria qualitativa dos serviços prestados e ao acesso universal.

Além das diretrizes previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos últimos anos foram estabelecidas novas estratégias de ação nas Conferências Municipais, Estaduais e Nacionais dos Direitos da Criança e do Adolescente, amparadas pelos princípios da Doutrina da Proteção Integral. As Conferências dos Direitos da Criança e do Adolescente são realizadas no interstício de dois anos com a finalidade de avaliar as ações realizadas e apontar diretrizes de ação para os próximos dois anos, nos níveis municipal, estadual e nacional, com ampla participação da sociedade civil e de representantes do governo.

A comunidade encontra nas Conferências dos Direitos da Criança e do Adolescente um novo espaço de participação e de interferência no sentido dos caminhos desejados para a política de atendimento à criança e ao adolescente representando uma oportunidade de verdadeira relação do Estado com a sociedade.

Ademais disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda estabeleceu o princípio da municipalização dos serviços com o fito de aproximar os níveis de decisão e execução das políticas, de modo que os programas estejam sintonizados com as necessidades das comunidades, permitindo que estas possam fazer o controle das ações, influenciando na consecução de alternativas mais efetivas de atendimento às crianças e aos adolescentes.

4.4.3.2 - CONSELHOS DE DIREITOS

Para a efetivação de todos esses elementos, foram criados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente como órgãos deliberativos e controladores, nos níveis municipal (CMDCA), estadual (CEDCA) e nacional (CONANDA), o que promoveu uma enorme alteração nas relações hierárquicas de gestão da política pública de atendimento vigentes. Até então, as esferas nacional e estaduais detinham o poder de intervenção nos níveis inferiores, sedimentando o controle hierarquizado e distante das ações, o que dificultava a participação da comunidade onde as ações seriam realizadas.

Agora, a comunidade local está mais do que convidada, mais compelida a participar das ações.

Talvez o aspecto que mereça ser melhor destacado é o relativo ao caráter deliberativo das decisões dos conselhos. Na medida em que deliberam, editando resoluções que veiculem as decisões tomadas, vincu-

lam o chefe do Poder Executivo local, que deve, necessariamente, atender aos comandos emitidos por esta instância, onde a sociedade civil e o Poder Executivo devem estar paritariamente representados.

Sobre este tema, foi editada recentemente pelo CONANDA a Resolução n.º 116/2006, que alterou dispositivos das Resoluções n.º 105/2005 e 106/2006, que dispõem, ambas, sobre os Parâmetros para Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. Destaque-se o teor dos §§ 2º e 3º do art. 2º:

Art. 2º Na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios haverá um único Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, composto paritariamente de representantes do governo e da sociedade civil organizada, garantindo-se a participação popular no processo de discussão, deliberação e controle da política de atendimento integral dos direitos da criança e do adolescente, que compreende as políticas sociais básicas e demais políticas necessárias à execução das medidas protetivas e socioeducativas previstas nos arts. 87, 101 e 112, da Lei nº 8.069/90.

[...].

§ 2º As decisões do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito de suas atribuições e competências, vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada, em respeito aos princípios constitucionais da participação popular e da prioridade absoluta à criança e ao adolescente.

§ 3º Em caso de infringência de alguma de suas deliberações, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente representará ao Ministério Público visando à adoção de providências cabíveis, bem assim aos demais órgãos legitimados no art. 210 da Lei nº 8.069/90 para que demandem em Juízo mediante ação mandamental ou ação civil pública.

Destaque-se que, para vincular o gestor, é imprescindível que se haja expedido a resolução. Em caso de o prefeito se mostrar arredo a cumpri-la, o Promotor de Justiça tem o poder/dever de ajuizar ação civil pública com vistas a compeli-lo a executá-la.

Desse modo, o Promotor de Justiça da área da infância e juventude deve diligenciar para:

- a) Aferir se há lei municipal que crie o Conselho Tutelar e o Conselho de Direitos e se está sendo obedecida;
- b) Examinar, no que diz respeito ao Conselho de Direitos:

- 1) se a composição respeita a paridade, em que o número de representantes do Poder Executivo deve ser igual ao dos representantes da sociedade civil;
- 2) se a sociedade civil se faz representar no CMDCA por meio de entidades do terceiro setor, privadas, sem que sobre elas haja a ingerência estatal.²³¹

²³¹ Uma discussão interessante é saber se instâncias como a OAB, ou Conselhos Regionais como o de Psicologia ou de Assistência Social poderiam ser representantes da socie-

3) se quem elege tais entidades para compor o Conselho é a própria sociedade civil organizada, pois nesta escolha não pode haver nenhum tipo de ingerência dos representantes governamentais sob pena de se ferir a paridade.

Existem ainda outros pontos dos quais a lei municipal deve tratar no que concerne aos CMDCA:

a) A participação de membros do Poder Legislativo como representantes do governo deve ser questionada, uma vez que a idéia de governo corresponde à estrutura do Poder Executivo e não à do Legislativo. Haveria nessa participação, salvo melhor juízo, uma inconstitucionalidade. Mais uma vez, sobre esse aspecto, a Resolução do CONANDA mencionada é esclarecedora:

Art. 11 Não deverão compor o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito do seu funcionamento:

[...]

III - ocupantes de cargo de confiança e/ou função comissionada do poder público, na qualidade de representante de organização da sociedade civil; Parágrafo único. Também não deverão compor o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, na forma do disposto neste artigo, a autoridade judiciária, legislativa e o representante do Ministério Público e da Defensoria Pública, com atuação no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou em exercício na Comarca, foro regional, Distrital ou Federal.

b) Deve-se estar atento, ainda, ao fato de que alguns Conselhos exigem, para as entidades que postulam a eleição como representantes da sociedade civil, que elas trabalhem necessariamente com crianças ou adolescentes. Dessa maneira, excluir-se-iam da participação entidades de classe como sindicatos e outras que não trabalhem necessariamente com esse público. A orientação doutrinária mais moderna é a de que não se deve proibir a participação de entidades tais, uma que todos os segmentos sociais estão autorizados a ter projetos para a proteção dos pequenos.

A lei municipal deve ainda disciplinar:

- a) a forma de publicação dos atos deliberativos;
- b) composição (quais Secretarias se farão representar, por exemplo) e mandato (prazo);²³²

dade civil nos Conselhos. Pelo princípio da paridade, não deveriam, porque tais estruturas são de regime jurídico público e dependem da chancela do Poder Público para funcionarem. Já os sindicatos, que são instituições privadas, estariam autorizados.

²³² Nesse ponto, é recomendável que da composição participem as Secretarias da Administração, da Saúde, da Educação, do Desenvolvimento Social. Seria muito bom que constasse a necessidade da presença dos próprios Secretários nas reuniões e não de representantes de terceiro escalão, com pouca ou nenhuma representatividade.

- c) sanções ao Conselheiro faltoso;²³³
- d) impedimentos e cassação do mandato;
- e) competência do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- f) processo de escolha dos Conselheiros dos Direitos não-governamentais;
- g) requisitos para ser Conselheiro dos direitos não-governamental;
- h) a forma do procedimento para a aplicação de sanção;
- i) comissões temáticas, como à respectiva a antidrogas, por exemplo, que, segundo Resolução promulgada em dezembro de 2009 pelo CEDCA, passa a ser obrigatória em todos os CMDCA.

Também, com vistas a orientar os trabalhos do Conselho Municipal, deve ser elaborado um regimento interno pelo próprio Conselho. Como todo ato administrativo, o regimento interno não pode exceder os limites do que já é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na lei de criação do Conselho e nas demais normativas de hierarquia superior.

Cabe destacar que o princípio-fim estabelecido pelo direito da criança e do adolescente transfigura-se numa estratégia de empoderamento local. Para que isso seja possível, mais torna-se necessário:

- a) criar espaços institucionais adequados para que setores excluídos participem da elaboração das políticas públicas, como audiências públicas;
- b) transmitir capacidades para o exercício da cidadania e da produção, incluindo a disseminação de saberes instrumentais essenciais além de ferramentas para analisar dinâmicas econômicas e políticas recentes, como a realização de seminários interseoriais e qualificações permanentes.

Insta ressaltar a longa extensão do papel do Conselho de Direitos:

- a) deliberar e acompanhar, monitorar e avaliar as políticas propostas para o município;
- b) conhecer a realidade de seu território e elaborar um plano de ação, definindo as prioridades de atuação;
- c) propor a elaboração de estudos e pesquisas para promover, subsidiar e dar mais efetividade às políticas públicas;
- d) integrar-se a outros órgãos executores de políticas públicas direcionadas à criança e ao adolescente e demais conselhos setoriais;

²³³ Nesse ponto, além das sanções da lei local, há que se considerar a possibilidade de ajuizamento da ação de improbidade administrativa ante a afronta do princípio da legalidade e da eficiência da administração pública, haja vista que o Conselho é um ente da Administração e os Conselheiros são agentes públicos, submetendo-se ao regime jurídico pertinente. Devo destacar que, salvo melhor juízo, a propositura da ação de improbidade não é de atribuição do Promotor de Justiça da Infância, porquanto o disposto no art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê o ajuizamento de demanda dessa natureza por parte dos Promotores de Justiça da área.

e) propor e acompanhar o reordenamento institucional, buscando o funcionamento em rede das estruturas públicas governamentais e das organizações da sociedade;

f) acompanhar e participar da elaboração, aprovação e execução do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), indicando as modificações necessárias ao alcance dos objetivos das políticas de atenção aos direitos da criança e do adolescente, zelando para que o orçamento público respeite o princípio constitucional da *prioridade absoluta*;

g) acompanhar e participar do processo de elaboração da legislação municipal relacionada à infância e à adolescência, oferecendo apoio e colaborando com o Poder Legislativo;

h) “gerir” o Fundo da Infância e da Adolescência (FIA), definindo a destinação dos recursos por meio de um plano de aplicação e fiscalizando atentamente a respectiva execução;

i) divulgar e promover as políticas e práticas bem-sucedidas;

j) difundir junto à sociedade local o conceito da Proteção Integral: a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, pessoas em situação especial de desenvolvimento e com prioridade absoluta nas políticas e no orçamento público;

k) promover e apoiar campanhas educativas sobre os direitos da infância e da juventude;

l) atuar como instância de apoio, no plano local, nos casos de denúncias ou solicitações formuladas por qualquer cidadão ou instituição, e também receber dos órgãos competentes, como também encaminhar a eles as reivindicações, denúncias e reclamações;

m) fomentar a integração do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Segurança Pública na apuração dos casos de denúncias e reclamações – formuladas por qualquer pessoa ou entidade – que versem sobre ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente;

n) registrar as organizações da sociedade civil sediadas em sua base territorial que prestem atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, executando os programas a que se refere o art. 90, *caput*, e, no que couber, as medidas previstas nos arts. 101, 112 e 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente;

o) fazer o registro dos programas de atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias em execução na sua base territorial por entidades governamentais e organizações da sociedade civil;

p) cadastrar as entidades e os programas em execução, certificando-se de sua contínua adequação à política traçada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente;

q) regulamentar, organizar e coordenar o processo de escolha dos conselheiros tutelares, seguindo as determinações do Estatuto e da Resolução n.º 75/2001 do CONANDA. Esta responsabilidade é atribuída somente aos CMDCA (art. 139 do ECA);

r) Instaurar sindicância a fim de apurar eventual fal-

ta grave cometida por conselheiro tutelar no exercício de suas funções, observando a legislação municipal pertinente aos processos administrativos/disciplinares ou de sindicância.

Contudo, devemos estar atentos para o fato de que os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, como instâncias inovadoras no quadro jurídico institucional brasileiro, enfrentam diversas dificuldades, contra as quais o *Parquet* poderá intervir com vistas a contribuir para sua superação. Pires (2006) observa que:

- Há uma sobreposição no caráter deliberativo do CMDCA em relação ao Poder Executivo municipal; da mesma forma que há, também, com relação ao caráter de formulação de políticas públicas em relação à Câmara Municipal;
- Não existem critérios claros para a escolha dos conselheiros, sendo esta uma situação que varia para cada município;
- Não existe uma homogeneização de conhecimento do sistema jurídico relativo à criança e ao adolescente por parte dos conselheiros, acarretando uma não implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- Não é ação comum dos conselhos realizarem um diagnóstico de necessidades e prioridades do município, no que se refere à situação da criança e do adolescente, de maneira a nortear as ações do CMDCA – neste caso, a defesa de interesses pessoais ou classistas se torna constante;
- A troca de membros do conselho conforme o Estatuto, muitas vezes acarreta a descontinuidade das ações; da mesma maneira, a sucessão de prefeitos que podem definir novas diretrizes de ação das políticas públicas para o município (PIRES, 2006, p. 7-8).

A superação dos obstáculos apontados exige uma efetiva mobilização da opinião pública e a participação da sociedade civil na discussão sobre o necessário papel institucional do Conselho de Direitos e, especialmente, dos Conselheiros, pois sua legitimidade deve estar amparada pelo compromisso para com a consecução dos direitos da criança e do adolescente.

Devemos salientar que o CONANDA promulgou, em 17 de novembro de 2005, a Resolução n.º 106, a qual alterou dispositivos da Resolução n.º 105/2005 e apresenta Recomendações para a elaboração de leis municipais, estaduais e nacional de criação e funcionamento de Conselhos dos Direitos (anexo).

Não podemos deixar de cuidar da situação em que, no Município, não haja lei que crie o CMDCA. Em caso tal, recomendável que se informe ao CEDCA sobre a aludida anomalia para que se crie ao menos um ônus político para o chefe do Executivo local. Também orientamos que o Prefeito seja oficiado, com a solicitação de que envie à Câmara projeto de

lei (na página do CAO-IJ existe proposta de minuta de lei, elaborada pelo Promotor de Justiça Gustavo Leite, da Promotoria de Justiça Regional do Vale do Rio Doce). Se não houver avanços, a convocação de uma audiência pública para a mobilização da sociedade pode ser uma saída, assim como a expedição de recomendação, a pactuação de TAC e o ajuizamento da ação pertinente (na mesma página mencionada, disponibilizamos modelos).

Por fim, para que os componentes do CMDCA possam, a contento, realizarem suas importantíssimas funções, faz-se imprescindível que o Poder Público local dote-o de condições de funcionamento, como uma sede e servidores que possam levar a efeitos suas decisões.

Mais uma vez, importante trazer a baila dispositivo inserto na Resolução do CONANDA n.º 116/2006:

Art. 4º Cabe à administração pública, nos diversos níveis do Poder Executivo, fornecer recursos humanos e estrutura técnica, administrativa e institucional necessários ao adequado e ininterrupto funcionamento do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, devendo para tanto instituir dotação orçamentária específica que não onere o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

§ 1º A dotação orçamentária a que se refere o caput deste artigo deverá contemplar os recursos necessários ao custeio das atividades desempenhadas pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, inclusive despesas com capacitação dos conselheiros;

§ 2º O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá contar com espaço físico adequado ao seu pleno funcionamento, cuja localização será amplamente divulgada, e dotado de todos os recursos necessários ao seu regular funcionamento.

4.4.3.3 - FUNDO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA (FIA)

Para viabilizar o complexo conjunto de ações e responsabilidades dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente foi criado, em todos os níveis, o Fundo da Infância e da Adolescência (FIA), vinculado aos respectivos conselhos. O FIA é um fundo especial, nos termos previstos na Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964:

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

A composição do FIA é bastante diversificada e inclui:

- as multas judiciais previstas no art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- as relativas ao desrespeito ao avençado em Termos de Ajustamento de Conduta propostos pelo Ministério Público;

c) a contribuição decorrente da dedução do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas, conforme o disposto no art. 260, ou dos recursos provenientes de dotação orçamentária ou repasse da União, estados e municípios.

Nesse contexto, é o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente que tem a competência para fixar os critérios de utilização dos recursos através de planos de aplicação, com a ressalva de que os recursos do FIA não se destinam apenas ao financiamento da política de atendimento, pois o Poder Público deve garantir os recursos para suas políticas públicas mediante previsão orçamentária, e as organizações não-governamentais, mediante seus próprios orçamentos e estratégias de mobilização para a aquisição de recursos.

Merece ser destacado que os recursos do Fundo da Infância e da Adolescência destinam-se, prioritariamente, ao diagnóstico, ao planejamento, ao monitoramento e à avaliação das políticas públicas, possibilitando ao Conselho de Direitos a realização efetiva de seu papel institucional.

Na esfera municipal, é recomendável que o FIA, o Conselho dos Direitos e o Conselho Tutelar sejam criados em lei única. Depois de criado e regulamentado por Resolução do CMDCA, o Fundo deve ser inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Como não tem personalidade jurídica própria, esse CNPJ será vinculado ao CNPJ do órgão governamental ao qual esteja vinculado – ou seja, ao da prefeitura, por exemplo.

Os recursos orçamentários destinados à criação e/ou adequação de estruturas – assim como à implementação e/ou ampliação de programas de atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias – devem constar, prioritariamente, de dotação própria dos órgãos da administração pública encarregados de sua execução. Nesses casos, não é necessária a destinação ao FIA. Os recursos captados pelo Fundo são destinados ao financiamento de ações complementares. É equivocada a idéia de que todos os programas e serviços de atendimento a crianças e adolescentes devam ser custeados com recursos desse fundo especial. Dessa maneira, um programa de tratamento para drogadição, por exemplo (art. 227, §3º, inc. VI, da CF/88; art.101, inc.VI do ECA), deve ser custeado com recursos próprios do orçamento dos órgãos responsáveis pelo setor de saúde; um programa de apoio e promoção à família (art. 226, *caput*, § 8º, da CF/88; arts. 90, incs. I e II, e 129, inc. I, do ECA), deve ser custeado com dotações próprias da área da assistência social e assim por diante, devendo o orçamento próprio de cada órgão da administração prever recursos privilegiados para a implementação e manutenção das políticas públicas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, parágrafo único, alínea “d”, do ECA). Portanto, os recursos do FIA devem ser aplicados em projetos

complementares de promoção, proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, auxiliando no processo de inclusão de meninos e meninas em situação de risco social e contribuindo para a qualificação da rede de atendimento.

Com base em diagnóstico acerca da realidade local, o CMDCA deve discutir e decidir as prioridades no atendimento a crianças e adolescentes. Essas prioridades vão compor o Plano de Aplicação, que é uma programação da distribuição dos recursos do Fundo ano a ano. Os recursos para execução dos programas só podem ser liberados mediante um Plano de Aplicação aprovado pelo Conselho dos Direitos. Por isso a participação da sociedade é tão importante.

Imprescindível esclarecer que o FIA é um fundo especial, cujo numerário vem do esforço de vários entes (particulares, Poder Judiciário, Ministério Público) e, portanto, só pode ser destinado ao custeio de projetos especiais, o que significa que o prefeito ou o CMDCA não pode lançar mão dele para o custeio de políticas básicas que são estabelecidas por meio de serviços permanentes, que visam criar condições para os exercício de direitos fundamentais. Isso porque, considerando que tais serviços devem ser perenes na agenda do Município devem ter rubricas e previsões orçamentárias estabelecidas, não podendo depender de um custeio advindo de um fundo cujo valor nele depositado é tão flutuante. Assim sendo, como já dito, o dinheiro do fundo deve ser utilizado para projetos especiais e temporários, como se fosse a cereja, e não o bolo, com o qual a municipalidade tem que arcar.

Imaginem o Prefeito inaugurando uma escola construída com o dinheiro do Fundo e receber os dividendos políticos por algo que não foi custeado pelo Município, mas sim por um Fundo composto sobretudo com dinheiro advindo da iniciativa de particulares, como é a renúncia fiscal?

Destarte, o FIA não se presta à remuneração de servidores públicos, tampouco de Conselheiros Tutelares, construção ou reforma de prédios públicos.

Qualquer cidadão pode fazer doação ao FIA, seja contribuinte ou não do Imposto de Renda (IR). A dedução no IR devido de doações feitas ao Fundo está prevista no art. 260 do ECA e em legislação tributária específica, que regulamenta a contribuição de pessoas físicas e jurídicas. Segundo essa legislação, pessoas jurídicas podem destinar ao Fundo até 1% do seu imposto devido, e as pessoas físicas até 6%. Anualmente, o CMDCA deve informar à Receita Federal as doações recebidas por meio da apresentação da Declaração de Benefícios Fiscais – DBF.

Por fim, merece ser destacado que o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos de Crianças e Adolescentes) editou a Resolução n.º 137, de 21 de janeiro de 2010, que dispõe sobre os parâme-

tros para a criação e o funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (anexo). Este ato normativo esclarece quais as ações que poderão ser custeadas por meio do Fundo.

O referido documento esclarece que, além das proibições, o FIA não pode ser destinado a ações para as quais já existe fundo, e a clara ainda mais os fins para os quais tal soma pode ser destinada. Assim, para a Educação, por exemplo, que tem fundos próprios, o FIA não pode ser utilizado, vedação que apenas esclarece outra já existente.

O art. 22 estabelece como um dos legitimados para exercer o controle externo da destinação dos recursos presentes no Fundo do Ministério Público. Anexa, segue proposta de Portaria, formulada pelo Promotor de Justiça José Aparecido Gomes Rodrigues, da Promotoria Regional da Infância e Juventude do Norte de Minas, a ser baixada pelos Promotores de Justiça, que explicita detalhadamente no que consistiria esse controle.

Por fim, é preciso destacar o que o ATO CGMP n.º 1, de 19.02.2010, estabelece em seu art. 121:

Art. 121. Recomenda-se aos órgãos de execução com atribuições na defesa dos direitos da infância e juventude que promovam a instauração de inquéritos civis para apuração de responsabilidades relativamente aos municípios que, após conscientizados e advertidos, não implementaram ou protelaram a implantação dos conselhos e do fundo municipal previstos nos arts. 88, II e IV, e 132, da Lei n.º 8.069, de 1990, visando à formalização de termos de ajustamento de conduta ou, em caso de recusa, ao ajuizamento das competentes ações civis públicas.

4.4.4 - O CONSELHO TUTELAR

4.4.4.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Conselho Tutelar (CT) é um órgão inovador no contexto da sociedade brasileira, criado com a missão de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. A implementação desses Conselhos em todos os municípios brasileiros representa uma contribuição direta para que as diretrizes de proteção dos direitos humanos das novas gerações tornem-se realidade e não fiquem restritas somente ao texto da lei. Nesse sentido, a atuação do CT tem o grande potencial de contribuir para a efetivação, no País, de mudanças profundas no atendimento à infância e à adolescência. Importante mais uma vez destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente não se contentou em estabelecer um rol de direitos fundamentais titularizados por tal público, devendo ser a efetivação de tais direitos prioridade absoluta. Ainda criou um equipamento (o Conselho Tutelar) para zelar pela aplicação do aludido rol.

O Conselho Tutelar tem atuação restrita ao âmbito municipal, considerando-se a regra de competência definida pelos arts.138 e 147 do Estatuto. Isso significa que ele é vinculado administrativamente à Prefeitura – sem prejuízo, no entanto, de sua autonomia nas decisões. Essa vinculação ao Poder Executivo exige que haja uma relação ética e responsável entre os Conselhos e toda a administração municipal, além da necessidade de cooperação técnica que envolve as secretarias, departamentos e programas municipais voltados para a criança e o adolescente.

Como um dos operadores da política de atendimento, o Conselho Tutelar deve contar com o acompanhamento do CMDCA, da Justiça da Infância e da Juventude, do Ministério Público, das entidades civis que trabalham com a população infanto-juvenil e, principalmente, com o acompanhamento dos cidadãos em geral. Todos esses atores devem zelar pelo bom funcionamento do CT e pela correta execução das suas atribuições legais.

O Conselheiros Tutelares, para exercerem suas funções, gozam de autonomia, o que significa que seus membros (que devem atuar segundo um órgão colegiado) têm liberdade para tomar suas próprias decisões. No entanto, como não poderia deixar de ser – ainda mais em se tratando o Brasil de um Estado de Direito – a autonomia dos Conselheiros deve ser concebida como liberdade dentro da lei da Constituição.

A atuação dos Conselheiros é passível de controle (fiscalização) de modo que se evite o cometimento de abusos e omissões. Tanto internamente, de acordo com o que dispuser seu Regimento Interno, quanto de cunho externo, na forma do disposto na lei municipal específica. Portanto, essa autonomia deve significar ação com bom senso e com limites. Embora não seja um “empregado da Prefeitura”, o membro do CT é considerado “agente público” para fins de responsabilidade civil, penal e administrativa. Como tal, pode ser chamado a responder por sua ação abusiva e/ou omissão no exercício dos deveres funcionais, inclusive com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92).

A autonomia, ressalte-se, diz respeito às decisões tomadas em sua função estrita – detecção de estado de risco e aplicação das medidas de proteção pertinentes. Não existe, contudo, autonomia administrativa, significando que, neste ponto, apenas e tão-somente, fica o Conselho Tutelar atrelado às decisões da Municipalidade, que deverão ser tomadas evidentemente nos termos da lei.

Para que os Conselheiros tenham limites e regras claras no exercício de suas funções, duas providências são importantes: garantir, na lei que cria o CT, a exigência da elaboração de um Regimento Interno; e explicitar os pontos básicos do regime disciplinar dos Conselheiros (definição das faltas disciplinares e dos mecanismos/ procedimentos de apuração e

aplicação das respectivas sanções, dentre as quais a perda de mandato do Conselheiro por conduta irregular omissiva ou comissiva).

4.4.4.2 - INSTALAÇÃO

A mesma lei municipal que dispõe sobre o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) deve dispor também sobre o Conselho Tutelar e o Fundo da Infância e Adolescência (a página do CAO-IJ, no *site* do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contém propostas de redação quanto a esta lei local, que poderá ser utilizada pelo Promotor de Justiça no convencimento do Prefeito).

No caso específico do Conselho Tutelar, o Estatuto, além de definir os seus conceitos fundamentais, estabelece os preceitos básicos para a criação, composição e funcionamento do órgão, como também define suas atribuições.

Tais fundamentos podem ser assim resumidos:

- a) todo município é obrigado a ter, no mínimo, um Conselho Tutelar, cuidando para que a lei orçamentária contemple os recursos necessários ao seu funcionamento (arts.132 e 134, do ECA). O recomendável é que, a cada duzentos mil habitantes, haja um CT;
- b) todo Conselho Tutelar deve ser composto de 5 (cinco) membros (nem mais, nem menos), escolhidos pela comunidade local, através do exercício do voto (art. 132, do ECA);
- c) o mandato deverá ter vigência de 3 (três) anos, permitida uma recondução (art.132, do ECA), que não é automática. Caso algum Conselheiro queira ver-se reconduzido, deverá submeter-se a todas as etapas às quais o candidato novato se submete, inclusive a eleição;
- d) pessoas que tenham relações de parentesco entre si são impedidas de servir no mesmo CT (art.140, do ECA);
- e) o processo de escolha dos Conselheiros deve estar estabelecido em lei municipal e ser realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e a fiscalização do Ministério Público, que deve ser informado de todas as suas etapas;²³⁴
- f) o candidato a Conselheiro deve ter reconhecida idoneidade moral, idade superior a 21 (vinte e um) anos e residência no Município como requisitos básicos para a candidatura a membro do Conse-

²³⁴ Há casos em que a lei local estabelece como exigência a realização de uma prova, com o escopo de que sejam aferidos, por parte dos candidatos, o conhecimento da língua, a capacidade de interpretação de texto e conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em casos tais, parece ser comum o fato de o Promotor de Justiça redigir a aludida prova. Com a devida vênia, não me parece tal prática ser correta. Ao Ministério Público cabe fiscalizar o processo eleitoral, e não realizá-lo. Assim, a referida prova deverá ser redigida pelo próprio CMDCA ou por empresa contratada, nos termos do disposto na Lei n.º 8.666/93.

lho Tutelar (art.133, do ECA). A lei local não pode dispensar tais requisitos, mas poderá criar outros, como escolaridade mínima;²³⁵

g) autoridade para, além de aplicar medidas, promover a execução de suas decisões, podendo expedir notificações e requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, bem como requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente, quando necessário (art.136, incs. III, VII e VIII, do ECA).²³⁶

h) possibilidade de revisão das decisões do CT pela autoridade judiciária, a pedido de quem tenha legítimo interesse (art.137, do ECA), incluindo-se no rol o Ministério Público.

O Prefeito é quem deve encaminhar o projeto de lei de criação do Conselheiro Tutelar e do CMDCA ao Poder Legislativo, devendo-se cuidar para que esses preceitos da Lei Federal sejam inteiramente respeitados.

Os membros do Conselho Tutelar devem ser escolhidos mediante voto direto, secreto e facultativo de todos os cidadãos maiores de 16 (dezesesseis) anos residentes no município, em processo estabelecido pela lei municipal e conduzido pelo Conselho Municipal dos Direitos, sob fiscalização do Ministério Público (art. 139, do ECA).

A lei municipal pode dispor expressamente que, para cada conselheiro titular, haverá no mínimo 01 (um) suplente e que serão considerados eleitos os 05 (cinco) candidatos mais votados, ficando os demais como seus suplentes naturais, pela ordem decrescente de votação. Assim, quanto mais suplentes em potencial, melhor, não havendo razão para que seu número seja também limitado a cinco.

Se todos os candidatos que obtiverem votos forem considerados suplentes na lei municipal – pela ordem decrescente do resultado da votação –, eles poderão ser chamados à medida que surgirem as vagas no Conselho. Se houver muitos candidatos (como se espera), dificilmente existirão problemas na composição do CT ao longo do exercício dos três anos de mandato. Após instalado e em funcionamento, caso não sejam preenchidas todas as va-

gas ou ocorra o afastamento de qualquer de seus membros titulares, independentemente das razões, deve ser feita a imediata convocação do suplente para que seja regularizada a composição do CT. No caso da inexistência de suplentes, em qualquer tempo, o CMDCA deverá realizar o processo de escolha suplementar para o preenchimento das vagas, não podendo operar com vagas desocupadas. Esta é a vantagem de se ter muitos suplentes. Em havendo só cinco, como parece ser o padrão adotado pelas leis municipais, pode ocorrer vacância, e a necessidade de se realizar nova eleição, o que sem dúvida é uma carga de trabalho assombrosa para todos os envolvidos. Contudo, não há como fugir desse mister, sob pena de se incorrer em ilegalidade, o que pode resvalar para o reconhecimento do ato de improbidade administrativa.

Deve ficar claro que o mandato do Conselheiro Tutelar é de 3 (três) anos, permitida uma recondução. São vedadas medidas ou artifícios de qualquer natureza que abreviem ou prorroguem esse período, inclusive o famigerado e conhecido mandato-tampão. Mandatos mais curtos ou mais longos não estão de acordo com a Lei Federal.

A regulamentação do processo de escolha é prerrogativa do CMDCA, obedecidos os limites legais. O Conselho dos Direitos deverá fazer essa regulamentação por meio de uma resolução prévia e específica ou no próprio edital de abertura do processo, tudo com ampla divulgação. Em caso de resolução prévia, seus pontos principais deverão ser reproduzidos no edital. Ao regulamentar o processo de escolha do CT, o CMDCA precisa considerar o que estabelece a lei municipal, sendo vedado, em razão do princípio da estrita legalidade a ser aplicado a todos os órgãos da administração pública:

- a) estabelecer requisitos de candidatura não previstos na lei ou suprimir os que estiverem presentes;
- b) alterar prazos ou procedimentos eventualmente disciplinados na legislação local, como impor a realização de prova, quando a lei não a prevê;
- c) Não poderá ainda, de qualquer modo, contrariar o ECA e a Resolução n.º 75 do CONANDA, limitando-se a estabelecer procedimentos inerentes à organização objetiva do processo democrático de escolha dos Conselheiros Tutelares.

É importante que, na omissão da lei municipal, o CMDCA discipline, por meio de resolução, as situações e procedimentos para impugnação e eventual cassação dos registros de candidaturas, além de coordenar o processo de escolha em suas várias etapas, a partir do que estabelece a lei municipal. Essa regulamentação deve envolver desde a criação da Comissão Organizadora (cuja composição deve ser paritária, com número de Conselheiros governamentais e não-governamentais idêntico) e definição de suas funções até a divulgação do respectivo calendário e de todas as fases previstas nele. É

²³⁵ É preciso estar atento porque em algumas vezes, a lei local estatui muitas condições para ser candidato ao CT, como ter ensino superior, ter experiência no trato com crianças, etc. Não que tal cuidado não seja bem-vindo, muito pelo contrário. Os Conselheiros, em razão da complexidade da função que exercem, devem ter boa qualificação. No entanto, deve-se estar atento para a realidade local. Já tivemos notícias de eleições desertas em certas cidades menores, justamente porque o público local não se encaixava nas exigências da lei.

²³⁶ Com relação ao poder de requisição deve este ser entendido como um comando a ser destinado à rede de atendimento local, e não ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário, como temos notícia de que alguns Conselhos Tutelares procedem.

fundamental que, ao regulamentar esse processo, sejam definidos os requisitos para candidaturas; prazos e procedimentos de impugnação; regras e limites para as campanhas dos candidatos; locais e procedimentos de votação e apuração; estratégias de divulgação das eleições; cadastramento de eleitores; entre outros aspectos necessários.²³⁷

Para evitar fraudes nas eleições – como, por exemplo, a duplicidade de votos, ou que alguém que não seja eleitor daquele Município, vote –, cada município deve buscar uma forma de organização da votação que facilite a participação dos eleitores e garanta a lisura do processo.

Uma iniciativa interessante nesse sentido é buscar uma parceria com o Tribunal Regional Eleitoral (TRE). A Resolução n.º 19.877/97 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) autoriza o empréstimo de urnas eletrônicas para eleições “não-oficiais”. Se, por qualquer motivo, não for possível utilizar as urnas eletrônicas, o CMDCA e a Comissão Organizadora deverão definir uma forma eficiente de controle de votação, mediante cadastramento prévio dos eleitores. Para isso, deve-se solicitar previamente ao juiz eleitoral uma cópia da lista geral dos eleitores do município ou encontrar outra forma eficiente de cadastrá-los. Tal providência é fundamental para evitar fraudes e a duplicidade ou multiplicidade de votos no dia da votação.

Os municípios que possuem mais de um Conselho Tutelar devem organizar o processo de escolha de cada um deles, limitando a participação da comunidade à área de abrangência de cada Conselho – por exemplo, para escolha dos membros do CT da região oeste, votam apenas os cidadãos que residem nos bairros que pertencem a esta região (Resolução CONANDA n.º 75).

Nos municípios em que forem criados mais de um Conselho, sugere-se que as eleições ocorram simultaneamente, sob pena do CMDCA ter que se limitar a apenas ficar organizando as eleições referidas, o que é muito pouco face às suas inúmeras e relevantíssimas funções.

Caso sejam criados novos Conselhos, os respectivos processos de escolha dos Conselheiros devem ser desencadeados juntamente com o processo de renovação dos Conselhos preexistentes. É importante que isso seja considerado, já que não existe amparo legal em relação à prorrogação ou redução de mandatos dos integrantes em exercício, a pretexto de compatibilizar seus processos de renovação com o processo de escolha dos Conselhos criados posteriormente.

²³⁷ Caso a lei municipal não estabeleça os limites para as campanhas dos candidatos, será adotada a sistemática presente na lei eleitoral em vigor. Sendo assim, será vedada, no caso de omissão, a boca de urna, o transporte de eleitores, a distribuição de brindes, etc.

Aqui, seguem algumas sugestões quanto às etapas que devem ser seguidas para o sucesso do processo de escolha:

- 1ª - Nomeação da comissão organizadora pelo CMDCA;
- 2ª - Elaboração e publicação da resolução e/ou edital para regulamentação e abertura oficial do processo de escolha;
- 3ª - Inscrição dos candidatos e exame preliminar das candidaturas;
- 4ª - Publicação da relação dos candidatos inscritos e abertura de prazo para impugnações;
- 5ª - Exame e julgamento dos recursos pela Comissão Organizadora; divulgação das candidaturas deferidas e indeferidas;
- 6ª - Recurso para o CMDCA contra decisão da Comissão Organizadora sobre indeferimento ou impugnação de candidatura;
- 7ª - Publicação das candidaturas definitivas;
- 8ª - Campanha dos candidatos;
- 9ª - Organização do dia da escolha;
- 10ª - Votação, apuração e proclamação dos nomes dos eleitos (titulares e suplentes);
- 11ª - Nomeação e posse dos conselheiros tutelares.

4.4.4.3 - FUNCIONAMENTO

O Conselho Tutelar deve funcionar em prédio de fácil acesso, localizado na área de sua competência, preferencialmente em local já constituído como referência de atendimento à população. Os recursos necessários à instalação e ao adequado funcionamento do CT devem constar do orçamento municipal (art.134, parágrafo único, do ECA) e gozar de absoluta prioridade na sua execução (art. 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d”, do ECA).

O imóvel ou local destinado ao Conselho deve oferecer espaço físico e instalações que permitam o bom desenvolvimento dos serviços dos Conselheiros e o acolhimento digno do público. É recomendável que esse local contenha, no mínimo:

- a) sala ou espaço reservado para o atendimento dos casos – as pessoas não podem ser expostas ao constrangimento de relatar seus problemas pessoais publicamente, em meio a outras pessoas que aguardam atendimento e eventuais curiosos. A inexistência de sala reservada para o atendimento do público representa inaceitável desrespeito para com a população que precisa ser atendida pelo CT, expondo crianças, adolescentes e suas famílias a situações vexatórias, justamente em um momento em que se apresentam fragilizadas e necessitam de apoio e orientação. A intimidade desses cidadãos deve ser preservada;
- b) sala ou espaço reservado para os serviços administrativos de rotina e arquivo – os serviços administrativos típicos devem contar com espaço ou sala específica, de modo que essas atividades não interfiram nas entrevistas com as pessoas atendidas;

- c) sala/espço próprio para recepção e espera – as pessoas que aguardam atendimento não devem ficar do lado de fora do prédio, na sala de entrevistas e tampouco na sala destinada ao serviço administrativo;
- d) sanitários dignos para os Conselheiros e para o público;
- e) placa indicativa do CT, de modo a torná-lo visível para a comunidade e para todos que dele necessitem.

Quanto aos equipamentos e material de consumo é necessário que sejam disponibilizados pelo Poder Executivo:

- a) computador(es) com impressora(s), linha telefônica com possibilidade de ligações interurbanas (rotineiramente, os Conselheiros tutelares precisam fazer contatos com outras localidades, em busca de parentes e serviços de atendimento para crianças e adolescentes em situação de risco), aparelho(s) de telefone(s), fax, livro de registro de ocorrências, biblioteca com publicações especializadas, etc.;
- b) veículo de apoio para o transporte dos Conselheiros no atendimento de “denúncias” que, muitas vezes, ocorrem em bairros e comunidades rurais distantes. Esse é um instrumento de trabalho essencial para o desenvolvimento da função do Conselheiro, pois não se pode exigir que ele gaste do próprio bolso para cumprir suas atribuições;
- c) armários, arquivos, mesas e cadeiras suficientes para acomodar os Conselheiros e o público, bem como o material de consumo (insumos de escritório) e os equipamentos.

Considerando que a função desempenhada pelo Conselheiro Tutelar é de extrema complexidade e de volume intenso, é necessário que o Conselho disponha de pessoal de apoio necessário para desempenhar as tarefas mais burocráticas. É fundamental que a Prefeitura do Município coloque à disposição do CT, com exclusividade, servidores para secretariar os Conselheiros e encarregar-se dos serviços administrativos de rotina (triagem, correspondências, arquivo, etc.). Os Conselheiros não podem ocupar-se com serviços administrativos do dia-a-dia, sob o risco de prejudicar o atendimento às “denúncias” de violações aos direitos de crianças e adolescentes. Também é importante que seja disponibilizado um motorista para o veículo de apoio.

A Prefeitura deve cuidar para que as condições básicas e indispensáveis ao bom funcionamento do CT sejam asseguradas. Essa é uma questão de respeito à população e garantia da prestação eficiente de um serviço público a que tem direito, considerando-se que o CT é órgão público por excelência, de existência obrigatória e permanente em todos os municípios do território nacional (art. 131, do ECA).

Sobre tal obrigação, não existe divergência. Agora, a jurisprudência mineira vem se atualizando e

incorporando os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando que, em caso de descumprimento desses misteres por parte do município, a tutela poderá ser buscada do Judiciário:

DIREITO CONSTITUCIONAL. CONSELHO TUTELAR. GARANTIA DECORRENTE DA CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA SEU REGULAR FUNCIONAMENTO. IMPOSIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável da municipalidade empreender todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e arts. 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90, da Lei n.º 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de tal incumbência ao Poder Judiciário, ainda que em hipóteses excepcionais, não configura qualquer desrespeito ao princípio da separação dos poderes, ‘se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.’ (ADPF45). Súmula: DERAM PROVIMENTO. TJMG. Relatora: MARIA ELZA. Data do Julgamento: 02.07.2009. Data da Publicação: 21.07.2009.

Por fim, cabem duas últimas palavras sobre o funcionamento do CT:

Horário de Funcionamento

Em razão do disposto no art. 134, do ECA, a lei municipal deve estabelecer, expressamente, tanto o horário quanto o local de funcionamento do CT. O CONANDA entende que o funcionamento do CT deve respeitar o horário comercial durante a semana, assegurando-se um mínimo de oito horas diárias para todo o colegiado e rodízio para o plantão, por telefone móvel ou outra forma de localização do Conselheiro responsável, durante a noite e final de semana.

É importante não confundir horário de funcionamento do CT com sessão plenária de deliberação quanto às medidas a serem aplicadas e outros assuntos constantes da pauta, que na prática são distintas. No horário de funcionamento do CT, o órgão ficará aberto à população, tal qual uma repartição pública. Isso não significa que todos os Con-

selheiros tutelares obrigatoriamente deverão estar presentes na sede do CT simultaneamente, visto que são inúmeras as atividades que exigem contato direto destes com a população.

Embora possa o Regimento Interno do CT prever a permanência de ao menos 3 (três) Conselheiros na sede do órgão, é certo que estes também terão por missão a regular visita às comunidades dos mais longínquos lugares do Município e o atendimento de casos em cada local, para o que também deverão contar com veículo e suporte administrativo necessários aos deslocamentos.

O CT não deve funcionar como um órgão estático, que apenas aguarda o encaminhamento de denúncias. Deve ser atuante e itinerante, com preocupação eminentemente preventiva, aplicando medidas e efetuando encaminhamentos diante da simples ameaça de violação de direitos de crianças e adolescentes (Resolução n.º 75, do CONANDA).

SIPIA – Sistema de Informação para a Infância e Adolescência

O SIPIA é um mecanismo criado para instrumentalizar o exercício da função de Conselheiro, gerando também informações que subsidiarão a adoção de decisões governamentais sobre políticas para crianças e adolescentes.

Trata-se de um sistema de informática, já ultimado, que tem como objetivo o registro e o tratamento de informações sobre a promoção e defesa dos direitos fundamentais previstos no ECA. Por meio dele, é possível produzir conhecimentos específicos sobre as situações concretas de violações aos direitos e sobre as respectivas medidas de proteção. A partir do SIPIA, torna-se possível sistematizar a demanda dos Conselhos Tutelares, inclusive por categoria de violação, consubstanciando-se em um mapeamento das violações ocorridas naquela localidade.

Conhecendo a realidade por meio desses dados, os Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos, bem como o CONANDA, podem traçar as diretrizes e prioridades das políticas de atenção à população infanto-juvenil a serem executadas pelo Poder Executivo. Além de servir como uma ferramenta facilitadora do trabalho dos Conselhos, o SIPIA possibilita a geração de dados e estatísticas que tornam possível o mapeamento da real condição em que se encontram crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e/ou social.

Em cada estado existe um Núcleo de Referência Estadual do SIPIA, que é responsável pela implementação e manutenção do Sistema. Atualmente esse Núcleo encontra-se na Subsecretaria de Direitos Humanos, vinculada à SEDESE (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social). Cabe ao CT reivindicar a instalação do programa no Conselho e utilizá-lo na sua rotina de atendimento.

A má notícia é a de que o sistema só “roda” em computadores com determinadas especificações.

Seria interessante que o Promotor de Justiça intervesse no sentido de que esse equipamento mais moderno fosse disponibilizado para o Conselho, para em seguida, instá-los a adotar o sistema, que tanto pode auxiliar a comunidade local na elaboração de políticas que atendam realmente as necessidades da região.

4.4.4.4 - ATRIBUIÇÕES

Pelo que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange às atribuições do Conselheiro Tutelar, sua função precípua é a de, mediante a notícia de desrespeito aos direitos de crianças e adolescentes, detectar a existência real da situação de risco, e aplicar uma das medidas de proteção arroladas no art. 101 da Lei n.º 8.069/90, a que melhor convier para a salvaguarda dos interesses da criança ou do adolescente.²³⁸

Deve ficar claro que a atribuição do Conselheiro Tutelar é a de aplicar a medida de proteção, e não a de executá-la. Desse modo, não é o CT quem executa as medidas socioeducativas em meio aberto, tampouco oferece apoio ou acompanhamento temporário às famílias. É a rede de atendimento local que deverá executar a medida aplicada pelo Conselheiro Tutelar.

Em caso de resistência em se oferecer o serviço, o Conselheiro Tutelar poderá requisitá-lo, e no caso tal, o serviço não poderá ser negado, sob pena do cometimento do crime de desobediência. O juízo de valor quanto a necessidade ou não da medida é do Conselheiro Tutelar.

O que sói acontecer é que, mesmo diante da situação de risco, a rede local não disponha do serviço necessário. Em casos tais, o Conselheiro Tutelar deverá elaborar relatório e enviá-lo ao Promotor de Justiça para as medidas pertinentes.

Caso haja tal comunicação, o representante do *Parquet* deverá provocar o CMDCA, com o fito de que ele delibere sobre tal serviço, expedindo resolução, o que vinculará o chefe do Executivo local.

Em caso de resistência, há um conjunto de possibilidades para a atuação do Promotor de Justiça: realização de audiência pública, com o fito de se mobilizar a opinião pública; a expedição de Recomendação; a assinatura de TAC; o ajuizamento de ação civil pública de preceito cominatório. Sabemos que a resposta do Judiciário não é tão breve

²³⁸ Situação de risco, nos termos de como é tratada no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é a situação de quem está na iminência de sofrer uma lesão a direito seu, ou de quem já sofreu a mencionada lesão.

como gostaríamos. Assim, o recomendável é exaurir as possibilidades de negociação antes de se ingressar com a ação judicial.

No cotidiano das Promotorias de Justiça, notamos que, não raro, com a apreensão de adolescente em virtude do cometimento de ato infracional, ante a dificuldade de se localizar o representante legal do jovem, os Delegados instam os Conselheiros a exercerem tal papel, que não é aceito de bom grado.

Se examinarmos bem atentamente as atribuições do Conselheiro Tutelar veremos que ele não ostenta essa de representar ou assistir o adolescente, substituindo seus representantes legais. Assim, se o Conselheiro se nega-se a assim proceder, estará posicionando-se adequadamente. Uma alternativa, é a de solicitar a presença do defensor público, ou de um advogado dativo em caso de inexistência de defensor na Comarca, o que será muito mais proveitoso ao menino/menina, porque tais profissionais ainda poderão orientar o adolescente do ponto de vista jurídico, diligenciando no sentido de proteger seus direitos processuais.

Outra demanda que as redes tendem a impor ao Conselheiro Tutelar é a de, no caso de criança ou adolescente ser surpreendido desacompanhado dos pais, localizá-los. Por exemplo, em festas como Carnaval ou micaretas, nas quais o afluxo de adolescentes é muito grande, e não raro, em razão da ingestão de bebida, há a necessidade de os pais serem localizados e a Prefeitura de obrigar o Conselheiro Tutelar a localizar os responsáveis pelo adolescente.

Em casos tais, o Conselheiro Tutelar deverá diligenciar no sentido de aplicar a medida de proteção. No entanto, é querer demais que o próprio Conselheiro acompanhe o adolescente ao serviço ou localize os pais. Neste ponto, há que se ter uma equipe de apoio, ficando a incumbência do acompanhamento assim como a localização dos pais com tal equipe.

Suponhamos que a festa seja organizada pela Prefeitura. Em casos tais, a equipe de apoio deverá ser composta pelos servidores lotados na Secretaria de Assistência Social, que é, em tese, mais treinada para este tipo de atendimento. No caso de a festa ser organizada por um empresário particular, deve se condicionar a concessão do alvará (previsto no art. 149, da Lei n.º 8.069/90) ao oferecimento, por parte do próprio empresário, dessa equipe de apoio. Ora, não é o particular que está aferindo lucros com a festividade? Deverá ele arcar com o ônus de facultar a entrada de adolescentes e a disponibilização de bebidas alcoólicas, sem prejuízo das outras sanções.

4.5 - AS PRIMEIRAS ATRIBUIÇÕES DO PROMOTOR DE JUSTIÇA DA ÁREA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente é composto por uma rede horizontal de atores, cada qual com responsabilidades próprias que, como uma engrenagem, deveria atuar em conjunto. O grande desafio do Promotor de Justiça, como já dito, é o de se inserir nessa rede, ou, quando inexistente, estimular sua formação.

Várias medidas podem ser recomendadas ao Promotor de Justiça por ocasião da assunção das competências da Justiça da Infância e da Juventude. A adoção de simples práticas permitirá a integração do membro do Ministério Público à comunidade que o cerca, além de o permitir aos demais órgãos de proteção dos interesses da criança e do adolescente.

Desse modo, conferida a posse no cargo, poderá o Promotor de Justiça:

- a) comunicar a assunção do cargo, por ofício ou outro meio documentável, ao Prefeito do Município, aos vereadores, aos membros do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar, aos órgãos policiais, às secretarias de assistência social, da saúde e da educação;
- b) analisar a legislação municipal relacionada à política de atendimento à infância e à juventude, em especial a que institui e regula o funcionamento do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Conselho Tutelar e do Fundo da Infância e Adolescência dos Municípios que compõem a Comarca;
- c) analisar as deliberações do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente a respeito das políticas públicas do Município, verificando se suas resoluções foram cumpridas pelo Executivo local;
- d) promover todas as medidas cabíveis diante de eventual incompatibilidade da lei municipal ou deliberação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente e das Constituições Federal e Estadual;
- e) organizar arquivo e mantê-lo atualizado, na sede da Promotoria de Justiça, contendo os seguintes documentos: 1) a legislação municipal concernente a sua área de atuação; 2) as deliberações e resoluções do Conselho Municipal de Direitos relacionadas à política de atendimento e ao processo de escolha de seus representantes e os do Conselho Tutelar;
- f) garantir a legalidade e a forma democrática no procedimento de escolha e eleição dos membros do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar;
- g) zelar pela representatividade dos conselheiros eleitos, seja para o Conselho Municipal de Direitos da Criança, seja para o Conselho Tutelar;
- h) como já mencionado, participar, sempre que possível, das reuniões do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, velando para que as decisões tomadas se dêem de forma colegiada e nos termos do Regimento Interno;

i) zelar pelo respeito à autonomia das decisões do Conselho Tutelar, colaborando, sempre que possível e necessário, para o bom desempenho de suas funções;

j) provocar o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente para, quando necessário, expedir de deliberação e resolução normativa, relativas às políticas públicas e aos programas a serem implementados, ampliados ou mantidos na área da infância e juventude;

k) zelar para que, no Plano Orçamentário Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual do Município, a área da infância e juventude seja contemplada com a “preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas” e com a “destinação privilegiada de recursos públicos”, previstas no art. 4º da Lei no 8.069/90;

l) dialogar com a Câmara de Vereadores para propor a discussão e promulgação de leis de interesse para a área, assim como o aperfeiçoamento das já existentes;

m) mapear a rede de atendimento local.²³⁹

²³⁹ Para tal mister, sugerimos que o Promotor de Justiça oficie à Presidência do CMDCA, ente no qual todos os programas e projetos que se dirijam a crianças e adolescentes devem estar registrados, indagando-lhe sobre os seguintes tópicos, afinal este ente deve conhecer melhor do que qualquer outro a rede de atendimento local:

SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - SUAS (neste tópico, sugere-se também que se oficie ao Secretário de Desenvolvimento Social).

- Os CRAS já foram instalados no Município? Quantos são e qual a estrutura física e humana da qual dispõem?
- O atendimento por parte dessa entidade já foi implantado?
- Quais os serviços e/ou programas estão sendo prestados no CRAS?
- Os CREAS já foram instalados no Município? Quantos são e qual a estrutura física e humana da qual dispõem?
- Essa entidade já está atendendo?
- Quais os serviços e/ou programas estão sendo prestados no CREAS?

SAÚDE (neste tópico, sugere-se também que se oficie ao Secretário de Saúde)

- Quantas são as unidades básicas de saúde (UBS) no Município?
- Há CAPS instalado no Município? Qual a modalidade?
- Está implantado o Programa Saúde na Família - PSF?
- Qual a equipe de trabalho? (número de pessoas e qualificação técnica)
- Não havendo CAPS, como é feito o atendimento ao dependente químico e portador de sofrimento mental?

PROGRAMAS DE ESPORTE, LAZER E CULTURA

- Quantos e quais programas existem?
- Número e faixa etária das crianças e adolescentes atendidos.

EDUCAÇÃO (neste tópico, sugere-se também que se oficie ao Secretário de Educação)

- Quantas Escolas existem no município, entre municipais e estaduais, e qual o número de vagas em cada uma delas, com definição das etapas: Infantil, Fundamental I, Fundamental II e Ensino Médio?
- A demanda em cada uma das etapas de ensino é suprida?
- O Município mantém convênio com o FNDE (Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação) para obter

Quando ao exercício das funções jurisdicionais, especialmente as insertas nos incisos do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, recomenda-se que o Promotor de Justiça:

a) verifique se a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer e processar o feito, nos moldes do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois existe a possibilidade de conflito no que concerne à Vara de Família;

b) verifique se a Justiça da Infância e da Juventude possui equipe interprofissional prevista no art. 150 do Estatuto;

c) cheque se a atuação da equipe interprofissional referida e a do Município, mais precisamente aquela inserida no CRAS (Centro de Referência de Assistência Social) e CREAS (Centro Especializado em Assistência Social) não estão sobrepostas, ou, mais comumente, se a equipe do Judiciário está cumprindo as incumbências da rede de atendimento local;²⁴⁰

auxílio no que se refere à merenda e transporte escolar?

- Existe alguma Escola no território do Município que desenvolva programas especiais, como: PEAS JUVENTUDE, ESCOLA QUE PROTEGE, ESCOLA ABERTA, EDUCAÇÃO INCLUSIVA, etc.?

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

- O Município oferece programa de atendimento às medidas socioeducativas de Prestação de Serviços à Comunidade - PSC e Liberdade Assistida (LA)?
- Quem executa?
- Como se compõe a equipe de trabalho?
- Existe levantamento quanto à taxa de “reincidência” dos adolescentes que passam por tais programas?
- O Município recebe do Estado algum repasse financeiro ou treinamento de pessoal para que tais medidas sejam disponibilizadas? No Município existe unidade de internação ou Delegacia Especializada? Existe superlotação? Existe plano de atendimento individualizado aos adolescentes sentenciados?

CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

- O Município dispõe de programa de atendimento às famílias? Quem o executa?
- Há abrigo instalado no Município? Qual o público atendido (gênero/faixa etária)? Qual a instituição responsável p/ execução?
- A entidade conta com equipe multidisciplinar? Há um trabalho de orientação e acompanhamento familiar, visando o retorno da criança/adolescente ao lar?

OUTRAS MEDIDAS PROTETIVAS

- Existe no Município algum programa de profissionalização para adolescentes e jovens?
- O Município está inscrito no PETI? Qual o quantitativo de adolescentes atendidos?
- O Município dispõe de algum programa de combate à exploração e/ou abuso sexual? (ex.: Sentinela, PAIR)
- Especificar outros programas e serviços existentes destinados ao atendimento de crianças e adolescentes e de seus respectivos familiares.

²⁴⁰ O Ministério Público deve estar atento ao fato de que a equipe interprofissional disciplinada nos arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente não presta atendimento, não fazendo parte da rede prevista no artigo 136, até porque atender é função típica do Executivo. O que só acontecer é que, na grande maioria das vezes, a

d) cuide para que em todos procedimentos conste cópia da certidão de nascimento da criança e do adolescente e, se apurada a inexistência de assento no registro civil, requeira que autoridade judiciária determine que isso ocorra imediatamente (art. 102, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente);
e) diligenciar no sentido de verificar os termos da atuação dos Comissários, se existentes na Comarca, sobretudo com o enfoque de se evitar a sobreposição ou conflito de ações entre a atuação dos Conselheiros Tutelares e o Comissariado.²⁴¹

4.6 - O PROMOTOR DE JUSTIÇA E A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

4.6.1 - MEDIDAS DE PROTEÇÃO: CONSIDERAÇÕES PERTINENTES

A Carta de 1988 conferiu ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*).

Nessa linha, o Promotor de Justiça não se ocupa apenas dos direitos coletivos e difusos mas também dos direitos que, apesar de restritos a um indivíduo singularmente considerado, não podem ser renunciados por seu titular: os indisponíveis.

É preciso salientar que os direitos da criança e do adolescente são sempre indisponíveis – indisponibilidade que incorpora tanto as garantias fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à educa-

equipe do Juízo é muito melhor preparada tecnicamente, até porque submetida a concurso público, o que não ocorre com tanta frequência assim no Executivo, cujos cargos em estruturas tais (CRAS e CREAS) são ocupados em razão de indicação do Prefeito, o que acaba por acontecer em virtude de razões políticas e não profissionais, infelizmente. No entanto, tal prática não pode perdurar. O atendimento é de responsabilidade do Município, que, em razão do SUAS, recebe custeio para tanto, repassados pela União e pelo Estado. Portanto, não pode deixar de proceder ao atendimento eficazmente. É bem verdade que o art. 151 atesta que compete à equipe interprofissional desenvolver trabalho de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros. Ocorre, contudo, que tal incumbência é subsidiária à do Executivo, e deve ser entendida, dentro do sistema de tripartição de Poderes, como medidas a serem implementadas em um espaço de conciliação entre as partes, típico do Judiciário, ante a iminência de sentença judicial, tudo no sentido de melhor atender os interesses da criança. Em um caso de processo de extinção do poder familiar, que é, no atual sistema, excepcional, ante o direito subjetivo que o infante tem à convivência familiar e comunitária, nada obsta que durante seu trâmite, a equipe interprofissional oriente ou aconselhe a família, encaminhe-a para serviços municipais no sentido de se afastar a situação de risco em que se encontra a criança. Mais uma vez devemos lembrar que o Código de Menores que previa a atuação administrativa do Judiciário foi revogado há muito tempo.

²⁴¹ A nós parece que a figura do Comissário é ainda resquício do já sepultado no Código de Menores. O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz referência a tal categoria. O art. 151 limita-se a criar a equipe interprofissional. E, ao que parece, equipe interprofissional não é Comissariado.

ção; além dos direitos patrimoniais, vez que nem mesmo os pais, sem permissão da autoridade judiciária, podem negociar os bens dos filhos menores de 18 (dezoito) anos.

Nas palavras de Garrido de Paula (2005):

Todo direito da criança e do adolescente é naturalmente indisponível. Isto porque, na verdade, é sócio-individual, pertencendo igualmente à pessoa e à própria sociedade, que assumiu, notadamente a partir da Constituição de 1988, o dever de promover a proteção integral da infância e juventude. Representa um misto de interesse individual e social porquanto seu objeto compõe-se de um bem individual e de outro bem de toda sociedade, interessada na validação dos direitos da criança e do adolescente para arrimar a construção da cidadania. Assim, o caráter marcadamente público do direito da criança e do adolescente impõe sua defesa também pelo Ministério Público, encarregado pela Constituição Federal do zelo aos interesses sociais e individuais indisponíveis. Age na defesa do interesse social que se agrega ao interesse individual da criança ou adolescente porque o legislador assim o quis, preocupado com a necessidade de validação dessa categoria de direitos, cujo acesso à justiça é dificultado pela própria condição peculiar de infante ou jovem.

É evidente que as garantias fundamentais da criança e do adolescente – direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, ao acesso à cultura, a educação, ao lazer, e a convivência familiar e comunitária, entre tantos outros – estarão sempre sujeitas à tutela do Ministério Público, uma vez que constituem direitos socialmente relevantes.

No entanto, não podem ser olvidados os demais direitos da criança e do adolescente, na medida em que o art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente não limitou a tutela do *Parquet* a um campo específico, atribuindo-lhe a defesa de todos os direitos da criança e do adolescente.

A legitimidade conferida ao Ministério Público, nos procedimentos estatutários, difere da situação de “substituto processual”, comum nos procedimentos de rito processual civil, pois, conforme descreve Garrido de Paula (2005):

Pugnando pela defesa do interesse social reconhecido pelo legislador o Ministério Público cumpre com a atribuição que lhe foi reservada pelo ordenamento jurídico, não estando substituindo a criança ou adolescente no processo. Encontra-se, de forma autônoma, legitimado para a condução do processo porque, na forma convencional, dificilmente as lides envolvendo interesses infanto-juvenis chegariam à composição pelo Judiciário.

Diante dessa ampla gama de direitos a tutelar, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial no seu art. 201, criou instrumentos para a ação do Promotor de Justiça, conferindo-lhe ações e procedimentos diversificados.

Por fim, reiteramos que a defesa do direito individual da criança e do adolescente é sempre indisponível e, por força do texto constitucional, não pode o membro do Ministério Público recusar-lhe tutela. Sobre tal incumbência ministerial, a Jurisprudência não diverge:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRETENSÃO INDIVIDUALIZADA - MINISTÉRIO PÚBLICO - DIREITO INDISPONÍVEL - LEGITIMIDADE ATIVA PARA SUA PROPOSITURA - TRATAMENTO MÉDICO E REALIZAÇÃO DE EXAMES A MENOR - DIREITO À VIDA - RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO EM SEU FORNECIMENTO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 6º, 127, 196, 197, 198 E 227, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O Ministério Público é parte legítima para a propositura de Ação Civil Pública, visando compelir o Ente Estatal ao fornecimento de medicamento a um único menor, por se constituir em direito indisponível. O Município é gestor do Sistema Único de Saúde, portanto, não pode furtar-se de suas obrigações, escorado em querelas administrativas que não elidem sua obrigação constitucional de garantir o direito à vida e à saúde. O direito à saúde é fundamental, conseqüente da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e do direito à vida, se regendo pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços de atribuição do Poder Público, através do Sistema Único de Saúde - SUS, notadamente, no caso em análise, em que constitucionalmente se assegura a prioridade absoluta do dever do Estado de garantir à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde e à alimentação. Súmula: CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO. TJMG. Relator: DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA. Data do Julgamento: 11.02.2008. Data da Publicação: 04.03.2008.

Antes de se verificar cada um dos procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, imprescindível enumerar algumas ressalvas constantes no próprio texto mencionado.

O extenso art. 201 da Lei n.º 8.069/1990 descreve as funções do Ministério Público na área da Infância e Juventude, indicando-lhe tanto atribuições judiciais quanto extrajudiciais e incumbindo-lhe da defesa dos direitos individuais e dos coletivos e difusos.

Apesar da riqueza de seus incisos e parágrafos, o art. 201 traz um rol meramente exemplificativo, não exaurindo todas as funções institucionais que podem ser desempenhadas pelo *Parquet* na defesa dos interesses da infância e juventude brasileira. Seu § 2º estabelece que as atribuições indicadas em seus incisos “não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público”.

Da mesma forma, a atuação do Promotor de Justiça não está limitada às medidas e aos procedimentos indicados na lei estatutária, haja vista que o inc. VIII do art. 201 permite-lhe a adoção de qualquer me-

da, seja ela judicial ou extrajudicial, sempre que se fizer necessário o respeito “[...] aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes”.

Por fim, quanto às ações cíveis, ressalta-se que a legitimação do Ministério Público não afasta a de terceiros, nas mesmas hipóteses, quando decorrentes da legislação civil ou processual civil (art. 201, § 1º).

4.6.1.1 - DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Em se encontrando criança ou adolescente em situação de risco, abre-se caminho para aplicação de algumas das medidas de proteção, aquela que se mostrar mais adequada no caso concreto.

O Ministério Público não aplica medida de proteção. Esse papel cabe com primazia ao Conselheiro Tutelar. Destarte, se o Promotor de Justiça detectar que é situação para a aplicação, poderá solicitá-la ao Conselheiro Tutelar que, em razão de sua autonomia, pode divergir do entendimento ministerial e deixar de aplicá-la. Nesse caso, o *Parquet* poderá representar à autoridade judicial para que aplique a medida de proteção.²⁴²

A regra geral é aquela em que a aplicação das medidas de proteção é feita pelo Conselheiro Tutelar.

Ocorre, contudo, que com as recentes alterações sofridas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, adotou-se mudança na sistemática de aplicação da medida de abrigo que, com a aludida alteração enetada pela Lei n.º 12.010/09, passou a ser chamada de acolhimento institucional.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

²⁴² Note-se que, muito embora seja comum, é possível se cogitar sobre a ilegalidade dos chamados “pedidos de providência”, que podem ser tidos como resquício do famigerado Código de Menores, segundo o qual era autorizado ao Juiz de Menores ser chamado ainda que administrativamente para resolver “problemas” envolvendo tal faixa etária, não se observando o devido processo legal, tampouco a ampla defesa e o contraditório. Ora, a sistemática trazida pela Lei n.º 8.069/90 é totalmente diversa e não prevê a possibilidade de remédio tal. Pode-se até cogitar que se trataria de instituto de jurisdição voluntária, disciplinado pelo Código de Processo Civil. No entanto, este entendimento, *data vêniam*, não merece prosperar. Primeiro porque os procedimentos de jurisdição voluntária são os enumerados taxativamente em lei, segundo Nelson Nery Junior. Segundo, que não existe nada mais litigioso do que a aplicação da medida de acolhimento, sobre a qual os pais devem ter a oportunidade de se manifestar dentro do princípios da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal.

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

IX - colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º Crianças e adolescentes somente poderão ser encaminhados às instituições que executam programas de acolhimento institucional, governamentais ou não, por meio de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária, na qual obrigatoriamente constará, dentre outros: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) .

I - sua identificação e a qualificação completa de seus pais ou de seu responsável, se conhecidos; (incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

II - o endereço de residência dos pais ou do responsável, com pontos de referência; (incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

III - os nomes de parentes ou de terceiros interessados em tê-los sob sua guarda; (incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

IV - os motivos da retirada ou da não reintegração ao convívio familiar. (incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 4º Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário

de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei. (incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) [...].

É preciso deixar claro que a finalidade perquirida com a reforma foi a de tornar a opção pela medida de abrigo mais criteriosa. Essa preocupação já se podia detectar com a edição do plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária pelo CONANDA em 2006.

É preciso dizer que antes da elaboração do referido Plano, o CONANDA solicitou ao IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) uma pesquisa para se levantar as condições em que se encontravam os abrigos no Brasil. As descobertas foram estaremcedoras e revelaram que a excepcional medida de abrigo estava sendo usada indiscriminadamente, de modo a afrontar o direito subjetivo à convivência familiar e comunitária.

Como constou do referido plano:

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC 67 do Ministério do Desenvolvimento Social realizado pelo IPEA/CONANDA mostrou que a institucionalização se mantém, ainda nos dias atuais, como caminho utilizado indiscriminadamente – e, muitas vezes, considerado o único possível – para a ‘proteção’ da infância e da adolescência, demonstrando que o princípio da excepcionalidade da medida de abrigo, contemplado de maneira expressa pelo art.101, parágrafo único, do ECA, não vem sendo respeitado.

[...]

Contrariando o senso comum que imaginava serem órfãos as crianças e adolescentes que vivem nos abrigos, o Levantamento Nacional também mostrou que a grande maioria deles (86,7%) tem família, sendo que 58,2% mantêm vínculos com os familiares. Apenas 5,8% estão impedidos judicialmente desse contato com eles e somente 5% são órfãos. Essas crianças e adolescentes vivem, portanto, a paradoxal situação de estar juridicamente vinculados a uma família que, na prática, já há algum tempo, não exerce a responsabilidade de cuidar deles, principalmente por motivos relacionados à pobreza.

Embora a carência de recursos materiais, de acordo com o ECA, (art.23, *caput*), não constitua motivo para a perda ou suspensão do poder familiar, o Levantamento Nacional identificou que as causas que motivaram o abrigamento da expressiva parcela das crianças e adolescentes encontradas nas instituições de abrigos estavam relacionadas à pobreza, consequência da falha ou inexistência das políticas complementares de apoio aos que delas necessitam. Entre os principais motivos: a pobreza das famílias (24, 2%), o abandono (18,9%), a violência doméstica (11,7%), a dependência química dos pais ou dos responsáveis, incluindo, alcoolismo (11,4%), a vivência de rua (7,0%) e a orfandade (5,2%).

Se de um lado tem havido por parte das autoridades competentes – Conselho Tutelar e Judiciário – uma aplicação indiscriminada da medida de abrigo, de outro lado, a saída do abrigo permanece sendo um desafio. O Levantamento Nacional apontou que o princípio da brevidade da medida do abrigo, estabelecido pelo art. 101, parágrafo único, do ECA, também não vem sendo cumprido, uma vez que mais da metade das crianças e dos adolescentes abrigados viviam nas instituições há mais de dois anos, enquanto 32,9% estavam nos abrigos por um período entre dois e cinco anos, 13,3%, entre seis e dez anos, e 6,4%, por mais de dez anos.

Em relação à possibilidade de adoção a situação também é dramática, uma vez que dentre as crianças e adolescentes abrigadas nas instituições pesquisadas, apenas 10,7% estavam judicialmente em condições de serem encaminhados para a adoção. Além disso, apenas metade desses meninos e meninas (54%) abrigados tinha processo judicial. A outra metade, por certo, lá estava sem o conhecimento do Judiciário, já que muitas crianças e adolescentes foram encaminhadas aos abrigos pelas próprias famílias (11,1%), pela polícia (5,5%), dentre outras instituições que, judicialmente, não teriam tal prerrogativa.²⁴³

Sendo assim, com a aludida alteração, a sistemática de acolhimento até então vigente – a igualdade entre Conselheiro Tutelar e o Juiz para determinar tal medida – foi alterada.

A regra é a de que o acolhimento seja determinado pelo Juiz, seguido o trâmite inserto na lei (com a expedição de guia para que o infante não fique perdido na rede de atendimento e instauração do processo). Com essa mudança, a chance de se ter crianças e adolescentes em unidades de acolhimento sem acompanhamento pelo sistema de Justiça e processo judicial instaurado para que sua situação jurídica seja definida, diminui sensivelmente.

No entanto, excepcionalmente restam ainda hipóteses em que o Conselheiro Tutelar poderá determinar o acolhimento: em caso de violência ou abuso sexual do qual a criança/adolescente sejam vítimas.

4.6.1.2 - COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 12.010/2009

A Lei n.º 12.010/2009 trouxe alterações significativas a diversos artigos da Lei n.º 8.069/90, não só com relação à adoção, muito embora tenha ficado conhecida como “a nova lei de adoção”, mas a todo o regramento destinado à consecução do direito à convivência familiar e comunitária.

Como já mencionado, a primazia é a de que a criança e o adolescente fiquem inseridos em sua família de origem, em razão do direito público subjetivo à convivência familiar e comunitária estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso de a própria família de origem atentar contra os direitos da criança, submetendo-a à negligência ou à violência física ou verbal, de modo a colocá-la em situação de risco, à família deverá ser aplicada a medida de proteção estabelecida no inc. IV do art. 101, havendo-se a necessidade de se desenvolver um trabalho adequado para que tais dificuldades sejam superadas. Devemos lembrar que a retirada do infante de sua família é medida excepcional, de maneira que todas as possibilidades de manutenção da criança em sua família de origem devem ser tentadas pelo sistema de garantias.

Na grande maioria das vezes, a questão de fundo que acaba por repercutir na submissão da criança a esse estado de falta de cuidados e/ou agressão é o alcoolismo/drogadição dos pais. Sendo assim, é crucial que sejam eles advertidos de que, em não havendo regressão desse estado, haverá a possibilidade da perda do poder familiar.

Muitas vezes a rede aposta na reorganização da família para que a criança seja mantida em seu bojo. E tal aposta se mostra em consonância com o ordenamento jurídico em vigor. O grande desafio é o de saber até que ponto deve-se investir, pois, do outro lado temos uma criança que está em situação de desconformidade com relação a seus direitos e que, quanto mais o tempo passa, mais será difícil inseri-la em uma família substituta. Todos sabemos que a demanda por adoção é de crianças mais novas. No entanto, muito embora os investimentos possam ser feitos, poucas são as entidades familiares que respondem bem a tais intervenções. Quem dará o balizamento para a avaliação desse prazo é a equipe técnica, seja do Juízo ou do Poder Executivo local.

Superada essa fase, e concluído que a criança não poderá mais ficar sob os cuidados de sua família de origem, a rede deverá diligenciar no sentido de que a criança ou o adolescente fique sob os cuidados de alguém pertencente à família extensa ou ampliada, definição inserta no § 5º do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal medida, no entanto, só terá cabimento se contemplar os interesses da criança, que se sobrepujam a todos os demais.

Havendo tal colocação na família estendida, recomendável que o Ministério Público diligencie no sentido de que a situação jurídica seja regularizada mediante o ajuizamento da ação de guarda ou de tutela.

Caso não haja possibilidade de colocação na família extensa, a rede, mais precisamente o Conselheiro Tutelar deverá diligenciar no sentido de se detectar a existência de pessoa que nutra para com a crian-

²⁴³ BRASIL. Ministério da Justiça. Plano Nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária. Brasília, 2006.

ça vínculo de afinidade, como uma madrinha, por exemplo, tudo no sentido de se evitar que seja encaminhada à instituição, o que deve ser encarado como a exceção da exceção. Como já dito anteriormente, a atribuição do Conselheiro Tutelar para a colocação na unidade de acolhimento foi restringida claramente pela alteração encetada pela Lei n.º 12.010/2009, que fixa como regra geral que o acolhimento de criança em instituição é da alçada do Juiz. Poderá ser feita pelo Conselheiro Tutelar, apenas no caso de constatação de que a criança ou o adolescente estejam sendo vítimas de violência ou abuso sexual no ambiente em que estiverem inseridos.

A manutenção de crianças e adolescentes nas ‘unidades de acolhimento’, locução que substituiu a palavra abrigo, usada até o advento da citada lei, deverá ser revista semestralmente, não podendo superar o prazo de dois anos. A aludida revisão resulta na necessidade de se reavaliar corriqueiramente as possibilidades existentes para que os infantes sejam o mais rápido possível desligados da unidade que, sem dúvidas, por melhor que seja, nunca substituirá o ambiente propiciado por uma família.

Com relação ao tema adoção, interessante notar que já no parágrafo único do art. 13, o Estatuto da Criança e do Adolescente se preocupa com o encaminhamento que vai ser dado à grávida que pretende dar seu filho à adoção, estatuiu para todo o sistema (assistência social e saúde, sobretudo) que, em se detectando tal possibilidade, seja ela encaminhada ao Judiciário. Esse artigo revela a preocupação do legislador com o possível assédio que a grávida pode sofrer no sentido de oferecer seu filho para aqueles que, de certa forma, querem burlar o cadastro de candidatos da Comarca, previsto no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todos sabemos que no “mercado” de adoção existe uma gravíssima distorção. A procura e a oferta mostram-se absolutamente desencontradas.

Existe uma demanda sem fim por bebês mais novinhos, com idade de até no máximo três anos. As exigências não param por aí. A procura é maior por bebês do sexo feminino, brancos, sem doenças e sem irmãos. Por outro lado, pululam nas unidades de acolhimento meninos e meninas mais velhos, negros e pardos, com irmãos.

Tal desencontro de expectativas acaba por gerar uma “fila” de espera para os candidatos à adoção, que não raro passam anos na expectativa de serem brindados com a criança dos sonhos (a bebê branca e saudável sem irmãos).

Para superar essa espera, detecta-se uma tendência a se burlar a “fila”, ou melhor, o cadastro de candidatos à adoção da Comarca e, aí, surge a possibilidade de a grávida já ser assediada, para que ela, em vez de se encaminhar ao Judiciário, cujo mister é o de diligenciar no sentido de que a ordem do ca-

dstro seja respeitada, entregue direto seu bebê ao postulante à adoção, que pode ou não estar cadastrado. Tal entrega, feita às margens do Poder Judiciário, é uma seriíssima fraude ao cadastro e a todas as garantias que devem estar presentes para os que se candidatam à adoção.

Ora, todos sabemos da expectativa e ansiedade que assaltam os candidatos à adoção, sobretudo no que se refere ao tempo de espera. Permitir que haja burla acaba apenas por reforçar esse sentimento e a crença socialmente disseminada de que se submeter a um processo de adoção é um calvário, o que acaba por espantar possíveis adotantes que poderiam dar um lar verdadeiro a meninos e meninas acolhidos.

Tal fraude acontece porque esse postulante, que conseguiu que a mãe biológica lhe entregasse a criança diretamente, talvez até mesmo em troca de vantagens materiais, depois de algum tempo, poderá argumentar que mantém laços afetivos com a criança na ação de adoção que propuser, o que, segundo o § 3º do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado relevante, o que poderá ser decisivo para a procedência da adoção.

Assim, há que se ressaltar a pertinência de os Promotores de Justiça expedirem recomendação aos serviços públicos municipais, sobretudo os de saúde e de assistência social, indicando sobre a necessidade de, em se detectando uma grávida que esteja cogitando de entregar seu bebê, comunicar o Judiciário da intenção, bem como de alertar para que recorra à equipe interprofissional do Juízo.

Mesmo depois da alteração legal, tivemos notícias de hospital que, ao saber que a mãe não desejava levar o bebê consigo porque tencionava entregá-lo para adoção, entrou em contato não com o Juízo, mas com pessoa que sabidamente na comunidade tinha a intenção de adotar, e entretanto ainda não se teria cadastrado. Esta acabou por levar o recém-nascido consigo para entrar logo depois com a ação de adoção, no lugar de quem, já cadastrado, justamente esperava ser chamado.

Com relação a tais iniciativas, parece-me que o Ministério Público deve ser intransigente na defesa do cadastro, sob pena desse instituto ser transformado em uma pantomima. Em casos como o referido, deverá atuar para que a ordem do cadastro seja seguida. A idéia de se ajuizar uma ação de busca e apreensão da criança não parece desarrazoada, justamente para o fim de se evitar que o vínculo afetivo não seja constituído e evitar que o fraudador leve vantagem sobre outros que tiveram paciência, discernimento e boa-fé.

Seguir o cadastro é a regra, devendo todo sistema cuidar para que ele não seja burlado. Assim, é crucial que o cadastro esteja em ordem.

Nesse ponto, parece-me oportuno também lembrar que alguns postulantes a adoção disponibilizam-se a visitar unidades de acolhimento. Oficialmente a justificativa é a de que pretendem ajudá-los, inclusive fazendo doações materiais. No entanto, em muitas vezes estão à procura da “criança perfeita”, adiantando-se ao sistema. Quando isso acontece, tratam de estabelecer vínculo com a criança, disponibilizando-se para levá-las para casa em ocasião de festas, como o Natal. Mais tarde, sob a alegação da existência de vínculo, tem argumento para, na ação de adoção, convencerem o Juiz em detrimento de quem não tem vínculo mas está em posição anterior no cadastro.

Desse modo, também mostra-se oportuna a expedição de recomendação às unidades de acolhimento para atuarem com cuidado ao deixarem que terceiros estabeleçam vínculos com as crianças ali inseridas. Uma possibilidade é a de que a entidade proponha ao terceiro que se apresente como voluntário a assinatura de um documento em que ele reconheça não ter a intenção de propor ação de adoção com relação a nenhuma das crianças ali acolhidas.

4.6.1.3 - ORIENTAÇÃO, APOIO E ENCAMINHAMENTO TEMPORÁRIOS E A INCLUSÃO EM PROGRAMA OFICIAL DE AUXÍLIO À FAMÍLIA, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

O direito à convivência familiar foi alçado à categoria de direito fundamental por força da Constituição Federal de 1988, que acolheu a doutrina da proteção integral em detrimento da doutrina da situação irregular até então em vigor.

Sob a ótica da doutrina da situação irregular, a institucionalização era considerada uma solução permanente para criança ou adolescente que cometesse alguma infração ou cujos pais fossem ausentes ou, ainda, cuja família estivesse em situação de pobreza. Acreditava-se que, encaminhada a uma instituição total e sob a orientação histórica de uma mentalidade higienista, a sociedade estaria protegida e as crianças e adolescentes permaneceriam nessas instituições até o advento da maioridade.

Atualmente toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família natural (comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes) ou em família substituta, que abrange tanto a família extensa (avós, tios, irmãos e primos), quanto as estranhas ao convívio da criança e do adolescente, sejam nacionais ou internacionais.

Havendo sido estabelecido esse direito, cabe ao Estado e à sociedade diligenciarem no sentido de que tal direito seja concretizado e o primeiro passo a ser dado é o de serem criados serviços de apoio à família, não só econômicos, frise-se. Sendo assim, a medida de proteção consistente na orientação,

apoio e acompanhamento é de suma importância, porque por meio dela visa-se criar condições para que a criança seja mantida efetivamente em sua família de origem, dando-se assim concretude ao direito à convivência familiar.

Antes da colocação em unidades de acolhimento ou em família substituta, deve-se proceder a toda sorte de investimento na família de origem para que ela possa ter condições de criar sua criança. Nesse ponto, parece que o Estado brasileiro é falho. Na maioria das vezes, o que se oferece são programas de repasse de verbas, como o Bolsa Família. No entanto, necessitamos ir além. As dificuldades enfrentadas pelas famílias são de toda ordem, não só econômica.

O Programa Bolsa Família (PBF) é um programa de transferência direta de renda com condicionalidades, que beneficia famílias em situação de pobreza (renda mensal por pessoa de R\$70,00 a R\$ 140,00 – setenta a cento e quarenta reais) e extrema pobreza (renda mensal por pessoa de até R\$ 70,00 – setenta reais), de acordo com a Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004, e o Decreto n.º 5.209, de 17 de setembro de 2004.

Podem fazer parte do Programa Bolsa Família as famílias com renda mensal de até R\$ 140 (cento e quarenta reais) por pessoa devidamente cadastradas no Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico).

As famílias que possuem renda mensal com valor entre R\$70,01 (setenta reais e um centavo) e R\$ 140,00 (cento e quarenta reais), só ingressam no Programa se possuírem crianças ou adolescentes de 0 a 17 anos. Já as famílias com renda mensal de até R\$70,00 (setenta reais) por pessoa, podem participar do Bolsa Família – qualquer que seja a idade dos membros da família.

Logo, se a família se encaixa numa das faixas de renda definidas pelo Programa, deve procurar o setor responsável pelo Programa Bolsa Família no município, munido de documentos pessoais (título de eleitor ou CPF), para se registrar no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico).

Os valores pagos pelo Programa Bolsa Família variam de R\$22,00 (vinte e dois reais) a R\$200,00 (duzentos reais), e de acordo com a renda mensal por pessoa da família e com o número de crianças e adolescentes de até 15 anos e de jovens de 16 e 17 anos.

Ao entrar no Programa, a família se compromete a cumprir as condicionalidades do Bolsa Família nas áreas de saúde e educação, que são: manter as crianças e adolescentes em idade escolar frequentando a escola; e cumprir os cuidados básicos em saúde, qual seja, seguir o calendário de vacinação

para as crianças entre 0 e 6 (zero e seis) anos, e a agenda pré e pós-natal para as gestantes e mães em amamentação.

É evidente e necessário que outros serviços deverão ser oferecidos pelo Município. A Secretaria responsável por tal mister é a de desenvolvimento social. Deve-se ter em mente que por trás de cada criança e cada adolescente em situação de risco, existe uma família em situação de risco. Investir na família é prevenção à violação dos direitos de crianças e adolescentes.

A - O SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

O Sistema Único da Assistência Social (SUAS) compreende um sistema não contributivo, descentralizado e participativo, que tem por função a gestão do conteúdo específico da Assistência Social no campo da proteção social brasileira. Configura-se como o novo reordenamento da Política de Assistência Social na perspectiva de promover maior efetividade de suas ações.

No Sistema Único de Assistência Social, os serviços, programas, projetos e benefícios da Assistência Social são reorganizados por níveis de Proteção Social Básica e Proteção Social Especial.

A Proteção Social Básica tem como objetivo a prevenção, por meio do desenvolvimento de potencialidades, aquisições e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários (o direito ainda não foi violado).

A Proteção Social Especial tem por finalidade proteger de situações de risco as famílias e indivíduos cujos direitos tenham sido violados ou em que já tenha ocorrido o rompimento dos laços familiares e comunitários.

A unidade executora das ações de Proteção Social Básica é o Centro de Referência da Assistência Social (CRAS) e a unidade executora das ações de Proteção Social Especial é o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).

O Centro de Referência da Assistência Social - CRAS é uma unidade pública, de referência local ou regional (pode englobar o atendimento de mais de um Município, nos termos do projeto de instalação), que presta serviços especializados e continuados a indivíduos e famílias com seus direitos violados.

São considerados serviços de Proteção Social Básica:

- a) Programa de atenção integral às famílias - PAIF;
- b) Programa de inclusão produtiva e projetos de enfrentamento da pobreza;
- c) Centros de convivência para idosos;
- d) Serviços para crianças de 0 a 6 (zero a seis) anos que visem o fortalecimento dos vínculos familiares, com ações de socialização e de sensibilização para a defesa dos direitos da criança;

e) Serviços socioeducativos para crianças e adolescentes na faixa etária de 6 a 14 (seis a catorze) anos, visando à sua proteção, socialização e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários;²⁴⁴

f) Programas de incentivo ao protagonismo juvenil, com fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários;

g) Centros de informação e de educação para trabalho direcionado a jovens e adultos.

O Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS – desenvolve os seguintes serviços considerados de proteção social especial:

a) Atendimento a crianças e adolescentes vítimas de abuso e exploração sexual e de violência doméstica (violência física, psicológica, sexual e negligência);

b) Inserção de famílias no Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI;

c) Assistência a crianças e adolescentes em situação de mendicância ou que estejam sob "medida de proteção" ou "medida pertinente aos pais ou responsáveis";

d) Atendimento a crianças e adolescentes em cumprimento de proteção em abrigo ou família acolhedora, e após o cumprimento da medida, quando necessário, suporte à reintegração familiar.

Para que existam CRAS e CREAS no Município é preciso que este ente federativo se habilite perante o Ministério de Desenvolvimento Social, o que poderá resultar em um convênio, por meio do qual a União repassará ao Município determinada verba para que os serviços pertinentes sejam prestados. Um dos grandes problemas que enfrentamos nessa seara é o de que os Prefeitos não realizam concurso público para a admissão dos técnicos (assistente social, psicólogo, etc.), contratando-os por meio da CLT. Isso se traduz em um aspecto dificultador da prestação do serviço: primeiro porque na maioria das vezes os profissionais não têm qualificação razoável, o que é temerário, em razão da complexidade que envolve os casos atendidos. Segundo que, a cada troca do chefe do Executivo local toda a equipe é mudada, o que interfere seriamente na continuidade dos trabalhos. Casos já nos foram relatados de Municípios em que, depois de oito anos de governo de um partido, o da oposição assumiu. Todas as equipes de atendimento foram trocadas, justamente em razão da ausência do vínculo estatutário. Entre a saída das equipes antigas e a contratação das novas passaram-se quatro longos meses. Durante tal período nenhum serviço da assistência social foi executado, entre os quais a concessão do Bolsa Família e do PETI (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil).

²⁴⁴ O vocábulo "socioeducativo" é usado aqui como termo técnico do serviço social, que não tem o mesmo significado da locução quando empregado pelo direito, sobretudo no Estatuto da Criança e do Adolescente. No serviço social, a referida locução é usada para designar ações de promoção social, não se relacionando com a prática de ato infracional, muito ao contrário.

O Promotor de Justiça poderia diligenciar no sentido de garantir que tais equipes fossem admitidas por meio do concurso público, lançando mão inicialmente do TAC, e, no caso de descumprimento, de sua execução. Por mais que a resposta do Judiciário tarde, quando chegar, constituirá um enorme passo para se assegurar que tais serviços serão prestados com melhor qualidade.

É importante destacar que, mesmo que o Município opte por não firmar o convênio, terá ele que prestar todos os serviços mencionados por meio da Secretaria de Desenvolvimento Social.

4.6.1.4 - INCLUSÃO EM PROGRAMA OFICIAL OU COMUNITÁRIO DE AUXÍLIO, ORIENTAÇÃO E TRATAMENTO DE ALCOÓLATRAS E TOXICÔMANOS

Atualmente, a drogadição e o alcoolismo mostram-se como dois grandes problemas a serem enfrentados pela rede de atendimento e pelo sistema de garantias, pois o aumento da demanda cresce em ritmo galopante. Na área da infância e da juventude, etapas na qual o indivíduo se encontra em estado de formação, o problema é seriíssimo, uma vez que, como todos os militantes da área sabem, o tráfico, desde tenra idade, alicia os meninos, desde tenra idade, muitas vezes tornam-se usuários e, em tantas outras, dependentes.

Não bastasse, em levantamento feito em Belo Horizonte, é possível dizer que mais de 60% (sessenta por cento) dos adolescentes que cometem ato infracional estão envolvidos com o tráfico/uso de entorpecentes.

A referida medida de proteção deve ser demandada do sistema de saúde local.

O sistema de saúde trabalha com a regra de que o tratamento deve ser ambulatorial. O relato que vimos obtendo dos Promotores de Justiça do interior é o de que tal tratamento é muito pouco efetivo. Primeiro porque não há voluntariedade – raros são os adolescentes que se dispõem a adimplir a um tratamento ambulatorial por vontade própria. Segundo, as perspectivas do atendimento se mostram pouco eficazes em relação ao incentivo e à pressão do mundo exterior vivenciado pelo menino. Muitas vezes os contextos social e familiar em que o adolescente vive contribuem decisivamente para que o vício permaneça. Não obstante tais constatações que saltam aos olhos de quem milita na área, continua-se a manter um sistema pouco efetivo no sentido de se resgatar o menino desse precipício que é a drogadição.

A porta de entrada do atendimento pelo sistema de saúde faz-se, em tese, a partir do serviço básico de saúde, nos termos da Portaria/SNAS n.º 224/92, tendo como ingresso as Unidades Básicas de Saúde, que distribuem os pacientes – ou pelo menos deveriam – de acordo com suas necessidades pelos demais serviços – Núcleo de Atenção Psicossocial

(NAPS), Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), hospitais-dia e leitos ou alas de psiquiatria em hospitais gerais.

Mais uma vez, vemos que tal fluxo normativamente estabelecido, na prática, também não vem ocorrendo. Casos gravíssimos existem, em que o adolescente está extremamente comprometido com o entorpecente, colocando-se a si e a outros em risco, sem que os CAPS, sobretudo, procedam ao devido encaminhamento, até porque não existem hospitais-dia e leitos ou alas de psiquiatria em hospitais gerais. Neste ponto, é importante frisarmos que, muito embora a legislação preveja e permita o encaminhamento para os leitos em hospitais, desde que exista laudo médico com tal indicação, os entes federativos não oferecem vagas suficientes nesses equipamentos, valendo-se do argumento equivocado de que a reforma psiquiátrica teve como premissa a extinção de serviços tais, o que não deixa de ser uma grande falácia, utilizada apenas para que os investimentos pertinentes não sejam feitos.

Esse fluxo deve obrigatoriamente ser atendido. Caso as equipes deixem de assim proceder, o Promotor de Justiça poderá acionar as Coordenadorias de Saúde Mental Regionais, que poderão agir supletivamente, no sentido de orientar a equipe local, que muitas vezes deixa de agir por falta de preparo e conhecimento do fluxo estabelecido.²⁴⁵

Mesmo que na localidade não exista CAPS I (que é o destinado ao público infanto-juvenil), o CAPS instalado, seja na modalidade que for, terá obrigatoriamente que prover o serviço necessário a essa faixa etária.²⁴⁶

²⁴⁵ A prática tem-nos mostrado que muitas vezes o encaminhamento devido não é feito em razão da falta de leitos em hospitais psiquiátricos.

²⁴⁶ A política de saúde mental está disciplinada em portarias do Ministério da Saúde, e regulamentada pelas Secretarias de Saúde de cada Estado. Atualmente, a legislação que se aplica ao tema são as Portarias n.º 336/GM, de 19.02.2002, n.º 189, de 20.03.2002, e n.º 245/GM, de 17.02.2005, todas do Ministério da Saúde.

O serviço de saúde mental abrange o atendimento tanto da pessoa que apresenta sofrimento mental, como esquizofrenia, depressão, transtorno bipolar, autismo, como a que se mostra dependente e/ou faz uso prejudicial de álcool e outras drogas.

O atendimento de saúde mental deverá acontecer por meio dos Centros de Atenção Psicossocial – CAPS, conforme disciplinado nas portarias supra referidas. Os CAPS adotam a seguinte modalidade, dependendo do número populacional de cada município:

Mod.	Pop. Necessária	A quem se destina
CAPS I	De 20.000 a 70.000 hab.	Pacientes com transtornos mentais
CAPS II	De 70.000 a 200.000 hab.	Pacientes com transtornos mentais
CAPS III	Acima de 200.000 hab.	Pacientes com transtornos mentais
CAPS i	Acima de 200.000 hab.	Crianças e adolescentes com transtornos mentais
CAPS ad	Acima de 100.000 hab.	Pacientes c/ transtornos decorrentes de álcool e outras drogas

A assistência prestada pelos CAPS envolve:

Assistência prestada pelo CAPS I, com funcionamento no período das 08 às 18 horas, em 2 (dois) turnos, durante os cinco dias úteis da semana:

- a) atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros);
- b) atendimento em grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras);
- c) atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio;
- d) visitas domiciliares;
- e) atendimento à família;
- f) atividades comunitárias enfocando a integração do paciente na comunidade e sua inserção familiar e social;
- g) os pacientes assistidos:

- em um turno de 4 horas deverão receber uma refeição diária;
- em dois turnos (8 horas) receberão duas refeições diárias.

Assistência prestada pelo CAPS II, com funcionamento das 8 às 18 horas, em 2 (dois) turnos, durante os cinco dias úteis da semana, podendo comportar um terceiro turno com funcionando até às 21 horas:

- a) atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros);
- b) atendimento em grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras);
- c) atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio;
- d) visitas domiciliares;
- e) atendimento à família;
- f) atividades comunitárias enfocando a integração do doente mental na comunidade e sua inserção familiar e social;
- g) os pacientes assistidos:

- em um turno (4 horas) receberão uma refeição diária;
- em dois turnos (8 horas) receberão duas refeições diárias.

Assistência prestada pelo CAPS III, com funcionamento de serviço ambulatorial de atenção contínua, durante 24 horas, diariamente, incluindo feriados e finais de semana:

- a) atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros);
- b) atendimento em grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras);
- c) atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio;
- d) visitas e atendimentos domiciliares;
- e) atendimento à família;
- f) atividades comunitárias com enfoque na integração do portador de sofrimento mental na comunidade e sua inserção familiar e social;
- g) acolhimento noturno, nos feriados e finais de semana, com no máximo 5 (cinco) leitos, para eventual repouso e/ou observação;
- h) os pacientes assistidos:

- em um turno (4 horas) receberão uma refeição diária;
- em dois turnos (8 horas) receberão duas refeições diárias;
- os que permanecerem no serviço durante 24 horas contínuas receberão 4 (quatro) refeições diárias;

i) a permanência de um mesmo paciente no acolhimento noturno fica limitada a 7(sete) dias corridos ou a 10 (dez) dias intercalados em um período de 30 (trinta) dias.

É preciso destacar que a internação psiquiátrica é juridicamente possível, embora mostre-se como medida excepcional.

A Lei n.º 10.216, que apenas entrou em vigor em 2001, disciplina atualmente as internações psiquiátricas no Brasil, trazendo consigo os paradigmas da chamada Reforma Psiquiátrica. A referida norma se fundamenta na concepção de que a internação hospitalar deve ser considerada apenas como mais um dos recursos terapêuticos existentes, e não o único, garantindo-se ao usuário o direito a ter uma assistência múltipla.

Desse modo, nos termos da lei mencionada, a internação para tratamento mental, em qualquer de suas modalidades (voluntária, involuntária e compulsória), só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes; terá como objetivo a reinserção do paciente em seu meio social; e exigirá estrutura capaz de oferecer-lhe assistência integral, tais como serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros (arts. 3º e 4º), razão pela qual é expressa e totalmente proibida a internação de pacientes com transtornos mentais em instituições asilares, as quais não possuam condições de resguardar-lhes todos os direitos enunciados na lei.²⁴⁷

Assistência prestada pelo CAPS i, com funcionamento no período das 8 às 18 horas, em 2 (dois) turnos, durante os cinco dias úteis da semana, podendo comportar um terceiro turno funcionando até às 21 horas:

- a) atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros);
- b) atendimento em grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras);
- c) atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio;
- d) visitas e atendimentos domiciliares;
- e) atendimento à família;
- f) atividades comunitárias enfocando a integração da criança e do adolescente na família, na escola, na comunidade ou quaisquer outras formas de inserção social;
- g) desenvolvimento de ações inter-setoriais, principalmente com as áreas de assistência social, educação e justiça;
- h) com relação às refeições, a norma é a mesma aplicada aos demais CAPS.

Assistência prestada pelo CAPS ad, que funcionará das 8 às 18 horas, em 2 (dois) turnos, durante os cinco dias úteis da semana, podendo comportar um terceiro turno funcionando até às 21 horas:

- a) atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros);
- b) atendimento em grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras);
- c) atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio;
- d) visitas e atendimentos domiciliares;
- e) atendimento à família;
- f) atividades comunitárias enfocando a integração do dependente químico na comunidade e sua inserção familiar e social;
- g) refeições: o mesmo procedimento;
- h) atendimento de desintoxicação.

²⁴⁷ Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Além do caráter excepcional dessa medida, destaca-se que, em qualquer modalidade, a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, como o fato de o paciente estar colocando a si ou a outrem em situação de risco, nos termos da exigência contida no art. 6º da Lei n.º 10.216/01.

O Estado de Minas Gerais conta hoje com um único hospital destinado à internação psiquiátrica de crianças e adolescentes – o CEPAE –, sendo que o número de leitos é extremamente diminuto. O que ocorre é que o encaminhamento do adolescente, mesmo com laudo emitido nos termos legais, não é aceito por falta de vaga, o que é sem dúvida um despropósito e uma afronta a todos os princípios constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição da República.

Em casos tais, sugere-se ao Promotor de Justiça que ajuíze a ação pertinente, pedindo que o adolescente/criança seja internado, nos termos do que estabelece o laudo médico, em instituição hospitalar pública e, no caso de ausência de vaga, que seja internado em hospital particular às expensas do poder público.

Contudo, a dificuldade, pelo que se vê, muito embora seja mais visível e trágica no que se refere à ausência de vagas para a internação psiquiátrica do público infante-juvenil, com relação ao atendimento ambulatorial, a situação não é melhor.

Em recente conferência realizada pelo CAO-Saúde, no dia 03 de fevereiro de 2010, os conferencistas presentes (Hélio Lauer de Barros, da Associação Brasileira de Psiquiatria; Cláudia Guimarães Rocha Miranda, referência técnica da saúde mental da criança e adolescente da Coordenação Estadual de Saúde Mental; Luiz Andrade, Presidente do Conselho de Políticas Antidrogas de Minas Gerais; Marta Elizabeth Souza, Coordenadora Estadual de Saúde Mental, e Geisa Fernandes Calder, Superintendente de Prevenção, Tratamento e Reinserção Social da Subsecretaria de Políticas Antidrogas) reconheceram que o número de CAPs instalados é absolutamente insuficiente. A Coordenação Estadual da Saúde Mental sugeriu como número ideal a instalação de:

- CAPS 1: elevar o número de 71 existentes para 175;
- CAPS 2: elevar o número de 43 existentes para 62;
- CAPS 3: elevar o número de 8 existentes para 23;
- CAPS i: elevar o número de 10 existentes para 55;
- CAPS ad: elevar o número de 14 para o de 91.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e,
internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.”

Como podemos notar, o *deficit* no atendimento ambulatorial em saúde mental é gigantesco. Sugermos aos Promotores de Justiça que, segundo o número de habitantes existentes no Município componente da Comarca, diligenciem no sentido de que seja instalado o CAPS adequado para garantir o atendimento pertinente.²⁴⁸

²⁴⁸ Conforme exposto no art. 13º da Portaria nº 189/2002, é de responsabilidade dos Gestores Estaduais, o processo de cadastramento de novas unidades e recadastramento dos CAPS existentes que, em síntese, seguirá o seguinte fluxo:

1º - requerimento dos Gestores Municipais à Comissão Intergestores Bipartite, por meio do Secretário de Estado de Saúde;

2º - Aprovação do cadastramento pela Comissão Intergestores Bipartite; (em caso de não aprovação, retornará o projeto ao Gestor Municipal para adequação ou arquivamento).

3º - Remessa do processo para a Área Técnica de Saúde Mental e se necessário, também à Câmara Técnica da Comissão Intergestores Tripartite, para o devido parecer. Sendo o parecer favorável, o processo será encaminhado ao gestor estadual para efetivar o credenciamento.

Frise-se que em razão da especificidade e da complexidade do atendimento em saúde mental, que requer um aparato apropriado, sugere-se a associação entre Municípios próximos (Consórcios entre Municípios), a fim de propiciar o atendimento em todas as modalidades de CAPS, de forma regionalizada. O projeto, portanto, deverá especificar a área de abrangência do serviço.

Segundo as diretrizes da Portaria 336/GM/2002, também do Ministério da Saúde, as equipes técnicas devem ter a seguinte composição:

a) CAPS 1 - 01 médico com formação em saúde mental; 01 enfermeiro; 03 profissionais de nível superior entre as categorias profissionais de psicologia, assistência social, terapia ocupacional, pedagogia ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico; 04 profissionais de nível médio (técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão).

b) CAPS 2 - 01 médico psiquiatra; 01 enfermeiro com formação em saúde mental; 04 profissionais de nível superior entre as categorias profissionais de psicologia, assistência social, terapia ocupacional, pedagogia ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico; 06 profissionais de nível médio (técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão).

c) CAPS 3 - 02 médicos psiquiatras; 01 enfermeiro com formação em saúde mental; 05 profissionais de nível superior entre as categorias profissionais de psicologia, assistência social, terapia ocupacional, pedagogia ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico; 08 profissionais de nível médio (técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão).

d) CAPS i - 01 médico psiquiatra, ou neurologista ou pediatra com formação em saúde mental; 01 enfermeiro; 04 profissionais de nível superior entre as categorias profissionais de psicologia, assistência social, enfermeiro, terapia ocupacional, pedagogia, fonoaudiologia ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico; 05 profissionais de nível médio (técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão).

e) CAPS ad - 01 médico psiquiatra; 01 enfermeiro com formação em saúde mental; 01 médico clínico, responsável pela triagem, avaliação e acompanhamento das intercorrências clínicas; 04 profissionais de nível superior entre as categorias profissionais de psicologia, assistência social,

Ainda com relação ao presente tema, imprescindível abordarmos a tormentosa questão das comunidades terapêuticas.

De início, importante estabelecer que comunidade terapêutica é diferente de “fazendinha de recuperação”.

A instituição da comunidade terapêutica, em nível estadual, não é ligada ao SUS, mas sim à Subsecretaria de Políticas Antidrogas que, dentro da estrutura do Estado, é adjunta à Secretaria de Esportes e Juventude.

O Sistema Público de Saúde não investe em estruturas tais. Na quase totalidade das vezes, trata-se de uma iniciativa do particular (ONGs, Igrejas, etc.) que, sensibilizado pelos problemas trazidos pelo vício, oferece tal serviço, que surge muito em razão da ineficiência da política de saúde mental existente. O Estado de Minas Gerais, por meio da Subsecretaria mencionada mantém 28 comunidades terapêuticas, na perspectiva de atendimento complementar ao já realizado pelo sistema de saúde, de maneira a lhe servir de incremento. Note-se então que, pelo discurso oficial, a comunidade terapêutica é apenas um complemento das iniciativas implementadas pela saúde e outras áreas, como a assistência social. A Subsecretaria Antidrogas além de manter essas 28 unidades, credencia as particulares que se apresentam regulares, e orienta as que estão fora do padrão fixado na Resolução RDC n.º 101, de 30 de maio de 2001, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Outras tantas, cerca de 270 em todo o Estado, geralmente são constituídas por particulares, que nem sempre têm conhecimento técnico na área e não apresentam o devido enlace com os sistemas de saúde e assistência social.

Alguns estudiosos do tema reconhecem que entidades tais, desde que devidamente estruturadas e com uma proposta terapêutica clara e bem desenvolvida, possam consubstanciar-se em instrumento

terapia ocupacional, pedagogia ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico; 06 profissionais de nível médio (técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão).

Outros elementos que deverão ser considerado para a instalação de tais equipamentos de saúde:

- Os CAPS só poderão funcionar em área física específica e independente de qualquer instituição hospitalar;
- O estabelecimento que se habilitar em CAPS III, com funcionamento de 24 horas por dia, deverá ser referenciado a um serviço de atendimento de urgência / emergência geral de sua região, que dará o suporte de atenção médica;
- Os estabelecimentos deverão contar com Serviço de Nutrição e Dietética – SND, lavanderia e CME – Central de Material Esterilizado, dimensionados conforme RDC n.º 50/02 (norma expedida pela ANVISA), podendo tais serviços serem terceirizados, desde que o estabelecimento contratado disponha de Alvará de Funcionamento.

favorável para o abandono do vício. Nós, Promotores de Justiça, devemos estar atentos para a atividade que desenvolvem e se estão em consonância com a RDC mencionada. Sugere-se, caso exista comunidade terapêutica em Município componente da Comarca, que se solicite à Vigilância Sanitária inspeções corriqueiras. Também é interessante que o membro do *Parquet* solicite a proposta terapêutica encampada pela entidade para avaliação de sua pertinência (quanto a este exame, poderá ser acionado perito do Central de apoio Técnico (CEAT). No caso de inadequação da proposta, ou de inexistência, antes de se pleitear o fechamento da entidade, que bem ou mal presta um serviço que muitas vezes o Estado não oferece, é mais interessante propor sua adequação aos ditames normativos mediante a provocação da Subsecretaria de Políticas Antidrogas e da Vigilância Sanitária do que se requerer judicialmente seu fechamento, pelo menos até onde for viável a adequação.

Quem regulamentou a prestação do serviço atinente às comunidades terapêuticas foi a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), de maneira que a orientação para adequação, muito embora possa ser dada pela Subsecretaria de Políticas Antidrogas, de maneira a estabelecer a melhor forma de atendimento, enquanto a fiscalização relativa à adequação do serviço deve ser solicitada à Vigilância Sanitária.

A comunidade terapêutica, para funcionar de forma regular, deve possuir alvará da ANVISA e do município, assim como um projeto terapêutico e um profissional registrado.

Nos moldes como está posta, a comunidade terapêutica não pode obstar o direito de ir e vir, devendo diligenciar no sentido de promover a reinserção social do paciente e não a exclusão. Internação com impedimento do direito de locomoção só em estabelecimento hospitalar. Em comunidade terapêutica, esse direito mantém-se intacto.

4.6.1.5 - CRIANÇAS/ADOLESCENTES AMEAÇADOS DE MORTE

O Estado de Minas Gerais, muito em função da cobrança do sistema de proteção, incluindo-se aí o Ministério Público e a sociedade civil organizada, oferece um serviço de proteção, o PPCAM (Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte), sob coordenação da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência e realizado por meio da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social (SEDESE).

Em se detectando ameaça de morte destinada a criança e adolescente, o programa deve ser acionado.

As portas de entrada são o Poder Judiciário, os Conselhos Tutelares e as Promotorias de Justiça, que geralmente são os entes que recebem a notícia

de que existe a ameaça e avaliam se ela se mostra verossímil, o que deve bastar para o programa ser acionado. Destaque-se que não é necessária prova da ameaça para o encaminhamento ao programa. Bastam indícios, até porque se a ameaça for verdadeira, o tempo gasto para a obtenção da prova poderá se mostrar prejudicial à proteção efetiva do menino/menina.

Desse modo, Poder Judiciário, Conselho Tutelar e Promotorias de Justiça, na medida que decidirem por acionar o serviço, deverão remeter informações básicas para a identificação da situação de ameaça de morte, procurando identificar os seguintes elementos:

- a) a qualificação mínima do ameaçado;
- b) o representante legal do ameaçado;
- c) se a pretensa vítima é menor de dezoito anos;
- d) motivos da ameaça;
- e) local da ameaça;
- f) quando a ameaça ocorreu;
- g) necessidade ou não de a proteção se estender a outros membros da família;
- h) impossibilidade da proteção pelos meios convencionais.

Observe-se que as solicitações ao programa devem ser feitas por meio de documento oficial.

Enviado o pedido, a aceitação do caso no programa não é automática. Contudo, muito embora não seja automática, imediatamente a pretensa vítima deverá ser retirada do local pelo Programa. Para se avaliar se é caso ou não de inclusão, primeiro é preciso avaliar se a potencial vítima e sua família concordam em ser integrados. A proposta, não raro, envolve o abandono do local de residência e de muitos laços afetivos, o que se consubstancia em ponto de dificuldade para a inclusão. Muitos adolescentes se mostram absolutamente refratários à proposta, preferindo conviver com o risco. Esse aspecto merece ser muito bem avaliado, até do enfoque psicológico porque não raro adolescentes, e até seus familiares, desistem de permanecerem no programa, retornam ao local onde foram ameaçados, e divulgam notícias sobre as pessoas com quem tiveram contato e as instituições pelas quais passaram, colocando em cheque toda a segurança da estrutura.

Assim, recebendo o Promotor de Justiça a notícia de possível ameaça de morte, ofício contendo os elementos mencionados poderá ser enviado ao Programa por fax.

4.6.2 - OS PROCEDIMENTOS DE CUNHO FAMILIAR

O direito ao convívio familiar e comunitário é direito público subjetivo de crianças e adolescentes, garantia fundamental estabelecida nos textos constitucionais (art. 227) e estatutário (art. 19), *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A família desempenha papel essencial no processo de desenvolvimento da criança e do adolescente. Além de ser a instituição mais adequada ao atendimento das necessidades de subsistência.

Conforme expõe Cintra (2003, p. 100), “[...] a família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo”.

Acolhendo tal entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu uma série de artigos principiologicos, norteadores da atuação do operador jurídico, a seguir arrolados:

Preferência pela família natural

A preferência pela família natural decorre da leitura do art.19, que confere o caráter excepcional à família substituta, priorizando os laços consanguíneos, que deverão ser mantidos sempre que possível. Entretanto, a prevalência da família biológica sob a substituta apenas se prevalecerá na medida em que a família natural conceder à criança ou ao adolescente tratamento benéfico e não afrontar nenhum de seus direitos fundamentais. Assim, se se detectar que a família natural carece de condições emocionais e afetivas, se o ambiente familiar não for “[...] livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (art. 19), ainda que seja vontade dos pais biológicos ter com eles seus filhos, a estes deverá ser designada família substituta.

Igualdade entre os filhos

A igualdade entre os filhos, por sua vez, foi uma das mais significativas alterações introduzidas pela Constituição da República de 1988, quando, por seu art. 227, § 6º, determinou que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Agora, não importa se o filho foi tido fora do casamento ou em razão de adultério. Todos, independentemente da relação da qual sejam oriundos, têm o mesmo estatuto jurídico.

O exercício do poder familiar

Outra novidade introduzida pela Carta Magna é o exercício do poder familiar em igualdade de condições entre o pai e a mãe, o que não poderia ser diferente ante o princípio da igualdade, também constitucionalmente adotado. Consoante se depreende da leitura do § 5º do art. 226: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, da mesma forma, não se manteve omissivo, disciplinando no art. 21:

Art. 21. O pátrio-poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Assim como ocorreu a questão da filiação, foi a Constituição Federal que estabeleceu a gerência da sociedade conjugal e do poder-familiar tal qual hoje se conhece. Na história jurídico-social brasileira, desde o Brasil Colônia até a década de 60, o pai e marido - o "chefe da família" - exercia com exclusividade a gerência da família, impondo sua vontade sobre a de seus filhos e a de sua esposa.

Apenas a partir de 1962, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121), é que a brasileira foi conferida a possibilidade de exercer o “pátrio-poder” na qualidade de “colaboradora do marido” –, condição que perdurou até a publicação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, quando se reconheceu a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher.

No ordenamento jurídico em vigor, a gerência da família é dever comum do homem e da mulher e, conseqüentemente, o poder familiar é exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe.

Os deveres decorrentes do poder familiar

Atualmente, dentro da nova sistemática adotada pela Constituição, o poder familiar caracteriza-se por sua “indisponibilidade” e “irrenunciabilidade”, ou seja, os pais não podem dele dispor, a título gratuito, menos ainda a título oneroso, podendo desta última conduta resultar em crime, nos termos do art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outrossim, caracteriza-se como direito imprescritível, de modo que, enquanto perdurar a menoridade civil dos filhos, o poder familiar se extingue

em razão do estatuído na lei: morte, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial em procedimento de perda ou suspensão do poder familiar (art. 1.635 do Código Civil).

O poder familiar, apesar de sua denominação, assemelha-se mais a um “poder/dever”, haja vista que, se de um lado confere o direito de criar o filho e com ele partilhar valores, de outro, impõe o dever de lhe oferecer as condições materiais de seu sustento, de sua segurança e de sua educação.

Os deveres decorrentes do poder familiar encontram-se descritos na legislação civil (art. 1.634) e estatutária (art. 22), *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Nas palavras de Ferreira (2004), “o direito dos pais em ter os filhos em sua guarda e companhia não é absoluto e resulta do correto exercício do poder familiar”. Assim, os pais devem atender à exigência da lei civil e estatutária, garantindo o pleno, saudável e normal desenvolvimento de seus filhos, sob pena de serem aplicadas as medidas da Lei, inclusive a perda ou suspensão do poder familiar.

Por fim, interessante lembrar, que a destituição ou suspensão do poder familiar não desonera pai e mãe de, eventualmente, em estando presentes os requisitos, pagar alimentos à prole.

Gonçalves (2002), ao comentar o conteúdo do poder familiar quanto à pessoa dos filhos, argumenta que:

A infração ao dever de criação configura, em tese, o crime de abandono material (CP, art. 244) e constitui causa de perda do poder familiar (Código Civil, art. 1.638, inc. II). A perda deste não sobrecarrega os pais de sustentar os filhos, sendo-lhes devido alimentos ainda que estejam em poder da

mãe, em condição de mantê-los. Não fosse assim, o genitor faltoso seria beneficiado com a exoneração do encargo, que recairia integralmente sobre o outro cônjuge. Ora, a suspensão e perda do poder familiar constituem punição e não prêmio ao comportamento faltoso.²⁴⁹

O poder familiar e a escassez de recursos financeiros

Diante da realidade social que nos assola, é importante compreender que, diante da nova ordem constitucional, a falta de recursos não constitui motivo suficiente para a perda ou mesmo suspensão do poder familiar (art. 23, *caput*). “Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio” (art. 23, parágrafo único).

A inclusão do art. 23 no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente importou em um grande avanço legislativo, à medida que se contrapõe ao art. 2º, inc. I, alínea “b”, do Código de Menores, que considerava em situação irregular a criança ou o adolescente privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão da manifesta impossibilidade de os pais ou o responsável para provê-la.

O Código de Menores, por sua “doutrina da situação irregular”, na verdade, punia as famílias pobres por sua situação de miserabilidade, imputando-lhes a responsabilidade por essa condição, desincumbindo o Estado do dever de promover a igualdade social.

Pela nova ordem social, em especial pelo que determina o parágrafo único do art. 23, cabe ao Estado suprir as condições materiais quando as falte à família, incluindo a criança, o adolescente e os demais em programas sociais. Aliás, a inclusão em programas tais é uma das medidas de proteção aplicáveis pelo Juiz/Conselheiro Tutelar.

A dificuldade encontrada é a de o Município efetivamente oferecer um serviço de tal natureza, e que ele tenha resolutividade no sentido de criar condições de reversão da condição econômico-social na qual se encontra a família que, em razão disso, tem poucas condições de cuidar bem de seu pequeno.

4.6.2.1 - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A Constituição Federal de 1988 determinou que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, §6º).

Diante da nova ordem constitucional, foi publicada a Lei n.º 8.650/1992, que regulou a ação de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, compartilhando legitimidade entre o Ministério Público (art. 2º, § 4º) e os demais interessados (art. 2º, § 5º).

De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.650/92 ocorrendo o registro de nascimento de criança apenas com a maternidade estabelecida, deverá o oficial remeter ao Juiz a certidão integral do registro e o nome e prenome, a profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

O Magistrado deverá, sempre que possível, ouvir a mãe sobre a paternidade alegada e determinar, em qualquer caso, a notificação do suposto pai, independentemente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída (art. 2º, § 1º).

Caso o suposto genitor confirme expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro para a devida averbação (art. 2º, § 3º). Todavia, se o suposto pai não atender à notificação judicial no prazo de trinta dias, ou negar a paternidade, a autoridade judiciária deverá remeter os autos ao Ministério Público, para que este intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade (art. 2º, § 4º).

Na ação de investigação de paternidade interposta pelo Ministério Público, o Promotor de Justiça atua como substituto processual, de modo que não impede quem tenha legítimo interesse de intentar investigação visando obter o reconhecimento da paternidade (art. 2º, § 5º).

No entanto, caso o Promotor de Justiça não tenha interposto a ação de investigação, deverá, necessariamente, acompanhá-la como *custos legis*, nos termos do que estabelece o Código de Processo Civil em seu art. 82:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:
I - nas causas em que há interesses de incapazes;
II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio-poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;
[...].

Diante do exposto, seja como fiscal da lei, seja como substituto processual, deverá o Membro do Ministério Público certificar-se de que o direito da criança e do adolescente seja fielmente respeitado, salvaguardando-se, em especial, o atendimento ao art. 7º da Lei nº 8.560/1992, que determina que a sentença reconhecidora da paternidade fixará os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

²⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Saliente-se, outrossim, que os registros de nascimento, anteriores à Lei n.º 8.560/1992, poderão ser retificados por decisão judicial, ouvido o Ministério Público (art. 8º).

Importante destacar que a Lei n.º 9.534, de 10 de dezembro de 1997, deu nova redação à Lei n.º 6.015/73, que regulamenta o registro público, passando o art. 30 a ter os seguintes termos:

Art. 30. Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva.

§ 1º Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil.

§ 2º O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso, acompanhada da assinatura de duas testemunhas.

Sendo assim, tanto o registro de nascimento quanto a primeira certidão a ser expedida não poderão ser cobrados pelo Cartório. Em caso de descumprimento de tal comando, o Promotor de Justiça poderá representar o oficial ao Juiz incumbido dos Registros. Não havendo sucesso, a representação, desta feita, deverá ser firmada perante a Corregedoria-Geral de Justiça.

No caso de averbação, o que pode ocorrer se houver reconhecimento posterior da paternidade em razão da decisão judicial prolatada na ação de investigação de paternidade, caso a parte, durante o processo, tiver sido beneficiada pela assistência judiciária em razão da hipossuficiência econômica, a averbação advinda do mandado judicial também não poderá ser cobrada. Frise-se, no entanto, que tal informação deverá estar expressa no mandado de averbação, devendo o Promotor de Justiça diligenciar para que o Juiz tome tal cautela. Nesse sentido, o TJMG já se manifestou:

RECLAMAÇÃO. EMOLUMENTOS. ISENÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. - Estende-se ao beneficiário da assistência judiciária a isenção do recolhimento dos emolumentos e da Taxa de Fiscalização Judiciária, devidos em razão dos atos notariais e de registro, decorrentes do cumprimento de mandado e alvará judicial. TJMG. Processo n.º 1.0000.06.442601/000 (1) Relator: JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES. Data do Julgamento: 03.09.2007. Data da Publicação: 10.10.2007.

4.6.2.2 - PROCEDIMENTO DE DESTITUIÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O Ministério Público possui atribuição para promover e acompanhar o procedimento de suspensão ou de destituição do poder familiar, consoante a determinação trazida pelos arts. 155 e 201, inc. III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, caso o Promotor de Justiça não participe da lide como requerente deverá, necessariamente, acompanhá-la a título de *custos legis*, certificando-se de que os interesses da criança e do adolescente prevaleçam.

Antes de se discutir o procedimento, é importante destacar a ressalva feita por Venosa (2003, p. 369):

A suspensão ou destituição do pátrio-poder constituem-se menos em um instituto punitivo dos pais e mais um ato em prol dos menores, que ficam afastados da presença nociva.

Na prática, o exame da pertinência do ajuizamento da ação referida não é tarefa simples. Deve haver nisto precisão, pois não é fácil perceber quando as possibilidades da criança ser mantida em sua família de origem se esgotaram. O apoio técnico de equipe interdisciplinar nessa avaliação é imprescindível.

Ferreira (2004) aponta a grande dificuldade de descobrir o momento certo para ingressar com a ação de perda ou suspensão do poder familiar, em especial quando é certo que, se provido o pedido, será a criança ou o adolescente destinado a abrigos. Assim, indica-nos que:

Tanto na hipótese de causa social como na de natureza pessoal, o momento adequado para se ingressar com a ação de destituição do poder familiar resulta do confronto de dois direitos básicos: a) a dos pais em ter os filhos em sua guarda e companhia e b) o direito dos filhos à convivência familiar em ambiente adequado (art. 29 do ECA). Este último direito deve prevalecer em relação aos pais, posto que a ele foi garantida a prioridade absoluta.

De outro lado, o direito ao convívio familiar é direito fundamental da criança e do adolescente (art. 19, do ECA) e, pela ótica estatutária, o abrigo é medida provisória e excepcional, permitidas apenas como forma de transição para a colocação em família substituta (art. 101, parágrafo único, do ECA).

Precisamos, no entanto, destacar que, não obstante a notável alteração dos comandos da lei, ainda hoje a realidade brasileira apresenta sérias distorções no que tange à institucionalização de crianças. Segundo consta do Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária²⁵⁰:

[...] a institucionalização se mantém, ainda nos dias atuais, como caminho usado indiscriminadamente – e, muitas vezes, considerado o único possível – para a proteção da infância e adoles-

²⁵⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Plano Nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.** Brasília, 2006.

cência, demonstrando que o princípio da excepcionalidade da medida de abrigo não vem sendo respeitado.

Não é raro que encontremos crianças abrigadas há anos, sem que se diligenciasse no sentido de colocá-las em família substituta. Abrigos se tornaram depósitos de crianças, que cresceram sem a oportunidade de viverem acolhidas em uma família. Casos há que nem o sistema de Justiça conhecia o abrigamento excessivamente prolongado da criança, às vezes por cinco, seis anos. Tal ocorreu por uma falha grave da atuação do Conselho Tutelar/ dirigente do abrigo, que tinha, na sistemática anterior do Estatuto da Criança e do Adolescente, prazo de 48 horas para informar sobre a institucionalização ao Ministério Público, justamente para que as medidas judiciais pertinentes fossem tomadas.

Para combater essa aberração é que a Lei n.º 8.069/90 sofreu algumas alterações, ensejadas pela promulgação da Lei n.º 12.010/2009. O novo diploma trouxe uma sistemática diferente para o encaminhamento de crianças e adolescentes às unidades de acolhimento (os antigos abrigos, na nomenclatura usada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente anteriormente). A inserção em unidades tais agora deverá contar com o monitoramento do Juiz e do Promotor da área.

Diante disso, Ferreira (2004) propõe como solução ao abrigo o processo inverso da institucionalização, qual seja:

- a) buscar condições para o retorno da criança ou do adolescente para sua própria família ou à família estendida, assim compreendida os parentes próximos, dispostos a assumir os seus cuidados, e que mantenha, com eles, relação de afinidade e afetividade;
- b) ingressar com a destituição do poder familiar, para garantir a colocação da criança em família substituta, de preferência na modalidade de adoção.

Destarte, antes de ajuizar a demanda pertinente, o representante do *Parquet* deverá avaliar as condições de manutenção da criança ou do adolescente em sua família de origem, haja vista o seu caráter privilegiado conferido pelo art.19 da Lei n.º 8.069/1990. Outrossim, dever-se-á avaliar se há condições de colocação dessa criança ou desse adolescente em família substituta, uma vez que o abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável apenas como forma de transição para a colocação em família substituta (art. 101, parágrafo único).

Para que ocorra a perda ou a suspensão do poder familiar por meio de decisão judicial, deverão ser respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, durante todo o procedimento judicial, e a sentença condenatória deverá fundar-se em uma das hipóteses estabelecidas pelo art. 1.638 do Código Civil, ou no descumprimento injustificado dos deveres e das obrigações a que alude o art. 22 da Lei n.º 8.069/90 (art. 24), *in verbis*:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. antecedente.

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Inicialmente, há de se destacar que a Lei não impõe prazo certo e determinado para o ingresso com procedimento para a suspensão ou a destituição do poder familiar, ficando a cargo do impetrante analisar o momento propício e adequado para tanto. Entretanto, o que se recomenda é que a decisão acerca do ingresso, ou não, da ação seja rápida, a fim de resolver o problema e evitar que a criança ou o adolescente fique abrigado por longos períodos.

O que não se recomenda é o ingresso da “ação de verificação de situação de risco”, ou de “pedido de providência”. Tais procedimentos não fazem mais sentido após o advento do Estatuto. Em síntese: ou os órgãos públicos em geral aplicam automática e rapidamente as medidas de proteção, sem se valer da esfera judicial, ou o Ministério Público ingressa com a suspensão ou destituição do poder familiar. A prática tem mostrado que as “ações de verificação de situação de risco” ou os “pedidos de providência” costumam demorar tempo considerável com os trâmites cartorários para se obter as medidas de proteção que o Estatuto já faculta.

Ademais, a verificação da situação de risco pode ser aferida pelo Conselho Tutelar, mas também pelo próprio Ministério Público que poderá, mediante a instauração de procedimento administrativo, requisitar informações para o levantamento da situação na qual se encontra a criança do sistema de saúde, educação e de assistência social (CRAS e CREAS).

O procedimento judicial que almeja a perda ou a suspensão do poder familiar encontra disciplina nos arts. 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo o impulso inicial conferido ao Ministério Público e àquele com legítimo interesse (art. 155).²⁵¹

²⁵¹ São legítimos interessados: a) aqueles que buscam regularizar a situação de criança ou adolescente por meio da tutela ou da adoção, institutos que pressupõem a prévia perda ou suspensão do poder familiar; b) os demais parentes da criança e do adolescente, sejam ascendentes, colaterais ou por afinidade; c) o guardião, nos termos do art. 33 do Estatuto; e d) um dos genitores contra o outro. De outro lado, importa destacar que o Conselho Tutelar não tem legitimidade para ingressar com a ação, no entanto, tem o dever de representar as irregularidades ao Ministério Público, o qual impetrará a medida.

Os requisitos da petição inicial encontram-se enumerados nos incisos do art. 156: I) a indicação da autoridade judiciária a que for dirigida; II) a qualificação do requerente e do requerido (estando dispensado o Ministério Público dessa indicação); III) a exposição sumária do fato e do pedido; e IV) a indicação dos meios de prova e do rol de testemunhas.

Uma vez distribuída, deverá a petição ser encaminhada para apreciação imediata da autoridade judiciária. O Magistrado, por sua vez, constatando a existência de grave motivo, deverá decretar a suspensão liminar do poder familiar, devendo, para tanto, antes ouvir o Ministério Público.

A concessão da suspensão liminar, quando não deferida desde logo, poderá ainda ser concedida ao longo do procedimento de modo incidental. De qualquer forma, concedida a liminar, deverá a criança ou o adolescente ser confiado a pessoa idônea, a qual firmará termo de responsabilidade (art. 157).

Caso a autoridade judiciária defira o processamento do procedimento, será o requerido citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, oportunidade em que apresentará documentos, indicará seus meios de provas e apresentará rol de testemunhas (art. 158).

A citação será, preferencialmente, pessoal. Admite-se, no entanto, outras modalidades de citação quando esgotadas as tentativas de citação pessoal (art. 158, parágrafo único).

Caso o requerido não tenha condições de constituir advogado, poderá requerer, em cartório, que lhe seja nomeado defensor dativo, o qual apresentará resposta no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação do despacho de nomeação (art. 159).

Não sendo apresentada a defesa pelo requerido, o Magistrado concederá vista ao Ministério Público pelo prazo de cinco dias (exceto se o *Parquet* tiver iniciado o procedimento), devendo proferir decisão também no prazo de 5 (cinco) dias (art. 161, *caput*).

De outro lado, sendo apresentada a resposta, caso o Ministério Público configure no procedimento apenas como fiscal da lei, dever-lhe-á ser dada vista dos autos, manifestando-se no prazo de cinco dias e, após, designada audiência de instrução e julgamento (art. 162, *caput*).

Independentemente da revelia do requerido, sendo apurada a necessidade de estudo social, poderá o Juiz solicitar sua realização à equipe interprofissional, além de realizar a oitiva de eventuais testemunhas (arts. 161, §1º e 162, §1º).

Na audiência de instrução, o Ministério Público deverá fazer-se presente, seja na condição de requerente, seja na de *custos legis* (art. 162, § 2º). Aberta a audiência, presentes as partes e o Ministério Público, serão ouvidas as testemunhas, lido o parecer técnico e, ao final, aberto prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, para o requerente, o requerido e, quando na qualidade de fiscal da lei, o Ministério Público, apresentar suas alegações finais (art. 162, § 2º).

Outrossim, sempre que o pedido importar em modificação da guarda, na medida do possível, deverá ser ouvida a criança e o adolescente (art. 161, § 2º).

A decisão deverá, preferencialmente, ser proferida na audiência, podendo a autoridade judiciária, excepcionalmente, designar data posterior para sua leitura, respeitado o prazo máximo de 5 dias (art. 162, § 2º).

Contra essa decisão, tendo em vista a sistemática recursal adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é cabível o recurso de Apelação disciplinado pelo Código de Processo Civil (art. 198, *caput*), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, II).

A decisão que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar, após seu trânsito em julgado, será averbada na margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente (art. 163).

Não obstante, por fim, “a destituição do poder familiar configura apenas cessação do direito, pode ocorrer a sua retomada” (FERREIRA, 2004), ou seja, a destituição não impede que, cessado o problema que deu causa ao procedimento, os réus requeiram a restituição do poder familiar, pedido que poderá ser deferido caso a criança ou o adolescente não tenha sido adotado²⁵².

4.6.2.3 - A NOMEAÇÃO E A REMOÇÃO DO TUTOR

O Ministério Público possui atribuição para a promoção e o acompanhamento do procedimento para a nomeação ou remoção da tutela, conforme determina o art. 201, inc. III, do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.194 do Código de Processo Civil.

Assim sendo, tal qual ocorre com o procedimento para suspensão ou perda do poder familiar, na nomeação e na remoção da tutela, caso o Ministério Público não participe da lide como requerente, deverá acompanhá-la a título de *custos legis*, certificando-se de que os direitos da criança e do adolescente sejam integralmente respeitados.

A tutela é forma de colocação da criança ou do adolescente em família substituta (art. 28, do ECA) e o seu deferimento pressupõe a prévia decretação da

²⁵² “Art. 48. A adoção é irrevogável.” (Estatuto da Criança e do Adolescente).

perda ou suspensão do poder familiar, implicando, necessariamente, o dever de guarda (art. 36, parágrafo único).

Da leitura da lei civil, sobretudo o teor do contido no Código Civil de 1916, a tutela parece ser destinada apenas à criança e ao adolescente órfãos herdeiros, diante do grande número de dispositivos dedicados à administração de seu patrimônio. Nas palavras de Venosa (2003, p. 400):

A tutela disciplinada pelo Código de 1916 era instituto destinado fundamentalmente à proteção e à administração dos bens do 'menor'. Ao disciplinar a tutela, o legislador do Código Civil de 1916 e 2002 teve em mira, primordialmente, o 'menor' com patrimônio. A tutela também é referida no Estatuto da Criança e do Adolescente para os 'menores' sob seu enfoque, 'em situação irregular' [sic], embora pouca alteração tenha sido feita à estrutura do Código. Modernamente, a tutela deve ter uma compreensão mais ampla, fazendo com que o tutor assuma efetivamente as prerrogativas e deveres do poder familiar.

Na verdade, a tutela é instituto recomendável a todas as crianças e também aos adolescentes, pobres ou ricos, que, em decorrência da morte de seus pais ou em razão de decisão judicial, não podem mais retornar ao convívio de sua família de origem.

De acordo com a legislação civil, "a tutela é função personalíssima, um múnus público. É um encargo, a princípio, irrenunciável [...], é também um encargo unipessoal" (VENOSA, 2003, p. 408-409). Todavia, não obstante o Código Civil não preveja a nomeação de mais de um tutor, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é recomendado que, sempre que possível, seja indicado para a função um casal, pois, conforme frisa Venosa (2003, p. 411):

O intuito dessa legislação protetiva é integrar a criança e o adolescente na família substituta. Não existe forma melhor de fazê-lo, tal como na guarda e na adoção, do entregá-lo à proteção e ao carinho de um casal que lhe dê um lar.

Quanto ao caráter de função pública da tutela, renunciável apenas nas hipóteses previstas taxativamente no art. 1.736 do Código Civil, deverão o Juiz de Direito e o Promotor de Justiça analisar a situação com muita cautela. Embora indisponível, não é conveniente destinar a tutela a quem não nutra qualquer laço de afeição pela criança ou pelo adolescente.²⁵³

²⁵³ "Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela: I - mulheres casadas; II - maiores de sessenta anos; III - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos; IV - os impossibilitados por enfermidade; V - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; VI - aqueles que já exerceram tutela ou curatela; VII - militares em serviço" (Código Civil).

A visão meramente civilista da tutela deverá ser superada pelo Ministério Público, que deverá começar a se valer desse instrumento jurídico como garantia do direito fundamental à convivência familiar, e não apenas como um meio de gerência do patrimônio do "civilmente incapaz".

Quanto ao procedimento para a remoção ou nomeação de tutor, o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou que sua disciplina dar-se-ia pela lei processual civil e, no que couber, pelos dispositivos relativos à perda e à suspensão do poder familiar. O Código de Processo Civil reserva uma seção do seu Livro de "Procedimentos Especiais" para tratar da matéria – "Da Remoção e Dispensa de Tutor ou Curador" –, disciplinando o procedimento nos seus arts. 1.187 a 1.198.

Para a nomeação, o tutor será intimado a prestar compromisso, no prazo de cinco dias, a contar da sua nomeação realizada em conformidade com o Código Civil²⁵⁴ ou da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver indicado (art. 1.187, do CPC).

Prestado o compromisso por termo em livro próprio, o tutor, antes de entrar em efetivo exercício da tutela, no prazo de dez dias, requererá a especialização em hipoteca legal de imóveis necessários para acautelar os bens que serão confiados à sua administração (art. 1.188, CPC), incumbindo ao *Parquet* a promoção da especialização de hipoteca legal se o tutor ou curador não a tiver requerido no prazo assinalado (art. 1.188, parágrafo único, do CPC).

A especificação da hipoteca legal será dispensada, no entanto, quando o tutelado não possuir bens ou rendimentos, ou no caso dos existentes constarem de instrumento público devidamente registrado.

²⁵⁴ "Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar. [...].

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor: I - na falta de tutor testamentário ou legítimo; II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela; III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor.

[...]

Art. 1.734. Os menores abandonados terão tutores nomeados pelo juiz, ou serão recolhidos a estabelecimento público para este fim destinado, e, na falta desse estabelecimento, ficam sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregarem da sua criação (Código Civil)."

O tutor poderá eximir-se do encargo, apresentando escusa, em juízo, no prazo de cinco dias, sob pena de reputar renunciado o direito de alegá-la (art. 1.192). Apresentada escusa, a autoridade judiciária decidirá de plano. Caso não seja admitida, exercerá o nomeado a tutela até que dispensado por sentença transitada em julgado (art. 1.193).

O procedimento para remoção do tutor, por sua vez, deverá estar fundamentado em um dos motivos listados nos incisos do art. 1.735 ou pelo *caput* do art. 1.766 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o 'menor', ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o 'menor';

III - os inimigos do 'menor', ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

Art. 1.766. Será destituído o tutor, quando negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade.

Recebida a inicial, a autoridade judiciária determinará a citação do tutor para apresentação de defesa no prazo de cinco dias (art. 1.195, do CPC). Findo o prazo, não sendo contestado o pedido, aplicam-se os efeitos da revelia, presumindo-se aceitos como verdadeiros os fatos alegados, devendo o Juiz decidir a lide em outros cinco dias (art. 1.196 c/c art. 803, do CPC).

De modo liminar ou incidental, nas hipóteses mais graves, poderá o Magistrado suspender do exercício de suas funções o tutor, nomeando-lhe substituto interinamente (art. 1.197, do CPC).

Ao final do procedimento, tendo a autoridade judiciária decidido pela remoção do tutor, deverá indicar seu substituto para assumir os deveres de guarda para com a criança ou o adolescente.

Não obstante, caso nenhuma conduta do tutor enseje sua remoção judicial, os deveres da tutela extinguem-se, conforme prevê o Código Civil, pela morte do tutor ou do tutelado, pela maioria ou emancipação do tutelado (art. 1.763, inc. I), pela adoção do tutelado ou pelo reconhecimento do estado de filiação por terceiro (art. 1.763, inc. II), quando expirar o termo em que era o tutor obrigado a servir

(art. 1.764, inc. I), ou quando sobrevier escusa legítima ao exercício da tutela (art. 1.764, inc. II).

Pela legislação civil, quando nomeado, o tutor é obrigado a servir, no mínimo, pelo período equivalente a dois anos (art. 1.765, Código Civil), podendo, entretanto, esse prazo ser ampliado indeterminadamente sempre que a autoridade judiciária julgar oportuno e conveniente à criança e ao adolescente (art. 1.765, parágrafo único).

Cessadas as funções do tutor, em razão do decurso do prazo em que era obrigado a servir, é a ele permitido requerer a exoneração do encargo, porém, se não o fizer nos dez dias seguintes à expiração do termo, entender-se-á reconduzido, salvo dispensado por força de decisão judicial (art. 1.198, do CPC).

O recurso à decisão proferida ao final do procedimento para a remoção ou a nomeação do tutor será o de Apelação, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, do ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, do ECA).

4.6.2.4 - A ESPECIFICAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Ministério Público legitimidade para “promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98” (art. 201, inc. IV).

A legitimação conferida pelo art. 201 não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código de Processo Civil, no parágrafo único de seu art. 1.188, já trazia tal previsão.

O instituto da “hipoteca legal”, também conhecida como “garantia de tutela”, impõe que o pretense tutor indique em juízo tantos bens seus quanto bastem para garantir a boa administração do patrimônio do tutelado e, na sua impossibilidade, preste caução real ou fidejussória.

O Código Civil de 1916 estabelecia um rigor desproporcional a esse instituto, nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu, no seu art. 37, duas hipóteses de dispensa da hipoteca legal: quando o tutelado não possuir bens ou rendimentos, ou o possuir em valor suficiente tão-somente para sua própria manutenção, e quando os bens existentes constarem de instrumento público devidamente registrado.

Em consonância com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil em vigor deslocou a hipoteca legal da regra para a exceção,²⁵⁵

²⁵⁵ Outrossim, de acordo com o art. 2.040 do Código Civil

exigindo-a apenas quando o patrimônio da criança e do adolescente constituam elevado valor (art. 1.745, parágrafo único). Todavia, ainda que seja configurada essa situação, a autoridade judiciária poderá dispensá-la se o tutor for pessoa reconhecidamente idônea.

Todavia, caso esteja configurada a exceção da lei civil, deverá, sim, ser prestada a hipoteca legal, cabendo ao membro do Ministério Público promover a sua especialização diante da omissão do tutor. Ajuizada a ação, o tutor será intimado a prestar compromisso no prazo de cinco dias contados da nomeação ou da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver instituído (art. 1.187, do CPC).

Enquanto não for julgada a ação de especialização, a administração dos bens da criança e do adolescente, e a regência de sua pessoa, torna-se incumbência do Ministério Público (art. 1.189, do CPC).

Caso não seja garantida a tutela, seja pela omissão do pretenso tutor, seja em razão da sua impossibilidade, a nomeação ficará sem efeito (art. 1.191, do CPC).

Da decisão proferida ao final da ação de especificação de hipoteca legal caberá Apelação, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, do ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, do ECA).

4.6.2.5 - A PRESTAÇÃO DE CONTAS DO TUTOR E DO CURADOR

Ao Ministério Público foi conferida legitimidade para a promoção, de ofício ou por solicitação dos interessados, da ação de prestação de contas por tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes (art. 201, inc. IV, do ECA).

A ação de prestação de contas ajuizada pelo Promotor de Justiça contra o tutor é a mesma que disciplina o Código de Processo Civil, ao longo de seus arts. 914 a 919.

Além do Ministério Público, a ação de prestação de contas pode ser ajuizada tanto por aquele que tenha o direito de exigir a apresentação das contas, quanto pelo próprio tutor, que detém a obrigação de prestá-las (art. 914, do CPC).

Recebida a inicial, o tutor será citado para, no prazo de cinco dias, contestar ou prestar contas. Prestadas as contas, terá o autor cinco dias para se manifestar sobre os cálculos (art. 915, do CPC), para, então, ser designada audiência de instrução (art.

915, § 1º, do CPC).

Contestada a lide, se julgada procedente a ação, será o tutor condenado a prestar contas no prazo de 48 horas (art. 915, § 2º, do CPC). Depois de apresentadas as contas, será designada a audiência de instrução (art. 915, § 3º, do CPC).

As contas deverão ser apresentadas sob a forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, além do respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos pertinentes (art. 917, do CPC).

Havendo saldo credor declarado na sentença, o Ministério Público, ou quem tiver a ajuizado a ação, promoverá sua cobrança em execução forçada nos termos do que dispõe o art. 918 do CPC.

4.6.2.6 - A AÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui legitimidade ao Ministério Público para promover e acompanhar a ação de alimentos em favor de criança ou adolescente (art. 201, inc. III).

O direito aos alimentos é disciplinado pelo Código Civil, que permite aos “parentes, cônjuges e companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (art. 1.694).

Ressalva-se, entretanto, que a legitimidade concedida ao Ministério Público limita-se aos alimentos destinados à criança, ao adolescente e ao incapaz, na forma da lei civil, logo, não abarca o pedido do cônjuge ou do companheiro desamparado.

Os alimentos deverão ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (art. 1.694, § 1º, do CC).

Serão devidos sempre que, de um lado, aquele que os pretende não possuir bens suficientes e nem puder prover a própria manutenção pelo seu trabalho, e, em posição contrária, aquele de quem se reclama, puder fornecê-los, sem desfalque ao seu sustento (art. 1.695, do CC).

Os pais separados devem contribuir para a manutenção de seus filhos na proporção de seus recursos (art. 1.703, do CC). Na falta dos pais, a obrigação alimentar é transferida aos avós ou a outro parente em linha reta e, na falta destes, aos irmãos (art. 1.697, do CC). Nesse sentido:

ALIMENTOS. AVÓS. FIXAÇÃO. PRESSUPOSTO. COMPROVAÇÃO. ATENDIMENTO AO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ALIMENTOS DEVIDOS PELOS AVOENGOS. - De regra, os alimentos são devidos pelos parentes mais próximos tan-

em vigor, o tutor que indicou bens à hipoteca legal no procedimento do Código Civil de 1916 poderá solicitar seu cancelamento, desde que seja pessoa reconhecidamente idônea.

to da linha reta quanto da colateral. - Todavia não podendo o pai arcar com os alimentos devidos, a obrigação se transfere aos avós paternos que ostentam possibilidade de prestá-los. - Exegese da extensão da obrigação de alimentar. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA A REVISORA. TJMG. Processo n.º 1.0480.07.095131-8/001 (1) Relator: BELIZÁRIO DE LACERDA. Data do Julgamento: 31.03.2009. Data da Publicação: 29.05.2009.

Outrossim, caso o parente mais próximo não possua condições de arcar integralmente com o encargo, serão os demais chamados a concorrer (art. 1.698, do CC), obrigação que, inclusive, é transmitida com a sucessão aos herdeiros do devedor (art. 1.700, do CC).

A prestação pode ocorrer em espécie, ou seja, com a compra de alimento, a disponibilidade de hospedagem, o pagamento de plano de saúde, entre outros meios (art. 1.701, do CC), cabendo ao Magistrado fixar a forma de sua prestação sempre que necessário (art. 1.701, parágrafo único, do CC). O interesse prevalente sempre é o da criança/adolescente.

A Ação de Alimentos é processada por rito especial, sumário e mais célere, cuja disciplina ficou a cargo da Lei n.º 5.478/68, com os acréscimos propiciados pela Lei n.º 8.971/94 (Lei da União Estável).

Recebida a inicial, independentemente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade, consoante o determinado no art. 1º da Lei n.º 5.478/68, a autoridade judiciária despachará a respeito do seu recebimento e fixará, imediatamente, alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor/requerido (art. 4º da mesma Lei), que poderão ser revistos a qualquer tempo (art. 13, § 1º, da mesma Lei).

Em qualquer hipótese, os alimentos fixados retroagirão à data da citação (art. 13, § 2º, da Lei n.º 5.478), sendo devidos, até a decisão final, inclusive a do julgamento de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal de Justiça (art. 13, § 3º, da mesma Lei).

O recurso cabível contra a sentença que defere ou indefere o pedido de alimentos será o de Apelação, recebida apenas no efeito devolutivo (art. 14, *caput*, da Lei n.º 5.478). Neste aspecto, é importante ressaltar que a decisão judicial sobre alimentos nunca transita em julgado, sendo permitida a sua revisão diante da modificação da situação financeira dos interessados (art. 15 da mesma Lei).

4.6.2.7 - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Se o legislador conferiu ao Ministério Público legitimidade para ingressar com pedido de alimentos em favor da criança e do adolescente, por analogia, conclui-se que essa legitimidade estende-se à sua execução.

A execução da sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia é matéria disciplinada nos arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil e, tendo em vista seu conteúdo, alguns destaques devem ser feitos:

- a) se o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, ou empregado sujeito à legislação do trabalho, existe a possibilidade do desconto em folha de pagamento da importância referente aos alimentos, consoante o estipulado no artigo 734, do CPC.
- b) a prisão civil é admitida pelo texto constitucional (art. 5º, inc. LXVII²⁵⁶), e prevista pelos §§ 1º, 2º e 3º do art. 733 do Código Processual Civil, *in verbis*:

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Interessante trazer à baila uma peculiar ação de alimentos, ajuizada na Comarca de Joinville, estado de Santa Catarina, que resultou em uma interessante sentença. Nos autos de nº 038.02.034445-4, um adolescente órfão, sem qualquer vínculo com sua família de origem, domiciliado em abrigo transitório municipal, às vésperas de completar a maioridade, sem perspectiva de local para morar ou meios que garantissem sua subsistência, requereu o pagamento de prestação pecuniária a título de alimentos contra o Município citado.

O Juiz de Direito julgou o pedido procedente, entendendo que o Poder Público havia descumprido os deveres que tinha para com aquele adolescente, deixando de lhe garantir o convívio familiar, a integração com a comunidade e seu desenvolvimento pleno. Condenou a municipalidade ao pagamento de prestação mensal equivalente a 3 (três) salários mínimos, até os 21 (vinte e um) anos do adolescente.

Apesar de o juízo *ad quem* ter reformado a sentença, concluindo ser aquele pedido juridicamente impossível, é importante que existam avanços nos entendimentos jurisprudenciais mediante a aplicação de uma interpretação mais consentânea com os princípios trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e formuladas estratégias de cobrança de uma resposta mais condizente com as unidades de acolhimento, que até agora, pelo menos em sua

²⁵⁶ "LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

maioria, mostraram-se incapazes de oferecer o que se propõe à criança e ao adolescente.²⁵⁷

4.6.3 - O PROCEDIMENTO PARA A APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM ENTIDADES DE ATENDIMENTO

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o procedimento para a apuração de irregularidades em entidade de atendimento à criança e ao adolescente, seja governamental ou não, terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar (art. 191).

Da leitura do art. 191, depreende-se que, além de ser permitida ao Juiz a atuação *ex officio*, são legitimados, em iguais condições, para a propositura do procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, o Ministério Público e o Conselho Tutelar.

Com a mudança promovida pela Constituição da República, buscou-se mudar o paradigma até então adotado de que as instituições dedicadas ao atendimento limitavam-se ao assistencialismo, à doutrinação ou à catequização, para tornarem-se pólos de observância de direitos e, portanto, mecanismos de promoção de cidadania.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, os programas tiveram de sofrer reformulações, fossem eles governamentais ou não.

As entidades de atendimento encontram sua disciplina no Capítulo II do Título I da Parte Especial da Lei n.º 8.069/90, nos arts. 90 a 97, sendo individualmente responsáveis tanto pela manutenção de suas unidades quanto pelo planejamento e pela execução de seus programas (art. 90, *caput*).

Os programas de proteção ou socioeducativos, sempre destinados a criança e/ou ao adolescente, poderão funcionar em regime de: a) orientação e apoio social e familiar; b) apoio socioeducativo em meio aberto; c) colocação familiar; d) unidade de acolhimento; e) liberdade assistida; f) semiliberdade; e g) internação (incs. do art. 90).

O funcionamento das entidades está condicionado à inscrição de seus programas no Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, ao qual, por sua vez, incumbe a manutenção dos registros e das respectivas alterações e a comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária cuja circunscrição abrigue o Município (art. 190, parágrafo único).

As entidades destinadas aos programas de acolhimento deverão orientar-se pelos princípios listados

pelo art. 92 do Estatuto.

Por sua vez, as entidades que desenvolvem programas de internação deverão observar, rigorosamente, as obrigações que lhe são impostas pelo art. 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A fiscalização das entidades é atribuição conjunta do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Conselho Tutelar (art. 95), as mesmas três instituições competentes para o impulso inicial do procedimento judicial para apuração de irregularidade.

Uma vez deflagrado o procedimento para apuração de irregularidade – independentemente de ser através de portaria da autoridade judiciária, por representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar – o dirigente da entidade será citado para, em dez dias, oferecer resposta escrita, juntar documentos e indicar seus meios de prova (art. 192, do ECA).

A redação do art. 192 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocasionou uma breve discussão doutrinária: o legislador, ao dispor que deverá o dirigente oferecer resposta, dispensou que a defesa fosse redigida por advogado habilitado?

Os debates ganham força quando a leitura do art. 192 é realizada em concomitância com a do parágrafo único do art. 197, que faz expressa referência à manifestação do “procurador do requerido”, enquanto aquele omite a necessidade de constituir defensor.

Não obstante as omissões do texto estatutário, parece simplista a corrente que dispensa a defesa técnica. No sistema processual brasileiro, salvo poucas e discutíveis exceções, somente o advogado possui capacidade postulatória. Logo, apenas ele poderia formular teses de defesa em juízo.

Outrossim, o advogado é, nos termos da Constituição Federal de 1988, “indispensável à administração da justiça”, sendo a defesa técnica garantida inclusive aqueles que não podem por ela pagar (art. 206, parágrafo único, do ECA e art. 5º, inc. LXXIV, da CF).

Havendo motivos graves, poderá o Juiz decretar o afastamento provisório do dirigente, devendo, para tanto, ouvir antes o representante do Ministério Público (art. 191, parágrafo único).

Independentemente da apresentação da resposta, caso seja necessário, deverá ser designada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que, preferencialmente, serão apresentadas as alegações finais. Caso as alegações não sejam proferidas em audiência, é reservado ao Ministério Público o prazo de cinco dias, para sua formulação,

²⁵⁷ No julgamento da Apelação Cível nº 2005.025707-5, pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 30nov.2006.

por meio de peça escrita (art. 193, *caput* e § 1º, do ECA).

Depois de apresentadas as alegações ministeriais, a autoridade judiciária deverá decidir a lide no prazo de cinco dias (art. 193, § 1º, do ECA), imputando ao dirigente, sempre que necessário, uma das medidas listadas pelo art. 97.

O recurso à decisão proferida ao final do procedimento para apuração de irregularidade em entidade de atendimento será o de Apelação, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, do ECA).

4.6.4 - A AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO EM RAZÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

As infrações administrativas são forma de expressão do poder de polícia da Administração Pública, caracterizando-se como a interferência Estatal na esfera privada, à medida que restringem direitos individuais em nome da coletividade.

A natureza do procedimento de apuração da infração administrativa desperta divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

De um lado, há a tese que defende a natureza administrativa do procedimento. Na mão oposta, os que insistem na natureza jurisdicional.

Não obstante a plausibilidade das duas correntes doutrinárias, considerando que o próprio Estatuto imputou competência à Justiça da Infância e da Juventude para a aplicação de penalidade administrativa nos casos de infração contra norma de proteção a criança e ao adolescente (art. 148, inc. VI), resta evidenciada a natureza jurisdicional do procedimento.

Conforme expõe Ramos (2007, p. 633):

A violação de um preceito normativo, caracterizando uma infração administrativa, faz nascer o direito subjetivo da sociedade de exigir o respeito à ordem jurídica vigente.

[...]

Pela sistemática do Estatuto, tal pretensão da sociedade deve se exigida judicialmente, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Tutelar, ou através de servidores públicos credenciados para tal, perante a Vara da Infância e da Juventude. A aplicação da penalidade pressupõe a intervenção do Poder Judiciário.

E essa intervenção não é meramente administrativa, pois é função do processo judicial compor a lide, resolver os conflitos segundo a ordem jurídica estabelecida.

Assim sendo, antes de ser iniciado o comentário das questões relativas ao procedimento de apura-

ção de infração administrativa, é necessário falar brevemente a respeito das infrações administrativas, listando-as e tecendo os comentários necessários.

4.6.4.1 - AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRA AS NORMAS PROTETIVAS

Como destacado acima, as infrações administrativas representam uma das formas de manifestação do poder de polícia da Administração Pública, caracterizando-se como a interferência do Poder Público na esfera particular, por meio da restrição de direitos individuais, em nome da coletividade.

Na definição proposta por Ramos (2007, p. 394):

[...] as infrações administrativas são condutas contrárias a preceitos normativos que estabelecem uma ingerência do Estado na vida do particular, seja pessoa física ou jurídica, com vistas à proteção de interesses tutelados pela sociedade, com sanções de cunho administrativo, ou seja, restritivas de direitos, mas não restritivas de liberdade, geralmente importando num pagamento de uma multa pecuniária, suspensão do programa ou da atividade, fechamento de estabelecimento, apreensão do material inadequado ou simples advertência.

[...]

Em termos de escolha legislativa, o que representa um mero ilícito administrativo hoje poderá vir a ser um ilícito penal amanhã e vice-versa. Há uma consideração valorativa feita pelo legislador quanto a certos bens jurídicos, tendo como consequência a cominação de penas mais leves ou mais graves aos realizadores das condutas potencialmente ofensivas.

Sendo assim, apesar de seus efeitos serem diferentes, não há uma distinção explícita entre a sanção de natureza penal e a sanção de natureza administrativa, à medida que ambas decorrem da desobediência a uma norma de conduta e de controle social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente optou, como sanção da infração administrativa, a penalidade pecuniária, que foi quantificada em “salário referência”. Contudo, a Lei nº 789/1989, em seu art. 5º, extinguiu as figuras do “salário mínimo de referência” e do “piso nacional de salários”, passando a vigorar apenas o salário mínimo.

A redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto, manteve intacto o termo “salário referência”, situação que encontrou divergências na doutrina: uma corrente entende pela sua substituição pelo salário mínimo, a outra defende que essa simples alteração implicaria a modificação da sanção, uma vez que acarretaria na elevação do valor das multas, preferindo então a atualização do salário de referência, adotando-se como índice legal o INPC.²⁵⁸

Outrossim, a doutrina também diverge acerca do

²⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 50829/RJ. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 18.02.2003.

instituto da prescrição ser aplicável às infrações administrativas tal qual ocorre na esfera penal ou, se em conformidade com o preconizado pelo direito civil, havendo julgados para ambos os lados.

No entanto, independentemente de ter o procedimento natureza jurisdicional ou administrativa, a multa prevista pela legislação estatutária possui evidente natureza administrativa, conquanto revertidas ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente (RAMOS, 2007, p. 412).

Destarte, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que defende a aplicação da prescrição quinquenal, parece ser o mais correto:

ADMINISTRATIVO. ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. PRAZO PRESCRICIONAL. 1. O prazo prescricional para a cobrança de multa por infração administrativa tipificada no ECA é de cinco anos. 2. recurso especial provido. [...] Merece reparo o reconhecimento de analogia entre a prescrição, como modalidade de extinção de punibilidade no âmbito penal, com as normas a serem aplicadas no caso de infrações administrativas, enunciadas em capítulo específico no Estatuto da Criança e do Adolescente. A dificuldade existe porque a lei não é expressa quanto ao prazo para a cobrança das infrações administrativas. O próprio termo prescrição é inadequado para o caso, em que se verifica a perda do direito de a Administração promover a cobrança do seu crédito. Seria melhor falar-se em decadência, como lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Inexistindo regra específica sobre prescrição, nos termos do art. 4º da LICC, deverá o operador jurídico valer-se da analogia e dos Princípios Gerais do Direito como técnica de integração, já que a imprescritibilidade é exceção somente aceita por expressa previsão legal ou constitucional e não há no Estatuto da Criança e do Adolescente nenhuma referência ao prazo prescricional em caso de infrações administrativas. Nas últimas edições de sua obra, Celso Antônio Bandeira de Mello, revendo o posicionamento que adotara até a 11ª, quando preconizava a aplicação analógica do Código Civil (como o Tribunal *a quo*), passou a reconhecer que se deve aplicar o prazo de cinco anos, por ser uma constante nas disposições gerais instituidoras de regras do Direito Público nessa matéria, a menos que se cuide de comprovada má-fé, quando seria de invocar-se a regra do Código Civil, agora estabelecida em dez anos. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 822.839/SC. Relator: Min. CASTRO MEIRA. Julgado em: 15.08.2006).

E, ainda:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ECA. MULTA APLICADA EM RAZÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS PARA SUA COBRANÇA. DECRETO Nº 20.910/32. ART. 114, I, DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 1. Cuida-se de recurso especial in-

terposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em autos de infração administrativa por violação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Como se constata dos autos, ao apreciar o cabimento da pena de multa aplicada à empresa, por descumprimento do estabelecido no ECA, o acórdão, amparado no art. 114 do Código Penal, aplicou o prazo bienal de prescrição e declarou extinto o processo sem resolução do mérito. 2. Merece acolhida o pedido, porquanto a solução empregada pelo acórdão recorrido se evidencia em confronto com a exegese adotada por esta Corte, segundo a qual, em se tratando de infração administrativa do ECA, deve-se observar o lapso prescricional inscrito de 5 anos, nos termos do Decreto 20.910/32. 3. Recurso especial conhecido e provido para o fim de que o Tribunal recorrido, afastada a prescrição, examine o mérito do litígio. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 855179/RN. Relator: Min. José Delgado. Julgado em: 18/09/2007).

4.6.4.2 - O PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ao Ministério Público para representar em juízo, visando à aplicação de penalidade, por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível (art. 201, X).

A legitimidade para ingressar com o procedimento para imposição de penalidade administrativa se dá concorrentemente entre o *Parquet*, o Conselho Tutelar e o servidor público, efetivo ou voluntário, credenciado na Justiça da Infância e da Juventude, aqueles, por meio da representação, e este último, por meio da elaboração de auto de infração (art. 194, do ECA).

Iniciado o procedimento, o requerido será citado de acordo com as hipóteses estabelecidas pelos incisos do art. 195 do Estatuto.²⁵⁹

A contar da citação, o requerido deverá apresentar sua defesa no prazo de dez dias (art. 195, *caput*), sob pena de ser o procedimento imediatamente encaminhado para vista do Ministério Público, no prazo de cinco dias, e seguir, para decisão, em igual prazo (art. 196).

De outro lado, apresentada a defesa, sempre que necessário, deverá ser designada audiência de instrução e julgamento, ocasião em que serão colhidos depoimentos do requerido e das eventuais testemunhas (art. 197).

Na parte final da audiência, deverá ser aberto o prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez,

²⁵⁹ O Estatuto fala em "intimação", todavia, por ser necessário um instrumento capaz de chamar o requerido ao pólo negativo da lide, deverá ser procedida a citação.

para o defensor do requerido e o representante do Ministério Público formularem, sucessivamente, suas alegações finais de maneira oral (art. 197, parágrafo único).

Ao término das alegações, deverá a autoridade judiciária proferir sua decisão, contra a qual é cabível o recurso de Apelação, nos moldes disciplinados pelo Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, do ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, do ECA).

4.6.4.3 - A EXECUÇÃO DE MULTAS COMINATÓRIAS

Em regra, compete àquele que deu início ao procedimento em que foi proferida a sentença que determinou a aplicação da multa, a promoção de sua execução. A Lei n.º 8.069/90, ainda que não tenha estabelecido uma verdadeira exceção, estabeleceu uma importante faculdade ao Ministério Público: “as multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados” (art. 214, § 1º).

Os valores arrecadados com as multas serão revertidos ao FIA Municipal, nos termos do art. 154 c/c art. 214, do ECA.

Caso o fundo, apesar dos mais de vinte anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda não tenha sido criado no Município, deverão os valores pecuniários ser depositados em estabelecimento bancário oficial, em conta poupança ou outra equivalente, até que Lei Municipal o institua e discipline.

4.6.5 - CRIMES COMETIDOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

4.6.5.1 - PECULIARIDADES DA INVESTIGAÇÃO

É comum que o Promotor de Justiça da Infância e Juventude, ao receber “denúncia” acerca do cometimento de violência contra a criança e adolescente, sobretudo nos casos encaminhados pelos serviços *Disque 100* e *Disque Direitos Humanos* opte por solicitar a apuração preliminar ao Conselho Tutelar.

A atuação do Conselho Tutelar, pelo menos nos termos do estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, limita-se à apuração da situação de risco e à aplicação de medida de proteção. Sendo assim, a abordagem do Conselho Tutelar vai ser a de averiguar se a pretensa vítima está em situação de risco para aplicação ou não da medida de proteção. Legalmente, não cabe a ele a investigação do fato criminoso em si, pelo menos em nosso modesto entendimento. A averiguação empreendida por ele fica limitada à aferição da existência da situação de risco, e não à do ilícito criminal, o que são esfe-

ras de extensão e profundidade diversas. Assim, temos que talvez não baste – para a questão criminal, frise-se – demandar de tal ente uma averiguação mais apurada, até porque sabemos que eles não são preparados para este mister. Até mesmo muitos policiais, mesmo tendo freqüentado a academia de polícia, às vezes, também não o são.

Não bastasse a falta de habilitação dos Conselhos para casos tais, temos que o enfrentamento do fenômeno da violência contra crianças e adolescentes é extremamente complexo. Segundo dados aferidos pela CPI da Pedofilia, 70% das violações são inter-familiares, ocorrem no ambiente familiar. Quem deveria proteger, abusa e ofende. Em estudos implementados pela área de psiquiatria da Faculdade de Medicina da UFMG, verificou-se que o agressor, sobretudo aquele autor de ofensas sexuais, em 98% dos casos, trata-se de homens que conhecem a criança e têm acesso facilitado a ela, por questões familiares ou domésticas.

A investigação disso tudo é difícil, pois a violação vem inserida em um contexto de opressão e ameaça, justamente onde deveria se ter acolhimento. Em 60% das vezes, a mãe sabe, mas se mantém inerte, ou porque teme a violência contra si, ou porque prefere ficar com o companheiro a delatá-lo, ou porque, ainda, tem medo de perder o provedor. Todo o peso deste pacto familiar sinistro é suportado pela criança, que, bem ou mal, guarda para com seus agressores um vínculo de afetividade que a força ao silêncio. O relato da criança é contaminado, e não existe ninguém da família disposto a romper com este mecanismo perverso. Tudo isso já está plenamente catalogado na literatura médica, demonstrando que a apuração de casos tais é realmente árdua, carecendo até da intervenção de um técnico para que a averiguação não se constitua outra vez em uma revitimização do ofendido.

Muitas vezes, a entidade familiar prefere conviver com as violações do que cogitar sua fragmentação em virtude do desvendamento da verdade. Desse modo, não basta que o Conselheiro Tutelar pergunte à pretensa vítima se ela foi agredida, e que estenda tal indagação aos outros membros da família.

É por causa dessa complexidade que entendemos que talvez a atuação do Promotor de Justiça da Infância e do Conselho Tutelar não bastem. Outros atores poderiam, quem sabe, ser acionados para atuar, seja a polícia, seja o CREAS (Centro de Referência Especializado em Assistência Social, mecanismo do SUAS).

Diante de todos estes aspectos, e considerando que a detecção da violência familiar pressupõe, sim, uma abordagem técnica – permeada pelos saberes da assistência social e da psicologia, já que a criança ou o adolescente reputados como possíveis vítimas devem ser ouvidos com toda a cautela para que seu sofrimento não seja recrudescido – sugerimos que

a averiguação se divida em duas frentes:

1ª - Solicitação ao Conselho Tutelar para que entreviste, com muita discrição e cautela – se possível sem levantar suspeitas e tampouco mencionar os termos da “denúncia” –, a criança e o seu responsável, atentando-se para o estado de humor infantil e observando se ela ostenta marcas de violência. A abordagem deve ser feita com o maior cuidado porque o ofensor, caso detecte que está sob vigilância, poderá atuar no sentido de destruir provas, e proceder de forma ainda mais violenta para com a vítima e eventuais testemunhas a fim de que o segredo não venha à tona. Sendo assim, é recomendável que o Conselho Tutelar justifique que aquele procedimento é de rotina e que aquele agrupamento familiar foi escolhido para uma pesquisa por amostragem sobre as condições das famílias residentes naquela comunidade. É interessante que o Conselho Tutelar busque mais informações na escola, indagando dos educadores da pretensa vítima detalhes do comportamento da criança: se ela mudou de humor, se ela está depressiva ou agressiva, se apresenta dificuldades de aprendizado, se dorme durante a aula, se demonstra comportamento erotizado (se fala sobre sexo ou genitais, demonstra interesse em ver ou tocar o corpo de outras crianças...). Também é recomendável que o Conselho busque informações junto ao sistema de saúde. Tudo, insistimos, com a maior discrição.

Tudo isso para se verificar se a criança pretensamente apontada como vítima de violência encontra-se na situação de risco descrita no art. 98 do Estatuto e se ela carece de medida de proteção, a ser aplicada pelo próprio Conselho Tutelar.

O Conselho Tutelar deve diligenciar no sentido de detectar se a criança/adolescente está em situação de risco. É preciso destacar que a atuação do Conselho não é no sentido de investigar um crime, mesmo porque eles não têm qualificação para tanto, e já existe a Polícia para tal mister. Ocorre, contudo, que se a abordagem do Conselho for apropriada, incidentalmente conseguir-se-á reunir um conjunto enorme de informações que poderão nunciar o Promotor de Justiça na análise quanto às providências a serem tomadas: necessidade de se requisitar inquérito, ajuizamento de destituição do poder familiar, encaminhamento ao serviço especializado de assistência social do Município.

A verificação quanto à veracidade de notícias como essas, na maioria das vezes, dá muito melhor resultado se for feita indiretamente do que diretamente. A requisição direta de um inquérito advertirá a família das suspeitas existentes e poderá contribuir para que o pacto de silêncio já existente se intensifique.

Desse modo, a partir desta primeira averiguação do Conselho, em havendo indícios, poder-se-á requi-

sitar inquérito e encaminhar a criança ao serviço social municipal, que é obrigado a fornecer atendimento. Se houver CREAS, tanto melhor.

Como já dito, o CREAS é a unidade de atendimento do SUAS (serviço Único de Assistência Social) destinado a ofertar serviços especializados e continuados às famílias e indivíduos nas diversas situações de violação de direitos. Como unidade de referência deve promover a integração de esforços, recursos e meios para enfrentar a dispersão dos serviços e potencializar ações para os(as) usuários(as). O CREAS oferta acompanhamento técnico especializado desenvolvido por uma equipe multiprofissional, de modo a potencializar a capacidade de proteção da família e favorecer a reparação da situação de violência vivida.

O atendimento é prestado no CREAS, ou pelo deslocamento de equipes em territórios e domicílios, e os serviços devem funcionar em estreita articulação com o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos Tutelares e outras Organizações de Defesa de Direitos, com os demais serviços sócio-assistenciais e de outras políticas públicas, no intuito de estruturar uma rede efetiva de proteção social.

Mesmo sendo um serviço destinado primeiramente à proteção de direitos, durante a prestação do serviço e o atendimento do núcleo familiar, mais uma vez muitas informações poderão ser colhidas, o que poderá contribuir no sentido de esclarecer ao Promotor de Justiça quais outras medidas poderão ser tomadas (denúncia criminal, destituição do poder familiar, etc.).

Por fim, devo ressaltar que, a exemplo do Conselho Tutelar, o CREAS também não se destina a verificar a existência de crime. No entanto, a atuação dos dois entes no presente caso é importante porque ambos ouvirão a criança de uma forma mais técnica, mais adequada, atentando para detalhes que dificilmente a Polícia considera e, secundariamente, poderão reunir informações preciosas para que o Promotor de Justiça escolha melhor a próxima medida a ser tomada, que poderá ser, inclusive, a requisição de inquérito policial.

4.6.5.2 - A AÇÃO PENAL DIANTE DOS CRIMES COMETIDOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Ministério Público é, por força do art. 129, inc. I, da Constituição Federal, o único titular da ação penal pública. Dessa forma, é função do Promotor de Justiça que atua na Vara da Infância e Juventude ingressar com a Ação Penal decorrente da prática dos crimes contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, assim definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 228 a 244).

A problemática da violência contra a criança e o adolescente, entretanto, parece estar longe de ser solucionada. No início de 2008, o Ministério

da Justiça lançou o Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros²⁶⁰, documento por meio do qual revelou-se a triste notícia referente ao aumento de 31,1% do número de mortes violentas de jovens, no período de dez anos (de 1996 a 2006).

No ordenamento jurídico brasileiro, é bastante comum a criação de tipos penais por meio da legislação extravagante. Nessa linha, a Lei n.º 8.069/90 introduziu novos tipos penais, todos ligados por uma mesma característica: a vítima criança ou adolescente.

Há que se frisar que os crimes indicados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos de seu art. 225, não importam em prejuízo ao disposto da legislação penal. Nesse aspecto, as ressalvas formuladas por Tavares (2006, p. 219) merecem ser destacadas: “a parte final (do Estatuto) que diz: sem prejuízo ao disposto na legislação penal, não quer dizer a superposição de normas e penas, o *bis in idem* dos criminalistas, pois seria subversão aos princípios de que ninguém será punido mais de uma vez pela mesma infração”.

Na realidade, por *não prejuízo à legislação penal* entende-se que permanecem válidos os tipos penais praticados contra a criança e o adolescente constantes no Código Penal, ou seja, apesar de não constar do rol de crimes estabelecidos pelo Estatuto o abandono de incapaz (art. 133, do CP), a omissão de socorro à criança abandonada ou “extraviada” (art. 135, CP) e os maus-tratos (art. 136, do CP), por exemplo, mesmo que não reiterados pela norma estatutária, permanecem como condutas típicas.

Aplicam-se aos crimes definidos no Estatuto as disposições da Parte Geral do Código Penal, e seu processamento dar-se-á nos termos do Código de Processo Penal (art. 226, do ECA), sempre por meio da ação penal pública incondicionada (art. 227, do ECA).

Nesse ponto, um interessante conflito doutrinário merece ser levantado. O art. 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs que os tipos penais indicados naquela Lei seriam processados por meio da ação penal pública; assim, a leitura isolada do dispositivo leva o leitor à conclusão seguinte: os crimes praticados contra a criança não listados pelo Estatuto serão processados de acordo com a lei que o estabeleceu.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, no dia 10 de agosto de 2009, que alterou parcialmente o Código Penal e a Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a ação penal relativa aos crimes de estupro (art. 213, do CP), atentado violento ao

²⁶⁰ O Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros de 2008 encontra-se disponível, na íntegra, na página eletrônica da RITLA – Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana. Disponível em: <http://www.ritla.net/index.php?option=com_content&task=view&id=2314&Itemid=147>. Acesso em: 27out.2008.

pudor (art. 214, do CP), assédio sexual (art. 216-A, do CP) e corrupção de menores (art. 217, do CP), praticados contra a criança ou o adolescente, nos termos do que dispunha o artigo. 225 do aludido estatuto repressivo, era a penal privada.²⁶¹

Permitir-se-ia a ação penal pública apenas nas hipóteses estabelecidas pelo § 1º: “I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; ou, II - se o crime é cometido com abuso do pátrio-poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”. Para a hipótese do inc. I, todavia, haveria necessidade de prévia representação da vítima.

Dessa forma, caso a vítima não fosse pobre e o crime não tivesse ocorrido com abuso do poder familiar, ou seu equivalente, ou ainda, apesar de pobre, não tivesse oferecido representação, a lei não admitia que o Promotor de Justiça oferecesse a “denúncia” pertinente.

A despeito de tais dispositivos, o entendimento era o de que, mesmo que os pais ou responsável deixassem de exercer o direito à representação, a ação seria pública incondicionada, pois permitir que se deixasse de responsabilizar o autor de crime de natureza sexual contra criança ou adolescente, em virtude de ausência de representação, seria afrontar os princípios insculpidos na Constituição Federal (art. 227, § 4º), uma vez que seria facultado sonegar-lhes proteção, dignidade e respeito (PIAZZA, 2005, p. 156).²⁶²

Ademais, o art. 5º Estatuto da Criança e do Adolescente impôs que: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”.

Contudo, com a edição da Lei n.º 12.015, que entrou em vigor no dia 10 de agosto de 2009, o parágrafo único do art. 225 passou a estabelecer que a ação penal é incondicionada se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, no caso

²⁶¹ O legislador reservou a ação penal privada aos crimes contra a liberdade sexual por acreditar que o interesse da vítima deveria sobrepor-se ao da coletividade, deixando ao seu encargo a decisão de processar ou não seu agressor. Os defensores deste ponto de vista acreditam que o ofendido, ao levar a questão, contra sua vontade, aos tribunais e ao conhecimento público, ficaria tão constrangido a ponto de “o mal da lei ser maior que o mal do crime” (NORONHA *apud* PIAZZA, 2005, p. 127). Todavia, é temerosa a manutenção desta faculdade à vítima que, por medo ou por vergonha, permite àquele que cometeu um crime gravíssimo que permaneça impune, livre e disposto a perpetuar essa conduta vil.

²⁶² “§4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

de crimes tais.

Sendo assim, tanto com o atual regramento, quanto com relação ao anterior, a ação penal para os crimes citados, desde que cometidos contra menores de 18 (dezoito) anos, é de ação pública incondicionada.

4.6.5.3 - CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE TIPIFICADOS NA LEI N.º 8.069/90

O Estatuto da Criança e do Adolescente reservou o Capítulo I, Título VII, de sua Parte Especial (abrangendo os arts. 228 a 244), para descrever os tipos penais praticados contra a criança e o adolescente, cuja transcrição e comentários seguem individualizados abaixo.

A - FALTA DO REGISTRO DE ATIVIDADES NA FORMA DO ART. 10 DO ESTATUTO

Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

- Objeto jurídico: o direito às informações sobre o nascimento e o parto.
- Sujeito ativo: o responsável pelo serviço ou o dirigente da entidade (Maternidade).
- Sujeito passivo: o neonato, a gestante e a coletividade.
- Observação: o art. 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente, referenciado no tipo penal, impõe aos hospitais, maternidades e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante, sejam eles públicos ou particulares, o dever de: [...] "I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; [...]; IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe".

B - NÃO-IDENTIFICAÇÃO DO NEONATO E DA PARTURIENTE

Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

- Objeto jurídico: o bem-estar do neonato e da gestante.
- Sujeito ativo: o médico, o enfermeiro ou o dirigente do estabelecimento de atenção à saúde da gestante.
- Sujeito passivo: o neonato, a gestante e a coletividade.
- Observação: 1) a forma de identificação, por determinação do inc. II do art. 10 do Estatuto, deverá ser procedida por meio do registro da impressão plantar e digital do recém-nascido e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; e 2) os exames obrigatórios são aqueles que visam ao diagnóstico e à terapia de anormalidades no metabolismo do recém-nascido (como, por exemplo, o teste do pezinho).

C - PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais.

- Objeto jurídico: a liberdade de locomoção da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: o responsável pelo ato de apreensão irregular e aquele que procede à apreensão.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente impedido de ir e vir.
- Observação: o art. 106 do Estatuto determina que "nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente".

D - FALTA DE COMUNICAÇÃO DE APREENSÃO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Art. 231. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada: Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- Objeto jurídico: o direito à liberdade e à convivência familiar.
- Sujeito ativo: a autoridade policial responsável pela apreensão.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente impedido de ir e vir.

- Observação: a comunicação da apreensão à autoridade judiciária e à família do apreendido é direito da criança e do adolescente e dever da autoridade policial, nos termos do art. 107 do Estatuto, *in verbis*: “A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.”. Um prazo razoável para que essa comunicação seja ultimada é o de 24 horas.

E - SUBMISSÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A VEXAME OU CONSTRANGIMENTO

Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- Objeto jurídico: a integridade psíquica e moral da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: o detentor de autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou o adolescente.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.
- Observação: o Estatuto da Criança e do Adolescente informa que “[...] o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais” (art. 17), estabelecendo como dever de todos – família, sociedade e Estado – o zelo pela dignidade da criança e do adolescente, “[...] pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (art. 18).

F - TORTURA CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O art. 233 foi revogado pela Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu e disciplinou os crimes de tortura, atualmente com os acréscimos da Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003.

A redação original do art. 233 era a seguinte:

Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º Se resultar lesão corporal grave:

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena - reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º Se resultar morte:

Pena - reclusão de quinze a trinta anos.

Pela nova Lei, o crime cometido contra a criança ou o adolescente não se configura mais como tipo penal específico, mas condição de aumento da pena de um sexto até um terço, nos termos do § 4º, inc.

II, do art. 1º, que assim estabelece:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

[...]

- Objeto jurídico: a integridade física e psicológica da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: aquele que submeter a criança ou o adolescente, sob sua guarda, poder ou autoridade, a intenso sofrimento físico ou mental.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

G - NÃO LIBERAÇÃO IMEDIATA DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- Objeto jurídico: a liberdade de locomoção da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: a autoridade coatora – a autoridade policial ou o magistrado – que, sem justa causa, deixa de ordenar a imediata liberação da criança ou do adolescente.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.
- Observação: diante da possibilidade de concurso com a Lei n.º 4.989/1965 – que regula o processo de responsabilidade penal em decorrência do abuso de autoridade –, prevalece o disposto no art. 234 do Estatuto da Criança e do Adoles-

cente, por ser esta norma mais específica.

H - DESCUMPRIMENTO DE PRAZO

Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- Objeto jurídico: a liberdade de locomoção da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: autoridade responsável pelo cumprimento de prazo.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.
- Observação: o Estatuto indica uma série de prazos a serem cumpridos pelas autoridades: 1) a internação provisória tem como prazo máximo e improrrogável o de 45 dias (art. 108); 2) a medida de internação, em hipótese nenhuma, poderá exceder o lapso de três anos (art. 121, § 3º); 3) a medida de internação será compulsoriamente extinta quando o adolescente completar 21 anos (art. 121, § 5º); 4) a internação em cadeia pública, no caso de impossibilidade de transferência imediata para estabelecimento próprio, redundará no prazo de cinco dias, em que o adolescente poderá aguardar em repartição policial, em seção isolada dos adultos (art. 185, § 2º).

I - IMPEDIR OU EMBAÇAR AÇÃO DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA

Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- Objeto jurídico: o direito da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: qualquer pessoa que embarce a ação da autoridade judiciária, do Conselheiro Tutelar ou do representante do Ministério Público.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente e a coletividade.

J - SUBTRAÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:

Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.

- Objeto jurídico: o direito à convivência familiar.
- Sujeito ativo: qualquer pessoa que subtrai criança ou adolescente de quem exerça sobre ela poder familiar ou exercício de guarda.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.
- Observação: o tipo penal descrito no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente guar-

da semelhanças ao disposto no art. 249 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio-poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

No entanto, à parte a similitude, os tipos guardam diferenças: o dispositivo estatutário acresce mais detalhes ao elemento subjetivo: “colocação em lar substituto”, enquanto o crime do Código Penal se refere ao agente que subtrai a criança ou adolescente para colocá-lo em sua própria esfera de vigiância. O tipo do Estatuto da Criança e do Adolescente requer dolo mais específico.

K - ENTREGA DE FILHO OU PUPILO MEDIANTE RECOMPENSA

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

- Objeto jurídico: o direito à convivência familiar.
- Sujeito ativo: o responsável legal pela criança e pelo adolescente (genitores, tutores, guardiões).
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.
- Observação: o Estatuto da Criança e do Adolescente garante que: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substitua, [...]” (art. 19).

L - ENVIO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE AO EXTERIOR

Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

- Objeto jurídico: o direito a ser criado no país de origem.
- Sujeito ativo: a pessoa que promove o envio da criança ou do adolescente ao exterior.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

M - UTILIZAÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM CENA PORNOGRÁFICA

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput* deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I - no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III - prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

- Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: o adulto que contracena com a criança ou o adolescente, o diretor ou produtor da peça teatral, do programa de televisão ou filme, também o *cameraman* e o fotógrafo.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

Observações: Ao comentar tal tipo penal, Valter Kenji Ishida, leciona que pornografia é representação, por quaisquer meios, de cenas ou objetos obscenos destinados a serem apresentados a um público e também expor práticas sexuais diversas, com o fim de instigar a libido do observador. Sexo explícito é aquele onde existe a conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinosos.²⁶³

N - DIVULGAÇÃO DE CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemática, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo;

II - assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incs. I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o *caput* deste artigo.

- Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: por força da Lei nº 10.764/2003, será qualquer pessoa envolvida direta ou indiretamente com a prestação do serviço – o fotógrafo, o editor, o proprietário do meio de comunicação, o agenciador, o responsável pelo provedor da *Internet*, entre outros.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

O - MANTER REGISTRO DE CENA DE SEXO EXPLÍCITO PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA E ADOLESCENTE

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o *caput* deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I - agente público no exercício de suas funções;
II - membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;
III - representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

- Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: por força da Lei nº 10.764/2003, será qualquer pessoa envolvida direta ou indiretamente com a prestação do serviço – o fotógrafo, o editor, o proprietário do meio de comunicação, o agenciador, o responsável pelo provedor da *Internet*, entre outros.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

Observação: O presente artigo deu um passo adiante no que toca à responsabilização de quem negocia material pornográfico pela *Internet*. Com relação a este tipo, dispensa-se a prova da divulgação. Para haver adequação típica, basta que mantenha o registro em arquivo.

²⁶³ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2010.

P - SIMULAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇA EM CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do *caput* deste artigo.

- Objeto jurídico: a dignidade da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: qualquer pessoa – o fotógrafo, o editor, o proprietário do meio de comunicação, o agenciador, o responsável pelo provedor da *Internet*, entre outros.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

Q - ASSÉDIO À CRIANÇA OU AO ADOLESCENTE

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I - facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II - pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

- Objeto jurídico: a integridade moral e psíquica da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: qualquer pessoa.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

R - CONCEITO DE PORNOGRAFIA E SEXO EXPLÍCITO

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. (Incluído pela Lei n.º 11.829, de 2008)

S - VENDA DE ARMA, MUNIÇÃO OU EXPLOSIVO

Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.

- Objeto jurídico: a integridade física e moral da criança ou do adolescente.

- Sujeito ativo: qualquer pessoa que vende ou fornece arma ou munição à criança ou ao adolescente.
- Sujeito passivo: a criança e o adolescente.

T - VENDA DE PRODUTOS QUE CAUSEM DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

- Objeto jurídico: integridade física ou psíquica da criança ou adolescente.
- Sujeito ativo: qualquer um que venda ou forneça à criança e ao adolescente produtos que possam causar dependência física ou psíquica.
- Sujeito passivo: a criança e o adolescente.

Observação: O presente tipo não se confunde com os especificados na Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Naquele, a posse, por si só, da substância já é ilícita, e consta de Portaria. Aqui a posse não é ilícita. A venda do produto é autorizada – como acetona, fogos, *thinner*, etc. Contudo, a venda a menores de 18 (dezoito) anos é proibida porque seu uso para outros fins aos quais não é originariamente destinada pode ser danoso à criança e ao adolescente.

U - VENDA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO A CRIANÇA E ADOLESCENTE

Art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

- Objeto jurídico: a integridade física da criança ou adolescente.
- Sujeito ativo: qualquer pessoa que venda ou forneça fogos de artifício à criança ou ao adolescente.
- Sujeito passivo: a criança e o adolescente.

V - EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

§1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo.

§2º Constitui efeito obrigatório da condenação a

cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

- Objeto jurídico: a integridade física e psíquica da criança ou do adolescente.
- Sujeito ativo: qualquer um que submete a criança ou o adolescente à exploração sexual.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.
- Observação: o dispositivo em tela, no entendimento de Kenji Ishida (2010), foi revogado tacitamente pelo crime de “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração de vulnerável (art. 218-B)”, instituído pela Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, que passou a vigorar em 10 de julho de 2009.

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§1º **Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.**

§2º **As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.**

- Objeto jurídico: a proibidade do menor de dezoito anos.
- Sujeito ativo: qualquer pessoa.
- Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

Tipo objetivo: ‘corromper’, neste caso, significa o agente praticar infração penal com o menor. O tipo prevê ainda o verbo ‘facilitar a corrupção’, que significa induzir o menor a praticar a infração, que abrange o crime e a contravenção. Como meio de corromper ou facilitar a corrupção pode ser utilizada a *Internet* por meio, por exemplo, das salas de bate-papo.

- Observação: Esse crime constava do rol dos delitos descritos na Lei n.º 2.252/54, onde também apresentava esse *nomen juris*. A Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, revogou expressamente esse tipo, e o introduziu no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.6.6 - OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio de seu art. 201, inc. IX, conferiu ao Ministério Público legitimidade para impetrar Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e *Habeas Corpus*, em qualquer juízo, instância ou tribunal, em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

O Ministério Público poderá ingressar com quaisquer das três medidas tanto para defender o direito

individual de criança ou adolescente determinados, quanto em razão da defesa dos direitos individuais homogêneos ou coletivos de várias crianças e adolescentes.

4.6.6.1 - MANDADO DE SEGURANÇA

A disciplina do Mandado de Segurança foi recentemente alterada pela Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, a qual em seu art. 1º, autoriza sua concessão para a proteção de “direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Carta Política de 1934, teve sua abrangência significativamente ampliada pela Constituição Federal de 1988, que passou a arrolá-lo para a tutela não apenas do direito individual (como ocorria nos textos das demais Constituições), mas também dos direitos coletivos e difusos.

Prevê o inc. LXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Diante dessa nova ordem constitucional, o Ministério Público poderá ingressar com o Mandado de Segurança tanto em defesa do direito individual da criança quanto em defesa do direito coletivo dessa categoria.

Nesse aspecto há de ser ressalvado que a medida ajuizada em amparo a direito coletivo não configurará o instituto jurídico do “Mandado de Segurança Coletivo”, isso porque a Constituição Federal previu apenas dois legitimados para sua impetração: “[...] a) o partido político com representação no Congresso Nacional; e b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, inc. LXX, da CF).”

O Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente recomenda a utilização do Mandado de Segurança (ação mandamental) em duas situações, deflagradas pelos arts. 210, §2º, e 212, §2º, conforme se observa:

Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

[...] .

§2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

[...]

§2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

De fato, de acordo com o estudo de Mazzilli (2003, p. 677), os casos mais observados de utilização de Mandado de Segurança por membros do *Parquet* têm sido para buscar efeito suspensivo em recursos ou para atacar atos de autoridade que cerceiam direitos e prerrogativas da função. Nesse tópico, é bom lembrar que a nova lei fixa um rol com hipóteses em que a utilização do presente remédio constitucional não será possível:

Art.5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

- I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
- II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III - de decisão judicial transitada em julgado.

Outrossim, também é possível impugnar via ação mandamental, por exemplo, a portaria ou o alvará expedidos por autoridade judicial, nas hipóteses do art. 149, que violarem direito líquido e certo (MAZZILLI, 2003, p. 678).

Da mesma forma, o Mandado de Segurança é o remédio indicado para os casos em que a criança ou o adolescente não consegue matrícula em escola pública para cursar série do ensino fundamental. Este é obrigatório e gratuito, constituindo-se em direito público subjetivo (art. 54, inc. I, e §1º, do ECA). Assim, por ser direito líquido e certo, o Promotor de Justiça poderá impetrar tal *writ* para obrigar o Poder Público a conceder a vaga para a criança ou o adolescente.

Por fim, recorda-se que o prazo para que seja impetrado o Mandado de Segurança é de 120 (cento e vinte) dias, a contar da ação ou omissão causadora do dano (art. 23 da Lei n.º 12.016/2009), extinguindo-se o direito de requerê-lo findo o prazo.

4.6.6.2 - MANDADO DE INJUNÇÃO

A Carta Cidadã introduziu no ordenamento jurídico nacional a figura *writ of injunction*,²⁶⁴ instituto de origens no direito anglo-saxônico, cujas hipóte-

ses de concessão encontram-se no inc. LXXI do art. 5º. Vejamos:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Apesar de seus efeitos serem bastante semelhantes aos da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, algumas expressivas diferenças conferem a essa medida a possibilidade de alcance mais amplo. A ação, por ter natureza de controle concentrado do Supremo Tribunal Federal, apenas pode ser proposta por um dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal. O presente *writ*, de outro lado, é direito assegurado a todos, sendo permitida a sua interposição por qualquer um do povo sempre que em razão da falta de norma que o regulamentamente, encontre-se inviabilizado o exercício de direitos constitucionais.²⁶⁵

Na realidade, conforme expõe Sidou (1998, p. 272), o “[...] mandado de injunção não é um direito, e sim uma garantia de direitos [...] o novo *writ* é um direito, traduzido na faculdade de agir”.

Outrossim, conforme ressalva Bastos (1999, p. 243), para a concessão do Mandado de Injunção é imprescindível a pré-existência do direito subjetivo, restando-lhe tão-somente a necessidade de regulamentação. Esse remédio não se presta a criar ou ampliar direitos, uma vez que:

[...] é necessária, pois, a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BASTOS, 1999, p.243).

Em um primeiro momento, o Mandado de Injunção apresentou-se como importante instrumento diante de eventuais omissões do Poder Legislativo. O desenrolar histórico pós-1988 demonstrou que as “eventuais” omissões, na verdade, tornaram-se constantes, especialmente ao se considerar que, apesar de passadas duas décadas da promulgação

²⁶⁵ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; VI - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VII - o Procurador-Geral da República; VIII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; IX - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

²⁶⁴ Mandado de Injunção.

do texto constitucional, muito do que ficou a cargo de Lei Complementar ainda não foi disciplinado.²⁶⁶

Contudo, a potencialidade de seus efeitos não concretizou as possibilidades que se almejava em decorrência do tímido posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que optou por apenas cientificar o Poder Legislativo da omissão, deixando a cargo daquele Poder a adoção das medidas necessárias (MAZZILLI, 2003, p. 678). Vejamos o teor da decisão abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. TAXA DE JUROS REAIS: LIMITE DE 12% AO ANO. ARTS. 5º, INC. LXXI, E 192, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Em face do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI no 4, o limite de 12% ao ano, previsto, para os juros reais, pelo §3º do art. 192 da Constituição Federal, depende da aprovação da Lei regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, a que se refere o “caput” do mesmo dispositivo. 2. Estando caracterizada a mora do Poder Legislativo, defere-se, em parte, o Mandado de Injunção, para se determinar ao Congresso Nacional que elabore tal Lei. 3. O deferimento é parcial porque não pode esta Corte impor, em ato próprio, a adoção de tal taxa, nos contratos de interesse dos impetrantes ou de quaisquer outros interessados, que se encontrem na mesma situação. 4. Precedentes. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 611/SP. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 21.08.2002).

Todavia, felizmente, recentes julgamentos demonstram que a Suprema Corte tem avançado na discussão da questão, tendendo a rever seu posicionamento, conforme se observa do voto proferido pelo então Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Mandado de Injunção nº 695/MA:

Mandado de Injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra. (Voto do Relator: Ministro Sepúlveda Pertence)

[...]
Ao contrário do alegado nas informações, a simples existência de projeto de lei referente ao tema (v.g., MI 584, Moreira, DJ 22.2.02) não tem condão de, por si, esvaziar o pedido de mandado de injunção.

²⁶⁶ Ainda estão à espera de disciplina legislativa, por exemplo, o inc. II do art. 153, que deixou a cargo de Lei Complementar a criação de imposto sobre grandes fortunas, e o inc. I do art. 7º, que assegura ao trabalhador urbano e rural a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária, nos termos de Lei Complementar. No campo da legislação ordinária, ainda é aguardada a criação de Lei que regulamente o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, inc. XXI), bem como a criação de Lei que discipline o direito de greve no serviço público (art. 37, inc. VII).

O dispositivo constitucional não regulamentado – art. 7º, XXI, CF – já é velho cliente deste Tribunal.

[...]

O Congresso Nacional parece obstinado na inércia legislativa a respeito.

Seria talvez oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto à natureza e à eficácia do mandado de injunção, nos moldes do que se desenha no MI 670 (INF/STF 430), se não fora o pedido inicial. (Voto do Ministro Gilmar Mendes)

[...]

Senhora Presidente, no caso do direito de greve – acho que tem pedido de vista o Ministro Lewandowski -, manifestei-me, juntamente com o Ministro Eros, no sentido de atribuir um tipo de eficácia normativa na decisão; mas, no caso, há um pedido específico que, certamente, não será capaz de atender as pretensões do impetrante, uma vez que a Lei só disporá para o futuro, não terá como repercutir sobre sua própria situação subjetiva. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 695-4/MA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 01.03.2007).

4.6.6.3 - HÁBEAS CORPUS

O *Habeas Corpus*, nos termos da Constituição Federal, será concedido “[...] sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (inc. LXVII, art. 5º).

Esse remédio constitucional já se encontra incorporado no ordenamento brasileiro desde longa data, tendo sido instituído, pela primeira vez, no art. 340 do Código de Processo Criminal do Império, de 1832.

O *Habeas Corpus*, medida gratuita, é um dos poucos instrumentos jurisdicionais que dispensam a capacidade postulatória de seu impetrante, podendo, dessa forma, ser proposto por qualquer um do povo, dispensando, ainda, qualquer formalidade para sua interposição.

Não há que confundir, no entanto, o *Habeas Corpus* proposto por “qualquer um do povo” com o proposto pelo Promotor de Justiça no uso das prerrogativas conferidas pela Lei n.º 8.069/1990 (art. 201, inc. IX). Quando o Ministério Público interpõe qualquer um dos remédios constitucionais em prol da criança e do adolescente, não o faz como cidadão, mas sim em nome de todo o *Parquet*, instituição diretamente legitimada para tanto.

A legitimidade concedida ao Ministério Público abarca tanto o “*babeas corpus* preventivo”, quando é ameaçada a liberdade de “ir e vir” da criança ou do adolescente, quanto o “*babeas corpus* liberatório”, reservado para as hipóteses em que o direito a liberdade já se encontra abalado.

O *Habeas Corpus* merece ser interposto em defesa do adolescente privado de liberdade quando não houver flagrante de ato infracional ou ordem judicial escrita e fundamentada (art. 106, do ECA).

Da mesma forma, cabe o *Habeas Corpus* quando, apesar de ultrapassados 45 (quarenta e cinco) dias de internação provisória, não tiver sido proferida sentença no procedimento que apura ato infracional (arts. 108, parágrafo único, e 183, do ECA).

A concessão do *Habeas Corpus*, contudo, não está restrita à imputação de autoria de ato infracional, sendo inúmeras as situações em que é permitida – constitui por exemplo, medida cabível para liberar a criança e o adolescente que, em razão de ato de indisciplina, tenha-o o professor “deixado de castigo”, na sala de aula, sem poder retornar a casa após o término da jornada letiva.

Também é cabível o aludido *writ* no caso de o Juiz da Comarca ter instituído o “toque de recolher”, como ficou conhecida a medida que proíbe crianças e adolescentes de se locomoverem em locais públicos em determinados horários. Em casos tais, para que todos os menores de dezoito anos sejam protegidos em seu direito fundamental de ir e vir, poderá ser impetrado o *Habeas Corpus* preventivo coletivo no Tribunal de Justiça, uma vez que, *in casu*, a autoridade coatora é o Juiz de Direito (existe proposta de tal peça na página do CAO-IJ, no site do Ministério Público Mineiro).

4.7 - O PROMOTOR DE JUSTIÇA E A DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS

A Carta de 1988 elencou, entre as atribuições institucionais do Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Dois anos mais tarde, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente tripartiu a legitimidade *ad causam* para o ingresso com ação cível pública fundada em interesse da criança e do adolescente entre o Ministério Público, os entes federativos, os territórios e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, de maneira concorrente (art. 210).

4.7.1 - Os DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

O renomado jurista Norberto Bobbio desenvolveu, em sua obra “A era dos direitos”, a teoria jurídica acerca da constitucionalização dos “direitos do homem”. De acordo com Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5).

Soma-se a essa idéia, de forma a esclarecer a maneira pela qual a evolução na positivação e a concretização dos direitos se constrói, o conceito elaborado por Foulcault atinente à microfísica do poder: o poder não é exercido apenas pelo governante de maneira verticalizada, como se fosse um vetor que se desenhasse de cima para baixo. Muito ao contrário. Existem vários outros pólos que exercem poder, que se organizam de forma reticular, horizontal e, portanto, influenciam decisivamente os negócios da *polis*. Tal mecanismo é recrudescido nos dias atuais em razão da facilidade de comunicação e de expressão desses grupos.

Aqui há de se fazer a ressalva proposta por Bonavides (2002) de que a terminologia “geração de direito” deveria ser substituída pela expressão “dimensão de direito”, vez que a expressão ‘geração’ designa ordem cronológica, sugerindo a decadência do direito invocado na geração anterior, enquanto o termo ‘dimensão’ possibilita uma compreensão mais abrangente, de incorporação dos direitos com o avanço dimensional:

[...] Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; corramento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de ‘primeira geração’. E continua dizendo que ‘tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico’ (BONAVIDES, 2002, p. 525).

Nesse diapasão, tendo em vista a coerência da proposta de Bonavides (2002), a história do reconhecimento dos direitos fundamentais será aqui tratada por “dimensões”, e não “gerações” - termo criado por Bobbio (1992) e bem recepcionado por quase toda a literatura política e jurídica.

A idéia de direitos fundamentais do homem origina-se a partir do pensamento cristão e da concepção de direitos naturais, estes últimos, frutos do jusnaturalismo, compreendidos como direitos inerentes à natureza humana – “direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem”, independentemente de estarem positivados (SILVA, 2001, p.176).

O jusnaturalismo rompeu com a tradição do direito medieval, sobretudo a partir das idéias dos filósofos contratualistas.

Alguns historiadores apontam como marco inicial da positivação dos direitos do homem a Constituição Inglesa de 1215, entretanto, a corrente dominante entende que a primeira positivação de direitos fundamentais, verdadeiramente, ocorreu apenas após a Revolução Gloriosa na Inglaterra, que, em 1668, instituiu sistema de governo monárquico parlamentar, com a “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*).

Vários movimentos revolucionários se seguiram e foram alcançando *status* internacional, como, por exemplo, a Revolução Francesa (1789 a 1799) e a Independência dos Estados Unidos (1776). No entanto, se de um lado, essas revoluções influenciaram o sentimento de valores fundamentais do homem, de outro, por ser um produto do século XVIII, possuíam cunho nitidamente individualista, subordinando a vida social aos interesses do indivíduo, demandando do Estado a finalidade de preservação dos direitos individuais (DALLARI, 1995, p. 215).

Nessa linha, intimamente entrelaçados à tradição liberal, surgem os direitos fundamentais de primeira dimensão, cujo núcleo limita-se aos “direitos de liberdade”, correspondente aos direitos civis e políticos.

Nessa primeira dimensão, conforme expõe Bonavides (2002, p. 517), o Estado restringe-se à edição da lei, não intervindo ou promovendo diretamente as garantias dela decorrentes.

Com a queda do Absolutismo, ascendeu o sistema de produção capitalista e, com ele, observou-se a edificação de uma muralha entre duas classes sociais: de um lado uma pequena elite burguesa, de outro, uma enorme massa de miseráveis. Os direitos fundamentais, que até então tinham sua matriz na liberdade do indivíduo, não se mostraram capazes de resolver os problemas recém-surgidos. O singelo conceito de liberdade vigente, no qual a liberdade era concebida apenas como a restrição imposta ao arbítrio do Estado, mostrava-se, às vezes, como o direito a morrer de fome.

Se durante as revoluções dos séculos XVII e XVIII, em nome das garantias individuais, lutava-se contra a intervenção estatal na esfera dos particulares, agora, era anseio do povo que o Estado interviesse e diminuísse as desigualdades socioeconômicas existentes.

Dentro desse contexto, surgem os ideais socialistas, cujas origens remontam aos jacobinos da Revolução Francesa, que reivindicavam direitos para além

daqueles de liberdade, o que acabou por servir de inspiração ao vários movimentos populares ocorridos ao longo dos séculos XIX e XX.

Ao término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), que se mostrou devastadora sobretudo para os países europeus, durante a qual as condições de vida da população retroagiram à situação de barbárie, observou-se o levante da segunda dimensão de direitos fundamentais – os direitos sociais, proclamados na declaração das Constituições socialistas e na Constituição de Weimar ²⁶⁷.

A declaração desses direitos obrigou o Estado a adotar certas condutas para o cumprimento de atribuições que passam a ser suas. No entanto, infelizmente, a maior parte dessas condutas não foram, naquele momento histórico, concretizadas, o que culminou na qualificação dos direitos sociais como meras diretrizes, remetendo-os à esfera programática.

Bonavides (2002, p. 518) explica que esses direitos de segunda dimensão:

[...] atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Há apenas poucas décadas, ainda, no final do século XX, surgiram os direitos de terceira dimensão, sob a bandeira do “direito à fraternidade” que representam os direitos transindividuais – o direito à solidariedade, ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrados, entre outros.

²⁶⁷ A Constituição de Weimar, que instituiu a República Alemã em 1919, surgiu como um produto da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Ao sair de uma guerra perdida, que lhe custou ao cabo de quatro anos de combate cerca de dois milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população masculina), o povo alemão passou a descrever de todos os valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas. A Carta de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século (COMPARATO, 2006).

Os direitos transindividuais (ou metaindividuais) podem ser divididos em três espécies: os direitos individuais homogêneos, os direitos coletivos e os direitos difusos, definidos na legislação brasileira, pela primeira vez, pelo texto do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), nos seguintes termos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I. interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato;
- II. interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III. interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os titulares de interesses individuais homogêneos são passíveis de determinação. A natureza jurídica desses direitos é divisível, de modo que, mesmo que homogêneo, podem ser identificados e tutelados singularmente por seu titular. A possibilidade da tutela coletiva de tais interesses, conferida pelo legislador, tem por escopo apenas facilitar o acesso à Justiça, evitando-se o ajuizamento de diversas ações judiciais com causa de pedir idêntica.

Os titulares dos direitos coletivos, por sua vez, são pessoas determinadas ou determináveis, todas pertencentes a uma determinada classe ou categoria. O objeto jurídico do direito coletivo tem natureza jurídica indivisível, pois, ainda que tenham surgido da soma dos direitos individuais, ficam adstritos a um direito nascido na coletividade.

Os direitos difusos, por outro lado, situam-se em uma órbita bastante ampla. Da mesma forma que ocorre nos direitos coletivos, os direitos difusos têm natureza indivisível, todavia, este alcança um número indeterminado e indeterminável de pessoas, ligadas tão-somente por uma situação fática. O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida, em Recurso Extraordinário, assim os definiu:

Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 163231/SP Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 26.02.1997).

Os direitos de terceira dimensão estão situados para além do conflito de classes dentro de uma nação, porquanto se inserem no contexto da sociedade globalizada. Nesse quadro, observa-se que determinadas decisões de chefes políticos podem provocar conseqüências em todo o globo. Assim, em meio a guerras, mortes, genocídios, etnocídios, pandemias, entre tantas outras atrocidades, surgem os “direitos de fraternidade”, que, no entender de Bonavides (2002, p. 524), manifestam-se de três formas:

1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);
3. Uma coordenação sistemática de política econômica.

O constitucionalista ainda advoga a tese da existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, decorrentes da globalização econômica e do crescimento do sistema neoliberal: “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”. (BONAVIDES, 2002, p. 524).

Assim, mais uma vez utilizando as palavras de Paulo Bonavides (2002, p. 526), “os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”.

Outros doutrinadores entendem por classificar como quarta dimensão os direitos relativos à manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, que envolvem discussões acerca da vida e da morte. Há, ainda, quem fale em quinta dimensão, representada pelos direitos advindos da realidade virtual.

4.7.2 - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A conquista social pelos direitos transindividuais tomou tamanha proporção em nosso ordenamento que, em 1988, foram elevados a nível constitucional na redação da Carta Cidadã.

Antes disso, podemos dizer que o primeiro instrumento de tutela dos direitos transindividuais regulamentado no Brasil foi a Ação Popular – Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 –, ferramenta à disposição de todo e qualquer cidadão, para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos da Administração Pública que fossem lesivos ao patrimônio público.

Passadas duas décadas, em 24 de julho de 1985, foi publicada a Lei n.º 7.347, que disciplinou a Ação Civil Pública como instrumento de proteção do pa-

trimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inc. III, da CF).

Mazzilli (1991, p. 36) explica que a denominação de “ação civil pública” foi escolhida pelo legislador por guardar paralelo com a “ação penal pública”, em suas palavras:

Inicialmente, com ação civil pública se quis dizer a ação de objeto não penal, proposta pelo Ministério Público. Na verdade, porém, tal expressão, se bem que já incorporada na legislação, doutrina e jurisprudência, não deixa de padecer de impropriedade. De um lado, toda a ação é pública, enquanto direito público subjetivo dirigido contra o Estado; de outro, como não tem o Ministério Público exclusividade na propositura da dita ação civil pública, podemos hoje considerar que esta última compreende não só a ação de objeto não penal proposta por aquela instituição, como a mesma ação, com mesmo objeto, proposta por qualquer dos demais co-legitimados ativos, desde que destinada à defesa dos direitos difusos e coletivos (MAZZILLI, 1991, p. 36-37).

Destarte, reconhecida a relevância instrumental da Ação Civil Pública, passa-se a discorrer a seu respeito, destacando-se as questões mais importantes e aquelas controvertidas na jurisprudência e doutrina.

4.7.2.1 - LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA

A Lei das Ações Cíveis Públicas, com a nova redação imposta pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, lista como legitimados o Ministério Público (art. 5º, inc. I), a Defensoria Pública (art. 5º, inc. II), os entes federativos (art. 5º, inc. III), as pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública indireta (art. 5º, inc. IV) e as associações constituídas há, pelo menos, um ano, que tenham por finalidade institucional a proteção dos direitos coletivos e difusos (art. 5º, inc. V).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, estabeleceu legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública fundada em interesses coletivos e difusos da criança e do adolescente ao Ministério Público (art. 210, inc. I), aos entes federativos e territórios (art. 210, inc. II) e às associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos disciplinados pelo Estatuto (art. 210, inc. III).

Tanto a legitimidade conferida pela Lei nº 7.347/85 quanto a estatutária são concorrentes, autônomas e disjuntas, ou seja, podem ser propostas isoladamente ou em consórcio de legitimados (BORDALLO, 2007, p. 667).

Conflitos jurisprudenciais e doutrinários, no entanto, são apontados por Bordallo (2007, p. 688-689) ao tratar da legitimidade do Ministério Público

na defesa dos direitos individuais homogêneos. De acordo com o autor, existem correntes que não reconhecem a Instituição como legitimada a intervir judicialmente pelo direito individual disponível, ainda que homogêneo. Essa corrente pauta sua defesa na natureza divisível dos direitos individuais homogêneos, fato este que permitiria a busca da tutela jurisdicional pelo seu titular.²⁶⁸

Contudo, não há qualquer impedimento legal à intervenção do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos. De fato, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), descreve como função do *Parquet* a propositura do inquérito civil e da ação civil pública para a “proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos” (art. 25, inc. IV, alínea “a”).

A intervenção do *Parquet* em questão que de discute o direito de criança e adolescente, contudo, não causa maiores controvérsias. Primeiro, porque os direitos da criança e do adolescente são sempre in-

²⁶⁸ As contradições noticiadas pelo autor de fato existem na jurisprudência, o que se ilustra nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recursos Especiais, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE PIS/PASEP E COFINS. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES. I - O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares. II - Agravo Regimental improvido” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 637744/RS. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgado em: 09.05.2006). “Processual Civil. Recurso Especial. Administrativo. Constitucional. Ação Cautelar Inominada. *Legitimatío ad causam do Parquet*. Art. 127 da CF/88. Direito à saúde. 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. [...] 10. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 817710/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 17.05.2007).

disponíveis e, segundo, porque a Lei nº 8.069/1990, no art. 210, inciso V, estabeleceu como competência do Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses “individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência”, o que rechaça de uma vez por todas qualquer possibilidade de divergência quanto à atribuição do Ministério Público para a defesa de qualquer uma das espécies de direitos metaindividuais.

Ainda a respeito de legitimidade, a Lei nº 8.069/1990 admite, no §1º do art. 210, a figura do *consórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente*. Esta autorização decorre dos princípios institucionais do Ministério Público da unidade e da indivisibilidade (art. 127, §1º, da CF), pois, conforme leciona Nery Júnior *apud* Milaré:

A atribuição interna do Ministério Público, como um todo, federal e estadual, de divisão e distribuição de funções e tarefas, é questão administrativa, *interna corporis*, que não interfere na legitimidade de ser parte – esta, sim, conferida indistintamente a ambos por lei (MILARÉ, 2003, p. 707).

Pela redação do art. 210, §2º, do Estatuto, nas ações interpostas por associação, na hipótese de desistência ou abandono da ação, poderá o Ministério Público ou qualquer outro legitimado assumir a sua titularidade (art. 210, inc. III, do ECA).²⁶⁹

Contudo, questiona-se acerca da possibilidade de desistência da ação por parte do Ministério Público. Muito embora a Lei nº 8.069/1990 tenha se referido apenas à associação, o ordenamento jurídico não impede que isso ocorra, ou, conforme dispõe Mazzilli *apud* Milaré (2003, p. 708-709):

Tanto a associação como qualquer dos demais co-legitimados – neles incluído o Ministério Público – todos eles agem por legitimação extraordinária, ou seja, substituem processualmente os lesados, fragmentariamente dispersos na coletividade. Afinal, nem a associação, nem o Ministério Público, nem qualquer dos co-legitimados ativos, nenhum deles é titular do direito material que defende. Assim, a admitir a desistência ou abandono da associação, não há que negar igual possibilidade aos demais co-legitimados ativos, colocados em idêntica situação.

Entretanto, especificamente na questão da criança e do adolescente, com relação à possibilidade de desistência da ação por parte do Ministério Público, há de se questionar se, ao renunciar a ela, não esta-

ria o Promotor de Justiça abdicando de uma função que lhe foi atribuída pelo texto da Carta Magna – “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, inc. III).

Por fim, é de se ressaltar que o Conselho Tutelar não possui legitimidade para ingressar com a Ação Civil Pública, nem por ordem da letra da lei, nem por analogia.

4.7.2.2 - O INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil surge, no ordenamento jurídico brasileiro, com a publicação da Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, que autorizou a sua instauração pelo Ministério Público, no §1º do seu art. 8º.²⁷⁰

Ressalte-se a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (Lei Complementar nº 197/2000 que disciplina as peculiaridades do inquérito civil autuado pelo *Parquet* catarinense em seus arts. 84 a 90, *in verbis*:

Art. 84. O inquérito civil, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado por portaria, em face de representação ou, de ofício, em decorrência de qualquer outra notícia que justifique o procedimento.

§1º Sempre que necessário para formar seu convencimento, o membro do Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo preparatório do inquérito civil.

§2º As providências referidas neste art. e no parágrafo anterior serão tomadas no prazo máximo de trinta dias.

§ 3º As diligências investigatórias, quando devam ser realizadas em outra comarca, poderão ser deprecadas a outro órgão de execução do Ministério Público, obedecida eventual disciplina interna de encaminhamento.

Art. 85. A representação para instauração de inquérito civil, que independe de formalidades especiais, será dirigida ao órgão do Ministério Público competente e deverá conter, sempre que possível: I - nome, qualificação e endereço do representante e do autor do fato;
II - descrição do fato objeto das investigações;
III - indicação dos meios de prova.

§ 1º Do indeferimento da representação de que trata este art. caberá recurso ao Conselho Superior do Ministério Público no prazo de dez dias, contado da data em que o representante tomar ciência da decisão.

§ 2º Antes de encaminhar os autos ao Conselho Superior do Ministério Público, o membro do Ministério Público poderá, no prazo de cinco dias,

²⁶⁹ As hipóteses de abandono da ação estão indicadas do Código de Processo Civil (art. 267, incs. II e III) como causas de extinção do processo sem julgamento do mérito, quais sejam: “[...] II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias”.

²⁷⁰ “Art. 8º [...]”

§1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua previdência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

reconsiderar a decisão recorrida.

Art. 86. O inquérito civil, quando instaurado, instruirá a petição inicial da ação civil pública.

Art. 87. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil, do procedimento administrativo preparatório ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos, no prazo de três dias, sob pena de falta grave, ao Conselho Superior do Ministério Público, competindo-lhe o exame e deliberação acerca da promoção de arquivamento, conforme dispuser o seu Regimento Interno.

§ 2º Deixando o Conselho Superior do Ministério Público de homologar a promoção de arquivamento, comunicará, desde logo, ao Procurador-Geral de Justiça para a designação de outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou prosseguimento das investigações.

Art. 88. Depois de homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público a promoção de arquivamento do inquérito civil, do procedimento administrativo preparatório ou das peças de informação, o órgão do Ministério Público somente poderá proceder a novas investigações se de outras provas tiver notícia.

Art. 89. O órgão do Ministério Público, nos inquéritos civis ou nos procedimentos administrativos preparatórios que tenha instaurado, e desde que o fato esteja devidamente esclarecido, poderá formalizar, mediante termo nos autos, compromisso do responsável quanto ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou das obrigações necessárias à integral reparação do dano, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Art. 90. O inquérito civil instaurado para apurar violação de direito assegurado nas Constituições Federal e Estadual, ou irregularidade nos serviços de relevância pública poderá ser instruído através de depoimentos colhidos em audiência pública.

§ 1º Encerrado o inquérito civil, o órgão de execução do Ministério Público poderá fazer recomendações aos órgãos ou entidades referidas no inciso VII do art. 82 desta Lei Complementar, ainda que para maior celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos, requisitando do destinatário sua divulgação adequada e imediata, bem como resposta por escrito.

§ 2º Além das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o órgão de execução do Ministério Público emitir relatórios, anuais ou especiais, encaminhando-os às entidades mencionadas no inciso VII do art. 82 desta Lei Complementar, delas requisitando também divulgação adequada e imediata.

A natureza jurídica do inquérito civil é de procedimento administrativo, comportando-se como um instrumento de investigação colocado à disposição do Promotor de Justiça para a apuração de lesão ou ameaça a direito metaindividual.

Bordallo (2007, p. 658) o conceitua como ferramenta de investigação administrativa prévia que objetiva apurar

[...] elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva.

O Estatuto da Criança e do Adolescente faz expressa menção acerca da possibilidade da instauração do inquérito civil para a apuração de ofensa a direito assegurado a criança e adolescente em seu art. 223, *in verbis*:

Art. 223. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

Sendo assim, o inquérito civil mostra-se como instrumento adequado sempre que o Promotor de Justiça precisar colher provas para a propositura da ação civil pública ou receber notícia de ofensa às garantias da criança e do adolescente e entender necessária sua investigação.

Diferentes fontes poderão noticiar ao Promotor de Justiça a ocorrência de ameaça ou lesão a direito de criança ou de adolescente, faculdade conferida a qualquer pessoa do povo. A Lei n.º 8.069/90, entretanto, prevê duas situações em que essa faculdade transforma-se em dever: o servidor público (art. 220, do ECA) e os juízes e tribunais no exercício de suas funções (art. 221).

Em regra, o inquérito civil é público, admitindo-se sua forma sigilosa, por meio de decisão fundamentada, quando necessário às investigações ou em respeito à intimidade e à vida privada.²⁷¹

Considerando que o inquérito possui natureza de procedimento e não de processo, o seu desenrolar, tal qual ocorre no inquérito penal, dispensa o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme expõe Bordallo (2007, p. 659), “[...] nele não se encontram partes, não há imputação de sanção de qualquer espécie, havendo apenas investigação e investigados”. Entretanto, recomenda-se conceder à parte investigada a possibilidade de prestar os esclarecimentos necessários, que poderão auxiliar o Promotor de Justiça a formar sua convicção.

Da mesma forma, o inquérito civil não é obrigatório, estando dele dispensado o membro do Ministé-

²⁷¹ Será obrigatória a instauração e o processamento do segredo de justiça sempre que o interesse público exigir e quando disser respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda dos filhos (art. 155, do CPC).

rio Público sempre que já houver suficientes meios probatórios.

O prazo mínimo de 10 (dez) dias úteis estipulado pelo legislador estatutário para o atendimento de requisição ministerial de certidões, informações, exames ou perícias – que nos termos do art. 223 poderão ser expedidas contra qualquer pessoa, organismo público ou particular – é o mesmo estabelecido pela Lei da Ação Civil Pública. O descumprimento da requisição redundando em crime, tipificado no art. 10 da Lei n.º 7.347/85.

Finalizada a instrução do inquérito civil, dependendo do resultado, o Promotor de Justiça poderá elaborar e interpor a ação civil pública, propor e firmar termo de ajustamento de conduta com o acusado (art. 211, do ECA), ou, convencido da inexistência de fundamento que enseje o ajuizamento da ação civil pública, promover seu arquivamento (art. 223, §1º).

O arquivamento do inquérito seguirá o trâmite imposto pelos §§ 2º a 5º do art. 223, qual seja: 1) o inquérito ou a peça informativa a serem arquivados serão, no prazo de 3 (três) dias, encaminhados ao Conselho Superior do Ministério Público, mediante ofício dirigido ao seu Presidente, que é Procurador-Geral de Justiça; 2) a promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, nos moldes do estabelecido em seu Regimento Interno; 3a) homologada decisão, seguem o inquérito e as peças para arquivo; e 3b) não havendo homologação, o Conselho designará outro Promotor de Justiça para o ajuizamento da ação civil pública, que não poderá se desincumbir de tal mister.²⁷²

4.7.2.3 - O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Ao longo do inquérito civil, por vezes o Promotor de Justiça consegue detectar o causador da lesão ou ameaça ao direito da criança e do adolescente, que pode mostrar-se disposto a adequar sua conduta.

Diante dessas condições favoráveis, sempre que possível, o Ministério Público poderá propor a assinatura de acordo extrajudicial, pelo qual o acusado compromete-se a adotar as medidas necessárias para a regularização da situação fática.

O instituto do termo de ajustamento de conduta (TAC) não constava da redação original da Lei n.º 7.347/85, tendo sido a ela acrescentado, no seu art. 5º, os §§4º, 5º e 6º do Código de Defesa do

²⁷² Até que seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação (art. 223, §3º).

Consumidor (Lei n.º 8.078/1990).²⁷³

No ajustamento de conduta, está preservada a discricionariedade do Ministério Público. O Promotor de Justiça não é obrigado a propor ou firmar o termo de ajustamento, estando, inclusive, dispensado de fundamentar sua decisão negativa.

Ressalva-se que, no termo de ajustamento de conduta, não é admitida, em hipótese alguma, a negociação do direito indisponível. Não poderá o Ministério Público convencionar com o compromissário acordo distinto daquele que seria auferido por meio da tutela específica do direito materialmente ameaçado ou lesionado.

Para que seja possível a elaboração do termo de compromisso em atendimento à tutela específica, Bordallo (2007, p. 663) sugere que sejam montados, na Instituição, grupos de assessoramento técnico, que possam auxiliar o Promotor de Justiça na condução do acordo, evitando-se a manutenção da lesão ou a criação de outras.

Ainda por força do art. 211, é conferida ao termo de ajustamento de conduta a eficácia de título executivo extrajudicial, enquadrando-se, assim, na hipótese prevista no inc. VIII, do art. 585, do Código de Processo Civil.²⁷⁴

Destarte, por ser título extrajudicial, deverá ser condicionado ao pagamento de multa em caso de descumprimento de suas cláusulas. Tal multa, por ser meio de coação, deverá ser ponderada de acordo com a lesão e a capacidade econômica do compromissário, servindo-se verdadeiramente como um instrumento de repressão da conduta lesiva.

A execução da multa seguirá o rito estabelecido, no Código de Processo Civil, em seu Livro II – Do Processo de Execução.

Por fim, recorda-se que uma vez firmado o termo de ajustamento de conduta, para o arquivamento do inquérito civil, deverá o Promotor de Justiça

²⁷³ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

§4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

²⁷⁴ “Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

atender ao disposto no art. 223 da Lei n.º 8.069/90, ou seja, encaminhando as peças, o inquérito e o termo devidamente assinado ao Conselho Superior para homologação.

4.7.2.4 - O PROCESSAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública é disciplinada pela Lei n.º 7.347/85, norma aplicada de maneira subsidiária aos procedimentos jurisdicionais interpostos em defesa dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos da criança e do adolescente (art. 224, do ECA).

Para a instrução da petição inicial o Promotor de Justiça ou outro legitimado poderá requisitar às autoridades competentes as certidões e as informações que julgar necessárias, que serão fornecidas no prazo de 10 (dez) dias úteis para o Ministério Público (art. 223, do ECA) e 15 (quinze) dias para os demais (art. 222, do ECA).

Como já citado, a recusa ou o retardamento do envio de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público, constitui o tipo penal indicado no art. 10 da Lei n.º 7.347/85, *in verbis*:

Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

A competência para o processamento da ação civil pública fundada em interesse transindividual da criança e do adolescente será da Justiça da Infância e da Juventude, nos moldes do que determina o art. 148, inc. IV, do Estatuto. A competência territorial, entretanto, será determinada pelo local onde ocorrer o dano, (art. 2º, da Lei n.º 7.347/85).

Admite-se a concessão de liminar, com ou sem justificativa prévia, (art. 213, §1º, do ECA), que comine, inclusive, multa diária em caso de descumprimento (art. 213, §2º, do ECA). Devemos destacar mais uma vez o teor de decisão recente do Superior Tribunal de Justiça que, revertendo entendimento até então vigente, estabeleceu:

EXECUÇÃO. LIMINAR. ASTREINTES. A irrisignação recursal consiste em saber da possibilidade de execução definitiva da multa diária (astreintes) fixada em decisão liminar nos autos de ação popular contra prefeito ajuizada para remoção de placas com símbolo de campanha instaladas em obras públicas. Segundo observa o Min. Relator, a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória, que agora se processa como definitiva (art. 475-O do CPC), além de que a jurisprudência deste Superior Tribunal, em situações análogas, já assentou que

a decisão interlocutória que fixa multa diária por descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução definitiva. Sendo assim, a execução de multa diária (astreintes) por descumprimento de obrigação fixada em liminar concedida em ação popular pode ser realizada nos próprios autos, consequentemente não carece de trânsito em julgado da sentença final condenatória. Ademais, quanto à questão de deserção do REsp por ausência de pagamento das custas de remessa e retorno, trata-se de recurso interposto por autor popular que goza do benefício da isenção (art. 5º, LXXIII, da CF/1988). Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.040.411-RS, DJe 19/12/2008; REsp 1.067.211-RS, DJe 23/10/2008; REsp 973.647-RS, DJ 29/10/2007; REsp 689.038-RJ, DJ 3/8/2007; REsp 869.106-RS, DJ 30/11/2006, e REsp n.º 885.737-SE, DJ 12/4/2007. REsp 1.098.028-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/02/2010.

A sentença que condenar o requerido poderá determinar o pagamento de quantia em dinheiro (a ser revertido ao fundo gerido pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente de cada município – art. 214, do ECA), à obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei n.º 7.347/1985), ou ter ainda outros conteúdos, uma vez que o pedido formulado na ação civil pública não é apenas o condenatório, podendo ser também declaratório ou desconstitutivo.

Suponhamos que o CMDCA edite Resolução contrária à lei, ou que uma empresa estabeleça contrato coletivo de trabalho que contenha cláusula que afronte as garantias estabelecidas ao adolescente maior de 16 (dezesesseis) anos; nestes casos, os pedidos poderão ser os de declaração de nulidade e o de desconstituição, respectivamente.

Todavia, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz deverá privilegiar a concessão da tutela específica da obrigação ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 213, *caput*, do ECA).

O recurso cabível contra a sentença proferida na ação civil pública será o de Apelação, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, do ECA), sendo admitida a concessão de efeitos suspensivos ao recurso nos casos em que ficar caracterizada a possibilidade de dano irreversível à parte (art. 215, do ECA).

4.7.2.5 - A EXECUÇÃO DA SENTENÇA E DO TERMO NÃO CUMPRIDO

A execução da decisão proferida em ação civil pública, assim como a execução das multas eventualmente cominadas, seguirá o rito processual que estabelece o Código de Processo Civil, em seu Livro II – Do Processo de Execução.

No entanto, algumas peculiaridades estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente carecem ser destacadas.

Caso a Administração Pública tenha sido condenada, deverá o Juiz de Direito remeter as peças à autoridade competente, para apuração da responsabilidade civil, administrativa e penal do agente a que se atribua a ação ou omissão (art. 216, do ECA). No caso de se tratar de Prefeito, a análise quanto ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa caberá ao Promotor de Justiça da Comarca com atribuição na defesa do patrimônio público. Para a avaliação quanto ao ajuizamento da ação criminal, as peças de informação deverão ser enviadas ao Procurador-Geral de Justiça. Se se tratar do Governador, o mesmo vale para os termos civis. Com relação ao enfoque criminal, a matéria deverá ser enviada ao STJ.

O art. 216 da lei estatutária está de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva que assegura o direito de regresso, adotada pela Constituição Cidadã em seu art. 37, § 6º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Os valores recolhidos com multas serão revertidos ao FIA de cada município (art. 214, do ECA), tema já tratado em tópico anterior. Caso o município ainda não tenha regulamentado tal fundo, mesmo após os vinte anos de vigência do Estatuto, o dinheiro será depositado em estabelecimento bancário oficial, em conta com correção monetária (art. 214, § 2º, do ECA).

Decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória ou 30 (trinta) dias do não-recolhimento de multa, ainda que tenha sido a ação impetrada por outro legitimado, o Ministério Público promoverá sua execução (arts. 217, *caput*, e 214, § 1º, do ECA), faculdade que se estende aos demais legitimados.

4.7.3 - O DIREITO À VIDA

A vida é o maior dos bens, o mais fundamental de todos os direitos, uma vez que o exercício dos demais direitos carece de sua existência. O direito à vida compreende o direito de nascer, o direito de permanecer vivo e o direito de defender a própria vida.

O ordenamento jurídico brasileiro adjetivou esse direito como “inviolável”, ou seja, envolto de proteção absoluta. Consta do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

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

[...].

O direito à vida, da forma como é tratado por nosso sistema jurídico – como direito inviolável e indisponível –, repercute na proibição do aborto (tipo penal dos arts. 124 e 125, do CP), na vedação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, da CF) e na criminalização da prática da eutanásia (enquadrado no delito do art. 121, § 1º, do CP), entre outros desdobramentos.

Apesar de a legislação civil colocar a salvo os direitos do nascituro, uma discussão constante e sem resposta fácil é a seguinte: Qual é o momento preciso do começo da vida humana?

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento histórico da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 – ajuizada com pedido de exclusão do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005) –, na apertada votação de seis Ministros contra cinco, entendeu que as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.²⁷⁵

Entretanto, não obstante as discussões filosóficas e o direito, ou não, daquele que ainda não nasceu, o Estatuto da Criança e do Adolescente reiterou o direito fundamental à vida às crianças e aos adolescentes, conforme se observa na leitura de seu art. 7º:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Devemos pontuar, contudo, que o direito de viver é distinto do direito de sobreviver. Não basta garantir a vida, é necessário que sejam garantidas as condições mínimas a uma vida digna. É necessário que seja garantido à criança e ao adolescente o direito de se desenvolver com plenitude, e de se tornar cidadão.

4.7.4 - O DIREITO À SAÚDE

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no início da década de 90, o Brasil ostentava a taxa de mortalidade infantil

²⁷⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2005. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgada improcedente pelo Tribunal do Pleno em 29.05.2008.

de 48,3%, índice que alcançava impressionantes 74,3%, na faixa que avaliava a região Nordeste de maneira isolada (IBGE, 1996).

No entanto, já em 2004, de acordo com o Ministério da Saúde (2006, p. 13), esses índices despen- caram para 22,5%, tendo sido registrado o menor índice na região Sul – 15,0%, e o maior na região Nordeste, agora com 33,9%.

Contudo, não obstante o significativo avanço, se comparado à década anterior, o Brasil encontra-se na 86ª posição da lista de países ordenada por índice de mortalidade infantil, ostentando um dos maiores índices na América do Sul, menor apenas do que os índices de Peru, Bolívia e Guiana (CIA, 2008).

Países vizinhos, como a Argentina e o Uruguai, apresentam respectivamente taxas de 13,87% e 11,66%, índices reduzidos, se comparados ao do Brasil, mas muito distante dos invejáveis 2,80%, do Japão; 2,75%, da Suécia; e impressionantes 2,30%, de Singapura (CIA, 2008).

É importante destacar que a taxa de mortalidade infantil apresenta estreita ligação com o nível de escolaridade da mãe. A partir de dados coletados entre 1986 e 1995, o IBGE (1996) elaborou o seguinte quadro:

Anos de estudo da mãe	Taxa de mortalidade infantil
Menos de 1 ano	93%
De 1 a 3 anos	70%
4 anos (antigo ensino primário)	42%
De 5 a 8 anos (antigo ensino ginasial)	38%
De 9 a 11 anos	28%
12 ou mais anos	9%

Para que ocorra a diminuição da taxa de mortalidade infantil, é imprescindível o investimento na saúde. Entretanto, muito embora o painel de indicadores do Ministério da Saúde informe que, entre os anos 2000 e 2005, houve acréscimo em mais de 110% no orçamento destinado à saúde, sabe-se que a estrutura pública reservada ao atendimento da saúde nem de longe atende a todas as necessidades (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 32).

Na realidade, apesar do acréscimo de 110% anunciado, o orçamento total do Sistema Único de Saúde (SUS), computando-se desde a vacina até o transplante de órgãos, é menor que R\$1,00/dia por habitante.

Um estudo da Organização Mundial da Saúde, de 2003, apurou que os recursos públicos *per capita*, ao ano, no Brasil, variam entre US\$125 e US\$150, o equivalente a R\$268,75 e R\$322,50, um dos menores valores do mundo. Países vizinhos, como Argentina e Uruguai, ostentam US\$362,00 e US\$304,00. Países europeus, por sua vez, apresentam como média o valor de US\$1,4 mil, despontan-

do o Reino Unido e a Alemanha com US\$2.506,00 e US\$2.081,00, respectivamente.

Em 19 de setembro de 1990, com a promulgação da Lei nº 8.080, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo disciplinadas as atribuições que lhe haviam sido conferidas pelo art. 200 da Constituição da República:

Art. 200. Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insu- mos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epide- miológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da exe- cução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desen- volvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendi- do o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produ- ção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A saúde da criança e do adolescente, assim como os demais direitos fundamentais e sociais que lhe foram conferidos, é incumbência comum da sociedade, da família e do Estado (art. 227, *caput*, da CF e art. 4º, *caput*, do ECA).

Entretanto, desse tripé de responsabilidade, a maior carga encontra-se sobre pilar representado pelo Estado. Esse rigor diferenciado decorre do próprio texto da Constituição Federal que, em seu art. 227, §1º, determinou-lhe a promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente de acordo com dois preceitos: 1) a aplicação percentual de recursos públicos destina- dos à saúde na assistência materno-infantil; e 2) a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as crianças e os adolescentes de- ficientes.

Realizadas essas ponderações, passa-se a desfrag- mentar os campos que abarcam o direito da criança e do adolescente à saúde, considerando especial- mente as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.7.4.1 - O NASCITURO E A GESTANTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegurou à gestante o atendimento pré-natal (período anterior ao parto – a gestação em si) e perinatal (perí- odo imediatamente antes e após o parto) custeados pelo Sistema Único de Saúde (art. 8º).

Em 1º de junho de 2000, o Ministério da Saúde regulamentou, por meio da Portaria nº 570/2000, o programa de pré-natal e nascimento ofertado pelo SUS. Desde, então, ficou estabelecido, como direito da gestante e do nascituro, o tratamento pré-natal que contemple os seguintes procedimentos e exames:

- a realização de, no mínimo, seis consultas de acompanhamento pré-natal, sendo, preferencialmente, uma, no primeiro trimestre; duas, no segundo; e três, no terceiro trimestre da gestação;
- a realização de uma consulta no puerpério, até 42 (quarenta e dois) dias após o nascimento;
- a realização dos exames laboratoriais de: I) ABO-Rh, na primeira consulta; II) VDRL, um exame na primeira consulta e um na 30ª semana da gestação; III) Urina – rotina, um exame na primeira consulta e um na 30ª semana da gestação; IV) Glicemia de jejum, um exame na primeira consulta e um na 30ª semana da gestação; e V) HB/Ht, na primeira consulta;
- a oferta de teste anti-HIV, com um exame na primeira consulta, naqueles municípios com população acima de 50 mil habitantes;
- a aplicação de vacina antitetânica, em dose imunizante e de reforço;

- a realização de atividades educativas;
- a classificação de risco gestacional a ser realizada na primeira consulta e nas subsequentes;
- às gestantes classificadas como de risco, o atendimento ou acesso à unidade de referência para atendimento ambulatorial e/ou hospitalar à gestação de alto risco.

Após o parto, a mãe deverá ser atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal (art. 8º, § 2º, do ECA), devendo o poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem (art. 8º, § 3º, do ECA).

Não obstante serem esses os direitos resguardados nos textos constitucional e estatutário, a realidade brasileira é cruel para com a gestante e com o nascituro. Ainda é elevado o número de mortes relacionadas à gravidez – aqui compreendida como a própria gestação, o aborto, o parto e o puerpério – em regra, evitável.

As causas diretas dessas mortes, distribuídas de acordo com a raça/cor da parturiente, ainda conforme dados do Ministério da Saúde (2006, p. 21), revelam os seguintes índices:

Causas	Branca	Negra	Parda
Eclâmpsia	13,14%	23,28%	20,64%
Pré-eclâmpsia	9,28%	12,07%	3,01%
Hemorragia pós-parto	9,02%	6,03%	8,02%
Infecção puerperal	8,25%	5,17%	7,21%
Anomalias da contração uterina	6,96%	1,72%	3,01%
Descolamento prematuro da placenta	6,19%	9,48%	5,21%
Abortos	7,62%	14,19%	11,04%

Outro grave problema referente às complicações sociais é a gravidez ainda na adolescência. Em 2003, 22% dos partos ocorridos no Brasil - o que significa, aproximadamente, 668 mil partos – foram de meninas com idade entre 10 e 19 anos; destes, 28 mil foram de meninas na faixa etária de 10 a 14 anos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 19).

No que toca a esta faixa de 10 a 14 anos, deve-se atentar para a existência de crime de estupro de vulnerável, nos termos trazidos pela Lei n.º 12.015, que entrou em vigor no dia 10 de agosto de 2009. Em casos tais, a prova da autoria é possibilitada pelo exame de DNA do bebê concebido em razão da conduta delituosa.

A gravidez precoce acarreta problemas tanto para a mãe quanto para o filho. A adolescente ficará mais sujeita a problemas de crescimento e desenvolvimento, emocionais e comportamentais, educacionais e de aprendizado, além de complicações da gravidez e problemas de parto.

De acordo com Bueno (2001, p. 06), a adolescente tem maior morbidade e mortalidade por complicações da gravidez, do parto e do puerpério, sendo a taxa de mortalidade duas vezes maior que entre gestantes adultas. A incidência de recém-nascidos

de mães adolescentes com baixo peso é igualmente duas vezes maior que em recém-nascidos de mães adultas, e a taxa de morte neonatal chega ao triplo.

É dever de todos, portanto, como uma das medidas tendentes a evitar a gravidez precoce, estimular a educação sexual, seja na escola, seja nos lares.

4.7.4.2 - O ALEITAMENTO MATERNO

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao bebê o direito de ser amamentado, razão pela qual determina que o poder público, as instituições e os empregadores deverão proporcionar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães presas (art. 9º, do ECA).

Apesar de reiterar um importante direito do infante, as disposições do art. 9º não são novidades no ordenamento jurídico pátrio. A Consolidação das Leis Trabalhistas já previa à mãe trabalhadora o intervalo para amamentação, nos moldes do art. 396, abaixo transcrito:

Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2

(dois) descansos especiais, de meia hora cada um. Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

Da mesma forma, ao filho recém-nascido da mãe prisioneira também era estendida a garantia de ser amamentado, conforme se observa da leitura do inc. L do art. 5º da Constituição Federal: “L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”

Os benefícios da amamentação são inquestionáveis. O leite materno é o melhor alimento e o mais adequado ao bebê: I) ele supre todas as suas necessidades nutricionais ao longo dos primeiros seis meses de vida; II) ele não provoca alergia; III) ele confere imunidade, anticorpos e fatores contra possíveis infecções; e IV) protege contra o desenvolvimento de doenças agudas e crônicas.

Ainda, segundo Machado (2008), os bebês que se alimentam no peito têm cinco vezes menos chance de serem hospitalizados por doenças. Dessa forma, o ato de amamentar, além de estreitar os laços entre mãe e filho, favorece seu desenvolvimento sadio e esse tipo de alimentação deve ser-lhe garantido em respeito ao direito fundamental à saúde.

Contudo, muito embora tenham sido desenvolvidas algumas campanhas em prol da amamentação desde a década de 80, de acordo com os dados mais recentes do Ministério da Saúde, em 1999, apenas 9,7% das crianças com até seis meses de idade (idade recomendável) alimentavam-se exclusivamente de leite materno (Unicef, 2008, p. 20).

4.7.4.3 - OS ESTABELECIMENTOS MÉDICOS DE ATENDIMENTO À PARTURIENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou alguns procedimentos a serem adotados por hospitais, maternidades e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante, em seu art. 10, *in verbis*:

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

A manutenção dos registros de atividades e o arquivamento dos prontuários pelo período mínimo de 18 (dezoito) anos, nos moldes do que foi determinado no inc. I, apresenta duas conveniências – a consulta ao histórico da saúde da criança, na eventual necessidade de se apurar doença ou mal, e como fonte de pesquisas médicas.

O descumprimento do estabelecido nesse inc. I importa a conduta tipificada no art. 228 da Lei n.º 8.069/1990:

Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de dois a seis meses, ou multa.

A identificação do bebê e da mãe, conforme determina o inciso II, evita as trocas acidentais de crianças, e os exames indicados no inc. III – vulgo “teste do pezinho” – permitem o diagnóstico de doenças congênicas tratáveis.

A desobediência ao disposto nos incs. II e III, repercutem no cometimento do crime tipificado no art. 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como de deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

A declaração formal de nascimento indicada pelo inc. IV é documento indispensável à lavratura do Registro Civil no cartório do domicílio do responsável pelo registro, nos moldes da Lei dos Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973), sendo recomendada a impetração do remédio constitucional na modalidade de *Habeas Data* diante da recusa do Hospital ou estabelecimento médico em fornecê-lo.

Por fim, a manutenção de alojamento conjunto que permita a permanência da mãe e do recém-nascido não é novidade na legislação brasileira. A Resolução n.º 11/1983, do antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), já previa a obrigatoriedade do alojamento conjunto nas maternidades próprias, conveniadas e contratadas por aquele Instituto em todo território nacional. Da mesma forma, a Portaria n.º 508/1987, do Ministério da Educação, determinava obrigatório o alojamento conjunto de mãe e filho nos hospitais universitários.

Mais tarde, a Lei n.º 11.108/05 alterou a Lei n.º 8.080/90 incluindo nela o art. 19-J, que assim determina:

Art. 19-J - Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o *caput* deste artigo será indicado pela parturiente.

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.

Esse constitui um importante direito da criança e da família, a que o Promotor de Justiça deve estar atento, fiscalizando seu cumprimento.

4.7.4.4 - O TESTE DO PEZINHO

A Lei n.º 8.069/90 obrigou os hospitais e os estabelecimentos médicos, sejam eles públicos ou particulares, a procederem a exames “visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido”.

Esses exames mencionados na lei consistem no conhecido “Teste do Pezinho”, em virtude do local da punção para a coleta do sangue ser o calcanhar do bebê. Algumas gotas do sangue são extraídas e absorvidas em um papel especial para análise de hormônios, substâncias químicas e hemoglobina (MARTON DA SILVA, 2003, p. 64).

O exame permite o diagnóstico de quinze doenças congênitas – *fenilcetonúria, hipotireoidismo congênito, anemia falciforme e outras hemoglobinopatias, hiperplasia adrenal congênita, fibrose cística, galactosemia, deficiência de biotinidase, deficiência de glicose-6-fosfato desidrogenase, toxoplasmose congênita, sífilis congênita, citomegalovirose congênita, doença de chagas congênita, rubéola congênita, sida congênita e deficiência de mcad* – em boa parte tratáveis, se precocemente diagnosticadas.

Contudo, apesar do extenso rol de doenças diagnosticáveis, para que haja uma prevenção efetiva, é necessário que o exame seja realizado nas primeiras 48 horas de vida do bebê. As coletas deverão ocorrer sempre antes da alta hospitalar, e, uma semana após a primeira coleta, deverá o bebê ser levado à Unidade Básica de Saúde mais próxima para a repetição do exame (MARTON DA SILVA, 2003, p. 62).

Marton da Silva (2003) apurou que, infelizmente, é muito comum que esse segundo exame não seja realizado, ou por desinformação de profissionais da saúde e dos pais, ou por simples medo dos pais (de que a criança sinta dor). Esclarece a autora:

Existem pessoas que acreditam ser o Teste do Pezinho o ‘carimbo’ do pé do bebê, a impressão plantar e, se o Hospital/Maternidade libera as mães sem realizar a coleta, elas acabam acreditando que seus filhos já fizeram o teste.

Temos conhecimento de casos que se confirmaram positivos já no exame realizado em coleta na alta precoce e que a mãe não procurou a Unidade de Saúde para repetição; assim como casos de mães que não coletaram na alta hospitalar e que só procuraram a Unidade de Saúde para a primeira coleta quando o bebê já constava mais idade, implicando o risco de já haver-se instalado a seqüela, retardo mental ou outra complicação. (MARTON DA SILVA, 2003, p. 62).

As crianças portadoras das enfermidades diagnosticáveis com o “Teste do Pezinho” nascem normais e desenvolvem-se normalmente até o quarto ou quinto mês. Todavia, a seqüela instala-se antes mesmo de um mês de vida. Sendo assim, a única maneira de prevenir é realizando-se o exame em tempo hábil, para que, em sendo o caso, iniciarse o tratamento precocemente (MARTON DA SILVA, 2003, p. 63).

Por fim, recorda-se que a realização do exame (ao menos do primeiro) é de responsabilidade do médico, do enfermeiro e do dirigente pelo estabelecimento, que responderão penalmente – delito do art. 229 da Lei n.º 8.069/1990 – pela sua não-realização.

Com o fito de tal diagnóstico precoce ser realizado a tempo, e assim se garantir a possibilidade de tratamento oportuno, sugere-se que o Promotor de Justiça encaminhe recomendação às unidades de saúde da Comarca instando-os a proceder ao teste, no tempo e modo aqui consignados.

4.7.4.5 - A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Seguindo o princípio da prioridade absoluta, nos moldes do que determina o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é assegurada à saúde da criança e do adolescente primazia em relação aos demais setores da saúde pública.

Devemos recordar que o parágrafo único do art. 4º da Lei n.º 8.069/90 determinou a incorporação de quatro premissas ao conceito de prioridade:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Destarte, a criança e o adolescente deverão ser os primeiros a receber socorro médico em situações emergenciais, e o poder público deverá formular

programas específicos para o atendimento de sua saúde, destinando recursos privilegiados para tanto.

A proteção da saúde da criança e do adolescente compreende não apenas o atendimento médico propriamente dito, mas toda a sua extensão, abrangendo o atendimento odontológico, fisioterápico, psicológico, e, ainda, o fornecimento de medicamentos, próteses e outros recursos relativos a tratamento de saúde, situações especificadas a seguir.

Registre-se, mais uma vez, que a prioridade absoluta da criança e do adolescente decorre da Constituição da República, ao contrário da assegurada a outros sujeitos de direitos. Assim, caso ocorra conflito entre sujeitos diferentes, têm preferência aqueles amparados pela norma constitucional.

a - O atendimento médico

Em pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde (2006, p. 11), apurou-se que a média de consultas anuais *per capita*, no Brasil, é de 2,4, número que sobe para 3,4, se consideradas apenas as crianças e os adolescentes, e, para 4,0, se analisada apenas a população com idade superior a 64 (sessenta e quatro) anos.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, está “assegurado o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde” (artigo 11, do ECA).

Desse modo, por ser assegurado o atendimento “integral” à saúde da criança e do adolescente, o atendimento médico deve compreender não apenas a saúde física mas também a mental e emocional, motivo pelo qual compreende o acompanhamento psiquiátrico ou psicológico sempre que necessário. Nesse aspecto, precisamos ressaltar, como já fizemos anteriormente, a necessidade premente de se aperfeiçoar o sistema atinente à saúde mental, sobretudo em razão da drogadição que acomete um sem número de jovens brasileiros.

b - Os medicamentos e os tratamentos de saúde

A Lei nº 11.185/2005 alterou a expressão “é assegurado o atendimento médico”, prevista anteriormente no *caput* do art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para “é assegurado atendimento integral à saúde”.

Assim sendo, tanto a Constituição da República quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente garantem o direito à saúde, e não apenas o direito ao atendimento clínico, motivo pelo qual o acesso aos medicamentos também se constitui direito fundamental.

Garantir o acesso a esse aporte é responsabilidade do Estado, conforme se depreende da leitura do § 2º do art. 11 da Lei nº 8.069/90: “incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem de medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. MENOR CARENTE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TRANSGRESSÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. VIABILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. 1. Prevaleceu na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual de menor carente, ante o disposto nos arts. 11, 201, V, e 208, VI e VII, da Lei nº 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Mudança de entendimento da Turma acerca da matéria (REsp 688.052/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 17.08.06). 2. Descabe recurso especial para apreciar suposta ofensa a artigo da Constituição da República. 3. Não há violação ao art. 535 do CPC quando o tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 4. O julgador não precisa responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados. 5. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão ‘tais como’, o que denota o caráter não exauriente da enumeração. 6. Não obstante o seqüestro de valores seja medida de natureza excepcional, a efetivação da tutela concedida no caso está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, devendo ser privilegiada a proteção do bem maior, que é a vida. 7. Recurso especial improvido. REsp nº 841871 / RS. RECURSO ESPECIAL 2006/0078359-2. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 24.10.2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 08.11.2006. p. 179.

RECURSO ESPECIAL - FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - CRIANÇA - LEITE ESPECIAL COM PRESCRIÇÃO MÉDICA - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º DO CPC - PRECEDENTES. 1. Preliminarmente, o recurso especial deve ser conhecido pela alínea "a", uma vez que a matéria federal restou prequestionada. O mesmo não ocorre com a alínea "c", pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como não apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. 2. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a criança que ne-

cessita de leite especial, por prescrição médica. 3. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível ou, no caso, de leite especial de que a criança necessita, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, *per se*, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 4. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 5. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, pois trata-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. Precedentes da Primeira Seção. Recurso especial conhecido em parte e improvido. Resp nº 900487 / RS. RECURSO ESPECIAL 2006/0245696-5. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 13.02.2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 28.02.2007. p. 222

c - A saúde bucal

O atendimento à saúde bucal sempre ficou à margem dos demais procedimentos clínicos, já que, até muito pouco tempo, o tratamento público dental absurdamente limitava-se à extração de dentes.

Hoje, estima-se que mais de 10 milhões de brasileiros não possuam dentes ou dentaduras, fato que resulta em milhares de óbitos em decorrência do câncer de boca e estômago (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 17).

O *caput* do art. 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente fez expressa menção à necessidade de se promover programas de atendimento odontológico da população infanto-juvenil.

Dessas campanhas, destaca-se a fluoretação na água potável com o objetivo de redução da incidência de cárie dentária, apontada pelo Ministério da Saúde (2006, p. 17) como responsável por um impacto na saúde bucal coletiva muito maior do que os serviços assistenciais, não obstante seu baixíssimo custo (custa anual *per capita* de R\$ 0,50 – cinquenta centavos de real).

d - O direito ao acompanhante

O Estatuto da Criança e do Adolescente impôs aos estabelecimentos de atendimento à saúde que proporcionassem condições para a permanência de um dos pais ou do responsável durante a internação da criança e do adolescente (art. 12).

Na realidade, essa prática já era rotineira nos hospitais e nas clínicas privadas e, diante dos visíveis

benefícios detectados em razão da rapidez na recuperação do paciente, foi estabelecido como regra a todos os estabelecimentos de atenção à saúde da criança e do adolescente, sejam eles públicos ou privados.

Mais tarde, a Lei n.º 9.656/1998 – Lei dos Planos de Saúde – determinou, em seu art. 12, inc. II, alínea “f”, que, quando o plano de saúde cobrisse internação, deveria abranger despesas de acompanhante no caso de pacientes com menos de 18 (dezoito) anos.

A Lei n.º 11.108/05 ainda disciplinou que as condições de permanência devem ser minimamente decentes. De acordo com Monteiro Filho (2003, p. 68), podem ser consideradas condições hospitalares ideais para a permanência do acompanhante:

1) poltrona reclinável ao lado do leito da criança ou cama própria para acompanhante; 2) todas as refeições diárias; 3) banheiros com banho; 4) armários individuais; 5) avental ou uniforme apropriado com crachá de identificação; 6) reuniões semanais com a equipe de saúde (pediatra, enfermeira, assistente social e psicóloga), para esclarecimentos sobre a rotina do hospital e a enfermidade da criança e do adolescente internado.

O remédio jurídico para pleitear o direito de acompanhar a criança e o adolescente, durante o período da internação, quando não é permitido pelo estabelecimento médico, é o Mandado de Segurança, sendo legítima sua interposição, pelo Ministério Público, nos moldes do artigo 201, inciso IX, do Estatuto.

e - As doenças crônicas

Algumas doenças necessitam de tratamento contínuo, por toda a vida do paciente ou por um longo prazo, sendo o caso dos doentes renais, dos transplantados, dos soropositivos, dos diagnosticados com câncer, entre vários outros.

Para essas doenças, é importante que seja fornecido o tratamento sem interrupção. Assim, recomenda-se sempre a criação de programas específicos para seu atendimento, com cadastramento de pacientes, agendamento de avaliações periódicas e compra antecipada dos medicamentos (RODRIGUES AMIN, 2007, p. 41).

f - A criança e o adolescente com deficiência

À criança e ao adolescente com deficiência foi garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente atendimento especializado (art. 11, §1º, do ECA).

Nesse sentido, a Constituição Federal já havia determinado a criação de programas e atendimento especializado “para os portadores de deficiência

física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos” (art. 227, §1º, inc. II, da CF).

g - Os Programas de Saúde da Família

Uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde do Brasil, com o auxílio da Universidade de Nova Iorque, demonstrou que, entre 1990 e 2002, programas de saúde familiar reduziram mais a mortalidade infantil do que o acesso a hospitais, o aumento do número de médicos e até mesmo a ampliação da água tratada –, o que ficou demonstrado no quadro a seguir (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006):

A cada 10% de aumento alterou na mortalidade infantil em
na cobertura do programa de saúde da família	-4,6%
no acesso à água potável	-2,9%
de leitos hospitalares	-1,4%
no número de médicos	-0,2%
no analfabetismo feminino	+6,8%

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao Sistema Único de Saúde competência para promover programas de prevenção e educação sanitária voltados para os pais, educadores e estudantes (art.14, do ECA).

ção dos programas voltados à conscientização da família no que se refere aos cuidados de saúde.

4.7.4.6 - O SISTEMA PREVENTIVO E AS CAMPANHAS DE VACINAÇÃO

Assim, diante dos números que ilustram o quadro acima e considerando que o Promotor de Justiça, no exercício de suas funções, poderá efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente (art. 201, § 5º, “c”, do ECA), deverá o Promotor de Justiça, sempre que possível, expedir tais recomendações com vista à criação ou ampliação

do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em pesquisa nacional sobre a demografia e saúde, realizada no ano de 1996, elaborou o quadro abaixo com a proporção de mães com cartão de vacinação e filhos, estes com idade compreendida entre 12 e 23 meses, que receberam doses de vacina nas regiões Nordeste e Sudeste, por tipo de vacina, segundo a situação do domicílio.

Região e situação do domicílio	Mães com cartão de vacinação	Crianças de 12 a 23 meses que receberam doses de vacina			
		BCG	Tríplice (3 doses)	Pólio (3 doses)	Sarampo
Total	78,9%	92,6%	80,8%	80,7%	87,2%
Regiões					
Nordeste	75,4%	84,3%	68,7%	71,9%	60,7%
Sudeste	80,0%	99,0%	85,0%	87,0%	77,0%
Domicílio					
Urbano	79,2%	95,1%	84,3%	84,3%	90,2%
Rural	77,8%	84,2%	68,0%	68,0%	76,5%

Ainda pelo estudo referido, constatou-se que, quanto maior o nível de escolaridade da mãe, maiores são as chances de a criança ter recebido corretamente todas as suas vacinas.

Anos de estudo da mãe	Crianças com idade entre 12 e 23 meses e com vacinação completa
Menos de 1 ano	46,9 %
De 1 a 3 anos	64,8%
4 anos (antigo ensino primário)	75,6%
De 5 a 8 anos (antigo ensino ginasial)	79,8%
De 9 a 11 anos	79,8%
12 ou mais anos	82,3 %

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou como obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias (art. 14, parágrafo único, do ECA), incumbindo sua promoção ao Sistema Único de Saúde (art. 14, *caput*, do ECA).

Na hipótese de não serem promovidas as campanhas de vacinação ou diante da notícia de inexistência da própria vacina nos postos de saúde, poderá o Promotor de Justiça interpor Ação Civil Pública e Mandado de Segurança, nos moldes do que lhe faculta o art. 201, nos incs.V e IX, respectivamente.

4.7.5 - O DIREITO À LIBERDADE

Como já tivemos oportunidade de destacar, apenas muito recentemente a criança e o adolescente foram reconhecidos como sujeitos de direitos. Ainda que algumas garantias fundamentais estejam positivadas há décadas, somente em meados do séc. XX que foram estendidos os direitos fundamentais à criança e ao adolescente.

No Brasil, essa mudança paradigmática ocorreu com a promulgação da Constituição Federal em 1988, e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Esses dois diplomas legais retiraram a criança e o adolescente da condição de “menor em situação irregular” e os elevaram à categoria de sujeitos de direitos.

Hoje, a criança e o adolescente “têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (art. 15, do ECA).

O termo “liberdade” pode apresentar inúmeros conceitos. De acordo com o dicionário Aurélio (1997), liberdade pode ser definida como:

1. Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação. 2. Poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas. 3. Faculdade de praticar tudo quanto não é proibido por lei. 4. Supressão ou ausência de toda a opressão considerada anormal, ilegítima, imoral. 5. Estado ou condição de homem livre. 6. Independência, autonomia. 7. Facilidade, desembaraço. 8. Permissão, licença.

Não obstante as definições lingüísticas, seu significado vai muito além dessa simples definição.

Na seara legislativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou a questão em seu art. 16:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;
IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
VI - participar da vida política, na forma da lei;
VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Assim, considerando a abrangência da terminologia e as várias faces desse direito, passamos a examiná-lo em tópicos.

4.7.5.1 - O DIREITO DE IR E VIR

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XV, determinou ser “[...] livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Logicamente a amplitude da liberdade de “ir e vir” do texto constitucional não é a mesma a ser concedida à criança e ao adolescente, o que obviamente decorre da condição peculiar que ostentam – a de pessoas em desenvolvimento (art. 6º, do ECA).

Conforme leciona Rodrigues Amin (2007, p. 43), a liberdade de locomoção do adolescente e, ainda mais, da criança, permite-lhes ir apenas aonde possam desenvolver sua personalidade e garantir a plenitude de sua formação, sendo, portanto, restrita. Nas palavras da autora, “[...] trata-se de uma liberdade que se autoconvém ou que é autocontida pelos princípios e pelas finalidades desse direito” (RODRIGUES AMIN, 2007, p. 43).

Ciente dessa condição peculiar, o legislador, no inc. I do art. 16, ao mesmo tempo em que confere o direito à liberdade de “ir, vir e estar” nos logradouros públicos e nos espaços comunitários, ressaltou as restrições legais.

As restrições encontram-se taxativamente elencadas no próprio Estatuto:

- a) o acesso a diversões e espetáculos públicos deverá obedecer à classificação indicativa e à faixa etária a que se destina (art. 75, do ECA);
- b) as crianças menores de dez anos de idade somente poderão ingressar em locais de diversões e espetáculos acompanhadas de seus pais ou responsável (art. 175, parágrafo único, do ECA);
- c) não é permitida a entrada ou permanência de crianças e adolescentes em estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca, apostas ou congêneres (art. 80, do ECA);
- d) a criança não poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhada dos pais, ou do responsável ou sem expressa autorização judicial (art. 83, do ECA);
- e) tanto a criança quanto o adolescente não poderão viajar ao exterior sem autorização judicial, exceto se estiverem na companhia de ambos os genitores, ou na companhia de um deles com autorização escrita do outro (art. 84, do ECA); e

f) nos casos de apreensão por flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 106, do ECA).

Sabe-se que, por vezes, é comum a expedição de portarias proibindo o trânsito e a permanência de crianças e adolescentes nas ruas depois de determinado horário. Por mais que se entenda o fim a que se destinam tais atos, discorda-se do método utilizado. Nesses casos são os pais ou o responsável quem tem o dever de vigilância e educação sobre os filhos, e não o Estado por meio do Juiz de Direito.

A - O TOQUE DE RECOLHER

Ultimamente, em algumas Comarcas do Estado de Minas Gerais, Portarias Judiciais têm sido baixadas com o escopo de proibir o trânsito e a permanência de crianças e adolescentes em logradouros públicos, o que vem sendo adequadamente chamado pelos meios de comunicação de “toque de recolher”.

Os atos normativos referidos estabelecem restrições à presença de crianças e adolescentes em espaços públicos com o intuito de protegê-los da violência e da exposição às drogas, bebidas alcoólicas, e outros perigos.

No entanto, embora a intenção possa ser reputada como positiva, tal medida mostra-se abertamente inconstitucional e ineficaz, consubstanciando-se em um flagrante atentado aos direitos fundamentais deste público.

As vedações contidas nas portarias não tem eficácia. Ao limitarem a presença de infantes em determinados locais públicos não se elimina a exposição à violência ou ao uso de drogas e bebidas alcoólicas. Muitas vezes a exposição a tais mazelas ocorre em ambientes domésticos.

A ineficácia consiste, ainda, no fato de que a punição – a proibição de estar em determinados lugares – acaba por ser aplicada àqueles a quem se objetiva proteger, quando, com efeito, deveria ser endereçada aos adultos propiciadores da violência, do uso de drogas e de bebidas alcoólicas. Neste mesmo sentido, o CONANDA, em sua 175ª Assembléia Ordinária, aprovou parecer contrário ao “toque de recolher”, destacando o seguinte argumento, que merece ser aqui reiterado em razão de sua pertinência:

Não se verifica o mesmo empenho das autoridades envolvidas na decretação da medida aludida em suscitar a responsabilidade da Família, do Estado e da Sociedade em garantir os direitos da criança e do adolescente, conforme dispõe o ECA. Inclusive, a própria legislação brasileira já prevê a responsabilização de pais que não cumprem seus deveres, assim como dos agentes públicos e da própria sociedade em geral. No mesmo sentido, por que as autoridades envolvidas no Toque de Recolher não buscam punir os comerciantes que fornecem

bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes ou que franqueiam a entrada de adolescentes em casas noturnas ou de jogos, ou qualquer adulto que explore crianças e adolescentes?

Por outro lado, ainda que se considere a possibilidade de adolescentes cometerem atos infracionais, a generalização encampada pelo juiz que decreta a proibição mediante a imposição do “toque de recolher”, ao considerar que todos os adolescentes de uma cidade possam cometer atos tais, proibindo que qualquer um deles esteja em local público, reveste-se de um pré-julgamento que não leva em conta as garantias da ampla defesa e do contraditório.

A proibição veiculada por tais portarias ainda repercute no enfraquecimento e desprestígio do já tão fragilizado poder familiar.

Aos pais cabe a imposição da disciplina aos filhos, e não ao Estado, cujo dever é zelar pela responsabilização dos pais omissos no que toca a este mister, e não substituí-los mediante proibições veiculadas por meio de portarias.

Não bastassem tais incongruências, no exame da constitucionalidade, as mencionadas portarias não se saem melhor. Muito ao contrário. Ao proibirem a liberdade de locomoção e o direito fundamental de ir e vir, os atos normativos que impõem o chamado “toque de recolher” colidem flagrantemente com o teor dos arts. 5º e 227 da Constituição da República.

O direito à liberdade violado pelo “toque de recolher” está previsto, também, na Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seus arts. 4º, 15 e 16, que estabelecem ser dever da família, da comunidade e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, o direito à liberdade e convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, compreendendo-se como liberdade o direito de ir, vir e estar em logradouros públicos e espaços comunitários.

Por outro lado, o art. 149 do ECA ainda estabelece, em rol taxativo, os únicos casos em que a autoridade judiciária poderá fazer uso da portaria.

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

O artigo citado prevê apenas restrições de entrada e permanência em certos locais e estabelecimentos, limitações que devem ser fundamentadas, caso a caso, de forma individualizada, restando vedadas determinações de caráter geral, como o “toque de recolher”.

Nesse sentido, a autoridade judiciária não pode mais expedir portarias sem limites ou restrições, sujeita apenas ao seu prudente arbítrio, como previsto antigamente no Código de Menores. A expedição de portarias judiciais está claramente restrita às hipóteses elencadas no art. 149 do ECA.

Também outro aspecto que está a merecer destaque é o de que a apreensão de crianças e adolescentes só pode ocorrer, como preconizado nos arts. 106 e 230 do ECA, em casos de flagrante de ato infracional ou mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, ou melhor dizendo, ordem lícita, individualizada e fundamentada, caso a caso, não podendo ser genérica, como o “toque de recolher”.

Ademais, devem ser garantidos os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, antes de se proceder a qualquer tipo de restrição à liberdade como estabelecem as portarias que veiculam o “toque de recolher”.

Apenas para realçar ainda mais a impropriedade jurídica de portarias tais, é preciso estar atento ao disposto no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º [...]

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Logo, somente a lei poderia impor uma restrição ao direito fundamental de ir e vir. As portarias judiciais não podem cercear a liberdade fora dos casos previstos em lei. Ao baixar portaria que embaraça decisivamente o exercício do direito de ir e vir de adolescentes, sem a existência anterior da prática de ato infracional que justificasse o cerceamento, viola-se a tripartição de Poderes.

Destarte, verificadas a impertinência, bem como a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos referidos atos normativos, orienta-se às Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Estado que combatam a utilização dessas portarias judiciais com a adoção das seguintes medidas:

1 - impetração de *habeas corpus*, preventivo ou repressivo, sempre que infante ou adolescente sofrer ou sentir-se ameaçado de restrição no seu direito de ir e vir, nos termos do art. 201, inc. IX, do ECA, e art. 654 do CPP;

2 - o ajuizamento de ação civil pública anulatória de ato administrativo de efeitos concretos, valendo-se dos fundamentos do controle difuso de constitucionalidade;

3 - a utilização do recurso de apelação cabível contra portarias judiciais nos termos do art. 149 do ECA;

4 - representação administrativa na Corregedoria-Geral de Justiça.

4.7.5.2 - A AUTORIZAÇÃO PARA VIAJAR

O Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe que a criança realize viagem que implique deslocamento para fora da comarca onde reside desacompanhada de seus pais ou responsável (art. 83, *caput*). Ao adolescente, tal deslocamento é permitido.

Havendo necessidade, deverão os pais ou o responsável pela criança solicitar autorização judicial, estando, no entanto, dispensados de fazê-lo quando: 1) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou incluída na mesma região metropolitana (art. 83, §1º, “a”, do ECA); 2) quando a criança estiver acompanhada de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, estando o parentesco comprovado documentalmente (art. 83, §1º, “b”, do ECA); ou 3) a criança estiver acompanhada de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável (art. 83, §1º, “b”, do ECA).

A autorização, quando necessária, poderá abranger mais de uma viagem, durante o período máximo de dois anos (art. 83, §2º, do ECA).

Nas viagens ao exterior, todavia, é necessária a autorização judicial para a criança e para o adolescente, sendo dispensada apenas quando esses estiverem acompanhados de ambos os pais ou responsável (art. 84, inc. I, do ECA), ou viajarem na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro mediante documento com firma reconhecida (art. 84, inc. II, do ECA).

4.7.5.3 - O DIREITO À EXPRESSÃO

Conforme determina o art. 5º, inc. IX, da Carta de 1988, no Brasil “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A criança e o adolescente – sujeitos de todos os direitos fundamentais sob a nova ótica constitucional – podem livremente ter sua própria opinião e expressá-la.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê determinadas situações em que é obrigatória ou recomendável a oitiva da criança e do adolescente, situações que decorrem do direito à opinião e à expressão, por exemplo:

- a) para a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, sempre que possível, deverão estes ser previamente ouvidos, e a sua opinião devidamente considerada (art. 28, § 1º, do ECA);
- b) no procedimento de destituição de guarda, é obrigatória, sempre que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente (art. 161, § 2º, do ECA);
- c) para a adoção do maior de doze anos de idade é necessário o seu consentimento (art. 45, § 2º, do ECA);
- d) é assegurado ao adolescente privado de sua liberdade ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (art. 111, inc. V, do ECA); e
- e) ao adolescente privado de liberdade é conferido o direito de entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público (art. 124, inc. I, do ECA); peticionar diretamente a qualquer autoridade (art. 124, inc. II, do ECA); corresponder-se com seus familiares e amigos (art. 124, inc. VIII, do ECA).

Normalmente, inúmeras reuniões são realizadas com deliberações importantes sem, entretanto, que os principais interessados se façam presentes. É preciso que o Promotor de Justiça estimule o protagonismo infanto-juvenil, incluindo os menores de 18 (dezoito) anos nas discussões afetas aos direitos desta faixa etária.

4.7.5.4 - O DIREITO À CRENÇA E À RELIGIÃO

A Constituição Federal em vigor reputa como inviolável a “liberdade de consciência e de crença”, assegurando o “livre exercício dos cultos religiosos” e garantindo a “proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, inc. VI).

O direito à crença e ao culto religioso decorre do direito à liberdade de opinião e de expressão, porquanto a crença apresenta uma dimensão interior, embutida no íntimo de cada um. O direito ao culto permite a exteriorização da crença.

Silva (2003, p. 84) aponta a estreita conexão entre a liberdade de crença da criança ou do adolescente e de suas famílias. Ninguém poderá impor culto ou crença à criança e ao adolescente, contudo, poderão os pais, pelo uso do poder familiar, orientar seus filhos, seja para uma determinada crença, seja para o ateísmo (uma vez que a liberdade de crença abarca a liberdade de não crer).

No entanto, não obstante a crença dos pais e as prerrogativas do poder familiar, nem mesmo a fa-

mília poderá intervir na crença da criança e do adolescente, sendo-lhes permitido optar por fé diversa da dos pais.

Nesse mesmo diapasão, o ensino religioso, muito embora constitua disciplina lecionada nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, a frequência deverá ser facultativa (art. 210, §1º, da CF).

A Lei n.º 8.069/1990, além de determinar livres a crença e o culto religioso, impõe às entidades que desenvolvem programas de internação a obrigação de proporcionarem a assistência religiosa aos adolescentes internos (art. 94, inc. XII, do ECA). Não obstante, destaca-se que a assistência religiosa é um direito do adolescente internado, não sendo, portanto, obrigatória (art. 124, inc. XIV, do ECA).

Sabe-se, por fim, que o direito a uma crença religiosa não pode sobrepor-se ao direito à vida e à saúde de qualquer criança ou adolescente, ainda que seus pais ou responsáveis assim entendam.

4.7.6 - O DIREITO AO RESPEITO E À DIGNIDADE

O conceito de respeito está intimamente ligado à noção de dignidade e de tolerância. Todo homem é merecedor de respeito, garantia que decorre do mero fato de ser uma pessoa humana, tal como ocorre com os outros direitos fundamentais.

Rodrigues Amin (2007, p. 45), citando trecho do Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil, do Ministério da Educação, conceitua o respeito como o

[...] tratamento atencioso que se deve manter nas relações com as pessoas respeitáveis, seja pela idade, por sua condição social, pela ascendência ou grau de hierarquia em que se acham colocadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 17, informa que o direito ao respeito significa a

[...] inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

O direito ao respeito abarca também o direito de se desenvolver como criança e adolescente, sem pular etapas - é ter respeitado o direito de brincar. Atualmente, encontramos pais tão preocupados com o futuro dos filhos que os inserem em um sem número de atividades a ponto de fazê-los parecer “mini-executivos”, sem espaço ou tempo para o desenvolvimento das habilidades infantis.

No entanto, o tempo e o espaço de “ser criança” devem ser respeitados, conforme apontava o educador João Beauclair (2006), em uma entrevista a respeito da importância do brincar:

A utilização do lúdico nas atividades para o desenvolvimento infantil é essencial: ao brincar, a criança amplia as possibilidades de ir além do seu próprio ser, consegue interagir consigo mesmo e com os outros, percebe que há regras para o convívio social, forma sua personalidade, enfim, vivencia sua inserção no mundo com suas complexas possibilidades. No ‘espaço-tempo’ do brincar, há a relação de apropriação e invenção, há a formatação do nosso jeito de ser, estar e agir no mundo.

O amadurecimento precoce é prejudicial à criança, ao adolescente e a toda a sociedade, conquanto, parece que suas causas são cada vez mais incidentes – o consumismo exagerado, os trajes de adultos, os programas televisivos com elevada carga erótica, o acesso indiscriminado à informação por meio da *Internet*, a educação voltada à competitividade, os hormônios ingeridos com a alimentação, enfim, muitos são os responsáveis por esse processo de transformação precoce da infância que, não raro, terão seus efeitos sentidos adiante.

O zelo pelo respeito e pela dignidade da criança e do adolescente é responsabilidade de todos – família, Estado e sociedade –, que devem pô-los a salvo de qualquer tratamento cruel, violento ou desumano (art. 18, do ECA).

Vale lembrar, por fim, que o adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional é também titular do direito ao respeito e à dignidade, direitos que devem ser rigorosamente observados tanto na apuração do ato infracional quanto no eventual cumprimento de medida socioeducativa.

4.7.7 - O DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

A educação, nos termos do art. 205 da Constituição Federal, é “[...] direito de todos e dever do Estado e da família” e que deverá ser “[...] promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, almejando o “[...] pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

A Carta de 1988 lista, ao longo dos incisos do seu art. 206, princípios orientadores do sistema educacional pátrio:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação esco-

- lar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade;
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

No Brasil, o sistema de ensino é organizado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 211, *caput*, da CF/88). Contudo, os Municípios, nos termos normativos, deverão atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da CF/88), enquanto os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º, da CF/88).

As diretrizes e bases da educação brasileira encontram-se regulamentadas na Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), a qual determina que a educação deverá abranger os “processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (art. 1º, da LDB).

Apesar da letra da Lei, o Brasil ostenta uma elevada taxa de analfabetismo. De acordo com a Unesco, estima-se que 13,6 milhões de adultos brasileiros sejam analfabetos, valores que, se reduzidos à população jovem (idade compreendida entre 15 e 24 anos) representam mais de um milhão de analfabetos.

Se a alfabetização de todos os cidadãos é requisito fundamental para a construção de uma sociedade mais justa, mais livre de violência e corrupção, proporcionar educação pública de qualidade também o é. Todavia, não obstante o atual ordenamento constitucional, a educação pública brasileira encontra-se à beira de um colapso. E a péssima remuneração dos professores e o quase ausente investimento na qualificação desses importantíssimos profissionais, que trabalham nas mais adversas situações, apenas acabam por piorar o quadro.

Os resultados mais recentes do Sistema de Avaliação da Educação Básica mostram que o desempenho em matemática de 51,6% dos alunos do quarto ano do ensino fundamental era “crítico” ou “muito crítico” e, em Língua Portuguesa, essa proporção alcançou tristes 55,4% (UNESCO).

Os resultados foram ainda mais graves na avaliação das últimas séries do ensino fundamental e do ensino médio. No Programa Internacional de Avaliação dos Alunos (PISA) o Brasil se viu ocupando as últi-

mas posições tanto na avaliação de 2000 quanto na de 2003 (UNESCO).²⁷⁶

Ainda que nos últimos anos tenha o Brasil progredido, em especial no quesito da universalização do ensino fundamental obrigatório, ainda são muitas as deficiências do sistema de ensino.

As notas alcançadas no PISA refletem a baixa qualidade do sistema de ensino brasileiro, que não tem demonstrado ser capaz de transmitir conhecimento, desenvolver senso crítico e capacitar cidadãos.

Importante destacar que, por incrível que pareça, a grande maioria das escolas públicas não dispõem de projeto pedagógico, ausência absurda que talvez explique um pouco a baixa qualidade do aprendizado, fato que não se contesta, haja visto os resultados dos levantamentos. Fomentar a elaboração de projeto tal, com a discussão dos aspectos teóricos e das necessidades da comunidade, de forma democrática, envolvendo os alunos e suas famílias é uma possibilidade auspiciosa para se buscar o necessário incremento de qualidade.

Outra frente que precisa de investimento é a questão da violência que, nos dias atuais, abate-se sobre os estabelecimentos escolares de forma contundente. As notícias de *bullying* são comuns nos noticiários. Nesse ponto, importante ressaltar que muitos estabelecimentos escolares não têm regimento interno que discipline as condutas vedadas, os procedimentos de apuração e as sanções a serem aplicadas. E mais. Muitos educadores não têm claro para si a distinção entre ato de indisciplina e ato infracional, clamando pela intervenção do sistema de Justiça quando a questão é eminentemente educativa, para a qual um educador, mais do que um Juiz ou Promotor, deveria estar qualificado para lidar.

A discussão sobre os termos de um regimento, com toda a comunidade escolar (direção, professores, alunos e pais), poderia ser interessante no sentido de tratar nesse ambiente questões como lei, bem comum, responsabilidade, valores como respeito, ética e dignidade, limites, etc. Haveria, inclusive, da maneira como o tema fosse tratado, a possibilidade da pactuação de novos comportamentos.

Notem que ambos os instrumentos podem substanciar-se em meios úteis para que essas duas relevantíssimas questões fossem mais devidamente cuidadas pelo próprio estabelecimento de ensino.

²⁷⁶ O PISA é um programa internacional de avaliação comparada, cuja principal finalidade é produzir indicadores sobre a efetividade dos sistemas educacionais, avaliando o desempenho de alunos na faixa dos 15 anos (idade em que se pressupõe o término da escolaridade básica obrigatória na maioria dos países). O programa é desenvolvido e coordenado internacionalmente pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no Brasil, a coordenação regional ficou a cargo do INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

Para que haja avanços, é de extrema pertinência a participação dos pais nesses dois processos, que podem ser desencadeados pelos Promotores de Justiça.

Nesse ponto, sugerimos que as escolas da Comarca sejam mapeadas – o envio de um mero ofício para o Secretário Municipal de Educação bastaria – para, seguidamente, estabelecer contato com as direções para que tais propostas sejam feitas.

É evidente que o diálogo cortês, no sentido de situar o Ministério Público como parceiro nessa construção, é a melhor saída. Propor o debate e a elaboração do projeto pedagógico e do regimento interno com todos os atores envolvidos, inclusive estipulando-se cronograma e agenda, que poderia envolver atividades pedagógicas como concurso de cartas, redação, teatro, debates, etc., seria uma boa iniciativa.

Entretanto sabemos que, às vezes, tais contatos não são tão amistosos. Em casos tais, superadas as possibilidades do convencimento, o Promotor de Justiça poderá lançar mão dos instrumentos ao seu alcance (recomendação, TAC, ação civil pública, audiência pública etc.).

4.7.7.1 - O DIREITO À IGUALDADE

A igualdade de condições para o acesso e permanência na escola é direito fundamental expressamente indicado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 53, inc. I).

Em virtude dessa “igualdade de condições”, o adolescente que esteja cumprindo medida socioeducativa na modalidade de internação também deverá ter acesso ao conteúdo programático específico para sua escolaridade (art. 124, inc. XI, do ECA).

De igual modo, o infante com deficiência deverá ser atendido, preferencialmente, pela rede regular de ensino (art. 54, inc. III, do ECA), sendo-lhe, todavia, garantida educação especial adaptada às suas necessidades (art. 58, da LDB) no sentido de complementá-la.

Contudo, apesar da igualdade formal, sabe-se que as desigualdades materiais nem sempre permitem o gozo dessa garantia. A criança e o adolescente em situação de vulnerabilidade, muitas vezes precisam colaborar com o orçamento doméstico, sendo retirados das escolas e lançados ao universo do trabalho infantil, mecanismo esse extremamente cruel. Além de ser compelido a uma atividade para a qual não está física e psicologicamente preparado, estará condenado a sempre ter ocupações insuficientemente remuneradas, justamente em razão de sua baixa graduação escolar. Não devemos nos enganar, o trabalho infantil cedo ou tarde prevalece sobre os estudos. Mais cedo ou mais tarde, a escolha recairá sobre o trabalho.

A garantia de “igualdade de condições” engloba também a questão da qualidade do ensino, mesmo que uma escola obtenha maior êxito em seu processo pedagógico do que outras, é inadmissível o abismo que se formou entre escolas públicas e privadas nas últimas décadas. A falta de investimentos em condições materiais é notória, nem sempre há material didático, não há recursos tecnológicos, a estrutura física não recebe reparos, não há material adequado para a limpeza e, muitas vezes, faltam professores bem qualificados e remunerados.

Tudo isso faz com que o Ministério Público seja constantemente acionado para obrigar entes públicos a cumprir o dever de proporcionar uma educação de qualidade.

Com a recente reinclusão das disciplinas de filosofia e sociologia na grade de disciplinas obrigatórias do currículo do ensino médio – que haviam sido excluídas com a reforma educacional promovida pela ditadura militar, em 1971 – passou a ser divulgado um problema corrente na rede pública de ensino: a falta de professores qualificados.

Dilvo Ristoff, Diretor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES), confessou temer que a ausência de professores capacitados para lecionar essas duas disciplinas inviabilize o cumprimento da Lei n.º 11.684/ 2008, que alterou o art. 36 da LDB.

De acordo com estudos realizados pela CAPES, o Brasil tem, hoje, aproximadamente 31 mil profissionais atuando como professores de filosofia e 20 mil de sociologia, no entanto, apenas 23% possuem formação específica em filosofia e somente 12% são licenciados em sociologia.

Muito embora a questão tenha-se direcionado às disciplinas de filosofia e sociologia, a falta de professores é realidade em todas as disciplinas. Já em 2004, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas (INEP) havia divulgado que faltavam professores na sala de aula.

Os dados apontavam para o fato de que, naquela época, seriam necessários 254 mil professores para suprir as turmas do segundo ciclo do ensino fundamental. Considerando também o ensino médio, o déficit alcançava alarmantes 771 mil professores na rede pública (SAYAD, 2005).

4.7.7.2 - AS CONDIÇÕES E A PERMANÊNCIA

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever o direito à educação, não determinou apenas a oferta de vagas, mas impôs, expressamente, que fossem asseguradas as condições da permanência da criança na escola (art. 53, inc. I). No ensino fundamental, eventuais dificuldades para a permanência na escola devem ser suplementadas pelo fornecimen-

to de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 54, inc. VII).

Antes mesmo de o Estatuto ser promulgado, a Constituição da República já havia determinado, no inc. VII do seu art. 208, o “atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”.

Dessa forma, deve-se estar atento para os fatores que podem assegurar a permanência da criança e do adolescente nos bancos escolares, devendo o Estado garantir todos os bens e serviços necessários para tal.

São condições inegáveis de permanência:

A - O MATERIAL DIDÁTICO E ESCOLAR

Vários são os dispositivos legais que determinam que haja fornecimento do material didático e escolar por meio de programas suplementares aos estudantes do ensino fundamental: art. 208, inc. VII, da Constituição Federal; art. 54, inc. VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e o art. 4º, inc. VIII, da Lei de Diretrizes e Base da Educação.

Atualmente, o programa de fornecimento de livro – Programa Nacional do Livro Didático – encontra-se disciplinado na Resolução n.º 03, de 14 de janeiro de 2008, do Ministério da Educação:

Art. 1º Prover as escolas de ensino fundamental público, regular e especial, das redes federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, bem como as escolas privadas de educação especial, nas categorias comunitária e filantrópica, mantidas por sindicato laboral ou patronal, associação, organização não governamental, nacional ou internacional, APAE e Associação Pestalozzi, definidas no Censo Escolar, que prestem atendimento aos alunos com necessidades educacionais especiais, com o fornecimento de:

I - livros didáticos de qualidade, abrangendo os componentes curriculares de Alfabetização Linguística e Alfabetização Matemática, Língua Portuguesa, Matemática, Ciências, História, Geografia, Língua Estrangeira e dicionário da Língua Portuguesa;

II - obras pedagógicas complementares aos livros didáticos e materiais didáticos adequados aos alunos do ensino fundamental, abrangendo as áreas do conhecimento de Ciências da Natureza e Matemática, Ciências Humanas e Linguagem e Códigos.

Destarte, o Ministério da Educação distribui tanto os livros didáticos que abranjam os componentes curriculares, quanto obras complementares e material didático adequado aos estudantes do ensino fundamental público – independentemente de pertencer a escola à rede federal, estadual ou municipal – e aos de escolas privadas de educação especial, desde que pertençam à categoria de entidade comunitária ou filantrópica.

O atendimento destina-se às nove séries do ensino fundamental, e sua execução ocorre na forma do art. 5º da Resolução:

I - distribuição anual, de forma integral, de livros consumíveis ao alunado do 1º e 2º anos do ensino fundamental; II-distribuição trienal, de forma integral, de livros não consumíveis ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental; III - complementação anual, de forma parcial, ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental, de livros não consumíveis para cobrir eventuais acréscimos de matrícula; e IV - reposição anual, de forma parcial, ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental, de livros não-consumíveis para substituir aqueles porventura danificados ou não devolvidos ao final do período letivo.

Os livros relativos à educação de ensino médio, por sua vez, apesar de não previstos expressamente na Lei, desde 2004, em razão da Portaria do Ministério da Educação nº 2.922/2003 – que instituiu o Programa Nacional do Livro do Ensino Médio –, são distribuídos aos estudantes de escolas das redes públicas estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Outrossim, pela Portaria supracitada, não apenas os livros didáticos devem ser distribuídos, mas também outros suprimentos didáticos de qualidade, para uso dos alunos e dos professores.

Contudo, diante da situação de miserabilidade na qual muitas crianças e jovens se encontram, o fornecimento de livros didáticos não é suficiente. Se a família não tiver condições econômicas de arcar com seu custeio, a lei prevê o fornecimento do material didático e escolar, ou seja, itens como cadernos, lápis, borrachas, canetas, entre outros.

B - O TRANSPORTE ESCOLAR

Assim como ocorre com o fornecimento do material didático e escolar, alguns dispositivos legais determinam que seja garantido o transporte escolar aos estudantes do ensino fundamental, tudo com vistas a garantir a frequência dos alunos às aulas: art. 208, inc. VII, da Constituição Federal; art. 54, inc.VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e o art. 4º, inc. VIII, da Lei de Diretrizes e Base da Educação.

As dificuldades provenientes da necessidade de percorrer longos trajetos a pé ou em meios de transporte perigosos e irregulares (como em carretas abertas e em caçambas de caminhão) são responsáveis por generosa fatia dos percentuais de desistência escolar.

Em 21 de junho de 1994, com a publicação da Portaria Ministerial n.º 955, foi criado o Programa Nacional de Transporte Escolar no âmbito do Ministério da Educação para garantir a assistência financeira aos municípios e às organizações não-governamentais para a aquisição de veículos novos,

destinados, exclusivamente, ao transporte dos estudantes matriculados nas escolas da rede pública estadual e municipal, de ensino fundamental e da educação especial, com verba do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE).

Por meio da Lei n.º 10.880, de 9 de junho de 2004, foi instituído o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar (PNATE), com o objetivo de oferecer transporte aos alunos do ensino fundamental público, residentes em área rural.

Em 19 de abril de 2006, por meio da Resolução nº 21/2006, do Ministério da Educação, considerando a necessidade de facilitar, por meio do transporte diário, o acesso e a permanência dos alunos com necessidades educacionais especiais, foram aprovados os critérios e parâmetros de apoio financeiro suplementar a projetos educacionais pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, visando à aquisição de veículos automotores, de transporte coletivo (zero quilômetro) destinados ao transporte diário de alunos da educação especial.

Ainda, com relação ao transporte escolar, destaca-se que a criança e o adolescente com necessidades especiais de locomoção terão direito ao transporte adaptado às suas necessidades, condição essa nem sempre observada.

O Promotor de Justiça deve estar atento, também, à questão da segurança no transporte escolar. A Lei n.º 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, prevê que:

- a) os veículos devem possuir autorização para transporte de escolares, emitida pelo órgão de trânsito do Estado, afixada na parte interna do veículo, em local visível;
- b) os limites de lotação dos veículos devem ser respeitados e que todos os ocupantes tenham cintos de segurança a sua disposição;
- c) os veículos devem ser submetidos à inspeção, no Município, no mínimo, semestralmente; e
- d) os motoristas devem: 1) ser aprovados em Curso Especializado; 2) ter idade superior a vinte e um anos; 3) possuir Carteira Nacional de Habilitação de categoria “D”; e 4) não ter cometido nenhuma infração grave ou gravíssima, ou ser reincidente em infrações médias, durante os doze últimos meses.

Por fim, vale a lembrança de que o transporte escolar não deve servir de transporte público para a população, sendo vedadas as caronas, de modo que apenas os estudantes sejam conduzidos por esses veículos.

C - A MERENDA ESCOLAR

A concessão da merenda escolar é um direito que se encontra disciplinado em vários dispositivos: art. 208, inc. VII, da Constituição Federal; art. 54, inc. VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e art. 4º, inc. VIII, da Lei de Diretrizes e Base da Educação.

Muitas vezes a merenda é um dos mais importantes motivos a fomentar, por parte do estudante e de sua família, a frequência à escola. A renda familiar da maior parte dos estudantes do ensino público é muito baixa, situação econômica que implica a reduzida qualidade (e, por vezes, quantidade) dos alimentos por eles ingeridos no ambiente doméstico.

Diante do triste quadro, é muito importante que, ao menos na escola, a criança e o adolescente recebam alimentação adequada, saudável e nutritiva.

A Lei n.º 8.913, de 12 de julho de 1994, estabelece a municipalização da merenda escolar, seguindo-se a lógica estatutária que determinou a municipalização do atendimento das políticas sociais referentes à criança e ao adolescente (art. 88, inc. I, do ECA).

Com relação ao auxílio do custeio da merenda pelo município, o FNDE (Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação) também mantém programa, segundo o qual, o repasse de dinheiro é feito para que o próprio município adquira na comunidade os produtos a serem utilizados, diretamente do produtor local, e com isso, prepare ele próprio a merenda.

D - O UNIFORME ESCOLAR

Apesar de a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação não tratarem expressamente acerca do uniforme escolar, como fizeram com o material didático, é fato que, se a escola obrigar o uso do uniforme, deverá o poder público fornecê-lo ao estudante carente. Caso contrário, poderá constituir-se um óbice à frequência do aluno à escola.

Quanto à escolha do uniforme escolar, de acordo com a Lei n.º 8.907/94, deverão ser considerados determinados critérios, como a condição econômica dos estudantes e de suas famílias e o clima da localidade em que a escola se encontra instalada, sendo-lhe permitida a inscrição, no tecido, do nome do estabelecimento.

Não se permite, no entanto, que os uniformes das escolas públicas sejam utilizados como meio de divulgação de política partidária, ainda que subliminar, tampouco da administração pública em vigor.

E - A ESCOLA PÚBLICA PRÓXIMA À RESIDÊNCIA

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina em seu art. 53, inc. V, que deverá ser garantido o acesso à escola pública próxima à residência da criança e do adolescente.

A determinação estatutária é importante porque evita transtornos e gastos com o deslocamento casa/escola. Contudo, sua eficácia está condicionada ao

bom desempenho por parte do poder público em fornecer o número de vagas adequado à demanda local, fato que, muitas vezes, não é observado.

Interessante que o TJMG vem dando guarida ao direito aludido:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - MATRÍCULA DE MENOR EM LOCAL MAIS PRÓXIMO À SUA RESIDÊNCIA - ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE - ART. 53, INC.V - SENTENÇA MANTIDA. O direito à educação é assegurado pelos arts. 205 e 208 da Constituição Federal. O art. 53, V, do ECA, Lei 8.069/90, assegura que a criança e o adolescente têm direito à escola pública em lugar próximo à sua residência. Em respeito à legislação vigente, mantém-se a sentença que julga procedente o pedido. TJMG. Relator: MAURO SOARES DE FREITAS. Data do Julgamento: 28.02.2008. Data da Publicação: 28.03.2008.

4.7.7.3 - O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente vaga no ensino fundamental, obrigatório e gratuito (art. 54, inc. I, do ECA), determinando-lhe como direito público subjetivo (art. 54, §1º, do ECA).

Diante dessas prerrogativas, ao poder público é imposta a obrigação de garantir vagas em número suficiente para todos, por todo o período letivo, cumprindo a carga horária mínima e o conteúdo programático exigidos por lei.

Se, de um lado, a Administração Pública ficou incumbida de garantir o acesso aos bancos escolares, de outro, os pais ou o responsável pela criança e pelo adolescente deverão providenciar sua matrícula, sob pena de caracterização do crime de abandono intelectual, nos termos do art. 246²⁷⁷ do Código Penal.

O ensino fundamental será presencial, permitida a modalidade de ensino a distância apenas como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais, como a educação de jovens e adultos (art. 32, § 4º, da LDB).

Por fim, em obediência à determinação do art. 32, § 5º, da LDB, o currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual deverá ser impresso e distribuído na qualidade de material didático.

²⁷⁷ "Art. 46 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa."

4.7.7.4 - O ENSINO MÉDIO E A EXTENSÃO DE SUA OBRIGATORIEDADE

Ao contrário do ensino fundamental – obrigatório e gratuito por lei –, ao ensino médio o constituinte e o legislador estatutário garantiram apenas a sua “progressiva extensão de obrigatoriedade e gratuidade” (art. 208, inc. II, da CF, e art. 54, inc. II, do ECA).

Desse modo, considerando tais dispositivos, o poder público não estaria vinculado ao fornecimento de vagas relativas ao ensino médio em número suficiente ao atendimento de todos que por ela pleitassem.

Não obstante tal primeira inferência, Rodrigues Amim (2007, p. 51-52) apresenta uma interessante teoria contrária à leitura precipitada da norma, aduzindo que, quando a educação emergiu à categoria de direito fundamental, passou a compor o conjunto de direitos que “[...] asseguram a sobrevivência e a formação digna do ser humano”, sendo, portanto, um direito universal.

Dessa forma, segundo a autora, a Constituição Federal apenas priorizou o ensino fundamental, direcionando-lhe o foco da Administração Pública, sentido que não se confunde com a obrigação de o Estado de garantir o acesso a todos, até mesmo porque o ensino médio compõe etapa da educação básica. Nessa linha, por ser a educação direito fundamental – e não apenas a educação restrita ao ensino fundamental –, deverá, sim, o Estado garantir o acesso ao ensino médio a todos que a ele acorrerem (RODRIGUES AMIN, 2007, p. 52).

O ensino médio tem suas diretrizes básicas traçadas no art. 35 da Lei n.º 9.394/1996, em que determina sua duração mínima de três anos e o condiciona às seguintes finalidades:

- a) a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos (inc. I);
- b) a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores (inc. II);
- c) o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico (inc. III); e
- d) a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina (inc. IV).

O currículo do ensino médio também é tratado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, mais precisamente nos incisos e parágrafos do art. 36:

Art. 36. O currículo do ensino médio observará o disposto na Seção I deste Capítulo e as seguintes diretrizes:

I - destacará a educação tecnológica básica, a compreensão do significado da ciência, das letras e das artes; o processo histórico de transformação da sociedade e da cultura; a língua portuguesa como instrumento de comunicação, acesso ao conhecimento e exercício da cidadania;

II - adotará metodologias de ensino e de avaliação que estimulem a iniciativa dos estudantes;

III - será incluída uma língua estrangeira moderna, como disciplina obrigatória, escolhida pela comunidade escolar, e uma segunda, em caráter optativo, dentro das disponibilidades da instituição;

IV - serão incluídas a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio.

O conteúdo, a metodologia de ensino e as formas de avaliação serão organizados de modo que concluído o ensino médio, o estudante domine os princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna e conheça as formas contemporâneas de linguagem (art. 36, § 1º, da LDB).

Por fim, o diploma expedido em razão da conclusão do ensino médio terá equivalência legal e habilitará o estudante ao prosseguimento dos estudos em nível superior (art. 36, § 3º, da LDB).

4.7.7.5 - A EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA E PROFISSIONALIZANTE

Um dos investimentos na educação propiciada no país tem sido feito no sentido de se preparar o adolescente para sua futura vida profissional. Assim, sendo certo o escasso mercado de trabalho para aquele que não possui qualificação, foi aprovada a Lei n.º 11.741/2008, que, ao acrescentar à LDB os arts. 36-A, 36-B, 36-C e 36-D, integrou o ensino profissional e técnico ao ensino médio.

Pela nova Lei, o ensino médio, desde que atenda à formação geral do estudante, poderá também prepará-lo para o exercício das profissões técnicas (art. 36-A, da LDB), e a preparação necessária à habilitação profissional poderá ser desenvolvida tanto no próprio estabelecimento de ensino médio quanto em cooperação com instituições especializadas em educação profissional (parágrafo único, art. 36-A, da LDB).

A educação técnica de nível médio poderá ser articulada concomitantemente com o ensino médio (art. 36-B, inc. I, da LDB) ou ser a ele subsequente, em cursos destinados a estudantes que o tiverem concluído (art. 36-B, inc. II, da LDB). Contudo, não obstante a forma como venham a ser desenvolvidos, os programas dos cursos deverão observar as diretrizes curriculares nacionais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação (art. 36-B, parágrafo único, inc. I, da LDB) e as normas complemen-

tares dos respectivos sistemas de ensino (art. 36-B, parágrafo único, inc. II, da LDB).

A educação profissionalizante técnica de nível médio, por sua vez, será desenvolvida de maneira integrada àqueles que já tenham concluído o ensino fundamental (art. 36-C, inc. I, da LDB) ou concomitante aos que já ingressaram no ensino médio ou já o estejam cursando (art. 36-C, inc. II, da LDB).

Os diplomas dos cursos de educação profissional ou técnica de nível médio, quando devidamente registrados, serão válidos em todo o território nacional, habilitando o estudante, inclusive, a prosseguir seus estudos em nível superior (art. 36-D, da LDB).

4.7.7.6 - A EDUCAÇÃO INFANTIL

A educação infantil corresponde à primeira etapa da educação básica, que se destina aos processos pedagógicos capazes de garantir o desenvolvimento pleno da criança com idade inferior a cinco anos, o que incorpora os aspectos físico, psicológico, intelectual e social (art. 29, da LDB).

Ressalva-se, inicialmente, que, apesar de o texto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação informar que a educação infantil destina-se às crianças com idade inferior a seis anos, a Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, alterou a idade máxima de atendimento para cinco anos, uma vez que o ingresso ao ensino fundamental, hoje com duração de nove anos, pode ter início aos cinco anos.

Na primeira infância, são formadas as sinapses nervosas – “pontes” que enviam as informações recebidas de um neurônio ao outro –, situação que permite que o cérebro se organize. Assim sendo, durante esse período a criança está apta a desenvolver habilidades e captar conhecimentos, estabelecendo, inclusive, as bases de sua personalidade.

Em pesquisa patrocinada pela Universidade Cornell (Estados Unidos), o psicólogo Ulric Neisser percebeu que a média do QI (quociente intelectual) das crianças americanas havia subido mais de 20 (vinte) pontos nos últimos 50 (cinquenta) anos. O pesquisador atribuiu o progresso aos estímulos na primeira infância, vez que mudanças sociais, como a admissão da mulher no mercado de trabalho, resultaram no ingresso das crianças nas escolas e creches mais precocemente, onde teriam recebido estímulo necessário ao seu melhor desenvolvimento.

A educação infantil será oferecida em creches para as crianças, com idade de até três anos de idade (art. 30, inc. I, da LDB); e em pré-escolas, para as crianças com quatro e cinco anos (art. 30, inc. II, da LDB c/c art.1º, da EC n.º 53/2006).

Não obstante os benefícios promovidos pela educação infantil no desenvolvimento da criança, a sua conclusão não constitui requisito para o acesso ao ensino fundamental (art. 31, da LDB), tal como ocorre com o ensino fundamental em relação ao ensino médio. Isso por dois motivos: primeiro, por ser o ensino fundamental obrigatório, motivo pelo qual não se podem criar obstáculos à sua matrícula e ao seu acompanhamento; e, segundo, porque o poder público nem sempre tem-se mostrado capaz de oferecer o número de vagas suficiente para o atendimento de todas as crianças.

Contudo, nesse aspecto, já vemos julgados pertinentes à garantia de tal direito:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE. DIREITO À EDUCAÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. ALEGAÇÃO DE INGERÊNCIA AFASTADA. VERBA HONORÁRIA. ISENÇÃO DO ESTADO OU MUNICÍPIO. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. MUNICÍPIO. CABIMENTO. Nos termos do inc. IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como inc. IV do art. 208 da Constituição Federal, é dever do poder público assegurar atendimento em creche ou pré-escola, porquanto se trata de direito fundamental social inerente a qualquer criança. A administração pública, que prima pelo princípio da publicidade dos atos administrativos, não pode se escudar na alegada discricionariedade para afastar do Poder Judiciário a análise dos fatos que envolvem eventual violação de direitos. TJRS. Apelação Cível n.º 70034118786. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível.

Desse modo, o fato de o ensino infantil não ser obrigatório não significa que o Poder Público pode escusar-se de oferecer esse serviço. A não obrigatoriedade atinge apenas a família, que, por lei, não é compelida a matricular a criança na creche ou pré-escola. Contudo, em caso de procura pela família, o Poder Público deve obrigatoriamente conceder o serviço.

De acordo com tabela desenvolvida pela Unicef (2008, p. 37), em 2006, apenas 15,5% das crianças com idade não superior a três anos, e 76% daquelas com idade entre quatro e seis anos, no Brasil, tinham acesso à educação infantil:

Regiões	Crianças matriculadas em creches ou pré-escola	
	Idade entre 0 a 3 anos	Idade entre 4 a 6 anos
Centro-Oeste	11,5%	67,0%
Nordeste	13,3%	80,4%
Norte	8,0%	64,2%
Sudeste	19,2%	80,9%
Sul	18,3%	66,4%
Brasil	15,5%	76,0%

Contudo, apesar de o direito à educação ainda não ser garantido a todas as crianças, de 2001 a 2006, o índice de crianças com acesso à educação em pré-escolas (para as com idade entre quatro e seis anos) elevou-se de 65,6% para 76%, ou seja, no curto intervalo de cinco anos ultrapassou-se a marca de mais de dez pontos percentuais.

O papel do Promotor de Justiça para a proteção desse direito passa por exigir do poder público a oferta de vagas em centros de educação infantil (creches), conforme determina o art. 54, inc. IV, do Estatuto.

Outra demanda bastante comum ocorre em função do fechamento das creches nos meses de férias escolares. Sabe-se que os pais não deixam de trabalhar entre os meses de dezembro e fevereiro, nem em julho. Destarte, por entender que a formação educacional da criança é contínua, é dever do poder público manter as creches abertas nesses períodos, até mesmo para não inviabilizar o trabalho dos pais ou responsáveis.

4.7.7.7 - O ENSINO NOTURNO AO ADOLESCENTE TRABALHADOR

A Constituição Federal de 1988 previu como dever do Estado oferecer vagas de ensino noturno regular, adequado às condições do educando (art. 208, inc. VI), permitindo, assim, que o adolescente trabalhador não abandonasse a escola.

O Estatuto da Criança e do Adolescente limitou-se a repetir os termos da Carta Magna, em seu art. 54, inc. VI:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

[...];

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador.

Poderão freqüentar a grade noturna, em princípio, os estudantes que tenham alcançado a idade mínima para o trabalho, qual seja, 16 (dezesesseis) anos, nos moldes do inc. XXXIII do art. 7º da Constituição da República.

No entanto, ao adolescente maior de 14 (catorze) anos de idade, que tiver firmado contrato de aprendizagem, também deverá ser permitido cursar o ensino noturno, recorrendo-se à tutela jurisdicional, quando lhe for negada matrícula (RODRIGUES AMIN, 2007, p. 53).

Ainda há autores que defendem a possibilidade de matricular aquele que ainda não completou dezesesseis anos em curso noturno quando a idade do adolescente for muito elevada com relação à série em que se encontra. Para esses autores, tal situação configurar-se-ia, de certa forma, constrangimento ao adolescente (*idem, ibidem*). Apesar de se concluir que a prioridade seja para o ensino regular

diurno, entende-se que, nesses casos, quando a diferença entre a idade do adolescente e a média de idade geral da turma é bastante elevada, deve-se facultar a ele a opção de cursar a educação de jovens e adultos, tudo com vistas a se superar possível constrangimento que o faça abandonar a escola.

Não obstante o texto da lei, o ensino noturno é matéria controversa na doutrina jurídica e, principalmente, na literatura da pedagogia.

Castilho e Castro (2006), em matéria publicada na Revista Educação, denunciam que “[...] os alunos do ensino médio noturno vivem diante de uma mentira: a garantia legal da mesma qualidade do curso diurno”. Segundo os autores, as condições nas quais o ensino noturno é oferecido hoje, tornam impossível o cumprimento da carga horária exigida por lei, importando em perda de conteúdo e qualidade da educação. Confirmando o ponto de vista, Rose Neubauer, Secretária da Educação do Estado de São Paulo, entre os anos de 1995 e 2002, confessa que o rendimento dos alunos do período noturno é muito menor se comparado com o do diurno, declarando ainda que “[...] os alunos da mesma série do noturno têm no mínimo um ano de evasão de conteúdo em relação ao diurno” (CASTRO; CASTILHO, 2006).

Esse quadro de exclusão estampa os números da Fuvest, Fundação que organiza o vestibular da USP e outras entidades de ensino superior: “Apenas 398 (3,5%) dos 11.402 alunos matriculados em 2004 estudaram exclusivamente à noite – quase quatro vezes menos que o percentual de inscrições (12,4%) de oriundos do noturno em relação ao total” (*idem, ibidem*).

Essa disparidade no número de inscritos revela a falta de perspectiva dos estudantes do período noturno, além da baixa confiança nos seus próprios potenciais, haja vista que, apesar de representarem 43% dos alunos do ensino médio público no Brasil, nem sequer se arriscam a entrar em uma universidade como a Universidade de São Paulo – USP (*idem, ibidem*).

De outro lado, os defensores da educação noturna colocam-na como um mal necessário, pois a realidade social brasileira impõe a meninas e meninos que se lancem no mercado de trabalho e cumpram longas jornadas por baixos salários.

Em verdade, a maior parte desses adolescentes trabalha por necessidade e não por desejo próprio. Dessa forma, por ser meio de sobrevivência, a não-oferta de educação noturna importaria, necessariamente, na elevação dos números da evasão escolar e na diminuição, ainda mais acentuada, de oportunidades. O mais importante, portanto, é que o Promotor de Justiça diligencie no sentido de garantir o ensino na modalidade mais adequada ao caso.

4.7.7.8 - O PROCESSO EDUCACIONAL

Bem disse o filósofo Immanuel Kant::

É por isso que se mandam as crianças à escola: não tanto para que aprendam alguma coisa, mas para que se habituem a estar calmas e sentadas e a cumprir escrupulosamente o que se lhes ordena, de modo que depois não pensem mesmo que tem de pôr em prática as suas idéias.

Já no séc. XVIII, o famoso pensador alemão apontava a necessidade de que a instituição “escola” fosse revista. Contudo, ainda hoje, por incrível que pareça, tal necessidade permanece.

Nos termos da Lei de Diretrizes e Bases (Lei n.º 9.437/96),

[...] a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (art. 1º, da LDB).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, determinou que, no processo educacional,

[...] respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura (art. 58, do ECA).

Nessa linha, pela leitura conjunta dos dois dispositivos mencionados, o processo educacional não poderá ser mecânico, automático, não relacionado com a realidade que cerca a criança e o adolescente. Deve-lhes ser garantida uma educação livre e plena, em que a criança e o adolescente sintam-se estimulados a criar, questionar e pensar por si próprios.

De outro lado, o que se observa, a cada dia, é o gritante desinteresse do estudante pela escola, e uma distância enorme entre o estabelecimento educacional e a família.

É possível cogitar que a escola vem sendo renegada porque, em geral, seus profissionais não são devidamente valorizados, qualificados e apoiados por seus empregadores.

O antigo método de memorização não tem espaço em uma sociedade com meios de comunicação tão velozes. A criança e o adolescente de hoje pertencem à era *Google*, já nasceram com acesso ao computador e à *Internet*, são mais ágeis que a criança de outrora. As propostas pedagógicas deveriam pensar nesse novo perfil que se apresenta, e não reproduzir métodos de anos atrás.

De outro lado, não há como negar a posição que o Brasil vem conferindo ao magistério. Os salários irrisórios, a precariedade das escolas públicas, a total insegurança, entre tantas outras razões levam o professor para longe das salas de aula - dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP) apontam o *deficit* de 771 mil professores na rede pública (SAYAD, 2005).

Por fim, ainda quanto ao processo pedagógico, por disposição do parágrafo único do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito dos pais ou do responsável ter ciência dos processos pedagógicos, além de participar das propostas educacionais, visando à qualidade do ensino a que seus filhos estão submetidos.

Nesse ponto, seria interessante que o Promotor de Justiça estimulasse a participação dos pais no processo pedagógico, e que a escola se abrisse mais à participação da comunidade, inserindo-se mais efetivamente na rede de proteção. Quem sabe uma palestra ou uma audiência pública não seriam um bom começo?

4.7.7.9 - O DIREITO À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

Entre os vários deveres da família, da sociedade e do Estado para com a criança e o adolescente, a Constituição Federal de 1988 determinou-lhes ainda a obrigação de assegurar o acesso à cultura e ao lazer. O Estatuto da Criança e o Adolescente determinou como atribuição dos Municípios, com apoio dos Estados e da União, o estímulo e a destinação de recursos para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e juventude.

Nunca é demais lembrar que a criança e o adolescente caracterizam-se como pessoas em desenvolvimento e, em razão dessa condição peculiar, recursos como a arte, a educação e a cultura servem de alimento a sua personalidade e fortalecem as bases do seu processo de formação.

Hoje em dia, tanto o esporte quanto a cultura devem ser pensados seriamente como alternativas de inclusão social e como estratégia para conquistar os meninos e meninas que o tráfico de entorpecentes arregimenta. Uma idéia que deve ficar clara para todos os atores do sistema de proteção, bem como para a rede de atendimento, é a de que o tráfico, além de remunerar bem pelos serviços prestados (o menino com a ocupação de “aviãozinho” consegue renda muito maior do que qualquer das bolsas propiciadas pelo governo), oferece à criança ou ao adolescente “um lugar”, “um posto”, “uma importância” dentro de um sistema, criminoso, mas ainda assim sistema. Bem ou mal é um projeto para a vida, muitas vezes vazia, que gera um sentimento de pertença. Na maioria das vezes, a rede de proteção não consegue fazer com que esse menino experimente essa sensação e ele não permanece nos es-

paços onde se deseja que ele fique, como na escola. A cultura, sobretudo nas modalidades de dança e música, assim como o esporte devem ser usados estrategicamente para esse resgate.

A atividade esportiva, em especial, reveste-se de grande importância na sociedade brasileira, por atuar como eficaz instrumento de inclusão social.

No que diz respeito ao acesso da criança e do adolescente ao lazer, não se pode perder de vista que a atividade deverá ser adequada à sua faixa etária, devendo o conteúdo respeitar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de disciplinar a questão no Título III da parte geral, intitulado “Da Prevenção”, que conta com os seguintes dispositivos:

Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada. **Parágrafo único.** Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

O órgão competente a que se refere o art. 74 é o Ministério da Justiça, que hoje disciplina a questão por meio do Manual da Nova Classificação Indicativa, aprovado pela Portaria n.º 8, de 6 de julho de 2006, que se encontra disponível na página eletrônica do Ministério da Justiça.²⁷⁸

Todavia, nem todas as espécies de diversões públicas são classificadas diretamente pelo Ministério da Justiça. A classificação indicativa ocorrerá de modo direto nas diversões públicas indicadas no art. 3º da Portaria n.º 1.100/2006: “[...] I - cinema, vídeo, DVD e congêneres; II - jogos eletrônicos e de interpretação (RPG)”.

De outro lado, não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo pelo Ministério da Justiça, as diversões públicas exibidas ou realizadas ao vivo, tais como: “[...] I - espetáculos circenses; II - espetáculos teatrais; III - shows musicais; IV - outras exposições ou apresentações públicas ou abertas ao público” (art. 4º da Portaria n.º 1.100/2006). Nesse caso, é comum a prática de as Portarias serem expedidas pelos Juízes da Infância e Juventude de cada Comarca.

Ainda sobre o tema, dispõe o art. 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 75. Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados

como adequados à sua faixa etária.

Parágrafo único. As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

O teor do parágrafo único do artigo supracitado tem causado divergências de interpretação. Ainda que acompanhada de seus pais, a criança menor de dez anos poderá assistir apenas ao espetáculo próprio à sua idade. Não tem sentido o entendimento de que, na companhia dos pais, em razão do poder familiar, estaria dispensado o rigor da classificação indicativa do Ministério da Justiça. A ninguém, nem aos pais, é facultada a possibilidade de submeter crianças e adolescentes a conteúdos impertinentes. Lembremos que estão eles em fase de desenvolvimento e cuidados devem ser tomados. O poder familiar não é absoluto, não sendo permitido aos pais ou aos responsáveis pela criança e pelo adolescente expô-los a conteúdo que, apesar de inofensivo na sua opinião, foi avaliado pelo poder público como impróprio para determinada faixa etária.

O texto estatutário ao permitir a presença da criança com idade inferior a dez anos em locais de apresentação ou exibição de espetáculos, se acompanhada dos pais, na realidade proibiu que, mesmo sendo livre a classificação do evento, ela entre ou permaneça desacompanhada no local.

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

O horário de exibição é igualmente disciplinado pelo Ministério da Justiça, que lista a classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres por meio da Portaria n.º 1.220, de 11 de julho de 2007, cujo texto, na íntegra, encontra-se disponível na página eletrônica do Ministério da Justiça.²⁷⁹

O anúncio de programa sem a indicação dos limites de idade que se recomenda importa na infração administrativa indicada no art. 253; já, a exibição de programa em horário considerado inadequado pelo Ministério de Justiça, acarreta a infração administrativa do art. 254, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outro dispositivo do Estatuto acerca sobre prevenção:

Art. 77. Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuida-

²⁷⁸ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/classificacao>>. Acesso em: 04 ago.2008.

²⁷⁹ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/classificacao>>. Acesso em: 19 nov.2008.

ção para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.

Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

A venda ou a locação de fita VHS ou DVD para a criança ou o adolescente em desacordo com a classificação etária que lhe foi atribuída, importa no cometimento da infração administrativa prevista no art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda preventivamente dispõem os arts. 78 e 79 do ECA acerca de material com conteúdo impróprio:

Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

A desobediência às determinações do *caput* e do parágrafo único do art. 78 implica a infração administrativa descrita no art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A imposição de lacrar o material impróprio não se confunde com censura, à medida que, se devidamente embalada, poderão as revistas e as demais publicações ser normalmente comercializadas a quem possua idade para tanto.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Assim, como ocorre com a desobediência ao artigo anterior, a inobservância das determinações do art. 79 – publicar ilustração, fotografia, legenda, crônica ou anúncios em material destinado ao público infanto-juvenil, com conteúdo impróprio – repercute na infração administrativa indicada pelo art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E finaliza o Estatuto, quanto à prevenção, no lazer:

Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.

A entrada ou permanência da criança e do adolescente nos estabelecimentos indicados pelo art. 80, independentemente se acompanhadas ou não de seus pais, enseja a infração administrativa descrita no art. 258 do Estatuto.

Verifica-se, portanto, a importância do trabalho do Promotor de Justiça na fiscalização das opções de cultura e lazer que são oferecidas às crianças e aos adolescentes nas Comarcas, de modo que estejam eles livres de qualquer conteúdo contrário à sua formação.

4.7.8 - O DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO

O trabalho infanto-juvenil constitui uma antiga e arraigada realidade brasileira, uma vez que nossa sociedade sempre o concebeu como uma solução e não como o problema como ele realmente se evidencia. A alteração dessa concepção tem-se mostrado muito lenta e tem sido combatida pelas modernas inovações legislativas. Constatase, portanto, que encontramos-nos em um contexto em que as normas de proteção do trabalho infantil já fazem parte do direito posto. Falta, porém, o empenho no efetivo cumprimento dessas normas.

Há que se ter sempre em mente que o adolescente é um ser em pleno desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e sociocultural, de forma que o trabalho não deve prejudicar o seu regular crescimento, razão pela qual se exige que até certo limite de idade não se afaste da escola e do lar, onde, se espera, receberá as orientações necessárias à sua formação e futura integração na sociedade. O trabalho prematuro ou em condições impróprias acarreta lesões irreparáveis e reflexos danosos, segundo inúmeros estudos têm mostrado.

A regulamentação do trabalho eventualmente exercido por crianças e por adolescentes visa, portanto, a assegurar a plena fruição de direitos outros que lhes são essenciais, tais como a saúde, o lazer, a convivência familiar e comunitária, e a educação.

Os principais fundamentos da proteção do trabalho da criança e do adolescente são:

- a) de ordem cultural: o adolescente deve poder estudar, qualificar-se, ter pleno acesso ao descanso e ao lazer; pesquisas mostram que a entrada prematura no mercado de trabalho enseja o abandono dos estudos, implicando um cidadão com pouca formação;
- b) de ordem moral: o menor deve ser proibido de trabalhar em locais que prejudiquem sua moralidade;
- c) de ordem fisiológica: o menor não deve trabalhar em local insalubre, penoso, perigoso, ou à noite, para que possa se desenvolver da melhor maneira possível;
- d) de ordem de segurança: o menor deve ser resguardado com normas de proteção, para que se evitem acidentes de trabalho, justamente em razão de sua pouca experiência de vida.

A regra geral contida no art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição da República, é a de que o trabalho é proibido para os menores de dezesseis anos. Na

condição de aprendiz, o trabalho poderá ser iniciado pelos maiores de catorze anos. O trabalho noturno, perigoso ou insalubre é vedado aos menores de dezoito anos.

Não obstante o ingresso no mercado de trabalho aos dezesseis anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente garante ao adolescente o direito à profissionalização e à proteção do seu trabalho, devendo ser respeitada sua condição peculiar de pessoa em formação e observada sua capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho (art. 69, do ECA).

A atividade para a qual se dedicará o menor de dezoito anos sempre deverá sempre se afigurar como uma forma de qualificação.

Buscando materializar esse direito, o Estatuto previu duas figuras: a aprendizagem e a formação técnico-profissional (art. 62, do ECA). A aprendizagem encontra disciplina na Consolidação das Leis Trabalhistas, que lhe determina a assinatura de contrato de aprendizagem (contrato de trabalho especial), a respectiva anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola caso não tenha concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica (art. 428, §1º, da CLT). Já a educação técnico-profissional, por sua vez, é aquela indicada no art. 39 da Lei de Diretrizes e Base da Educação e se propõe a cumprir os objetivos da educação nacional, integrando-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia.

Quanto à formação técnico-profissional, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu os seguintes princípios: “[...] I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular; II - atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente; III - horário especial para o exercício das atividades” (art. 63, do ECA). Ao trabalho do aprendiz, por sua vez, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários (art. 65, do ECA).

No entanto, tanto na figura da aprendizagem quanto na da formação técnico-profissional, o trabalho educativo e a atividade laboral deverão obedecer às exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando, de modo que prevaleçam sobre o aspecto produtivo (art. 68, §1º, do ECA).

O contrato de aprendizagem é disciplinado nos arts. 424 a 433 da CLT, com as modificações da Lei n.º 10.097/2000.

A remuneração que o adolescente receber pelo trabalho efetuado ou pela participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura, de modo algum, o seu caráter educativo (art. 68, § 2º, do ECA).

As disposições concernentes ao trabalho do adolescente encontram disciplina na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), nos arts. 402 a 441, sob o título “Da proteção ao trabalho do menor”, devendo seus dispositivos, contudo, ser interpretados à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Algumas disposições da CLT merecem destaque. O art. 405, em seu § 31º, considera prejudicial à moralidade do adolescente o trabalho:

- a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, *dancings* e estabelecimentos análogos;
- b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;
- c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral;
- d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas.

As atividades indicadas nas alíneas “c” e “d” não poderão ser executadas pelo adolescente, enquanto as das alíneas “a” e “b” são admitidas se autorizadas pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude (art. 406, da CLT).

O empregador, cuja empresa ou cujo estabelecimento contratar adolescente, será obrigado a conceder-lhe o tempo que for necessário para a frequência às aulas (art. 427, da CLT).

O empregado adolescente que ainda estudar, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares (art. 136, § 2º, da CLT).

Sabe-se que a realidade financeira das famílias brasileiras, por vezes, faz com que crianças e adolescentes se lancem ao mercado de trabalho. Entretanto, o trabalho precoce, por meio das longas jornadas de trabalho e das péssimas condições, gera diversos problemas de saúde e o aumento dos índices de mortalidade, além de criar um ciclo vicioso para a família carente.

Deve-se tomar cuidado extremo quando se trata da profissionalização de adolescentes. Normalmente, aqueles que discursam muito acerca do trabalho como saída para os problemas da infância e da juventude, são os mesmos que mantêm seus filhos em boas escolas e universidades até que, já adultos, possam ingressar no mercado econômico qualificados.

O trabalho nessa faixa etária contribui drasticamente para a evasão escolar, de modo que tal trabalhador ficará condenado para sempre a ocupar postos mais humildes em razão da falta de graduação. É preciso se estar atento para tal mecanismo.

Devemos ainda salientar que não existe a menor pertinência jurídica nos alvarás que, às vezes, são expedidos por Juizes de Direito nos quais se autoriza o trabalho de adolescentes mais jovens do que as faixas etárias estipuladas em lei. Trata-se de aviltamento às garantias que devem ser asseguradas a esta pessoa que se encontra em situação de desenvolvimento. Se a questão é financeira, que a família do menino seja dignamente remunerada e empregada, mas não ele.

Destaque-se que em 12 de junho de 2008, dia mundial de combate ao trabalho infantil, foi promulgado o Decreto n.º 6.481, o qual regulamenta os arts. 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção n.º 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação.

O aludido ato normativo lista as atividades que em razão de sua periculosidade e insalubridade são proibidas para todos os menores de dezoito anos (o Decreto pode ser encontrado no sítio da Presidência da República).²⁸⁰

Por fim, devemos destacar que a questão da erradicação do trabalho infantil tem certa interface com a atuação do Ministério Público do Trabalho. A fiscalização no sentido de responsabilizar o empregador que afronta a lei é do Ministério do Trabalho, que pode aplicar multas. Detectada tal anomalia, o Ministério Público do Trabalho será informado para que tome as providências no sentido de responsabilizar o empregador e fazer com que ele cesse a atividade ilegal. Deve-se ressaltar que esses dois entes atuam de modo a responsabilizar o empregador que descumpra as proibições atinentes à contratação de menores de idade.

A questão relativa à proteção do adolescente ou da criança compete ao sistema de garantias, aí entendido o Conselho Tutelar, o CMDCA, o Promotor de Justiça e o Juizado da Infância. Não raro, aquele adolescente empregado com afronta à legislação está em situação de risco, e, portanto, a ele devem ser aplicadas as medidas de proteção atinentes.

Pelo que sabemos, o Ministério do Trabalho, ao detectar situações de trabalho ilegais, que envolvam crianças e adolescentes, costuma informar o Promotor de Justiça e o Juiz de Direito de tal constatação, justamente para que a situação de risco possa ser verificada e a medida de proteção aplicada.

Nesse ponto, é importante frisar que a criança e o adolescente que trabalham indevidamente podem ter problemas de saúde, e, portanto, devem ser encaminhados a este serviço.

4.8 - O PROMOTOR DE JUSTIÇA E O ATO INFRAACIONAL

O ordenamento constitucional brasileiro, pelo art. 228 da Carta Magna, determina que a criança e o adolescente são penalmente imputáveis, estando sujeitos, entretanto, às normas da legislação especial, qual seja, a Lei n.º 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O legislador conferiu tratamento diferenciado do imposto ao adulto por entender que o adolescente é pessoa ainda em desenvolvimento; é um ser humano em veloz processo de formação.

A questão da imputabilidade não se limita à capacidade de discernimento do adolescente, ainda que muitos defensores da diminuição da menoridade penal tendam a fixar aí a defesa de seu ponto de vista. Ao contrário, o tratamento diferenciado é fruto da evolução histórica dos direitos humanos.

Aos que, infelizmente, acompanham a corrente pró-menoridade, recomenda-se a leitura do trecho abaixo transcrito, fragmento da nota pública redigida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), em solidariedade à família do menino João Hélio, brutalmente assassinado, aos seis anos de idade, na capital do Rio de Janeiro:

Não há dados que comprovem que o rebaixamento da idade penal reduz os índices de criminalidade juvenil. Ao contrário, o ingresso antecipado no falido sistema penal brasileiro expõe os adolescentes a mecanismos reprodutores da violência, como o aumento das chances de reincidência, uma vez que as taxas nas penitenciárias ultrapassam 60% enquanto no sistema sócio-educativo situam-se abaixo de 20%;

A maioria dos delitos que leva os adolescentes à internação não envolve crimes contra a pessoa e, assim sendo, utilizar o critério da faixa etária penalizaria o infrator com 16 anos ou menos, que compulsoriamente iria para o sistema penal, independente da gravidade do ato;

A redução da idade penal não resolve o problema da utilização de crianças e adolescentes no crime organizado. Se reduzida a idade penal, estes serão recrutados cada vez mais cedo;

É incorreta a afirmação de que a maioria dos países adota idade penal inferior a 18 anos. Pesquisa realizada pela ONU (*Crime Trends*) aponta que em apenas 17% das 57 legislações estudadas a idade penal é inferior a 18 anos;

Por outro lado, é errônea a idéia de que o problema da violência juvenil em nosso país é mais grave, uma vez que a participação de adolescentes na criminalidade é de 10% do total de infratores (pesquisa do ILANUD). No Brasil, o que se destaca é a grande proporção de adolescentes assassina-

²⁸⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm.

dos (entre os primeiros lugares no *ranking* mundial), bem como o número elevado de jovens que crescem em contextos violentos.²⁸¹

Nessa linha, em razão da etapa da vida em que o adolescente se encontra, são maiores as suas chances de redenção.

Destarte, mostrando-se inegável a falência do cárcere, especialmente se considerado o sistema prisional brasileiro, o legislador optou por “responsabilizar o adolescente” em vez de apenas “puni-lo”, opção que demanda a aplicação de medidas de caráter pedagógico.

Do campo teórico, o “ato infracional” é definido pelo texto estatutário conforme a “[...] conduta descrita como crime ou contravenção penal” (art. 103), ou seja, é o ato que se encontra tipificado na legislação penal. Isso, entretanto, não empresta caráter penal à medida.

O procedimento para apuração de ato infracional e para aplicação de medida socioeducativa, da mesma forma, possui natureza diversa dos procedimentos criminais em respeito à condição peculiar do adolescente, já que eles deveriam se alicerçar em um processo pedagógico.

O membro do Ministério Público, quando provocado por questões do universo do ato infracional, deverá ao longo de todo o procedimento zelar pelo respeito aos direitos e às garantias individuais do adolescente, especialmente aquelas arroladas no texto constitucional.

Não obstante as garantias processuais conferidas ao adulto – em especial aquelas do art. 5º da Constituição Federal – serem sempre extensíveis ao adolescente, o constituinte optou por reforçá-las, impondo nos incs. IV e V do § 3º do art. 227 outras duas exclusivas, *in verbis*:

Art. 227. [...] § 3º [...].

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

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

Ademais, no campo da legislação infraconstitucional, as garantias individuais (arts. 106 a 109) e processuais (arts. 110 e 111) do adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional são objeto da

Lei n.º 8.069/90, e sua observação deverá ser tão rigorosa quanto aquelas constitucionalmente relacionadas.

Defendendo que os direitos e as garantias ao adolescente podem partir do Estatuto interpretado de acordo com a Constituição, Rosa (2007) aponta que podem ser observadas as seguintes modificações procedimentais:

- a) direito de defesa técnica, com tempo e meios adequados, inclusive na remissão; b) direito à presunção de inocência e liberdade como regra, com excepcionalidade da internação provisória; c) direito de recorrer em liberdade; d) direito a um Juiz natural e competente; e) direito à ampla defesa, com intimação para todos os atos processuais, inclusive precatória; f) direito ao silêncio e de não se incriminar; g) vedação da *reformatio in pejus*; h) vedação do uso de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa; i) direito à publicidade do processo em relação ao eventual autor do ato infracional; j) direito de jurisdicionalização da Execução da medida socioeducativa; l) direito de estar presente nos atos processuais e se confrontar com as testemunhas e informantes; m) prescrição da medida socioeducativa; n) direito de solicitar a presença de seus pais e defensores a qualquer tempo; o) direito de não ficar internado provisoriamente por mais de quarenta e cinco dias; p) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança; q) não-utilização de provas produzidas fora do princípio do contraditório; r) assistência médica, social, psicológica e afetiva; e s) análise das condições da ação infracional em decisão fundamentada. (ROSA, Alexandre Moraes da, 2007, p. 163-168)

4.8.1 - PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Recebida a notícia da prática de ato infracional, o Promotor de Justiça, antes de qualquer outra medida, deverá observar se:

- a) a Justiça da Infância e da Juventude é competente para a análise e o processamento do feito (art. 147, §1º, do ECA);
- b) se a conduta praticada se equipara a um tipo penal (art. 103, do ECA);
- c) se a autoria está sendo imputada a adolescente com idade compreendida entre 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) incompletos (art. 2º, do ECA).

Caso a atribuição, por algum motivo, da apuração dos fatos ventilados na notícia não pertença à Justiça da Infância e Juventude, deverá o Promotor encaminhá-la a quem de fato seja pertinente.

De outro lado, caso a conduta descrita não configure a prática de ato equiparado ao fato típico e antijurídico, ou seja, não caracterize infração penal, deverá proceder ao seu arquivamento, nos moldes do que disciplina o art. 181 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, se a conduta estiver sendo atribuída à criança (até doze anos incompletos), deverá enviar

²⁸¹ Para se realizar uma leitura completa da nota, *vide* a página eletrônica do CONANDA. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/noticias/ultimas_noticias/not160207>. Acesso em: 06 jun.2008.

a questão ao Conselho Tutelar (art. 136, I, do ECA), ou, em sua falta, à autoridade judiciária competente (art. 262, do ECA), que adotará dentre as medidas protetivas do art. 101 a mais aconselhável ao caso concreto.

4.8.2 - A APRESENTAÇÃO DO ADOLESCENTE

A notícia do cometimento de ato infracional pode ser recepcionada pelo representante do Ministério Público de formas distintas. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três situações em que o adolescente, a quem se atribua a autoria do ato infracional, deva comparecer à presença do Promotor de Justiça, quais sejam:

- a) o adolescente, apreendido em flagrante de ato infracional, é liberado diante da presença de seus pais ou responsável, após a assinatura de termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público (art. 174, do ECA);
- b) o adolescente, apreendido em flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça, não é liberado (art. 173, do ECA), sendo imediatamente encaminhado ao representante do Ministério Público juntamente com cópia do auto de apreensão ou do boletim de ocorrência (art. 175, do ECA);²⁸²
- c) não ocorre o flagrante do ato infracional, mas é informada a sua prática. Após a adoção das medidas que lhe competem, a autoridade policial remeterá o relatório das investigações e os demais documentos ao representante do Ministério Público (art. 179, do ECA), o qual expedirá notificação para apresentação do adolescente.²⁸³

Recebido o adolescente por qualquer uma das três modalidades acima descritas, o membro do Ministério Público procederá à oitiva informal do adolescente, de seus pais ou responsáveis, da vítima e das testemunhas (art. 179, do ECA).

Caso o adolescente encontre-se provisoriamente internado, o Promotor de Justiça deverá analisar a possibilidade de liberação, manifestando expressamente a sua opinião, zelando, ainda, pela celeridade de todo o procedimento.

Nessa primeira oitiva, deverá o Promotor de Justiça informar ao adolescente e a seus pais ou a seu responsável a natureza do procedimento, o ato infracional que é imputado àquele, seus direitos e suas garantias.

²⁸² Não sendo possível o encaminhamento imediato do adolescente ao representante do Ministério Público, deverá a autoridade policial fazê-lo no prazo máximo de 24 horas (art. 175, § 1º).

²⁸³ Caso o adolescente não se apresente, serão notificados seus pais para apresentá-lo, podendo ser requisitado o auxílio das polícias civil e militar se necessário (art. 179, parágrafo único).

Após, conforme determina o art. 180, o Promotor de Justiça deverá, em cada caso, optar por: “[...] I - promover o arquivamento dos autos; II - conceder a remissão; ou III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa”, opções que serão pormenorizadas nos tópicos a seguir.

4.8.3 - O ARQUIVAMENTO

DA NOTÍCIA DE ATO INFRACIONAL

Em analogia ao que é determinado à autoridade judiciária pelo art. 189, nas hipóteses de estar provada a inexistência do fato, de não haver prova da existência deste, do fato não se constituir em ato infracional, de não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional, ou, ainda, em outras situações em que o Promotor de Justiça julgar cabível, deverá ser determinado o arquivamento dos autos.

Optando pelo arquivamento, o Promotor de Justiça deverá fazê-lo por meio do “termo de arquivamento” – documento composto por relatório dos fatos apurados e pelos motivos de fato e de direito que consubstanciaram sua decisão (art. 181, *caput*, do ECA).

Após, deverão ser remetidos os autos conclusos à autoridade judiciária competente, no caso o Magistrado vinculado à Justiça da Infância e Juventude, o qual apreciará o pedido de homologação do arquivamento (art. 181, *caput*, do ECA).

Homologado o arquivamento, serão os autos arquivados (art. 181, §1º, do ECA). Contudo, caso a autoridade judiciária discorde do pedido, despachará expondo as razões da negativa e remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 181, § 2º, do ECA).

O Procurador-Geral de Justiça, por sua vez, poderá oferecer pessoalmente a representação, designar outro membro do Ministério Público para tanto, ou, ainda, ratificar o arquivamento, decisão que, em face da soberania do Ministério Público, será imposta à autoridade judiciária, que não poderá recusar nova homologação (art. 181, §2º, do ECA).

A decisão que homologa o arquivamento, independentemente, se por requerimento do Promotor de Justiça, se por confirmação do Procurador-Geral de Justiça, tem natureza jurídica de “sentença declaratória”, haja vista que seu julgamento confirma o ato administrativo ministerial.

4.8.4 - A REMISSÃO MINISTERIAL

Ao inserir a possibilidade de o Ministério Público extinguir o procedimento para apuração de ato infracional, a Lei n.º 8.069/90 almejou sanar os efeitos negativos que o procedimento judicial pudesse acarretar ao adolescente, e evitar sua estigmatização.²⁸⁴

²⁸⁴ Desde que as circunstâncias e as conseqüências do fato, o contexto social e a personalidade do adolescente assim

A remissão ministerial, estabelecida nos arts. 126, 201, I, e 180, II, distingue-se da remissão judicial (art. 188, do ECA) por ser conferida antes mesmo de iniciada, motivo pelo qual exige homologação da autoridade judiciária, tal como ocorre com o arquivamento (art. 181, do ECA). No entanto, independentemente da modalidade, a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes (art. 127, do ECA).

Igualmente, da mesma forma que ocorre com a decisão pelo arquivamento dos autos, a autoridade judiciária poderá discordar da remissão, oportunidade em que remeterá os autos, junto de despacho fundamentado, ao Procurador-Geral de Justiça (art. 181, § 2º).

O Procurador-Geral de Justiça, de igual modo, poderá oferecer a representação, designar outro membro do Ministério Público que o faça, ou, ainda, ratificar a remissão, decisão que se sobre põe à vontade do Juiz, a que fica obrigado a homologar (art. 181, § 2º, do ECA).

Uma questão, entretanto, é controversa na doutrina e na jurisprudência: muito embora o art. 127 autorize o *Parquet* a conceder a remissão mediante cumprimento de uma das medidas previstas no Estatuto, questiona-se se o legislador, equivocadamente, não lhe teria conferido o poder decisório exclusivo do Poder Judiciário (MORAES; RAMOS, 2007, p. 770).²⁸⁵

A discussão era tamanha que ensejou a publicação da Súmula nº 108, do Superior Tribunal de Justiça: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

Contudo, não obstante a vigência da súmula acima citada, não são raras as decisões em que o próprio Superior Tribunal de Justiça decide de forma contrária, entendendo não haver constrangimento ilegal na remissão cumulada com medida socioeducativa oferecida pelo Ministério Público.²⁸⁶

Ademais, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente impôs, em seu art. 181, a necessidade da homologação judicial da remissão ministe-

riar, “[...] implicitamente afirma que será o Juiz de Direito quem, homologando a transação efetuada, estará aplicando a medida socioeducativa ajustada entre as partes” (SARAIVA *apud* MORAES; RAMOS, 2007, p. 771).

O TJMG abriga decisões em ambos os sentidos. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO - CUMULAÇÃO COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Sendo da competência exclusiva do Juiz a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente pela prática de ato infracional, inviável a cumulação destas com a remissão proposta pelo Ministério Público, visto que a imposição das referidas medidas exige respeito ao devido processo legal, para que sejam garantidos os princípios da ampla defesa e do contraditório. TJMG. Processo n.º 1.0024.07.351428-3/002 (1). Relatora: MÁRCIA MILANEZ. Data do Julgamento: 05.05.2009. Data da Publicação: 29.05.2009.

ECA - REMISSÃO PRÉ-PROCESSUAL - SUA CONCESSÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO - CUMULAÇÃO DA REMISSÃO COM APLICAÇÃO CONDICIONADA DE MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA - VIABILIDADE - ART.127 DO ECA - AUSÊNCIA DE CONFLITO DESTA COM O ART.5º, INC. LIV, DA CF/88 - INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSEQÜENTE LEGALIDADE E OPORTUNIDADE DA CUMULAÇÃO. Nada impede a cumulação da remissão pré-processual (ECA, art.126) com a aplicação condicionada de medida socioeducativa (ECA, art.127), excetuadas as que impliquem privação de liberdade do menor ou adolescente, cabendo ao Ministério Público conceder a primeira, e, ao Judiciário, homologá-la e aplicar a segunda, -esta de sua competência exclusiva. TJMG. Processo n.1.0035.05.051155-5/001 (1).Relator: HYPARCO IMMESI. Data do Julgamento: 05.07.2007.Data da Publicação: 24.07.2007.

Assim, à semelhança da decisão que homologa o arquivamento, a homologação da remissão é materializada por meio de sentença declaratória confirmativa do ato administrativo executado pelo Ministério Público.

Contudo, independentemente das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, é importante ter em mente que a remissão ministerial, quando condicionada ao cumprimento de medida socioeducativa, fica caracterizada como uma proposta, de modo que a concordância do adolescente configurara-se como elemento indissociável para sua concretização. No entanto, de outro lado, a recusa acarreta no conseqüente “[...] início do procedimento contencioso com a representação dirigida ao órgão judicial” (GARRIDO DE PAULA, 2003, p. 550).

²⁸⁵ Com exceção das medidas sócio-educativas nas modalidades de colocação em regime de semiliberdade e a internação (art. 127).

²⁸⁶ Vide as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos seguintes recursos: Recurso em *Habeas Corpus* nº 11.099/RJ, da Sexta Turma, publicado no Diário de Justiça de 18 fev.2002; Recurso Especial nº 226159/SP, da Sexta Turma, publicado no Diário de Justiça de 21ago.2000. Ainda, no Supremo Tribunal de Justiça, a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 229382, publicada no Diário de Justiça do dia 31out.2002.

Caso haja o condicionamento da remissão ao cumprimento de medida socioeducativa, o adolescente deverá, necessariamente, estar acompanhado de advogado, devendo-lhe ser este nomeado, caso não tenha constituído defensor.

O procedimento, portanto, de explicitação ao adolescente e aos seus pais ou responsáveis deve ser o mais claro possível e, ao contrário de forçar a aceitação da proposta de remissão, cabe ao Promotor de Justiça apontar as conseqüências do ato a ser perpetrado.

O último aspecto para o qual se quer chamar a atenção é o caráter facultativo da medida socioeducativa. Diferentemente da pena, o art. 112 do Estatuto dispõe que a autoridade poderá aplicar as medidas. Assim, por vezes, o processo de passagem por uma delegacia de polícia, somado às orientações familiares, já são fatos mais do que suficientes para levar o adolescente a refletir sobre sua conduta, sem necessitar cumprir uma medida socioeducativa.

4.8.5 - A REPRESENTAÇÃO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA

Caso o Promotor de Justiça entenda que as circunstâncias e o contexto do ato infracional não permitam o arquivamento da notícia ou a concessão da remissão ao adolescente, ou ainda, se o adolescente não aceitou a proposta de remissão cumulada com a medida socioeducativa em meio aberto, deverá oferecer “[...] representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar mais adequada” (art. 182, *caput*, do ECA).

Conforme leciona Garrido de Paula (2003, p. 553):

Se do sistema processual penal defluiu o princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a remissão como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o princípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional. A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator).

A representação, portanto, é a peça processual inaugural do procedimento para aplicação de medida socioeducativa, ou seja, é “[...] o instrumento inicial de invocação da tutela jurisdicional” (GARRIDO DE PAULA, 2003, p. 553).

O §1º do art. 182 faculta ao membro do Ministério Público a apresentação da representação sob a forma de peça escrita ou sua dedução oral em sessão instalada pela autoridade judiciária, impondo-lhe, ainda, dois requisitos formais: 1) a breve exposição dos fatos; e 2) a classificação do ato infracional.

Além dos requisitos formais da Lei n.º 8.069/90, deverão estar presentes as “condições da ação”, quais sejam: a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade para a propositura de procedimento objetivando a aplicação de medida socioeducativa é exclusiva do Ministério Público (arts. 182 e 201, II, do ECA), de modo que não há que se falar em procedimento privado para apuração de ato infracional ou para aplicação de medida socioeducativa.

Contudo, é importante destacar que, em razão do disposto no art. 206 do ECA: “A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça”, o entendimento de ser o promotor de Justiça o único legitimado não é unânime.

Com base no artigo supracitado, algumas das vítimas contratam advogados e intervêm no procedimento para aplicação de medida socioeducativa na qualidade de “assistentes” do Ministério Público.

Não obstante, independentemente da corrente adotada pelo Promotor de Justiça, caso o particular intervenha como “interessado”, deverá fazê-lo na mera condição de assistente, nunca como titular da representação, esta indiscutivelmente privativa do Ministério Público.

Outrossim, diante das disposições da Seção V do Capítulo III do Livro Especial da Lei n.º 8.069/90 – “Da apuração de ato infracional atribuído a adolescente” – conclui-se não ser admissível a instauração de procedimento pela autoridade judiciária *ex officio*, sendo indispensável que o representante do *Parquet* – único legitimado – ofereça a representação para que o procedimento se instaure.

O interesse de agir, diante das disposições do § 2º do art. 182 – “[...] a representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade” –, merece um olhar cauteloso do Promotor de Justiça.

Se, no processo penal, o “[...] interesse de agir repousa nos elementos de convicção colhidos em fase anterior ao processo, de sorte a conferir idoneidade ao pedido, impedindo que o cidadão sofra os constrangimentos inerentes ao processo” (GARRIDO DE PAULA, 2003, p. 556), por que no procedimento destinado ao adolescente não lhe seria conferida a mesma precaução?

Os constrangimentos decorrentes do processo judicial atingem ainda com mais intensidade o adolescente, desse modo, sendo certa a extensão de todas as garantias constitucionais ao adolescente,

deverá o membro do Ministério Público ter a precaução de utilizar com muita moderação a prerrogativa do parágrafo segundo.

A possibilidade jurídica do pedido na esfera estatutária, por sua vez, impede que o membro do Ministério Público formule pedido contrário à pretensão teleológica do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, é juridicamente impossível o pedido de aplicação de medida socioeducativa a criança a quem se atribua a autoria de ato infracional, vez que a lei lhe reservou apenas as medidas de proteção; da mesma forma, não é cabível o pedido de aplicação de medida socioeducativa em face da conduta que não se configure como ato infracional (GARRIDO DE PAULA, 2003, p. 555-556).

Caso o adolescente esteja provisoriamente internado – nas hipóteses do art.175 –, optando pela apresentação, o Promotor de Justiça e o Juiz deverão concluir todo o procedimento no prazo máximo e improrrogável de quarenta e cinco dias (art. 183). Recordar-se que o prazo de quarenta e cinco dias a que fazem menção os arts. 108 e 183, não será dilatado em hipótese alguma, devendo ser rigorosamente observado, sob pena de caracterização do delito tipificado no art. 235 do Estatuto.

Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Ainda quanto ao adolescente previamente internado, deverá o membro do Ministério Público zelar para que a internação se dê em instituição adequada (art. 123, do ECA), promovendo eventuais medidas necessárias para sua remoção.

Atualmente, existe o Provimento n.º 161, firmado pela Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, que disciplina a forma pela qual o Juiz de Direito responsável pela fixação da medida socioeducativa de semiliberdade ou de internação deve proceder no sentido de solicitar vaga no sistema. Passamos a transcrever os artigos pertinentes, sugerindo que o Promotor de Justiça requeira no autos ao Juiz que atue nos termos do disposto no referido ato normativo, se possível citando-os na petição.

Art. 326. Proferida a decisão que aplicar a medida de internação, provisória ou definitiva, o Juiz de Direito determinará a expedição de carta de guia, dirigida à entidade governamental ou não governamental em que a internação deva ser cumprida. Parágrafo único. A carta de guia conterá, necessariamente, a requisição de internação e transcrição da decisão judicial que determinou a medida, bem como outras informações influentes na urgência da liberação da vaga para a internação.

Art. 327. O adolescente sujeito a internação em estabelecimento educacional deverá permanecer na mesma localidade ou naquela mais próxima do domicílio de seus pais ou responsável. (*Caput* do art. 327 com redação determinada pelo Provimen-

to n.º 167, de 2 de julho de 2007).

§ 1º Na Comarca de Belo Horizonte o adolescente sujeito a internação deverá ser encaminhado ao Centro de Internação Provisória - CEIP. (§ 1º com redação determinada pelo Provimento n.º 167, de 2 de julho de 2007).

§ 2º Em se tratando de adolescente de outras Comarcas, sendo indispensável o seu encaminhamento ao CEIP, a providência deverá ser antecedida de consulta à administração daquele Centro de Internação e só efetivada após resposta favorável. (§ 2º com redação determinada pelo Provimento n.º 167, de 2 de julho de 2007).

Art. 328. Decretada a internação do adolescente, a ser cumprida em estabelecimento administrado pelo Estado de Minas Gerais, o Juiz de Direito da Comarca de origem fará expedir a carta de guia, a ser encaminhada à Superintendência de Atendimento à Medidas Sócio-Educativas - SAME, da Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS, para a liberação da vaga, contendo:

I - cópia da sentença;

II - certidão de nascimento;

III - relatório psicossocial;

IV - certidão de antecedentes;

V - histórico escolar; e

VI - outros documentos que o Juiz de Direito entender necessários. (*Caput* do art. 328 com redação determinada pelo Provimento n.º 167, de 2 de julho de 2007).

Art. 329. A carta de guia será expedida em duas vias, devendo ser encaminhada a segunda via ao Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca responsável pela internação, que determinará a autuação, iniciando o procedimento para o cumprimento da medida sócioeducativa do adolescente.

Art. 330. O Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca responsável pela internação, além da observância do art. 124, da Lei Federal n.º 8.069, de 1990, deve zelar por:

I - manter separadamente os adolescentes, por idade e tipo do ato infracional;

II - visitar e inspecionar a entidade; e

III - manter cadastro individual atualizado de cada adolescente no Centro de Integração do Adolescente.

Devemos destacar que o art. 328 merece um pequeno reparo. Hoje a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação cabe à SUASE (Subsecretaria de Atendimento à Medidas Socioeducativas), e não mais à SAME.

A opção pela representação à autoridade judiciária impõe ao Promotor de Justiça o dever de se atentar para a regularidade processual, pela observação das garantias individuais e processuais, e garantir o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, como já é do conhecimento de todos os que militam na área, há um grave déficit com relação ao número de vagas de internação em Minas Gerais. Sendo assim, com o objetivo de provocar o CEDCA a deliberar efetivamente sobre este assun-

to, sugere-se que todas as vezes em que a vaga de internação não for liberada, oficie-se ao CEDCA, no sentido de informar o ocorrido à Presidência.²⁸⁷

4.8.6 - AS AUDIÊNCIAS DE APRESENTAÇÃO E EM CONTINUAÇÃO

A ordem de citação deverá ser expedida ao adolescente e aos seus pais ou ao seu responsável, oportunidade em que serão notificados a comparecer à primeira audiência (audiência de apresentação) e lhes será dada ciência dos termos da representação (art. 184, § 1º, do ECA).

Caso os pais ou responsáveis pelo adolescente não sejam localizados, deverá o Juiz designar-lhe curador especial (art. 184, § 2º, do ECA); no entanto, caso o adolescente não tenha sido localizado, deverá o Juiz expedir mandado de busca e apreensão, suspendendo o procedimento até sua localização (art. 184, § 3º, do ECA).

Cabe ao membro do Ministério Público o zelo pela cientificação do adolescente e de seus pais ou seu responsável, pela nomeação do curador especial sempre que necessário, atentando-se ainda para a necessidade de ser nomeado advogado ao adolescente que não tiver defensor constituído (art. 186, § 3º, do ECA).

Caso o adolescente, apesar de devidamente notificado, não comparecer à audiência de apresentação, será determinada nova data para a realização da audiência, além de sua condução coercitiva (art. 187, do ECA).

Na hipótese de o adolescente encontrar-se preventivamente internado e seus pais não tenham sido localizados, proceder-se-á a apresentação daquele, sem prejuízo da notificação dos pais (art. 184, § 4º, do ECA).

Dessa forma, presentes o adolescente e seus pais ou responsáveis, ou, nas hipóteses dos parágrafos 2º e 4º, apenas o adolescente, acompanhado do curador especial que lhe foi designado, terá lugar a audiência de apresentação.

Aberta a audiência, caso o adolescente se encontre preventivamente internado, deverá o Juiz, primeiramente, decidir acerca da manutenção da internação (artigo 184, *caput*, do ECA), observando sempre o período máximo de quarenta e cinco dias estabelecido no art. 108.

A primeira audiência é a oportunidade para a oitiva do adolescente e de seus pais, bem como para solicitar a opinião de profissional qualificado sempre que necessário (art. 186, *caput*, do ECA). Ao final

da audiência, o Magistrado poderá, de acordo com o caso concreto, ouvido o representante do Ministério Público, decidir pela concessão da remissão judicial (art. 186, §1º do ECA), ou optar pelo prosseguimento do feito, designando audiência de continuação (art. 186, § 2º, do ECA).

Havendo designação de nova audiência, deverá ser nomeado defensor ao adolescente sem advogado constituído, ao qual será conferido o prazo de três dias a contar da audiência para a apresentação de defesa prévia e rol de testemunhas (art. 186, §§ 2º e 3º, do ECA).

A segunda audiência é a oportunidade para serem ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, bem como para a juntada do relatório formulado pela equipe interprofissional (art. 186, § 4º, do ECA).

Após a instrução probatória, executadas todas as diligências necessárias, será aberto o prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, para o membro do Ministério Público e o defensor do adolescente, sucessivamente, apresentarem suas alegações finais oralmente e, ao final, será proferida a decisão da autoridade judiciária (art. 186, § 4º, do ECA).

Por ocasião das alegações finais, deverá o Promotor de Justiça analisar integralmente as provas trazidas aos autos, destacar a questão dos antecedentes infracionais e avaliar as condições sociais e psicológicas do adolescente.

Ao final de sua exposição, verificando a necessidade de cominação de medida socioeducativa, o Promotor de Justiça deverá indicar a que lhe parece mais adequada e os motivos para tanto, pleiteando medida privativa de liberdade apenas nas hipóteses admitidas pelo Estatuto (art. 122, do ECA).

Lembramos que a remissão pode ser concedida como forma de extinção ou suspensão do processo mesmo após a realização da audiência de continuação, possibilidade que se estende até que a sentença seja prolatada (art. 188, do ECA).

4.8.7 - A APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Ao final da audiência de continuação, será proferida decisão pela autoridade judiciária (art. 186, § 4º, do ECA). Apurada a necessidade de responsabilização do adolescente em virtude da comprovação da prática de ato infracional, de acordo com as circunstâncias e a gravidade da infração, poderá ser aplicada qualquer uma das medidas socioeducativas, isoladas ou cumuladas às medidas de proteção, estas últimas limitadas aos incisos I a VI.

As medidas socioeducativas são, necessariamente, aquelas indicadas nos incs. do art. 112, não se admitindo a cominação de medida diversa das ali estabelecidas.

²⁸⁷ Endereço do CEDCA: Rua Guajajaras, nº 40, 23º andar, Centro, Belo Horizonte/MG, CEP: 30180-100.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Com relação às medidas de proteção, por sua vez, ainda que indicadas nos incs. do art. 101, admite-se a aplicação de modalidade diversa da consignada no texto estatutário, haja vista que seu rol é meramente exemplificativo.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial.

Entretanto, por determinação expressa contida no inc. VII do art. 112, não poderá o Juiz cominar as medidas protetivas de acolhimento institucional (art. 101, inc. VII) e colocação em família substituta (art.101, inc.VIII, do ECA).

Ademais, quando forem cominadas as medidas socioeducativas nas modalidades de internação ou regime de semiliberdade, o adolescente e seu defensor deverão ser intimados da sentença e de seus efeitos (art. 190, I, do ECA). Para as demais medidas, a intimação recairá unicamente na pessoa do defensor (art. 109, § 1º, do ECA).

Não obstante essas questões, é vedada a aplicação de qualquer medida em sentença em quatro hipóteses:

- [...] I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato ato infracional; IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional (art.189, do ECA).

Conforme determina o parágrafo único do art. 189, caso o adolescente encontre-se provisoriamente internado, sendo proferida sentença que reconheça uma das quatro hipóteses acima transcritas, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Quanto às entidades de cumprimento das medidas privativas de liberdade, recomenda-se que o Promotor de Justiça, periodicamente, visite suas

instalações, apurando as condições de segurança e higiene e a existência de eventuais irregularidades.

Durante a execução da medida, o Ministério Público fica incumbido de zelar para que sejam garantidos ao adolescente todos os direitos a ele assegurados por lei.

Quando cominada medida de semiliberdade, o Promotor de Justiça deverá atentar para o cumprimento do que determina o art. 119. Fixada a medida de internação, por sua vez, deverá zelar para que seja realizada a avaliação semestral constante do art. 121, § 2º, bem como seja observado o prazo máximo de internação de três anos (art. 121, § 3º, do ECA) e o limite etário obrigatório para liberação de 21 anos (art. 121, § 5º, do ECA).

É interessante, por fim, que sejam estimuladas as medidas em meio aberto, de responsabilidade do Município, que podem surtir melhores efeitos tanto como forma de evitar a internação, como meio de passagem da internação para a liberdade.

4.8.8 - O RECURSO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, adotou o sistema recursal do Código de Processo Civil (art. 198), impondo-lhe as seguintes modificações:

- I - os recursos serão interpostos independentemente de preparo;
- II - em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias;
- III - os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor;
- IV - o agravado será intimado para, no prazo de cinco dias, oferecer resposta e indicar as peças a serem trasladadas;
- V - será de quarenta e oito horas o prazo para a extração, a conferência e o conserto do traslado;
- VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;
- VII - antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias;
- VIII - mantida a decisão apelada ou agravada, o escrivão remeterá os autos ou o instrumento à superior instância dentro de vinte e quatro horas, independentemente de novo pedido do recorrente; se a reformar, a remessa dos autos dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação.

Sendo assim, contra a sentença proferida no procedimento para a aplicação de medida socioeducativa, deverá o Promotor de Justiça optar pelo recurso de “Apelação” nos moldes do que disciplina a legislação adjetiva.

Frise-se, novamente, a questão da nomenclatura do recurso de Apelação. O recurso cabível é o de “Apelação Cível”, ou simplesmente “Apelação”, mas nunca será “Apelação Criminal”, pois tal não figura no texto do Código de Processo Civil.

4.9 - O PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO FISCAL DA LEI

O Estatuto da Criança e do Adolescente aponta a necessidade de o Ministério Público ser ouvido em diversas oportunidades. Caso não se proceda à oitiva indicada, poderá caracterizar-se a nulidade de todo o processo.

Assim, diante da importância das manifestações do Promotor de Justiça, nos processos e procedimentos afetos aos interesses da criança e do adolescente, o nono capítulo deste Manual destina-se à atuação do Ministério Público na modalidade de fiscal da lei.

Antes de tratarmos diretamente das situações previstas na Lei n.º 8.069/90, é necessário discorrer acerca de algumas peculiaridades das atribuições típicas das atividades na modalidade de *custos legis*.

4.9.1 - PECULIARIDADES DA ATUAÇÃO NA QUALIDADE DE *CUSTOS LEGIS*

Do latim, *custos legis* significa “o guardião da lei”. Apesar de as origens históricas do Ministério Público estarem diretamente ligadas com o poder do Estado de acusar, ou seja, de promover a ação penal, após a Revolução Francesa (1789), nasceu um *Parquet* delineando a divisão dos Poderes do Estado:

[...] no momento em que os reis deixam de realizar justiça pessoalmente, delegando tal função aos magistrados, surge a necessidade de um órgão fiscalizador da atuação dos juízes, o Ministério Público (MAIA NETO, 2008).

O sistema processual civil brasileiro prevê as duas formas de atuação do Ministério Público: 1) como parte, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo; e 2) como fiscal da lei nos demais casos (arts. 81 a 84, do CPC).

Dal Pozzo (2003, p. 688-689) aponta que a figura de um guardião da ordem legal surge no Brasil como herança do direito francês, todavia, ainda hoje não existe um conceito científico para a terminologia ‘*custos legis*’. Ao citar Pontes de Miranda, o autor afirma que

[...] a expressão fiscal da lei apenas evita o trabalho mental de se precisar qual figura, e devemos riscá-la de toda a exposição científica.

Apesar de algumas teses da doutrina processualista, a dicotomia parte e *custos legis* existe. Quando atua como parte, o *Parquet* assume os mesmos ônus e recebe as mesmas prerrogativas conferidas às partes, constituindo-se vértice da relação processual triangular. De outro lado, ao atuar como fiscal da lei, o representante do Ministério Público perde estas características.

A - A OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO

De acordo com o Código de Processo Civil, quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte interessada deverá promover-lhe intimação, sob pena de nulidade do processo (art. 84, do CPC).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no mesmo sentido, determinou que nos processos que tratem de interesse da criança e do adolescente, quando não for parte, o Ministério Público atuará como fiscal da lei, sendo sua presença obrigatória, sob pena de ser reconhecida a nulidade de todo o processo (art. 202, do ECA).

Vários motivos levaram o legislador a conferir tamanha importância à intervenção ministerial na modalidade de *custos legis*. Dal Pozo (2003, p. 686-687), a respeito da matéria, entende que a imprescindibilidade da atuação do *Parquet* ocorrerá sempre porque:

1ª Quando a parte litigante se apresente de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a igualdade das partes no processo [...];

2ª Quando a condição pessoal da parte torna seu direito indisponível ou disponível de forma limitada;

3ª Quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade de seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota da indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge;

4ª Quando o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como os interesses difusos ou coletivos).

Diante de tudo isso, a atuação ministerial nos procedimentos atinentes à infância e juventude é evidente. Uma vez que seu representante poderá e deverá influenciar na decisão da lide, não deve ser subestimada sua atuação a título de *custos legis*.

B - A INTIMAÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou em seu art. 203 que a intimação do Ministério Público, necessariamente, dar-se-á de modo pessoal.

Tal regra já encontrava igual disciplina no Código de Processo Civil, conforme se vislumbra da leitura

ra do §2º do art. 236, *in verbis*: “[...] A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente”. A mesma lógica foi adotada na Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 8625/93), que confirma tal necessidade.

Apenas por meio da intimação pessoal está garantida a regularidade do processo, haja vista que somente assim há certeza absoluta do conhecimento das decisões judiciais. Desse modo, não há que se falar em intimação por Diário Oficial, devendo o cartório judicial remeter os autos ao Ministério Público para tomar ciência de cada decisão.

C - A FALTA DA INTERVENÇÃO

Conforme exposto anteriormente, a falta de intervenção do Ministério Público, quando a lei considerá-la obrigatória, culminará na nulidade do feito, o que será declarado de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado (art. 204 do ECA, e arts. 84 e 246 do CPC).

Indica expressamente o art. 246 do Código de Processo Civil:

Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

Trata-se, portanto, de causa de nulidade absoluta, ou seja, o vício é insanável, de modo que, por contrariar o interesse público, não é admitida sua convalidação. A autoridade judiciária deverá, assim que constatar a nulidade, declará-la de ofício, independentemente de provocação das partes. Estas, por sua vez, poderão alegá-la a qualquer tempo, não havendo oportunidade para alegação da preclusão.

Contudo, assim como ocorre no processo civil, a declaração de nulidade não poderá beneficiar a parte que lhe deu causa (art. 243, do CPC).

Muito embora a lei tenha expressamente declarado que a não-intervenção do *Parquet* torna o feito nulo, não há como olvidar que parte da doutrina pretende conferir-lhe efeitos apenas de nulidade relativa.

Tesheiner (2004) defende que, antes de declarar tal nulidade, deveria o Juiz remeter os autos ao Ministério Público, que, por sua vez, decidiria se houve ou não prejuízo dos interesses para o qual foi chamado a defender. Dessa maneira, o Ministério Público poderia optar pelo não-pronunciamento da nulidade.

De acordo com o autor, caberia ao Ministério Público, e não ao Poder Judiciário, decidir acerca

da existência de interesse público ou de prejuízo decorrente de sua própria intervenção, citando o seguinte parecer (MACHADO; TESHEINER, 2004):

Temos-nos convencido de que o melhor posicionamento é o que sustenta a viabilidade da sanabilidade do vício pela ratificação manifestada pelo Ministério Público de primeiro ou de segundo grau na hipótese deste considerar ausente o prejuízo para o incapaz. Ora, se a função de assistência visa ao prevalecimento do interesse do autor ou réu hipossuficiente e a sentença proferida atende integralmente a esse interesse, ainda que para tal não haja contribuído o *Parquet*, não há motivo que justifique a anulação. Muito mais relevante para o Estado e a sociedade é o reconhecimento do interesse do incapaz, que é indisponível, do que a estrita observância do meio para se chegar a esse fim. A anulação neste caso, e a bem da verdade, só teria o condão de prejudicar o assistido. Por tais motivos é que entendemos aplicável à intervenção da curadoria de incapazes a regra contida no § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade nele consagrado, uma vez que em tais situações o sucesso da parte é sinônimo do sucesso da defesa espontânea do incapaz e, conseqüentemente, do interesse que o inc. I do art. 82 quis resguardar. Pelo contrário, se na causa houver sucumbência parcial do hipossuficiente, caberá ao órgão do *Parquet* analisar com cuidado todas as nuances do processo para, então, concluir se é mais vantajoso pedir a anulação (percebida a possibilidade de melhor sorte na demanda com o retrocesso e a atividade ministerial coadjuvante) ou ratificar todos os atos do incapaz (se percebida a adequação da sentença aos fatos provados com eficiência nos autos).

Dessa forma, ciente de que sua atuação é capaz de orientar a decisão da autoridade judiciária, espere-se que o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude prime por sua intervenção em todos os atos processuais, cumprindo suas atribuições constitucionais e estatutárias, e não apenas os requisitos formais da lei.

D - A FORMA DE ATUAÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o Código de Processo Civil – cujas previsões lhe são aplicadas subsidiariamente (art. 152, do ECA) –, prevêem algumas condições à atuação do Ministério Público na modalidade de fiscal da lei.

Determina o art. 83 do Código de Processo Civil:

Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

No mesmo sentido, a Lei n.º 8.069/90, ao prever a intervenção obrigatória do *Parquet* nos procedimentos afetos à infância e à juventude em que não for parte, facultou-lhe vista dos autos depois das partes, permitindo-lhe, ainda, juntar documentos e requerer diligências (art. 202, do ECA).

As manifestações do representante do Ministério Público deverão ser, necessariamente, sempre fundamentadas, conforme determina o texto constitucional (art. 129, inc. VIII, da CF) e estatutário (art. 205, do ECA).

4.9.2 - AS PREVISÕES ESTATUTÁRIAS

Realizadas as ponderações imprescindíveis a respeito da atuação do Promotor de Justiça na modalidade de fiscal da Lei, passa-se a identificar as ocasiões em que o legislador estatutário previu expressamente a atuação nessa modalidade.

Antes, no entanto, recorda-se da determinação do art. 202: “Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei”.

4.9.2.1 - NOS PROCEDIMENTOS DE CUNHO FAMILIAR

a) Para a perda ou suspensão do poder familiar: A autoridade judiciária deverá ouvir o representante do Ministério Público antes de decretar a suspensão do poder familiar, independentemente dessa suspensão ser liminar ou incidental (art. 157, do ECA). Ainda quanto ao procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar, após o prazo contestatório, tendo ou não o requerido apresentado defesa, a autoridade judiciária conferirá vista dos autos ao *Parquet* pelo prazo de cinco dias (arts. 161 e 162, do ECA).

b) Na concessão ou revogação da guarda: para a revogação ou concessão do pedido de guarda, deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 35, do ECA).

c) Na adoção: tanto o deferimento da inscrição de criança ou adolescente, em condições de serem adotados em listas de adoção, quanto o deferimento da inscrição de interessados em adotar ocorrerão após a manifestação do Ministério Público (art. 50, §1º, do ECA).

4.9.2.2 - NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

a) para modificar, prorrogar ou revogar medida de liberdade assistida, deverão ser ouvidos o orientador, o defensor do adolescente e o Ministério Público (art. 118, § 2º, do ECA).

b) em qualquer uma das hipóteses de desinternação, deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 121, § 6º, do ECA).

4.9.2.3 - NO AFASTAMENTO PROVISÓRIO DIRIGENTE DE ENTIDADE DE ATENDIMENTO

Para decretar o afastamento provisório do dirigente de entidade de atendimento à criança e ao adolescente, a autoridade judiciária deverá ouvir o Ministério Público (art. 191, parágrafo único, do ECA).

4.9.2.4 - NOS PROCEDIMENTOS NÃO DISCIPLINADOS PELA LEI Nº 8.069/90

Caso seja apurada a necessidade de, em nome da garantia do direito da criança e do adolescente, ser intentada medida judicial não correspondente a procedimento previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ou em outra lei que lhe seja aplicada subsidiariamente, é facultado à autoridade judiciária investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, devendo antes, para tanto, ouvir o Ministério Público (art. 153, ECA).

4.9.2.5 - NAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

As ações de responsabilidade pelo cometimento de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, quando interpostas por outro legitimado que não o *Parquet* (Conselho Tutelar ou servidor cadastrado – art. 194, do ECA), decorrido o prazo para a defesa, deverá ser conferida vista dos autos ao Ministério Público para manifestação (art. 196, do ECA).

4.9.2.6 - NA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM ENTIDADE DE ATENDIMENTO

Assim como ocorre com o procedimento que apura infração administrativa, quando o procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento não tiver sido proposto pelo Ministério Público, mas sim por outro legitimado (Conselho Tutelar ou por meio de portaria de autoridade judiciária – art. 191, do ECA), deverá ser conferido o prazo de cinco dias, a contar da audiência, para o representante do *Parquet* apresentar suas alegações (art. 193, §1º, do ECA).

4.10 - O PROMOTOR DE JUSTIÇA E OS PROCEDIMENTOS NÃO JURISDICIONAIS

A esfera extrajudicial de atuação é de extrema importância, uma vez que, por meio dela, o Ministério Público obtém soluções preventivas, rápidas e, muitas vezes, na dimensão consensual, seja a outra parte o Estado ou o particular.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ciente dessa importância, enumerou como atribuição do Ministério Público o zelo “[...] pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis” (art. 201, inc. VIII, do ECA).

Desse modo, para defender e garantir o interesse da criança e do adolescente, o Promotor de Justiça não está restrito ao universo dos processos judiciais e aos gabinetes dos Juízes, na medida em que a lei lhe autorizou a atividade administrativa para a consecução de seus fins institucionais.

Cabe ao Promotor de Justiça desconstruir esse sentimento que enlaça a tutela do direito à provocação do Poder Judiciário, superando-se a “cultura judicialista” hoje enraizada no sentimento do operador jurídico. Sabemos que nem sempre a prestação jurisdicional representa a efetiva proteção do direito – em especial quando a sua efetivação ocorre apenas após o trânsito em julgado da decisão final, o que pode atravessar décadas de contínua espera.

A atuação extrajudicial é atribuição constitucional e estatutária do Ministério Público, e seu exercício em nada fere o direito constitucional de livre acesso à Justiça previsto pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Para o bom desempenho das funções indicadas no seu art. 201, inc. VIII, o Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao *Parquet* algumas faculdades e prerrogativas.

Com a permissão do § 5º do art. 201, o representante do Ministério Público poderá:

- a) reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência (alínea “a”);
- b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados (alínea “b”);
- c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação (alínea “c”).

Sem a previsão dessas três faculdades, o Promotor de Justiça ver-se-ia atado ao Judiciário, não conseguindo desenvolver suas funções extrajudiciais e, em consequência, não garantiria a efetiva tutela do direito da criança e do adolescente para além dos pleitos jurisdicionais.

O termo de declaração poderá instruir o procedimento administrativo ou mesmo servir como meio probante em via judicial. Da mesma forma, caso seja apurada a inverdade da notícia e a má-fé de seu informante, sua assinatura ao final do termo é também meio de prova para a promoção da ação penal pelos crimes de denunciação caluniosa (art. 339, do CP) e de comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340, do CP).

Da mesma maneira, a expedição de recomendações que visem à melhoria dos serviços afetos à criança e ao adolescente confere ao Promotor de Justiça a liberdade para sanar irregularidades sem, necessariamente, valer-se da via jurisdicional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou ainda que, no exercício de suas atribuições, o representante do Ministério Público terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente (art. 201, § 3º, do ECA), podendo requisitar força policial para tanto (art. 201, inc. XII, do ECA).

4.10.1 - OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E AS SINDICÂNCIAS

Diariamente, notícias de desrespeito aos direitos da criança e do adolescente chegam ao conhecimento do Promotor de Justiça. Para a apuração destas “denúncias”, o legislador criou a figura do “procedimento administrativo” – instrumento que permite, inclusive, a produção das provas necessárias ao pleito pela tutela jurisdicional.

Na instrução do procedimento administrativo, a Carta Constitucional permitiu que o Ministério Público expedisse notificações requisitando informações e documentos (art. 129, inc. VI, da CF).

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi além, na medida em que listou diversas prerrogativas na instrução do procedimento administrativo, o que se observa pela leitura do art. 201, inc. VI:

- Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...]
- VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:
- a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;
 - b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;
 - c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas.

A solução dos conflitos de interesse, quando resolvidos no bojo do procedimento administrativo, apresenta incontáveis benefícios com relação aos processos jurisdicionais – é dada de modo mais célere, pode decorrer do consenso e, principalmente, não eleva a sobrecarga do Poder Judiciário.

4.10.2 - A FISCALIZAÇÃO DAS ENTIDADES DE ATENDIMENTO

Compete ao Ministério Público, por previsão do art. 201, inc. XI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inspecionar as entidades públicas ou particulares de atendimento e os programas de que

trata o próprio Estatuto, adotando as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades que venham a ser verificadas.

Considerando o histórico das entidades de atendimento à criança e ao adolescente no Brasil, permeado de irregularidades, abusos e desrespeito, o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude deverá fiscalizá-las de modo rigoroso.

Para a reflexão sobre nosso papel em relação a tal mister, lembremo-nos do ocorrido em 1999, no Complexo dos Imigrantes em São Paulo, ocasião na qual ocorreu a maior rebelião da história da FEBEM. Um dos internos foi decapitado pelos colegas. Naquela época, o então presidente do Sindicato dos Monitores da FEBEM, Antônio Gilberto da Silva, em entrevista, contou as condições oferecidas pela instituição aos meninos:

Fisicamente, aquilo parece Auschwitz. É um campo de concentração. Parece o inferno. É parede desabando, banheiro entupido, menino tomando banho com água suja até a canela. No Complexo Imigrantes, são três chuveiros para cada ala de 400 adolescentes. Quando terminam, estão piores do que quando começaram. Fica resíduo de sabão no corpo, dá micose. As doenças de pele passam de um para o outro, porque a roupa de cama é lavada, no máximo, uma vez por semana. As roupas com que eles dormem são as mesmas com que jogam bola e jantam. [...] A comida é um arroz duro, com um feijão duro e um ovo duro e sem sal. [...] Não tem atividade nenhuma. Tem algumas horas de escola e futebol, quando tem bola. Mas vigora um esquema de revezamento para uso da quadra. Tirando isso, eles ficam sentados no chão do pátio (OYAMA, 1999).

Naquela oportunidade, ao ser questionado se a FEBEM era capaz de recuperar aqueles adolescentes, o sindicalista confessou que a grande maioria deles, ao término da medida, estava muito mais violenta do que quando da entrada na instituição.

Vemos que, apesar das disposições estatutárias, o poder público não foi capaz de modificar suas estruturas de atendimento à criança e ao adolescente.

O Promotor de Justiça terá acesso livre a qualquer das instituições de atendimento, independentemente de dia ou horário, considerando que o art. 201, § 3º, do texto estatutário conferiu-lhe livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente.

Caso o dirigente ou funcionário da entidade tente impedir o acesso do representante do *Parquet*, este poderá requisitar auxílio de força policial (art. 201, inc. XII, do ECA) e aquele responderá pelo tipo penal indicado no art. 236 do Estatuto.

Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício

de função prevista nesta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

A fiscalização compreende inúmeros aspectos:

- a) Deverá estudar a documentação e os registros da entidade, observando se estão em dia.
- b) Deverá apurar: 1) se a estrutura da entidade é adequada às suas propostas; 2) se os alimentos oferecidos aos internos e abrigados são suficientes em quantidade e valor nutricional; 3) se os procedimentos de higiene são satisfatórios; e 4) se há profissionais qualificados, em número suficiente para o atendimento de todos os internos e abrigados.
- c) Deverá analisar se as entidades que desenvolvem programas de abrigo encontram-se em harmonia com os princípios ditados pelo art. 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁸⁸
- d) Deverá analisar se as entidades que desenvolvem programas de internação estão cumprindo as obrigações que lhe são impostas no art. 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁸⁹

²⁸⁸ Art. 92. As entidades que desenvolvem programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:

- I - preservação dos vínculos familiares;
- II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;
- III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
- V - não desmembramento de grupos de irmãos;
- VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
- VII - participação na vida da comunidade local;
- VIII - preparação gradativa para o desligamento;
- IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

²⁸⁹ Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

- I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;
- II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;
- III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
- IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;
- V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;
- VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;
- VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;
- VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;
- IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;
- X - propiciar escolarização e profissionalização;
- XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;
- XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
- XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;

Para a formalização da fiscalização, Bordallo (2007, p. 384) recomenda que seja instaurado um procedimento administrativo para cada instituição, onde serão emitidos relatórios de fiscalização. Por meio desta formalização, será possível acompanhar a execução de eventual recomendação, uma vez que todo o histórico da entidade estará devidamente registrado.

Durante a fiscalização, é importante que o Promotor de Justiça tenha contato direto com as crianças e os adolescentes, conversando privativamente com cada um deles, aproveitando para questioná-los acerca do funcionamento da casa e de eventuais irregularidades ocultas.

Ao final da fiscalização, caso sejam apurados problemas passíveis de regularização, o Promotor de Justiça expedirá recomendações à direção da instituição, conferindo-lhes prazo para regularizar a situação.

De outro lado, caso os problemas apurados sejam demasiadamente graves, não sanáveis, ou, ainda, caso não tenham sido acatadas as recomendações no prazo indicado, deverá o representante do Ministério Público iniciar procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, cuja disciplina é objeto dos arts. 191 a 193 do Estatuto.

4.11 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já sabemos, a atuação na área da infância quem sabe seja a mais complexa de todas as atribuídas ao Ministério Público brasileiro. Não bastasse a extensão, que abarca temas como saúde e educação, o sistema de garantias de direitos ainda está em fase de formação. Por mais que se alegue que evoluímos, a evolução ficou restrita à norma. As

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

XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas;

XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;

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

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

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

§1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste art. às entidades que mantêm programa de abrigo.

§2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

práticas sociais são perversas, e o despreparo dos gestores, aviltante. Tal evidência se escancara aos nossos olhos quando não temos para onde encaminhar o adolescente em surto ou quando visitamos uma unidade de acolhimento e as crianças fazem fila para receber um afago do visitante.

Esse cenário está por clamar a presença do Promotor de Justiça na aludida construção, seja convencendo, sensibilizando, mobilizando e, o que é mais natural para nós, responsabilizando o omissor.

O fato é que a defesa da criança e do adolescente deve ser prioridade absoluta não só para as famílias, para a sociedade e para o Estado. Deve sê-lo também e, sobretudo, para nós, Ministério Público. De que adianta demandar tal proceder dos outros se nós mesmos não o fazemos? Enquanto isso, a dívida para com a infância e juventude ainda está para ser saldada.

Enquanto não cumprimos a Constituição da República e priorizarmos o que deve ser priorizado, a criança desamparada de hoje poderá ser o criminoso de amanhã, quando, então, nossa chance de atuar preventivamente já restará superada.

4.12 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Ação Civil Pública**. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho *et al.* Ministério Público. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária**. Brasília, 2006.

BRASIL: pesquisa nacional sobre demografia e saúde, 1996. Rio de Janeiro: BENFAM, 1997. 182 p.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Art. 19. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Filosofia do direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CONSELHO TUTELAR: orientações para criação e funcionamento / Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DISSINGER, Marisa Rocha Teixeira (Coord. *et al*). **Manual de atuação funcional dos promotores de justiça do estado de São Paulo**. São Paulo: APMP, 1999.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O promotor de justiça frente à institucionalização de criança e adolescente em entidade de abrigo e a destituição do poder familiar**. Dez. 2004. Página eletrônica do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/1995EF1CFA30715CE040A8C027014290>>. Acesso em: 16 jun.2008.

FOLHA *Online*. Faltam professores de filosofia e sociologia, diz diretor da Capes. **Folha de São Paulo Online**, São Paulo, 27 jul. 2008. Agência Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u426739.shtml>>. Acesso em: 30 jul.2008.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Art. 182. In: CURY, Munir (Coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A ação do Ministério Público na defesa dos direitos da criança e do adolescente**. In: SEMINÁRIO QUINZE ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: avanços e desafios sob a ótica do sistema de Justiça. Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude e Superior Tribunal de Justiça (Org.). Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/arts_doutrinarios/outras/a_acao_mp.pdf>. Acesso em: 08 jul.2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUARESCHI, Neuza *et al*. STREY, Marlene N. *et al*. (Org.). Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência. In: **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Evolução e perspectivas da mortalidade infantil no Brasil**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/evolucao_perspectivas_mortalidade/default.shtm. Acesso em: 25 jul. 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: IBPS, 1991.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

LIMA, Miguel M. Alves. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado). 2001. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MACIEL, Kátia R. F. L. A. *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 5p.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos aplicados**. Dia Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.pro.br/curiosidades.php?id=130>. Acesso em: 09 set. 2008.

MANUAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

MARTON DA SILVA, Marly B. G.; LACERDA, Maria Ribeiro. Teste do pezinho: por que coletar na alta hospitalar. **Revista eletrônica de enfermagem**. v. 5, n. 2. p. 60-64, 2003. Disponível em: <http://www.fen.ufg.br/revista>. Acesso em: 25 jul. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: APMP, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Art. 201. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENEZES, Maia. **Desinteresse afasta jovem da escola**. Fundação Getúlio Vargas (FGV). Disponível em: http://www.fgv.br/cps/simulador/Site_CPS_Educacao/Clippings/jc098.pdf. Acesso em: 02 ago. 2008.

MILARÉ, Edis. Art. 210. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Mapa da educação básica**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=8577&Itemid=&sistemas=1. Acesso em: 31 jul. 2008. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel de identificadores do SUS - agosto/2006**. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel_%20indicadores_do_SUS.pdf. Acesso em: 25 jul. 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Indicadores e dados básicos - Brasil/2006**. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2006/matriz.htm#mort>. Acesso em: 27 jun. 2008.

MONTEIRO FILHO, Lauro. Art. 12. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helene Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Ana Maria. Art. 21. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; ADRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório do estudo das Nações Unidas sobre a violência contra crianças**. Disponível em: http://www.andi.org.br/_pdfs/Estudo_PSP_Portugues.pdf. Acesso em: 17 jul. 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **O melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIAZZA, Vânia Cella. A ação penal nos crimes praticados contra a criança e o adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil: crimes contra a humanidade**. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil/SC, 2005.

RAMOS, Patrícia P. O. Chambers. Infrações administrativas. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES AMIN, Andréa. Doutrina da Proteção Integral e Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 163-168.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Art. 16. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Jadir Cerqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. 1.ed. São Paulo: Pillares, 2008.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Educação: contexto brasileiro em educação**. Disponível em: http://www.unesco.org.br/Brasil/contextonacional/IEDU//mostra_padrao. Acesso em: 29 jul. 2008.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Situação mundial da infância em 2008: Caderno Brasil**. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_11319.htm. Acesso em: 26 jul. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Temas de direito da criança e do adolescente. 1.ed. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **A tutelar jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. 1.ed. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Entre violentadores e violentados**. 1.ed. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado; MIOTO, Regina Célia Tomaso (Org.). **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001.

WALCHER, Alicia Hernández. **O trabalho que empobrece**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id218.htm>. Acesso em: 25 jun. 2008.

WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. **Violência na escola**. São Paulo: Revista Idéias, 1994, v. 21. p. 55-66.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal** Tradução de Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

4.13 - APÊNDICE

4.13.1 - RESOLUÇÃO CONANDA Nº 106, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2005

Altera dispositivos da Resolução nº 105/2005 e apresenta RECOMENDAÇÕES para a elaboração de leis municipais, estaduais e nacional de criação e funcionamento de Conselhos dos Direitos.

O Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, no uso das atribuições legais estabelecidas na Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991 e no Decreto nº 5.089 de 20 de maio de 2004, em cumprimento ao que estabelecem o art. 227 caput e §7º da Constituição Federal e os artigos 88, incisos II e III, 90, parágrafo único, 91, 139, 260, §2º e 261, parágrafo único, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal nº 8.069/90, e a deliberação do CONANDA, em sua 131ª Assembléia Ordinária, realizada nos dias 20 e 21 de setembro de 2005, resolve:

Art. 1º Os artigos 8º, *caput*; 11; 14 e 22, da Resolução nº 105, de 15 de julho de 2005, do CONANDA, passam a vigorar com as seguintes redações:

Art.8º. A representação da sociedade civil garantirá a participação da população por meio de organizações representativas escolhidas em fórum próprio.

[...].

Art.11. [...]

III - Ocupantes de cargo de confiança e ou função comissionada do poder público na qualidade de representante de organização da sociedade civil;

IV - Conselheiros Tutelares no exercício da função;

[...].

Art.14. [...]

i) a criação de comissões e grupos de trabalho que deverão ser compostas de forma paritária;

[...].

Art. 22. O CONANDA disponibilizará em anexo Recomendações aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente de forma a orientar mais detalhadamente o seu funcionamento.

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 17 de novembro de 2005.

José Fernando da Silva

Presidente do CONANDA

RECOMENDAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DE LEIS MUNICIPAIS, ESTADUAIS E NACIONAL DE CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CONSELHOS DOS DIREITOS

Introdução

As orientações a seguir foram especialmente desenvolvidas com o intuito de oferecer informações claras e precisas aos Conselhos dos Direitos, gestores e operadores do direito em geral. Elas representam um esforço no sentido de não só responder às dificuldades cotidianas como também de fazer valer o preceito constitucional de participação popular na formulação de políticas públicas.

Com o objetivo de contribuir para a formação e a prática da cidadania e garantir a proteção integral dos interesses da criança e do adolescente, o CONANDA, ao deliberar pelos Parâmetros de Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, considerou diferentes realidades estaduais e regionais e buscou responder as necessidades básicas de cada Conselho, garantindo assim a unidade dentro da diversidade.

Além disso, o presente documento visa, dentre outros objetivos, aprimorar o perfil dos Conselhos dos Direitos, tratar de temas relativos ao seu regimento interno e ainda incentivar o desenvolvimento de ações voltadas para o planejamento e participação na elaboração do orçamento do executivo local.

Da natureza jurídica e dos princípios adotados

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente possuem natureza de órgãos estatais especiais, isto é, são instâncias públicas essencialmente colegiadas e estão conceituados juridicamente no inc. II do art. 204 da Constituição Federal e no inc. II do art. 88 da Lei Federal nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) como órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Do ponto de vista de sua natureza jurídica, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente é um colegiado, ou seja, compõe-se de forma paritária por agentes públicos, e seus atos são emanados de decisão coletiva e não de agente singular.

Para a compreensão mais exata dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente é necessário destacar do sistema normativo alguns princípios básicos e instrumentos constitutivos para a sua concepção:

Legalidade - O Conselho dos Direitos só poderá ser criado mediante lei específica. O Conselho dos Direitos tem a prerrogativa legal para tomar decisão, dentro da sua área de competência, na formulação, deliberação e controle da política dos direitos humanos da criança e do adolescente.

Publicidade - todas as normas e atos estabelecidos pelos Conselhos para produzirem efeitos e validade devem ser de conhecimento público sob pena de se tornarem inválidos, ressalvados os casos de sigilo para proteção do interesse superior da criança e do adolescente.

Participação - a participação dar-se-á pela escolha dos organismos da sociedade civil e é exercida por meio do voto e do usufruto da representatividade. Para participar dos Conselhos de forma adequada é necessário buscar o aprendizado e o conhecimento da realidade, com efetiva postura técnica, ética e política para a tomada de decisões em benefício da criança e do adolescente.

Autonomia - significa a inexistência de subordinação hierárquica dos Conselhos aos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo para definir questões que lhe são afetas, tornando-se suas deliberações vontade expressa do Estado, o que significa dizer que os mesmos possuem autonomia política, vinculando-se ao poder público apenas no âmbito administrativo.

Paridade - significa igualdade quantitativa. A representação governamental deve ser em número correspondente à representação das organizações da sociedade civil.

Das principais funções e atribuições

Considerando que a função precípua dos Conselhos é a deliberação e controle relativos às ações públicas (governamentais e da sociedade civil) de promoção dos direitos humanos da criança e do adolescente, com eficiência, eficácia e proatividade, é imprescindível:

- a) acompanhar, monitorar e avaliar as políticas no seu âmbito;
- b) divulgar e promover as políticas e práticas bem-sucedidas;
- c) difundir junto à sociedade local a concepção de criança e adolescente como sujeitos de direitos e pessoas em situação especial de desenvolvimento, e o paradigma da proteção integral como prioridade absoluta;
- d) conhecer a realidade de seu território e elaborar o seu plano de ação;
- e) definir prioridades de enfrentamento dos problemas mais urgentes;
- f) propor e acompanhar o reordenamento institucional, buscando o funcionamento articulado em rede das estruturas públicas governamentais e das organizações da sociedade;
- g) promover e apoiar campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente;
- h) propor a elaboração de estudos e pesquisas com vistas a promover, subsidiar e dar mais efetividade às políticas;
- i) participar e acompanhar a elaboração, aprovação e execução do PPA (Plano Plurianual), LDO (Lei de

Diretrizes Orçamentária) e LOA (Lei Orçamentária Anual) locais e suas execuções, indicando modificações necessárias à consecução dos objetivos da política dos direitos da criança e do adolescente;

j) gerir o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente no sentido de definir a utilização dos respectivos recursos por meio de plano de aplicação. Vale destacar que não compete ao Conselho a execução ou ordenação dos recursos do Fundo, cabendo ao órgão público ao qual se vincula a ordenação e execução administrativas desses recursos;

k) acompanhar e oferecer subsídios na elaboração legislativa local relacionada à garantia dos direitos da criança e do adolescente;

l) fomentar a integração do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Segurança Pública na apuração dos casos de denúncias e reclamações formuladas por qualquer pessoa ou entidade que versem sobre ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente;

m) atuar como instância de apoio no nível local nos casos de petições, denúncias e reclamações formuladas por qualquer pessoa ou entidade, participando de audiências ou ainda promovendo denúncias públicas quando ocorrer ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente, acolhendo-as e dando encaminhamento aos órgãos competentes;

n) integrar-se com outros órgãos executores de políticas públicas direcionadas à criança e ao adolescente e demais Conselhos setoriais.

Cabe ainda ao Conselho Municipal e Distrital dos Direitos da Criança e do Adolescente:

o) registrar as organizações da sociedade civil sediadas em sua base territorial que prestem atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, executando os programas a que se refere o art. 90, *caput*, e, no que couber, as medidas previstas nos arts. 101, 112 e 129, todos da Lei nº 8.069/90;

p) inscrever os programas de atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias em execução na sua base territorial por entidades governamentais e organizações da sociedade civil;

q) cadastrar as entidades e os programas em execução, certificando-se de sua contínua adequação à política traçada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente;

r) regulamentar, organizar e coordenar o processo de escolha dos conselheiros tutelares, seguindo as determinações da Lei nº 8.069/90 e da Resolução nº 75/2001 do CONANDA;

s) instaurar sindicância para apurar eventual falta grave cometida por conselheiro tutelar no exercício de suas funções, observando a legislação municipal pertinente ao processo de sindicância ou administrativo/disciplinar, de acordo com a Resolução nº 75/2001 do CONANDA.

Da criação e composição dos Conselhos

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, como órgãos públicos que são, só podem ser criados mediante mensagem do poder executivo

encaminhando ao poder legislativo projeto de lei de sua iniciativa exclusiva. Em decorrência disso, cabe ainda ao executivo a regulamentação da lei baixando, inclusive, resoluções, deliberando sobre a formulação de políticas públicas, controlando as ações governamentais e da sociedade civil organizada e potencializando estrategicamente as políticas públicas.

A mobilização da sociedade civil organizada poderá ser de grande valor diante da ausência de iniciativa do poder executivo para provocar o Ministério Público local, a quem cabe observar a eventual falta de norma que inviabilize o exercício do direito e da cidadania previstos originalmente no art. 227 da Constituição Federal com amparo no art. 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece a defesa dos interesses e direitos protegidos sob sua proteção, admitidas todas as espécies de ações pertinentes.

Para a constituição do Conselho dos Direitos, a escolha para a representação da sociedade civil deverá ser coordenada pelo fórum das entidades da sociedade civil, que responderá por todo o processo. No caso de escolha da primeira representação da sociedade civil o processo dar-se-á em até 60 (sessenta) dias após o Poder Executivo sancionar a lei de criação do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme procedimentos estabelecidos no art. 8º da Resolução nº 105/2005 do CONANDA.

O processo de escolha da representação da sociedade civil no Conselho dos Direitos deve ser executado sem a interferência do poder público, em assembléia própria, com a escolha direta das organizações que atuam junto à política da criança e do adolescente, a exemplo das entidades de atendimento direto, de estudo e pesquisa, de seguimentos de classe ou ainda que se enquadrem na situação de promoção, defesa e garantia dos direitos humanos da criança e do adolescente. Dessa forma, a participação da sociedade civil organizada nos Conselhos dos Direitos deve atender o princípio adotado no inc. II do art. 204 da Constituição Federal, que estabelece a participação popular por meio de organizações representativas.

Do funcionamento efetivo dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente

A garantia de condições dignas de estruturação e funcionamento do Conselho é pressuposto fundamental para a construção do seu papel político-institucional. O funcionamento dos Conselhos depende visceralmente do apoio de uma estrutura organizacional pública e administrativa, correspondente a uma secretaria executiva dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, além do apoio institucional necessário ao seu regular funcionamento. As leis de criação dos Conselhos de-

vem prever sua definição e estrutura organizacional no âmbito do órgão de sua vinculação administrativa, considerando suas necessidades e as adequações à realidade local do respectivo poder público.

O trabalho dos Conselhos dos Direitos estrutura-se em comissões temáticas paritárias. Estas se encarregam de preparar e analisar as matérias que serão apreciadas na plenária. Face à sua natureza apenas auxiliar, não substitui as reuniões plenárias, que é o foro onde deverão ser tomadas todas as decisões.

Da relação dos Conselhos dos Direitos entre si e com as demais instâncias relacionadas às políticas voltadas para a infância e a adolescência

Para falarmos sobre a relação entre os Conselhos dos Direitos e as demais instâncias, faz-se mister o conhecimento dos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e da municipalização, bem como da posição destes no Sistema de Garantia dos Direitos.

Do ponto de vista constitucional, os Conselhos dos Direitos não são meramente órgãos consultivos e integrativos, possuindo natureza interventiva na gestão do poder público. Por isso deverão ter como diretriz, consoante o que prevê o art. 88 da Lei nº 8069/90, os princípios da descentralização político-administrativa e da municipalização do atendimento dos direitos de crianças e adolescentes.

Entende-se como descentralização o exercício de funções administrativas objetivando descongestionar a administração pública, compreendendo a repartição de encargos entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a fim de aproximá-la do cidadão. Já a municipalização significa fortalecer os poderes locais, trazendo para a esfera do Município determinadas decisões políticas e a execução de programas e ações antes centralizados no âmbito federal.

Os Conselhos dos Direitos de Crianças e Adolescentes são órgãos responsáveis pelo acompanhamento, avaliação, controle e deliberação relativos às ações públicas de promoção e defesa desenvolvidas pelo Sistema de Garantia de Direitos. Os Conselhos são órgãos controladores do funcionamento do sistema de garantia de direitos, no sentido de que todas as crianças e adolescentes sejam reconhecidos(as) e respeitados(as) enquanto sujeitos de direitos e deveres e pessoas em condições especiais de desenvolvimento, e sejam colocadas à salvo de ameaças e violações a quaisquer dos seus direitos, garantindo-se, inclusive, a apuração e reparação em situações de violação.

É importante esclarecer, também, que não existe entre os Conselhos dos Direitos sobreposição hierárquica, cabendo-lhes, sim, atuar em harmonia e colaboração nos seus diferentes níveis.

Disso resulta que não compete ao CONANDA ou mesmos aos Conselhos Estaduais e Distrital dos Direitos resolver problemas político-administrativos dos Conselhos Municipais, mas apoiar e orientar o encaminhamento e solução dos mesmos e controlar o desempenho da política de atendimento de direitos, podendo, inclusive, promover a correção de eventuais omissões, negligências e violações a direitos de crianças e adolescentes, acionando mecanismos judiciais, administrativos e políticos.

Outrossim, é preciso avançar no relacionamento institucional com outras instâncias afetas à política de direitos humanos da criança e do adolescente, a exemplo dos conselhos setoriais, como forma de estimular a ampliação da participação e do controle social, bem como do aperfeiçoamento dos mecanismos de formulação, execução e atendimento da política de direitos infanto-juvenis.

Da conduta ética, do perfil e da qualificação dos Conselheiros(as) dos Direitos

O art. 89 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a função dos membros dos Conselhos dos Direitos, considerando-a de interesse público relevante e não remunerada.

A função de conselheiro dos direitos assegura prerrogativas como a presunção de idoneidade moral. Assim, o conselheiro deve ter compromisso com os seguintes princípios éticos:

1. reconhecimento da liberdade, igualdade e dignidade humana como valores supremos de uma sociedade pluralista, justa, democrática e solidária;
2. defesa intransigente dos direitos humanos como universais, indivisíveis e interdependentes, e recusa do arbítrio e do autoritarismo;
3. reconhecimento da democracia enquanto socialização da participação política e da riqueza socialmente produzida;
4. empenho na eliminação de todas as formas de preconceito e discriminação, incentivando a promoção do respeito à diversidade;
5. compromisso com o constante processo de formação dos membros do Conselho;
6. ter disponibilidade tanto pessoal quanto institucional para o exercício dessa função de relevância pública e estar em exercício de função ou cargo que disponha de condições legais para tomada de decisão, bem como ter acesso a informações referentes aos órgãos públicos ou organizações da sociedade civil que representa.

Das questões relativas ao Regimento Interno dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente

O Regimento Interno compõe-se de normas de organização e funcionamento interno dos Conselhos, não gerando direitos e vantagens em favor dos Conselheiros e obrigações para terceiros.

O regimento interno deve ser elaborado e aprovado pelo próprio Conselho. Como todo ato administrativo, o regimento interno não pode exceder os limites do que já é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na lei de criação do Conselho e demais normativas de hierarquia superior.

As disposições do art. 14 da Resolução nº 105/2005 do CONANDA visam garantir o funcionamento democrático dos Conselhos, os princípios da colegialidade e representatividade, evitando o arbítrio e prevendo, dentre outros, os seguintes itens:

- a) a estrutura funcional mínima, composta por plenário, presidência, comissões e secretaria, com a definição de suas respectivas atribuições. Cabe a cada Conselho definir sua forma de funcionalidade observando a realidade do Município respectivo;
- b) a forma de escolha dos membros da presidência do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, assegurando a alternância entre representantes do governo e da sociedade civil organizada;
- c) a forma de substituição dos membros da presidência, na falta ou impedimento dos mesmos;
- d) a forma de convocação das reuniões ordinárias e extraordinárias do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, com comunicação aos integrantes do órgão, titulares e suplentes, de modo que se garanta a presença de todos os seus membros e a participação da população em geral;
- e) a forma de inclusão das matérias em pauta de discussão e deliberações, com a obrigatoriedade de sua prévia comunicação aos Conselheiros;
- f) a possibilidade de discussão de temas que não tenham sido previamente incluídos em pauta;
- g) o *quorum* mínimo necessário à instalação das sessões ordinárias e extraordinárias do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- h) as situações em que o *quorum* qualificado deve ser exigido, discriminando o referido *quorum* exigido para tomada de decisões;
- i) a criação de comissões e grupos de trabalho, a serem compostos de forma paritária;
- j) a forma como ocorrerá a discussão das matérias colocadas em pauta;
- k) a forma como se dará a participação na assembléia ordinária de conselheiros, titulares e suplentes, bem como dos convidados e demais pessoas que se fizerem presentes;
- l) a garantia de publicidade das assembléias ordinárias, salvo os casos expressos de sigilo obrigatório. As reuniões possuem caráter público e devem permitir o acesso de qualquer pessoa interessada, ressalvados os casos específicos em que haja necessidade de sigilo para proteção do interesse superior da criança e do adolescente;
- m) a forma como serão efetuadas as deliberações e votações das matérias, com a previsão de solução em caso de empate;
- n) a forma como será deflagrado e conduzido o procedimento administrativo visando excluir organização da sociedade civil ou seu representante, quando da reiteração de faltas injustificadas e/ou

prática de ato incompatível com a função, observada a legislação específica;

o) a forma como será deflagrada a substituição do representante do órgão público, quando necessária.

Do conhecimento da realidade local

Este é um ponto de extrema importância a ser tratado neste documento, pois é a partir do detalhado conhecimento da realidade local que o Conselho pode verificar quais são as reais necessidades relativas à política a ser desenvolvida em favor da criança e do adolescente, conforme dispõe o princípio da proteção integral.

É no âmbito municipal que ocorre o atendimento mais próximo dos direitos da criança e do adolescente, e, portanto, é a partir daí que se pode conhecer e verificar as demandas existentes, apurando-se as deficiências na rede de garantia dos direitos infanto-juvenis. Mas não cabe somente aos Municípios realizar a política de atendimento dos direitos. Apesar de ser um ente fundamental nesta rede, cabe também aos Estados, ao Distrito Federal e à União a articulação permanente no sentido de tornar possíveis as ações propostas.

Do conhecimento da situação local podem decorrer distintos processos, pelo que se recomenda:

- a) a criação de um sistema integrado de atendimento dos direitos, a ser operado tanto pelo poder público como pelas organizações da sociedade civil, tendo em vista que a responsabilidade pela promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes cabe à “família, sociedade e ao Estado” (Constituição Federal, art. 227);
- b) o cadastramento das entidades e dos programas em execução;
- c) a identificação dos problemas que afligem a população infanto-juvenil local e das possíveis soluções e encaminhamentos;
- d) levantamento junto ao Poder Legislativo dos projetos de lei afetos aos direitos da criança e do adolescente;
- e) a participação e o acompanhamento dos processos orçamentários;
- f) consultas à sociedade mediante, inclusive, audiências públicas;
- g) a realização de estudos e pesquisas;
- h) consulta aos módulos do SIPIA e aos demais bancos de dados existentes;
- i) o acompanhamento da elaboração e execução das peças que compõem o orçamento destinado aos planos e programas das políticas sociais básicas, bem como do funcionamento dos Conselhos dos Direitos e Tutelares, indicando modificações necessárias à melhoria da eficiência destes; e
- j) a formação de um sistema integrado de atendimento dos direitos, a ser operado tanto pelo po-

der público como pelas organizações da sociedade civil, tendo em vista que a responsabilidade pela promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes cabe à “família, sociedade e ao Estado” (art. 227, da CF/88).

Todos esses mecanismos visam conhecer a realidade local, suas especificidades étnicas, sociais, econômicas, culturais, bem como os valores dominantes, com vistas à elaboração do planejamento estratégico das ações de enfrentamento dos problemas e à construção, de maneira articulada, do Sistema de Garantia dos Direitos.

Do planejamento das ações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente

A realização sistemática do planejamento das ações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente é uma forma de se atingir o pleno atendimento das demandas apuradas no curto, médio e longo prazos, tornando indispensável sua contribuição na qualidade do resultado esperado de suas atribuições e no cumprimento de sua missão, tornando-se, assim, ferramenta efetiva de formulação e controle da política local de atendimento dos direitos, promovendo inclusive correções necessárias.

Para tanto, é necessário o apoio dos setores de planejamento e finanças dos órgãos aos quais o Conselho esteja vinculado administrativamente, bem como de técnicos e profissionais a serem envolvidos para, a partir da análise do quadro de problemas a serem enfrentados, definir focos de atuação, objetivos, metas, resultados e impactos esperados e formas de monitoramento.

Dentre as principais questões a serem enfrentadas no planejamento do Conselho, destacamos, além dos temas específicos e outros oriundos da sua realidade local, a importância da abordagem de temas referentes ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, sua integração institucional, atividades de formação; acompanhamento e monitoramento dos programas e projetos, e ainda o orçamento específico direcionado à criança e ao adolescente.

Das questões orçamentárias da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e do acompanhamento pelos Conselhos dos Direitos

O acompanhamento orçamentário para definição e execução das ações e programas da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente é uma das atribuições prioritárias dos Conselhos dos Direitos. Até junho de cada ano deve-se implementar a elaboração do plano de ação anual contendo as estratégias, ações de governo e programas de atendimento a serem implementados, man-

tidos e/ou suprimidos pelo ente federado ao qual o Conselho estiver vinculado administrativamente, que deverá ser encaminhado para inclusão, no momento oportuno, nas propostas do PPA (Plano Plurianual), LDO (Lei de Diretrizes Orçamentária) e LOA (Lei Orçamentária Anual) elaborados pelo Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo.

Cabe ainda à administração pública local, por intermédio do órgão de planejamento e sob estrito acompanhamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, incorporar as metas definidas no plano de ação anual e na previsão orçamentária dos diversos órgãos e setores responsáveis por sua posterior execução, que deverão ser incluídas na Proposta de Lei Orçamentária Anual, observado o caráter prioritário e preferencial, conforme o que dispõe o art. 227, *caput*, da Constituição Federal combinado com o art. 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d”, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após o encaminhamento da proposição de lei orçamentária ao Poder Legislativo, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá solicitar à presidência da Casa a relação das Emendas apresentadas relativas às proposições afetas à política da criança e do adolescente.

Para melhor garantir a efetivação da proposta encaminhada, deverá ser criada, no âmbito do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, uma comissão permanente responsável pelo acompanhamento do processo de elaboração da proposição, no âmbito do Executivo, e de discussão e votação pelo Legislativo das diversas emendas ao projeto de Lei Orçamentária, LDO e PPA. Essa Comissão ficará, também, encarregada de acompanhar a execução orçamentária e de apresentar ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conjunto com os órgãos públicos encarregados do planejamento e finanças do ente federado a que estiver vinculado, relatório periódico que permita avaliar, continuamente, a efetiva implementação da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e o cumprimento do disposto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal combinado com art. 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d”, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho dos Direitos poderá também articular ações junto ao Conselho Tutelar no sentido de dar cumprimento ao art. 136, inc. IX, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que atribui ao Conselho Tutelar o assessoramento do Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

O denominado “Orçamento Criança e Adolescente”, considerado um importante instrumento para a garantia de atendimento da prioridade absoluta, é um “[...] conjunto de atividades e projetos pre-

vistos em orçamentos públicos que se destinam, exclusiva ou prioritariamente, a criança e adolescentes” (IPEA).

Este instrumento tem a finalidade de identificar todas as ações governamentais presentes nas leis orçamentárias destinadas à criança e ao adolescente, evidenciando, portanto, o grau de prioridade dado ao segmento. O “Orçamento Criança e Adolescente” permite à sociedade um monitoramento mais eficaz do fluxo de recursos, contribuindo assim para a avaliação da gestão dos programas e dos seus resultados, além de demonstrar eventuais superposições ou omissões.

É importante que se esclareça que o “Orçamento Criança e Adolescente” não é um orçamento paralelo aos orçamentos públicos (que são únicos). Trata-se de uma peça por meio da qual se pode evidenciar e especificar qual o montante de recursos referente às ações destinadas “exclusiva ou prioritariamente” à criança e ao adolescente. O PPA é um dos principais instrumentos de consulta para a elaboração do “Orçamento Criança e Adolescente”.

O “Orçamento Criança e Adolescente” pode ser organizado por meio de uma ampla participação de membros do Poder Executivo, Fórum Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Tutelar e de outras organizações, mobilizados e articulados pelo Conselho Municipal.

4.13.2 - RESOLUÇÃO CONANDA n.º 137, de 21 de janeiro de 2010

Dispõe sobre os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, no uso de suas atribuições, estabelecidas na Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991, e no Decreto n.º 5.089, de 20 de maio de 2004, cumprindo o estabelecido nos artigos 227, *caput* e § 7º, e 204 da Constituição Federal e nos arts. 4º, alínea “d”; 88, incs. II e IV; 260, *caput* e §§ 2º, 3º e 4º, e 261, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, e art. 2º, parágrafo único, I, do Decreto n.º 5.089 de 2004, RESOLVE:

CAPÍTULO I

Seção I

Das Regras e Princípios Gerais

Art. 1º Ficam estabelecidos os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente em todo o território nacional.

Parágrafo único. Para efeitos desta Resolução, entende-se por parâmetros os referenciais que devem nortear a criação e o funcionamento dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em obediência às regras e princípios estabelecidos pela Constituição Federal, Lei nº 8.069, de 1990, e legislação pertinente.

Art. 2º Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ser vinculados aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo ente federado, órgãos formuladores, deliberativos e controladores das ações de implementação da política dos direitos da criança e do adolescente, responsáveis por gerir os fundos, fixar critérios de utilização e o plano de aplicação dos seus recursos, conforme o disposto no § 2º do art. 260 da Lei nº 8.069, de 1990.

Art. 3º Na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios deve haver um único e respectivo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme estabelece o art. 88, inc. IV, da Lei nº 8.069, de 1990.

Art. 4º A manutenção dos Fundos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais vinculados aos respectivos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente é diretriz da política de atendimento, prevista no inc. IV do art. 88, da lei nº 8.069, de 1990.

Parágrafo único. Os Fundos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ser constituídos em fundos especiais, criados e mantidos por lei, com recursos do Poder Público e de outras fontes.

Art. 5º Conforme estabelecem a Constituição Federal e legislação específica, os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente deverão ser criados por leis propostas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Poder Legislativo das respectivas esferas de governo federal, estadual, distrital e municipal.

§ 1º O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá ser instituído pela mesma Lei que criar o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, ressalvados os casos em que, criado o Conselho, ainda não tenha sido instituído o Fundo.

§ 2º A Lei que instituir o Fundo deverá explicitar suas fontes de receitas, seus objetivos e finalidades, e determinar sua vinculação ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, fixando prazo limite para a sua regulamentação pelo respectivo Poder Executivo local.

Art. 6º Caberá ao Poder Executivo, em acordo com o respectivo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, providenciar a regulamentação do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, observando-se o disposto no § 2º do art. 4º, deta-

lhando o seu funcionamento por meio de Decreto ou meio legal equivalente, em conformidade com a legislação vigente e em atenção aos parâmetros propostos por esta Resolução.

Art. 7º O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente não deve possuir personalidade jurídica própria e deve utilizar o mesmo número base de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) do Órgão ou da Secretaria à qual for vinculado por lei, conforme dispõe o art. 2º da presente Resolução.

§ 1º Para garantir seu status orçamentário, administrativo e contábil diferenciado do Órgão ao qual se encontrar vinculado, o CNPJ do Fundo deverá possuir um número de controle próprio.

§ 2º O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deve constituir unidade orçamentária própria e ser parte integrante do orçamento público.

§ 3º Devem ser aplicadas à execução orçamentária do Fundo as mesmas normas gerais que regem a execução orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em seus respectivos níveis federados, deverão assegurar que estejam contempladas no ciclo orçamentário as demais condições e exigências para alocação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, para o financiamento ou co-financiamento dos programas de atendimento, executados por entidades públicas e privadas.

Art. 8º O Poder Executivo deve designar os servidores públicos que atuarão como gestor e/ou ordenador de despesas do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, autoridade de cujos atos resultará emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos do Fundo.

§ 1º O órgão responsável pela política de promoção, de proteção, de defesa e de atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes ao qual o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente for vinculado deve ficar responsável pela abertura, em estabelecimento oficial de crédito, de contas específicas destinadas à movimentação das receitas e despesas do Fundo.

§ 2º Os recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ter um registro próprio, de modo que a disponibilidade de caixa, receita e despesa, fique identificada de forma individualizada e transparente.

§ 3º A destinação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, em qualquer caso, dependerá de prévia deliberação plenária do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, devendo a resolução ou ato administrativo equi-

valente que a materializar ser anexada à documentação respectiva, para fins de controle de legalidade e prestação de contas.

§ 4º As providências administrativas necessárias à liberação dos recursos, após a deliberação do Conselho, deverão observar o princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, sem prejuízo do efetivo e integral respeito às normas e princípios relativos à administração dos recursos públicos.

Seção II

Das atribuições dos Conselhos de Direitos em relação aos Fundos da Criança e do Adolescente

Art. 9º Cabe ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em relação aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo das demais atribuições:

- I - elaborar e deliberar sobre a política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente no seu âmbito de ação;
- II - promover a realização periódica de diagnósticos relativos à situação da infância e da adolescência bem como do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente no âmbito de sua competência;
- III - elaborar planos de ação anuais ou plurianuais, contendo os programas a serem implementados no âmbito da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente, e as respectivas metas, considerando os resultados dos diagnósticos realizados e observando os prazos legais do ciclo orçamentário;
- IV - elaborar anualmente o plano de aplicação dos recursos do Fundo, considerando as metas estabelecidas para o período, em conformidade com o plano de ação;
- V - elaborar editais fixando os procedimentos e critérios para a aprovação de projetos a serem financiados com recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, em consonância com o estabelecido no plano de aplicação e obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade;
- VI - publicar os projetos selecionados com base nos editais a serem financiados pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- VII - monitorar e avaliar a aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, por intermédio de balancetes trimestrais, relatório financeiro e o balanço anual do fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo de outras formas, garantindo a devida publicização dessas informações, em sintonia com o disposto em legislação específica;
- VIII - monitorar e fiscalizar os programas, projetos e ações financiadas com os recursos do Fundo, segundo critérios e meios definidos pelos próprios Conselhos, bem como solicitar aos responsáveis,

a qualquer tempo, as informações necessárias ao acompanhamento e à avaliação das atividades apoiadas pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;

- IX - desenvolver atividades relacionadas à ampliação da captação de recursos para o Fundo; e
- X - mobilizar a sociedade para participar no processo de elaboração e implementação da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente, bem como na fiscalização da aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único. Para o desempenho de suas atribuições, o Poder Executivo deverá garantir ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente o suficiente e necessário suporte organizacional, estrutura física, recursos humanos e financeiros.

Seção III

Das Fontes de Receitas e Normas para as Contribuições aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente

Art. 10. Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ter como receitas:

- I - recursos públicos que lhes forem destinados, consignados no Orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive mediante transferências do tipo “fundo a fundo” entre essas esferas de governo, desde que previsto na legislação específica;
- II - doações de pessoas físicas e jurídicas, sejam elas de bens materiais, imóveis ou recursos financeiros;
- III - destinações de receitas dedutíveis do Imposto de Renda, com incentivos fiscais, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações pertinentes;
- IV - contribuições de governos estrangeiros e de organismos internacionais multilaterais;
- V - o resultado de aplicações no mercado financeiro, observada a legislação pertinente; e
- VI - recursos provenientes de multas, concursos de prognósticos, dentre outros que lhe forem destinados.

Art. 11. Os recursos consignados no orçamento da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios devem compor o orçamento dos respectivos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, de forma a garantir a execução dos planos de ação elaborados pelos Conselhos dos Direitos.

Art. 12. A definição quanto à utilização dos recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conformidade com o disposto no art. 7º, deve competir única e exclusivamente aos Conselhos dos Direitos.

§1º Dentre as prioridades do plano de ação aprovado pelo Conselho de Direitos, deve ser facultado ao doador /destinador indicar, aquela ou aquelas de sua preferência para a aplicação dos recursos doados/destinados.

§ 2º As indicações previstas acima poderão ser objeto de termo de compromisso elaborado pelo Conselho dos Direitos para formalização entre o destinador e o Conselho de Direitos.

Art. 13. Deve ser facultado ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente cancelar projetos mediante edital específico.

§ 1º Chancela deve ser entendida como a autorização para captação de recursos aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente destinados a projetos aprovados pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, segundo as condições dispostas no art. 9º desta Resolução.

§ 2º A captação de recursos ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, referida no parágrafo anterior, deverá ser realizada pela instituição proponente para o financiamento do respectivo projeto.

§ 3º Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente deverão fixar percentual de retenção dos recursos captados, em cada chancela, de no mínimo 20% (vinte por cento) ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

§ 4º O tempo de duração entre a aprovação do projeto e a captação dos recursos não deverá ser superior a 2 (dois) anos.

§ 5º Decorrido o tempo estabelecido no parágrafo anterior, havendo interesse da instituição proponente, o projeto poderá ser submetido a um novo processo de chancela.

§ 6º A chancela do projeto não deve obrigar seu financiamento pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, caso não tenha sido captado valor suficiente.

Art. 14. O nome do doador ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente só poderá ser divulgado mediante sua autorização expressa, respeitado o que dispõe o Código Tributário Nacional.

Seção IV

Das Condições de Aplicação dos Recursos do Fundo

Art. 15. A aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, deliberada pelo Conselho de Direitos, deverá ser destinada para o financiamento de ações governamentais e não-governamentais relativas a:

I - desenvolvimento de programas e serviços complementares ou inovadores, por tempo determinado, não excedendo a 3 (três) anos, da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

II - acolhimento, sob a forma de guarda, de criança e de adolescente, órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal e do art. 260, § 2º, da Lei nº 8.069, de 1990, observadas as diretrizes do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária;

III - programas e projetos de pesquisa, de estudos, elaboração de diagnósticos, sistemas de informações, monitoramento e avaliação das políticas públicas de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

IV - programas e projetos de capacitação e formação profissional continuada dos operadores do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente;

V - desenvolvimento de programas e projetos de comunicação, campanhas educativas, publicações, divulgação das ações de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente; e

VI - ações de fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, com ênfase na mobilização social e na articulação para a defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 16. Deve ser vedada a utilização dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente para despesas que não se identifiquem diretamente com a realização de seus objetivos ou serviços determinados pela lei que o instituiu, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública previstas em lei. Esses casos excepcionais devem ser aprovados pelo plenário do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único. Além das condições estabelecidas no *caput*, deve ser vedada ainda a utilização dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente para:

I - a transferência sem a deliberação do respectivo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente;

II - pagamento, manutenção e funcionamento do Conselho Tutelar [1];

III - manutenção e funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente;

IV - o financiamento das políticas públicas sociais básicas, em caráter continuado, e que disponham de fundo específico, nos termos definidos pela legislação pertinente; e

V - investimentos em aquisição, construção, reforma, manutenção e/ou aluguel de imóveis públicos e/ou privados, ainda que de uso exclusivo da política da infância e da adolescência.

Art. 17. Nos processos de seleção de projetos nos quais as entidades e os órgãos públicos ou privados representados nos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente figurem como beneficiários dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, os mesmos não devem participar da comissão de avaliação e deverão abster-se do direito de voto.

Art. 18. O financiamento de projetos pelos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente deve estar condicionado à previsão orçamentária e à disponibilidade financeira dos recursos.

Art. 19. Desde que amparada em legislação específica e condicionado à existência e ao funcionamento efetivo do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conformidade com o disposto na Lei nº 8.069 de 1990, art. 261, parágrafo único, poderá ser admitida a transferência de recursos entre os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente dos entes federados de que trata esta Resolução.

Art. 20. O saldo financeiro positivo apurado no balanço do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deve ser transferido para o exercício subsequente, a crédito do mesmo fundo, conforme determina o art. 73 da Lei nº 4.320 de 1964.

Seção V

Das Atribuições do Gestor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente

Art. 21. O Gestor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, nomeado pelo Poder Executivo conforme dispõe o art. 6º, *caput*, desta Resolução, deve ser responsável pelos seguintes procedimentos, dentre outros inerentes ao cargo:

I - coordenar a execução do Plano Anual de Aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, elaborado e aprovado pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente;

II - executar e acompanhar o ingresso de receitas e o pagamento das despesas do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;

III - emitir empenhos, cheques e ordens de pagamento das despesas do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;

IV - fornecer o comprovante de doação/destinação ao contribuinte, contendo a identificação do órgão do Poder Executivo, endereço e número de inscrição no CNPJ no cabeçalho e, no corpo, o número de ordem, nome completo do doador/destinador, CPF/CNPJ, endereço, identidade, valor efetivamente recebido, local e data, devidamente firmado em conjunto com o Presidente do Conselho, para dar a quitação da operação;

V - encaminhar à Secretaria da Receita Federal a Declaração de Benefícios Fiscais (DBF), por intermédio da Internet, até o último dia útil do mês de março, em relação ao ano calendário anterior;

VI - comunicar obrigatoriamente aos contribuintes, até o último dia útil do mês de março a efetiva apresentação da Declaração de Benefícios Fiscais (DBF), da qual conste, obrigatoriamente o nome ou razão social, CPF do contribuinte ou CNPJ, data e valor destinado;

VII - apresentar, trimestralmente ou quando solicitada pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, a análise e avaliação da situação econômico-financeira do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, através de balancetes e relatórios de gestão;

VIII - manter arquivados, pelo prazo previsto em lei, os documentos comprobatórios da movimentação das receitas e despesas do Fundo, para fins de acompanhamento e fiscalização; e

IX - observar, quando do desempenho de suas atribuições, o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, conforme disposto no art. 4º, *caput* e parágrafo único, alínea "b", da Lei nº 8.069, de 1990, e art. 227, *caput*, da Constituição Federal.

Parágrafo único. Deverá ser emitido um comprovante para cada doador, mediante a apresentação de documento que comprove o depósito bancário em favor do Fundo, ou de documentação de propriedade, hábil e idônea, em se tratando de doação de bens.

CAPÍTULO II

Do Controle e da Fiscalização

Art. 22. Os recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente utilizados para o financiamento, total ou parcial, de projetos desenvolvidos por entidades governamentais ou não governamentais devem estar sujeitos à prestação de contas de gestão aos órgãos de controle interno do Poder Executivo e aos Conselhos de Direitos, bem como ao controle externo por parte do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

Parágrafo único. O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, diante de indícios de irregularidades, ilegalidades ou improbidades em relação ao Fundo ou suas dotações nas leis orçamentárias, dos quais tenha ciência, deve apresentar representação junto ao Ministério Público para as medidas cabíveis.

Art. 23. Os Conselhos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente devem utilizar os meios ao seu alcance para divulgar amplamente:

I - as ações prioritárias das políticas de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

II - os prazos e os requisitos para a apresentação de projetos a serem beneficiados com recursos dos Fundos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais

dos Direitos da Criança e do Adolescente;

III - a relação dos projetos aprovados em cada edital, o valor dos recursos previstos e a execução orçamentária efetivada para implementação dos mesmos;

IV - o total das receitas previstas no orçamento do Fundo para cada exercício; e

V - os mecanismos de monitoramento, de avaliação e de fiscalização dos resultados dos projetos beneficiados com recursos dos Fundos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 24. Nos materiais de divulgação das ações, projetos e programas que tenham recebido financiamento do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deve ser obrigatória a referência ao Conselho e ao Fundo como fonte pública de financiamento.

Das Disposições Finais

Art. 25. A celebração de convênios com os recursos do Fundo para a execução de projetos ou a realização de eventos deve se sujeitar às exigências da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e legislação que regulamenta a formalização de convênios no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 26. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Carmen Silveira de Oliveira

Presidente

4.13.3 - PROPOSTA DE PORTARIA QUE REGULAMENTA A FISCALIZAÇÃO DA DESTINAÇÃO DOS RECURSOS DO FIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

PORTARIA _____/_____

Estabelece normas para fiscalização, pelo Ministério Público, da aplicação dos recursos do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente dos municípios integrantes da Comarca de [...].

O Promotor de Justiça da Infância e Juventude da Comarca de [...], no uso de suas atribuições legais, em especial o disposto nos artigos 129 e 227, da Constituição Federal e art. 260, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), resolve:

Art. 1º O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, como gestor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, prestará contas ao Ministério Público sobre a arrecadação e aplicação dos recursos a ele destinados.

Art. 2º A prestação de contas a que se refere o artigo anterior observará o procedimento estabelecido

na presente portaria, sem prejuízo do cumprimento das normas legais concernentes ao controle, prestação e tomada de contas do município (Lei nº 4.320/64, art. 74) e daquelas fixadas por outros órgãos de fiscalização externa, notadamente o Tribunal de Contas do Estado.

Art. 3º Para o cumprimento do disposto nesta portaria, o Conselho remeterá ao Ministério Público, mensalmente, um balancete resumido, através do preenchimento dos relatórios anexos, do qual constará a discriminação dos valores depositados em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (anexo I - Demonstrativo de receitas), bem assim a relação das retiradas autorizadas e executadas no período (anexo II - Demonstrativo de aplicação dos recursos), acompanhadas de cópias dos cheques ou outro documento representativo do saque;

§ 1º Todos os depósitos efetuados no período serão identificados individualmente, inclusive quanto à sua origem e, no caso de doação efetuada por pessoa física ou jurídica, a título do benefício fiscal instituído pelo art. 260, da Lei nº 8.069/90, com a redação introduzida pela Lei nº 8.242/91, deverá haver a indicação precisa do nome e do CPF ou CNPJ do depositante;

§ 2º Acompanhará o expediente referido o extrato bancário do período, cujo saldo deverá conciliar-se com os valores expressos no balancete do mês e apontados no formulário próprio (anexo III - Conciliação bancária);

§ 3º Existindo mais de uma conta bancária do fundo, o procedimento acima será observado em relação a cada uma delas.

§ 4º Não havendo movimentação de recursos do fundo no período (depósitos ou retiradas), o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente comunicará a ocorrência ao Ministério Público, mediante simples ofício, o que bastará ao cumprimento do disposto nesta Portaria.

Art. 4º No caso de doação de outros bens móveis ou imóveis, o Conselho remeterá ao Ministério Público, junto com o balancete mensal concernente às doações efetuadas em dinheiro, cópia do documento de doação, laudo de avaliação e ata da reunião que deliberar sobre a sua destinação;

§ 1º Se for alienado, cópia do procedimento será remetida ao Ministério Público, acompanhado do comprovante do depósito bancário do valor apurado;

§ 2º No caso do parágrafo anterior, ao ser deliberado sobre a alienação de bem de natureza diversa de dinheiro recebido em doação pelo fundo, o Ministério Público será comunicado para acompanhar o processo respectivo.

Art. 5º Ao final de cada exercício financeiro, cópia da prestação de contas a que se refere o art. 82, da Lei nº 4.320/64 será remetida ao Ministério Público, acompanhada dos balanços de que tratam os artigos 101 e seguintes, da mesma Lei.

Parágrafo único. Os documentos referidos no *caput* serão remetidos ao Ministério Público até 30 (trinta) dias depois de expirado prazo estabelecido para sua remessa ao Tribunal de Contas.

Art. 6º Anualmente, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias após a entrega à Receita Federal, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente encaminhará ao Ministério Público cópia da Declaração de Benefícios Fiscais (DBF) elaborada na forma determinada pela IN SRF nº 789/2007, da qual conste o protocolo de entrega.

Art. 7º As atas das reuniões do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, ordinárias ou extraordinárias, que contenham deliberação acerca da aplicação de recursos do Fundo da Infância e Adolescência acompanharão, necessariamente, o balancete do mês em que se realizou.

Art. 8º As entidades subvencionadas com recursos do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, independentemente de sua natureza jurídica (pública ou privada), prestarão contas da aplicação dos recursos ao Ministério Público, sem prejuízo das obrigações legais a elas impostas por outros instrumentos normativos.

Art. 9º Para cumprimento do disposto no artigo anterior, a entidade deverá remeter ao Ministério Público relatório trimestral dando conta dos recursos recebidos no período, as atividades desenvolvidas, número atualizado de crianças e adolescentes atendidos e cópia das atas das reuniões de diretoria ou assembleias realizadas.

Art. 10. Havendo necessidade, a critério do Promotor de Justiça, inclusive nas hipóteses de denúncias de desvios ou funcionamento inadequado da instituição, serão requisitadas às entidades informações complementares detalhadas sobre a aplicação dos recursos recebidos, inclusive a apresentação da documentação contábil respectiva.

§1º O Ministério Público poderá, ainda, determinar a realização de visitas periódicas às entidades subvencionadas com recursos do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, através dos Oficiais e Analistas que integram o quadro de Apoio da Promotoria ou Coordenadoria respectiva, a fim de verificar a regularidade do funcionamento e o cumprimento das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais instrumentos

legais editados a respeito, inclusive no âmbito das legislações municipais e das normativas oriundas dos Conselhos de Direitos.

§ 2º No caso das fundações, os instrumentos de controle efetuados pela Promotoria Especializada poderão, a critério do Promotor de Justiça e em decisão que será comunicada aos interessados, ser utilizados para a fiscalização de que trata esta portaria.

Art. 11. O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente remeterá à Promotoria de Justiça, até o dia 31 de janeiro de cada ano, relação atualizada das entidades e programas de atendimento a crianças e adolescentes regularmente registrados no município, com os seguintes dados: I) nome da instituição; II) data da criação ou instituição e do registro no Conselho; III) natureza jurídica; IV) nome dos integrantes da diretoria; V) endereço e telefone da entidade; VI) cópia do Estatuto; VII) relação de bens imóveis eventualmente pertencentes à instituição.

Parágrafo único. Os novos registros e exclusões efetuados durante o ano serão comunicados ao Ministério Público mensalmente, cabendo ao serviço de apoio da Promotoria manter atualizado o arquivo respectivo, a fim de possibilitar as consultas necessárias.

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

Publique-se e cumpra-se.

Remeta-se cópia aos Presidentes dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, ao MM. Juiz de Direito e aos senhores Prefeitos e Presidentes das Câmaras Municipais dos municípios que integram esta Comarca.

Local, data.
Promotor(a) de Justiça

5 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DO IDOSO E DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA²⁹⁰

Promotora de Justiça
Maria Elmira Evangelina do Aramal Dick

Antônio Carlos Guedes Arouca

Daniel Augusto dos Reis

Evelange Leão Rabelo

Júnia Elizabeth dos Reis Rezende

Márcia Borges Freire

Márcia Dutra de Moraes

Silésia Batista Marinho

5.1 – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

As anotações que seguem enfocam de modo ligeiro questões atinentes à defesa do idoso e da pessoa com deficiência.

Embora se trate de dois temas distintos e dotados de peculiaridades, optou-se por abordagem conjunta, porque há também pontos em comum, destacando-se, contudo, em tópicos separados, os assuntos em que sobressaem as disparidades.

Deu-se maior destaque aos contornos e limites da atuação do Ministério Público na área, tratadas pontualmente as demais questões.

A exposição foi em regra antecedida de reprodução dos dispositivos legais relacionados a seu conteúdo, sem prejuízo do ementário de legislação posto em separado.

Não foram aprofundados conceitos teóricos, expostos apenas na medida do necessário para dar sustentação ao raciocínio desenvolvido.

No que diz com questões polêmicas, procurou-se noticiar a dissidência, apontando-se, porém, a corrente tida como mais acertada.

Foram reproduzidas algumas decisões de cortes nacionais reputadas úteis para compreensão do texto.

Remete-se, quanto ao mais, à página eletrônica do CAOPPI (www.mp.mg.gov.br), onde podem ser consultadas jurisprudência e peças práticas.

5.2 – ATRIBUIÇÕES E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO DO IDOSO E DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5.2.1 – DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS – IDOSO E PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5.2.1.1 – FUNDAMENTO LEGAL

a) Constituição Federal, art. 129, III:

São funções institucionais do Ministério Público:
[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

b) Constituição Federal, art. 129, IX:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

c) Lei nº 7.347/85, ACP, art. 5º, I:

Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

d) Lei nº 7.347/85, ACP, art. 7º:

Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

e) Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, a:

Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

f) Estatuto do Idoso, art. 74, I:

Compete ao Ministério Público:

I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

g) Lei nº 7.853/89, art. 3º, caput:

²⁹⁰ Na primeira edição desta obra os autores da presente área foram: Promotora de Justiça Éliada de Freitas Rezende, Analista do Ministério Público Daniel Augusto dos Reis, Supervisora Evelange Leão Rabelo, Analista do Ministério Público Júnia Elizabeth dos Reis Rezende, Oficiais do Ministério Público Márcia Borges Freire, Márcia Dutra de Moraes, Rodrigo Gonçalves Marciano de Oliveira e Servidora Terceirizada Silésia Batista Marinho.

As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

5.2.1.2 – CONSIDERAÇÕES

Acerca da relevante atribuição cometida ao Ministério Público na defesa de direitos ditos transindividuais, sem a preocupação de discorrer sobre a conceituação e distinções entre interesse difuso e coletivo, basta consignar que esta missão constitucional vem mais e mais se consolidando, suscitando controvérsia apenas em alguns de seus contornos, reconhecida sem maiores debates na sua essência.

Neste terreno, desponta como aspecto a merecer especial atenção a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas.

A abordagem que ora se inicia tem como ponto de partida a regra do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, assim posta: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O dispositivo abriga o propósito de extrair a máxima eficácia possível do texto constitucional, o que está em harmonia com a hodierna interpretação da Carta Política.

Significa dizer, por outras palavras, que na esfera dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, a formulação e implementação de políticas públicas aptas a garanti-los não se sujeita à discricionariedade do administrador. Ao revés, a inércia do poder público consiste, no dizer do Ministro Celso de Mello, em *violação negativa da norma constitucional*, ensejadora da atuação do poder judiciário.

Não se olvida que a prerrogativa de formular políticas públicas é inerente aos poderes Executivo e Legislativo, nem se ignora que a implementação dessas políticas pressupõe prévia destinação de recursos.

Mas, vinculado o administrador à Constituição e normas infraconstitucionais, dotadas de eficácia, eventual descumprimento do dever legal é que o subordinará ao controle pelo judiciário, intervenção que é excepcional.

Registre-se que o comando judicial não poderá ignorar as regras que regem a aplicação das verbas públicas, mas que, de outro lado, alegada escassez orçamentária não se presta a justificar o inadimplemento estatal.

Doutrina e jurisprudência atuais vêm conciliando os aspectos atinentes à capacidade financeira do Estado – a *reserva do possível* e o dever imposto por norma de eficácia plena que obriga à garantia de condições mínimas de existência – o *mínimo existencial*.

Vislumbra-se nessa equação a medida do controle judicial das políticas públicas.

E derivando a interferência, como dito, do descumprimento de dever legal, não haverá ofensa à separação dos poderes.

Registre-se, neste passo, que velar pela execução de políticas públicas pressupõe acompanhar a elaboração do orçamento, até porque, é também norma constitucional a vedação do “início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (art. 167, I).

A propósito do orçamento, colhe-se do art. 165, da CF, que será estabelecido em lei de iniciativa do Poder Executivo, previstas ali três modalidades: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

O Plano Plurianual define as prioridades do governo por um período de quatro anos e estabelece ligação entre elas e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) estabelece as metas e prioridades da administração pública a serem observadas na Lei Orçamentária Anual. É com base na lei de diretrizes orçamentárias que se elabora a proposta orçamentária para o ano seguinte.

O Projeto de Lei Orçamentária deve observar as prioridades contidas no Plano Plurianual (PPA) e as metas que deverão ser atingidas naquele ano. A Lei Orçamentária disciplina todas as ações do governo.

Na lição de José Nilo de Castro, (in: **Direito Municipal Positivo**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 336), a Lei Orçamentária Anual é a lei de meios e qualifica-se como periódica especial e formal. Periódica porque tem configuração existencial válida, em tempo certo: é anual. Especial, pois se trata de lei diferente, se não estranha ao painel de leis do processo legislativo, como diferente também é o seu processo legislativo. Formal, pois, a despeito de ter forma de lei, seu conteúdo não é normativo.

Além disso, a Lei Federal nº 4.320/64, que estatuí normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, consolida a unicidade do orçamento, dispondo que este deve conter todas as receitas e as despesas públicas.

Feitas essas observações, vale reproduzir a feliz síntese formulada por Marcus Aurélio de Freitas Bar-

ros, no *Estatuto do Idoso Comentado*, elaborado sob a coordenação de Naide Maria Pinheiro:

Fala-se num controle preventivo e concomitante dos orçamentos. Há alguns exemplos. Quanto ao controle preventivo, pode ser admitido: a) quando o orçamento estiver em dissonância com o plano plurianual ou com a lei de diretrizes orçamentárias; b) quando, no caso da saúde e educação, não se respeitar as verbas vinculadas (carimbadas); e, c) quando há necessidade de inclusão de verba no orçamento do ano seguinte.

No que toca ao controle concomitante, ou seja, durante a execução do orçamento, tem-se que é permitida a atuação do Poder Judiciário, no sentido de corrigir desvio de despesa, quando, por exemplo, estiver contemplada rubrica não prioritária, em detrimento de outra que o é. Admite-se, também, que pode ser exigida a liberação de verbas, quando estas existirem e não forem utilizadas regularmente. (p. 79).

Considerada, assim, a inafastável sujeição do administrador público às normas constitucionais e ordinárias e tomada em linha de conta a mitigada discricionariedade em temas relacionados aos direitos sociais (acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, vide STJ, REsp 811608 / RS), registre-se que a elaboração de políticas públicas em prol da população idosa deverá ter por norte os seguintes dispositivos:

a) Constituição Federal, art. 230:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

b) Estatuto do Idoso, art. 3º:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

I- atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II - preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III- destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV- viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V- priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam

de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI- capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII- estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII- garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

c) Estatuto do Idoso, art. 10:

É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I - faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - prática de esportes e de diversões;

V - participação na vida familiar e comunitária;

VI - participação na vida política, na forma da lei;

VII - faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Quanto aos direitos da pessoa com deficiência, merecem menção as regras adiante reproduzidas:

a) Constituição Federal, art. 23, II:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

b) Lei nº 7.853/89, art. 1º, § 2º:

Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

c) Lei nº 7.853/89, art. 2º:

Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercí-

cio de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I - na área da educação:

- a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;
- a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;
- a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;
- o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a um ano, educandos portadores de deficiência;
- o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;
- a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino;

II - na área da saúde:

- a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência;
- o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado a suas vítimas;
- a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação;
- a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados;
- a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado;
- o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social;

III - na área da formação profissional e do trabalho:

- o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;
- o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;
- a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;
- a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;

IV - na área de recursos humanos:

- a formação de professores de nível médio para a Educação Especial, de técnicos de nível médio especializados na habilitação e reabilitação, e de instrutores para formação profissional;
- a formação e qualificação de recursos humanos que, nas diversas áreas de conhecimento, inclusive de nível superior, atendam à demanda e às necessidades reais das pessoas portadoras de deficiências;
- o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico em todas as áreas do conhecimento relacionadas com a pessoa portadora de deficiência;

V - na área das edificações:

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

5.2.2 – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – IDOSO E PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5.2.2.1 – FUNDAMENTO LEGAL

a) *Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, a:*

Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, III:

A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

c) Estatuto do Idoso, art. 74, I:

Compete ao Ministério Público:

I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

d) Lei nº 7.347/85, art. 21:

Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)

5.2.2.2 – CONSIDERAÇÕES

Consoante definição legal extraída do Código de Defesa do Consumidor, interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, parágrafo único, III).

Ressalte-se, de logo, que a legitimidade do Ministério Público para as demandas envolvendo direitos individuais homogêneos advém de comando constitucional, que lhe atribui não só a defesa de direitos individuais indisponíveis, mas também dos interesses socialmente relevantes.

É que na dimensão do direito ameaçado ou violado reside, muitas vezes, a relevância social, ensejadora da atuação do Ministério Público.

Logo, equivocadamente o entendimento de que a legitimidade ativa do *Parquet* estaria condicionada à indisponibilidade do direito homogêneo e também errôneo supor que a defesa coletiva do direito individual cinge-se às hipóteses derivadas de relação de consumo.

Em se cuidando de interesses do idoso, fica afastada qualquer alegação de ilegitimidade, por expressa menção a essa categoria de direitos, inserida no art. 74, I, da Lei nº 10.741/2003.

No que diz com a defesa, pelo Ministério Público, de direito individual homogêneo de pessoas com deficiência, como dito, a Constituição Federal o habilita a demandar em prol desses interesses.

A matéria foi analisada com precisão em julgado do TRF, 5ª Região, de onde se colhe o trecho a seguir:

[...] ao Ministério Público não se pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade na promoção

de direitos e reivindicações que, embora com titulares identificados ou identificáveis, têm acentuada conotação social, seja pela natureza do objeto pretendido, seja pela qualidade distintiva de certa categoria, cujas necessidades sejam discernidas pela própria sociedade como precisões de índole coletiva ou arrimadas em cuidado especial restaurador de equilíbrio indispensável diante das dificuldades vivenciadas em relação à própria inserção social. (TRF, 5ª Região. Agravo Regimental no agravo de instrumento nº 53411 – Rel. Des. Francisco Cavalcanti – DJ 01/06/04, p. 416)

5.2.3 – DIREITOS INDIVIDUAIS PUROS

5.2.3.1 – Idoso

Fundamento legal

a) Constituição Federal, art. 127, caput:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

b) Constituição Federal, art. 129, caput, II e IX:

São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

[...]

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

c) Estatuto do Idoso, art. 43:

As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III – em razão de sua condição pessoal.

d) Estatuto do Idoso, art. 43:

Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V – abrigo em entidade;

VI – abrigo temporário.

e) Estatuto do Idoso, art.50, XIII:
Constituem obrigações das entidades de atendimento:

[...]

XIII – providenciar ou solicitar que o Ministério Público requirite os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem, na forma da lei.

f) Estatuto do Idoso, art.74, I, II, III, IV: 82, *caput*:
Compete ao Ministério Público:

I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;

III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei;

IV – promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar;

g) Estatuto do Idoso, art.74, I, II, III, IV: 82, *caput*:
Para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes.

Considerações

Na seara dos direitos individuais do idoso, poderá o Ministério Público atuar como substituto processual, legitimação que deriva de mandamento constitucional reforçado por legislação ordinária – Lei Orgânica e Estatuto do Idoso.

É de se salientar que a atuação do Ministério Público estará sempre atrelada ao perfil institucional traçado pela Constituição, que lhe outorgou a defesa dos interesses sociais, direitos individuais indisponíveis e o exercício de funções compatíveis com sua finalidade.

Ficam assim estabelecidas as duas primeiras premissas a delinear a atuação do Ministério Público na defesa de interesses particulares de determinado idoso: a indisponibilidade do direito protegido ou sua relevância social e a compatibilidade das atribuições com a finalidade institucional do *Parquet*.

Ressalte-se, mais, que vocacionada a Instituição para a defesa do hipossuficiente, a vulnerabilidade, em se cuidando de pessoa idosa, vem traduzida nas situações enumeradas no art. 43 do Estatuto do Idoso: ameaça ou violação de direitos decorrentes de ação ou omissão da sociedade ou do Estado; falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento ou de condição pessoal do idoso.

A situação de risco do substituído é, pois o terceiro dos requisitos a ensejar a ação ministerial. E essa condição do idoso, com os contornos definidos no Estatuto, presta-se não só a delimitar o âmbito de atuação do Ministério Público, mas também a direcionar o objetivo e o enfoque dessa atuação – retirar o idoso da situação de risco. Eis o derradeiro requisito.

Vale frisar que a missão institucional de que se trata não visa suprir eventual falta de assistência judiciária, mas munir o promotor de Justiça dos instrumentos necessários para reverter a situação de risco em que se encontra o idoso.

Assim é que promoverá o órgão ministerial as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso. Em juízo, poderá manejar ação ordinária, cautelar, mandado de segurança e qualquer outro instrumento previsto na legislação processual para a defesa de direitos, na generalidade dos casos.

À guisa de conclusão, podem ser estabelecidas as seguintes condicionantes da legitimação do Ministério Público para a defesa do direito individual puro de idoso: 1) a indisponibilidade ou relevância social do direito; 2) o exercício de função condizente com o perfil institucional ditado pela Carta Política; 3) a situação de risco do idoso; 4) a atuação tendente a reverter essa situação de risco.

Nesse passo, é conveniente lembrar que, por vezes, interesse revestido de relevância social quando observado pela óptica do direito coletivo estará despidido dessa característica, se analisado nos limites da pretensão puramente individual.

É o caso, por exemplo, dos direitos previdenciários ou assistenciais. Nessas hipóteses, é inegável a relevância social de serem disponibilizados os benefícios conforme ditames legais, o que legitima a tutela coletiva capitaneada pelo Ministério Público. Falta ao *Parquet*, todavia, legitimidade para pleitear o direito em favor de determinado particular, porque estaria defendendo interesse individual disponível, incumbência destoante da finalidade institucional.

Além da autorização legal genérica a legitimar a ação ministerial nos moldes mencionados previu o Estatuto do Idoso, às expensas, a incumbência de “promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida”; “promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta lei, quando necessário ou o interesse público justificar”; determinar ou requerer medidas específicas de proteção em favor do idoso em situação de risco; requisitar documentos necessários ao exercício da cidadania.

Essas situações não destoam das premissas enumeradas, antes confirmam as conclusões expostas.

Para perfeita compreensão do que se apregoa, vale estabelecer, em arremate, a seguinte comparação: ao pleitear alimentos para idoso que tem direitos ameaçados ou violados por omissão da família, a atuação relaciona-se diretamente com a causa da situação de risco e volta-se contra os negligentes familiares. Nas demandas previdenciárias ou relativas a benefício de prestação continuada, havendo relutância do Estado em observar os preceitos de ordem pública que regem a matéria, deve agir o Ministério Público na defesa da coletividade de potenciais prejudicados. Ofertado regularmente o benefício, não haverá omissão do governante a ser corrigida, ficando a demanda individual na esfera dos interesses disponíveis.

5.2.3.2 – PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis da pessoa com deficiência tem gênese na regra do art. 127 da CF, já aludido.

Não se deve ignorar, todavia, que desempenhará o *Parquet* as funções compatíveis com sua finalidade institucional.

Forçoso concluir, pois, que à indisponibilidade do direito, deve somar-se a hipossuficiência de seu titular, situação que não deve ser entendida como carência de recursos materiais.

É que, também aqui, não se cuida de propiciar assistência jurídica aos necessitados. Ostenta o promotor de Justiça encarregado da defesa das pessoas com deficiência atribuições para pleitear em juízo direito indisponível relacionado à deficiência, porque aí é que se situa a condição determinante da especial proteção.

Vale lembrar, por fim, que assim na defesa do senil como da pessoa com deficiência, é possível que a demanda individual revele lesão a interesse coletivo. Nesse caso, sempre que o pleito individual refletir situação que alcance maior número de pessoas, identificáveis ou não, deve o promotor privilegiar a atuação mais ampla.

5.2.4 – ATUAÇÃO COMO CUSTOS LEGIS

5.2.4.1 – IDOSO

Fundamento legal

a) Estatuto do Idoso, art. 74, II:
Compete ao Ministério Público:
[...]

II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem

a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;
b) Estatuto do Idoso, art. 75:

Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipóteses em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos, requerer diligências e produção de outras provas, usando os recursos cabíveis.

Considerações

Atuando como fiscal da lei, compete ao Ministério Público oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idoso em situação de risco.

A literalidade do texto legal dá a medida da legitimação interventiva, à qual se aplicam as premissas relacionadas no tópico relativo à defesa dos direitos individuais puros do idoso.

Também aqui atuará o Ministério Público nos limites de seu perfil constitucional, velando por direitos indisponíveis ou revestidos de relevância social. Oficiará, então, quando figurar num dos pólos da relação processual idoso que alegue ameaça ou violação de seus direitos por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento ou em razão de sua condição pessoal.

Ressalte-se que as situações de risco, tal como delimitadas no art. 43 do Estatuto do Idoso, decorrem de violação ou ameaça aos *direitos reconhecidos nesta Lei*.

Assim, apenas reclamam a atuação do *Parquet* as discussões decorrentes da condição de idoso e tendentes a reverter a situação de risco.

A intervenção é devida, ainda, nas causas de qualquer natureza envolvendo idoso incapaz, por força da norma genérica do art. 82, I, do Código de Ritos.

5.2.4.2 – PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Fundamento legal

Lei nº 7.853/89, art. 5º:

O Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.

Considerações

Atuando como fiscal da lei, oficiará o Ministério Público nas ações em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.

Note-se que não se trata de resguardar quaisquer direitos da pessoa com deficiência, mas de assegurar

a observância dos direitos decorrentes dessa condição. Haverá legitimação interventiva seja capaz ou incapaz, pobre ou não o litigante deficiente, porque a relevância social, na hipótese, está ligada às características determinadoras da proteção especial.

O que se expôs neste e nos itens precedentes pode ser sintetizado nos seguintes termos: atuando como parte ou fiscal da lei, o Ministério Público deve permanecer sempre fiel à sua finalidade, agindo na defesa dos direitos indisponíveis ou revestidos de relevância social, de maneira condizente com seu perfil constitucional.

5.3 – ACESSIBILIDADE

5.3.1 – ACESSIBILIDADE NAS EDIFICAÇÕES

5.3.1.1 FUNDAMENTO LEGAL

Condições gerais

A *construção, reforma* ou *ampliação* de edificações de uso público ou coletivo, ou a mudança de destinação para estes tipos de edificação, deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis à pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 11, Lei Federal nº 10.098/2000; art. 11, Decreto Federal nº 5.296/2004).

a) Edificações de uso público – aquelas administradas por entidades da administração pública, direta e indireta, ou por empresas prestadoras de serviços públicos e destinados ao público em geral (art. 8º, VI, Decreto Federal nº 5.296/04).

a.1) Hipóteses de implementação da acessibilidade:

a.1.1) construção, ampliação ou reforma de edificações – garantia de, pelo menos, um dos acessos ao seu interior, com comunicação com todas as suas dependências e serviços, livre de barreiras e de obstáculos que impeçam ou dificultem a sua acessibilidade (art. 19, Decreto nº 5.296/04);

a.1.2) edificações de uso público já existentes: prazo de trinta meses, a contar de 3 de dezembro de 2004, para garantir acessibilidade às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida (art. 19, § 1º, Decreto nº 5.296/04).

b) Edificações de uso coletivo – aquelas destinadas às atividades de natureza comercial, hoteleira, cultural, esportiva, financeira, turística, recreativa, social, religiosa, educacional, industrial e de saúde, inclusive as edificações de prestação de serviços de atividades da mesma natureza (art. 8º, VII, Decreto Federal nº 5.296/04).

b.1) Hipóteses de implementação da acessibilidade: a construção, ampliação ou reforma de edificações de uso coletivo devem atender aos preceitos da acessibilidade na interligação de todas as partes de uso comum ou abertas ao público, conforme os padrões das normas técnicas de acessibilidade da ABNT (art. 18, Decreto Federal nº 5.296/04).

Condições específicas

a) Teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, casas de espetáculo, salas de conferência e similares (art. 23, Decreto Federal nº 5.296/04), *deverão garantir*:

a.1) reserva de, pelo menos, dois por cento da lotação do estabelecimento para pessoas em cadeira de rodas;

a.2) reserva de dois por cento dos assentos para acomodação de pessoas portadoras de deficiência visual e de pessoas com mobilidade reduzida;

a.3) adaptação de rotas de fuga e saídas de emergência, de modo a torná-las acessíveis;

a.4) as áreas de acesso aos artistas, tais como coxias e camarins, devem ser acessíveis a pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Prazo para adaptação das edificações já existentes

- edificações de uso público – trinta meses, a contar de 3 de dezembro de 2004;
- edificações de uso coletivo – quarenta e oito meses, a contar de 3 de dezembro de 2004.

b) Estabelecimentos de ensino de qualquer natureza (art. 24, Decreto Federal nº 5.296/04).

b.1) Deverão proporcionar condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários;

b. 2) Para a concessão de autorização de funcionamento, de abertura ou renovação de curso pelo Poder Público, o estabelecimento de ensino deverá comprovar que:

I - está cumprindo as regras de acessibilidade arquitetônica, urbanística e na comunicação e informação previstas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT e na legislação específica;

II - coloca à disposição de professores, alunos, servidores e empregados portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida ajudas técnicas que permitam o acesso às atividades escolares e administrativas em igualdade de condições com as demais pessoas; e

III - seu ordenamento interno contém normas sobre o tratamento a ser dispensado a professores, alunos, servidores e empregados portadores de deficiência, com o objetivo de coibir e reprimir qualquer tipo de discriminação, bem como as respectivas sanções pelo descumprimento dessas normas.

Prazo para adaptação das edificações já existentes:

- estabelecimentos públicos – trinta meses, a contar de 3 de dezembro de 2004;
- estabelecimentos privados – quarenta e oito meses, a contar de 3 de dezembro de 2004.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 15.816, de 16 de novembro de 2005, determina que os estabelecimentos de ensino públicos e privados ficam obrigados a oferecer condições de acesso e de utilização de suas instalações a pessoas

com deficiência ou com mobilidade reduzida, condicionando a autorização para funcionamento e o reconhecimento de curso de educação ao cumprimento dos requisitos de acessibilidade previstos na Lei Federal nº 10.098/2000. Para os estabelecimentos de ensino já em funcionamento, a Lei concede um prazo de cinco anos, contado da data de sua publicação, para a adequação de seus espaços físicos.

Entretanto, por divergir do que dispõe o Decreto Federal nº 5.296/2004, em prejuízo dos destinatários do direito, o prazo contido na Lei Estadual nº 15.816/2005 não deve ser aplicado.

Vale lembrar que, enquanto regulamentador das Leis nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000, as quais têm o *status* de lei nacional, o Decreto Federal nº 5.296/2004 deve ser tratado como norma geral, podendo ser apenas complementado pelas disposições contidas na legislação dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, bem como pelas normas técnicas de acessibilidade da ABNT, nos termos de seu art. 14.

c) **Instituições financeiras** (art. 5º, § 3º, Decreto Federal nº 5.296/04; Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.878/01)

Nos termos da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.878, de 26 de julho de 2001, as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem garantir:

- a) acesso ao interior da agência para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, observado o sistema de segurança previsto na legislação e regulamentação em vigor;
- b) acessibilidade aos guichês de caixa e aos terminais de auto-atendimento, bem como facilidade de circulação para as pessoas com deficiência.

Prazo para adaptação das edificações já existentes:

- 720 dias, a contar de 3 de dezembro de 2004 (art. 9º, § 1º, Resolução CMN nº 2.878/2001).

A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil publicou, em 19 de outubro do corrente ano, a Circular nº 3.369/2001, que dispõe acerca da comprovação do cumprimento dos requisitos de acessibilidade previstos no Decreto nº 5.296/2004 pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. A Circular, além de exigir a comprovação dos requisitos de acessibilidade até o início das atividades de agências e postos de atendimento, concede o prazo de 360 dias para adaptação das agências já instaladas.

Entretanto, tendo em vista que a Circular nº 3.369/2001 não revoga a Resolução CMN nº 2.878/2001, deve ser respeitado o prazo previsto nesta última, qual seja, 720 dias a contar da publicação do Decreto Federal nº 5.296/2004, ficando o prazo previsto na Circular adstrito à atuação administrativa do Banco Central do Brasil.

Conclusão

Diante do exposto, vê-se que a legislação em vigor encontra-se plenamente eficaz no tocante à implementação da acessibilidade nas edificações de uso público e de uso coletivo.

As edificações de uso público, em âmbito federal, estadual ou municipal, que não tenham se adaptado aos requisitos de acessibilidade até a presente data encontram-se em mora, haja vista ter expirado o prazo de 30 meses, contado da publicação do Decreto Federal nº 5.296/2004, para implementação das mudanças necessárias.

Teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, casas de espetáculo, salas de conferência e similares e estabelecimentos de ensino de qualquer natureza têm prazos variados, conforme a natureza pública ou privada, para a promoção da acessibilidade às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Para aquelas cujo prazo é de 30 meses a contar da publicação do Decreto Federal, pode o Ministério Público exigir-lhes a adequação de conduta. De outra parte, ainda resta lapso temporal para as edificações cujo prazo é de 48 meses. Por sua vez, as instituições financeiras já devem se adequar às normas de acessibilidade, uma vez expirado o prazo previsto na Resolução CMN nº 2.878/01.

Quanto às edificações de uso coletivo que não estejam entre aquelas mencionadas no parágrafo anterior, a implementação da acessibilidade restringe-se às hipóteses de construção, ampliação ou reforma, nos termos do art. 18, Decreto Federal nº 5.296/2004.

5.3.2 – ACESSIBILIDADE NOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO

5.3.2.1 FUNDAMENTO LEGAL

Condições gerais

Consideram-se integrantes dos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo os veículos, terminais, estações, pontos de parada, vias principais, acessos e operação. Esses são considerados acessíveis quando todos os seus elementos são concebidos, organizados, implantados e adaptados segundo o conceito de desenho universal, garantindo o uso pleno com segurança e autonomia por todas as pessoas (Decreto Federal nº 5.296/2004, arts. 31 e 34).

Ainda segundo o Decreto Federal, a infra-estrutura de transporte coletivo a ser implantada a partir de sua publicação deverá ser acessível e estar disponível para ser operada de forma a garantir o seu uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 34, parágrafo único).

Para tanto, as empresas concessionárias e permissionárias e as instâncias públicas responsáveis pela gestão dos serviços de transporte coletivo deverão garantir, conforme as normas específicas abaixo relacionadas e no âmbito de suas competências, a implantação das providências necessárias na operação, nos terminais, nas estações, nos pontos de parada e nas vias de acesso.

5.3.2.2 – ACESSIBILIDADE NO TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO

Veículos novos

As normas técnicas de acessibilidade para a fabricação de veículos acessíveis, exigência do art. 38, do Decreto nº 5.296/04, já foram publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), tendo o Conselho Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro reconhecido sua vinculação ao mencionado Decreto. São elas:

-ABNT/NBR 15.320 – Acessibilidade à Pessoa com Deficiência no Transporte Rodoviário. Válida a partir de 30/01/2006. Vinculada ao Decreto pela Resolução Conmetro nº 04/2006

-ABNT/NBR 14.022 – Transporte – Acessibilidade em veículos de transporte de passageiros. Válida a partir de 16/11/2006. Vinculada ao Decreto pela Resolução Conmetro nº 14/2006.

Quanto aos prazos, o Decreto nº 5.296/04 determina que os fabricantes têm vinte e quatro meses, a contar da edição das normas técnicas, para produzir todos os modelos e marcas de veículos de transporte coletivo rodoviário para utilização no país de forma acessível e disponíveis para integrar a frota operante (Decreto Federal nº 5.296/2004, art. 38).

A substituição da frota operante atual por veículos acessíveis, a ser feita pelas empresas concessionárias e permissionárias de transporte coletivo rodoviário, dar-se-á de forma gradativa, conforme o prazo previsto nos contratos de concessão e permissão deste serviço, num período máximo de cento e vinte meses a contar da publicação do Decreto (art. 38, § 2º e § 3º).

Veículos em circulação

Para a frota de veículos em circulação o Inmetro elaborou dois Regulamentos Técnicos da Qualidade, que apontam a que adaptações/modificações estes veículos deverão se submeter. Para isso, foram considerados fatores como a idade dos veículos, capacidade, relação custo/benefício, entre outros. Os RTQs são:

- Regulamento Técnico da Qualidade para Inspeção da Adaptação de Acessibilidade em Veículos de Características Urbanas para o Trans-

porte Coletivo de Passageiros – Aprovado pela Portaria Inmetro/MDIC nº 260, de 12/07/2007;

- - Regulamento Técnico da Qualidade para Inspeção da Adaptação de Acessibilidade em Veículos de Características Rodoviárias para o Transporte Coletivo de Passageiros. Este Regulamento Técnico esteve em Consulta Pública até o dia 04/11/2007, conforme Portaria Inmetro/MDIC nº 340 de 31/08/2007 publicada no Diário Oficial da União no dia 04/09/2007. No presente, encontram-se em fase de análise os comentários advindos da referida Consulta que, uma vez concluídos, darão corpo ao Regulamento, o qual então será publicado.

As adaptações nos veículos de características urbanas deverão ser realizadas no prazo máximo de vinte e quatro meses, contados a partir da data de publicação da Portaria Inmetro/MDIC nº 260 de 18/07/2007. Os proprietários dos veículos serão responsáveis pela realização das adaptações e inspeções necessárias dentro do prazo determinado, devendo para tanto estabelecer um planejamento que considere a quantidade de Organismos de Inspeção Acreditados (OIA) pelo Inmetro, as suas localizações, e o tamanho da frota que será adaptada (Portaria Inmetro/MDIC nº 260, art. 4º).

Quanto à infra-estrutura deste serviço de transporte coletivo, esta deverá estar totalmente acessível no prazo máximo de cento e vinte meses a contar da data de publicação do Decreto Federal nº 5.296/04 (art. 38, § 3º). Cabe aqui trazer o comando geral contido no art. 9º daquele estatuto, o qual prescreve premissas básicas para implementação das ações de acessibilidade:

Art. 9º. A formulação, implementação e manutenção das ações de acessibilidade atenderão às seguintes premissas básicas:

I - a priorização das necessidades, a programação em cronograma e a reserva de recursos para a implantação das ações; e

II - o planejamento, de forma continuada e articulada, entre os setores envolvidos.

5.3.2.3 – ACESSIBILIDADE NO TRANSPORTE COLETIVO AQUAVIÁRIO

Embarcações novas

Foi publicada no dia 01/12/2006 a norma ABNT/NBR nº 15450 – Acessibilidade de Passageiros no Sistema de Transporte Aquaviário, que foi vinculada ao Decreto nº 5.296/2004 pela Resolução Conmetro nº 15/2006. Desde então, as empresas têm trinta e seis meses para fabricar todos os modelos e marcas acessíveis e disponibilizá-los para integrar a frota operante (art. 40, Decreto nº 5.296/04).

Embarcações em circulação

O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) elaborou diagnóstico sobre o sistema de transporte aquaviário. Com base no resultado da pesquisa, foi definido um elenco de adaptações possíveis para determinados tipos de embarcações. Essas adaptações serão estabelecidas no Regulamento Técnico da Qualidade para Inspeção da Adaptação de Acessibilidade em Embarcações Utilizadas no Transporte Coletivo de Passageiros, que esteve em Consulta Pública até o dia 04/11/07, conforme Portaria Inmetro/MDIC nº 339, de 31/08/2007, publicada no DOU no dia 04/09/2007.

A partir da publicação do regulamento técnico, as empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transporte coletivo aquaviário deverão garantir, no prazo de até cinquenta e quatro meses, a acessibilidade da frota de veículos em circulação, inclusive de seus equipamentos (art. 41, Decreto nº 5.296/2004).

Pela conjugação do art. 40, § 2º, com o art. 36 do decreto da acessibilidade, as adequações na infraestrutura dos serviços desta modalidade de transporte têm exigência imediata, com a ressalva do já citado art. 9º.

5.3.2.4 – ACESSIBILIDADE NO TRANSPORTE COLETIVO METROFERROVIÁRIO E FERROVIÁRIO

A frota de veículos de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário, assim como a infra-estrutura dos serviços deste transporte deverão estar totalmente acessíveis no prazo máximo de cento e vinte meses a contar da data de publicação do Decreto nº 5.296/04 (art. 42, Decreto nº 5.296/2004). A acessibilidade obedecerá às seguintes normas técnicas:

- NBR 14020 – Acessibilidade à Pessoa Portadora de Deficiência – Trem de Longo Percurso. Válida a partir de 29/01/1998;
- NBR 14021 - Transporte - Acessibilidade no sistema de trem urbano ou metropolitano. Válida a partir de 31/07/2005.

No prazo de até trinta e seis meses a contar da data da publicação do Decreto Federal, todos os modelos e marcas de veículos de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário deverão ser fabricados acessíveis e estar disponíveis para integrar a frota operante, de forma a garantir o seu uso por pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 42, § 2º, Decreto nº 5.296/2004).

As empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário deverão apresentar plano de adaptação dos sistemas existentes, prevendo ações saneadoras de, no mínimo, oito por cento ao ano, sobre os

elementos não acessíveis que compõem o sistema (art. 43, Decreto nº 5.296/2004).

5.3.2.5 – ACESSIBILIDADE NO TRANSPORTE COLETIVO AÉREO

No prazo de até trinta e seis meses, a contar da data da publicação do Decreto nº 5.296/04, os serviços de transporte coletivo aéreo e os equipamentos de acesso às aeronaves estarão acessíveis e disponíveis para serem operados de forma a garantir o seu uso por pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 44, Decreto nº 5.296/04).

A acessibilidade nos serviços de transporte coletivo aéreo obedecerá ao disposto na Norma de Serviço da Instrução da Aviação Civil NOSER/IAC - 2508-0796, de 1º de novembro de 1995, expedida pelo Departamento de Aviação Civil do Comando da Aeronáutica, e nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT.

5.3.2.6 – PRAZO CONTIDO NA LEI FEDERAL Nº 10.048/2000

A Lei Federal nº 10.048/2000, que dispõe sobre o atendimento prioritário às pessoas com deficiência, contém norma a respeito do acesso dessas pessoas aos veículos de transporte coletivo, nos seguintes termos:

Art 5º Os veículos de transporte coletivo a serem produzidos após doze meses da publicação desta Lei serão planejados de forma a facilitar o acesso a seu interior das pessoas portadoras de deficiência.

§ 1º (vetado)

§ 2º Os proprietários de veículos de transporte coletivo em utilização terão o prazo de cento e oitenta dias, a contar da regulamentação desta Lei, para proceder às adaptações necessárias ao acesso facilitado das pessoas portadoras de deficiência.

É certo que a Lei nº 10.048/00 traz prazos mais exigüos para implementação da acessibilidade nos veículos de transporte coletivo. No entanto, é preciso destacar que o Decreto nº 5.296/04 lida não apenas com os veículos, mas com todos os elementos integrantes dos serviços de transporte coletivo, aí incluídos os veículos, terminais, estações, pontos de parada, vias, acessos e operação. O regulamento impõe deveres tanto a particulares quanto ao poder público, com vistas à acessibilidade de todo o sistema. Nesse sentido, os prazos do Decreto Federal mostram-se condizentes com a dimensão e alcance das medidas a serem implementadas.

Ao trabalhar com pressupostos como planejamento, reserva de recursos e articulação entre os setores envolvidos, referido diploma demonstra que a implantação das providências necessárias exige grande esforço, bastando citar o tamanho da frota que será adaptada e o quantitativo e a capacidade operacional dos órgãos de inspeção acreditados no território nacional.

Conclusão

Foram apresentados prazos e condições para implementação da acessibilidade aos serviços de transporte coletivo. Importante ressaltar que as obrigações oriundas das disposições legais recaem tanto sobre as empresas concessionárias e permissionárias como também sobre as instâncias públicas responsáveis pela gestão dos serviços de transporte coletivo. Nesse contexto, tendo em vista o grande número de medidas que devem ser tomadas, bem como o vulto dos recursos exigidos, mais que observar o cumprimento das obrigações cujo prazo já transcorreu, necessário se faz diligenciar no sentido de ver do poder público e dos demais envolvidos o planejamento, de forma continuada e articulada, com vistas à efetivação dos direitos consagrados às pessoas com deficiência e mobilidade reduzida. Com efeito, conforme vislumbrado pelo próprio Decreto Federal nº 5.296/2004, para a formulação, implementação e manutenção das ações de acessibilidade, são indispensáveis a priorização das necessidades, a programação em cronograma, a reserva de recursos e o intercâmbio entre os órgãos e entidades competentes.

5.4 – TRANSPORTE COLETIVO – GRATUIDADE

5.4.1 – PASSE LIVRE NO TRANSPORTE COLETIVO URBANO, INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL PARA IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

5.4.1.1 – TRANSPORTE COLETIVO URBANO

Idoso

- Abrangência

Gratuidade irrestrita às pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, na modalidade de transporte coletivo urbano rodoviário e metroferroviário.

- Requisitos

Apresentação de qualquer documento pessoal que comprove a idade.

- Fundamento legal

- 1) Constituição Federal, art. 230, § 2º
- 2) Estatuto do Idoso, art. 39

O Estatuto do Idoso, Lei Federal nº 10.741/2003, em seu art. 39, foi além do disposto no art. 230, § 2º, da CF/88, estendendo a gratuidade ao *transporte coletivo semi-urbano*. O art. 39, § 3º, do Estatuto do Idoso confere ainda à legislação local a prerrogativa de estender a gratuidade no transporte coletivo urbano às pessoas compreendidas na faixa etária entre sessenta e sessenta e cinco anos.

- Atual situação

Quanto à gratuidade no transporte coletivo urbano, está ultrapassada qualquer controvérsia a este respeito, tendo em vista se tratar de preceito constitucional auto-aplicável que vem sendo posto em prática desde 1988, com a promulgação da Carta Magna.

Por ser serviço público essencial e de peculiar interesse, o transporte coletivo urbano pode ser prestado diretamente pelo município ou sob regime de permissão ou concessão, sendo que no caso de delegação a empresa concessionária pode pleitear a readequação econômico-financeira do contrato, caso demonstrado o impacto da gratuidade nos custos de operação.

Em Belo Horizonte, a empresa gestora do transporte local instituiu a Câmara de Compensação Tarifária (CCT), no intuito de manter equilibrado o sistema de transporte coletivo do Município, por meio do processamento e redistribuição dos custos suportados pelas diversas empresas concessionárias que compõem o sistema.²⁹¹

A polêmica se instala quando da análise do transporte coletivo semi-urbano, que vem suscitando inúmeras dúvidas quanto à sua aplicação, mormente quanto à definição de linha semi-urbana. A legislação pouco dispõe a respeito, constando uma definição apenas no Decreto Estadual nº 32.656/91, que contém o Regulamento de Serviço de Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal do Estado de Minas Gerais (RSTC), senão vejamos:

Art. 2º. Para efeito deste Regulamento, considera-se: [...]

XII - LINHA SEMI-URBANA: a linha que opera em itinerário praticamente urbanizado, apresentando intensa variação de demanda de passageiros ao longo do dia;

Levando-se em conta que a definição de linha semi-urbana é encontrada na legislação que regulamenta o transporte coletivo intermunicipal, é possível firmar o entendimento de que esse tipo de transporte representa uma modalidade especial do modal intermunicipal. Com efeito, a sua definição leva a crer que a intenção foi equiparar a modalidade semi-urbana ao transporte urbano, em razão de semelhança de suas características. É o que ocorre, por exemplo, nos serviços de transporte prestados entre municípios de uma mesma Região Metropolitana, uma vez que, apesar de extrapolarem os limites de um município, representam quase que uma extensão do serviço de transporte público municipal.

Há, contudo, posição diversa, no sentido de considerar como semi-urbano o transporte rural, ou

²⁹¹ OLIVEIRA, Marcos Fontoura de. **Transporte, privilégio e política**: um estudo sobre a gratuidade no transporte coletivo em Belo Horizonte. Belo Horizonte: Guanabara, 2002

seja, a condução feita, dentro da circunscrição de um mesmo município, entre o centro e seus distritos ou bairros rurais.

As duas posições podem ser encontradas em julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por ocasião de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, conforme peças processuais disponibilizadas no sítio eletrônico do CAOPPDI.

A propósito do tema, reproduz-se, a seguir, resposta a consulta formulada por este Centro de Apoio ao DER/MG:

- há inicialmente que diferenciar-se o conceito jurídico institucional, do conceito operacional, das linhas designadas de semi-urbanas;
- linhas semi-urbanas são as que ligam um determinado conglomerado urbano aos diversos núcleos populacionais (tais como distritos, povoados e demais localidades) de um mesmo município;
- são linhas que interligam a área urbana/cidade às demais outras localidades fora do perímetro urbano, mas sempre dentro dos limites territoriais do mesmo município, constituindo-se estas em linhas de transportes coletivos semi-urbanas;
- trata-se portanto de serviço público essencial de atribuição do município e de sua competência administrativa;
- com referência ao disposto no inciso XII, do art. 2º do Decreto nº 32656/91, a designação de linha semi-urbana, trata-se de terminologia técnica adotada para caracterizar um serviço intermunicipal que é realizado à semelhança operacional do serviço municipal semi-urbano;
- assim, entende-se como linha semi-urbana a prestação de um serviço de competência administrativa restrita ao município, ao passo que a terminologia adotada a âmbito do Estado define tão somente o *modus operandi* do serviço da linha intermunicipal;
- portanto, em observância ao conceito jurídico-institucional da matéria, não pode o Estado prestar serviço público de interesse local (art. 30, IV, da CF), no que se inclui as linhas semi-urbanas propriamente ditas;
- a designação de linha semi-urbana, utilizada no Regulamento de Serviço de Transporte Coletivo de Passageiros (RSTC) (Decreto nº 32.656/91), é aplicada tão somente, como mero conceito operacional de serviço de sua competência, o que não há de confundir-se com aquele prestado pelo município;
- em assim exposto, as linhas da Região Metropolitana não podem, por força de competência administrativa, distinta e diversa, serem consideradas linhas semi-urbanas, pois que, conforme anteriormente elucidado, são estas intermunicipais;

- portanto, o DER/MG não tem sob sua jurisdição linhas semi-urbanas, que, voltamos a frisar, estas estão adstritas exclusivamente à competência dos municípios.

- Reserva de assentos

Nos veículos de transporte coletivo *urbano e semi-urbano*, devem ser reservados 10% dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente, consoante Estatuto do Idoso, art. 39, § 2º, e normas técnicas da ABNT.

Ressalte-se que a reserva de assentos não se confunde com a gratuidade. Trata-se de dois benefícios distintos, com requisitos e abrangência diversos.

Deve, pois, ser coibida a censurável prática de impedir o acesso de beneficiários da gratuidade à parte traseira do veículo, após a roleta, praxe que decorre de ineficiência das concessionárias e permissionárias do serviço público de transporte na operacionalização do passe livre. Não é demasiado lembrar que a conduta abriga inexplicável contradição, pois trata como limitação um privilégio – a reserva de assentos. Além disso, é de se ver que o número de beneficiários da gratuidade (idosos com sessenta e cinco anos ou mais) tende a ser expressivamente superior ao dos assentos reservados (dez por cento em cada veículo), o que pode gerar extremo desconforto e até insegurança.

Pessoa com deficiência

- Legislação

Não há lei federal ou estadual no âmbito do Estado de Minas Gerais que preveja a gratuidade para a pessoa com deficiência no transporte coletivo urbano.

Deve ser observada a legislação municipal, se houver.

- Reserva de vagas:

Nos veículos de transporte coletivo de *características urbanas*, devem ser reservados dez por cento dos assentos para as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, sendo garantido mínimo de dois assentos, conforme Decreto Federal nº 5.296/04, que regulamenta as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00, e normas técnicas da ABNT.

5.4.1.2 – TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL

Idoso e pessoa com deficiência

- Abrangência

Gratuidade às pessoas com deficiência física, mental e visual e com idade superior a 65 anos, exten-

siva a acompanhante se constatada a necessidade para locomoção do deficiente.

- Requisito

Credenciamento perante o Estado, munido da seguinte documentação:

- 1) atestado comprobatório da deficiência;
- 2) atestado de que é pobre no sentido legal, expedido por autoridade competente;
- 3) carteira de identidade expedida por órgão competente;
- 4) duas fotografias 3 x 4.

O Estado deverá celebrar convênio com as empresas de transporte coletivo intermunicipal, estabelecendo as condições para assegurar-lhes a indenização relativa aos custos decorrentes da concessão dos benefícios. (Decreto Estadual nº 32.649/91, art. 11)

- Fundamento legal:

- 1) Lei Estadual nº 10.419/91;
- 2) Decreto Estadual nº 32.649/91.

- Atual situação

Com o objetivo de fazer cumprir a referida legislação, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública em face do Estado de Minas Gerais e do Departamento de Estradas de Rodagem (DER/MG) sendo que, em março de 2000, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu negar o direito ao passe livre intermunicipal, sob o fundamento de ausência de previsão orçamentária para cobrir as despesas inerentes à aplicação legal.

Assim, atualmente tal legislação não possui eficácia, embora esteja em vigor.

Não há lei de âmbito nacional garantindo o direito no transporte intermunicipal. Portanto, a situação será modificada apenas com a atuação do poder público, com previsão legal ou contratual acerca do custeio do benefício.

- Reserva de vagas:

As concessionárias de transporte coletivo intermunicipal de passageiros deverão demarcar as duas primeiras poltronas dos veículos para uso preferencial de pessoas com dificuldades de locomoção temporária ou permanente, conforme disposto na Lei Estadual nº 15.083/04 e seu regulamento, Decreto nº 44.008/05.

5.4.1.3 – TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL

Idoso

- Abrangência

Oferta no sistema de transporte coletivo interestadual, nos modais *rodoviário*, *ferroviário* e *aquaviário*, dos seguintes benefícios:

- 1) a reserva de duas vagas gratuitas por veículo para idosos (60 anos ou mais) com renda igual ou inferior a dois salários mínimos;
- 2) desconto de cinquenta por cento, no mínimo, no valor das passagens, para os idosos (60 anos ou mais) que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a dois salários mínimos.

- Requisitos

Apresentação, no ponto de venda de passagens:

- 1) documento pessoal de identidade, com fé pública, que contenha foto, para comprovação da idade;
- 2) documento comprobatório da renda, mediante: Carteira de Trabalho e Previdência Social com anotações atualizadas; contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador; carnê de contribuição para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida pelo INSS ou outro regime de previdência social público ou privado; e documento ou carteira emitida pelas Secretarias Estaduais ou Municipais de Assistência Social ou congêneres.

- Fundamento legal

- 1) Lei Federal nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso – art. 40;
- 2) Decreto Federal nº 5.934/06;
- 3) Resolução ANTT nº 1.692/06.

- Atual situação

A Associação Brasileira das Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros (ABRATI) ingressou com uma ação ordinária contra a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) objetivando o não cumprimento do Estatuto do Idoso, sob o argumento de que a legislação não previu a fonte de custeio para arcar com tal gratuidade.

Após sucessivas impugnações de ambas as partes, atualmente o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de suspensão de segurança formulado pela ANTT, restabelecendo a decisão de “[...] manter incólume a aplicação e fiscalização do art. 40, I e II, da Lei nº 10.741/2003, e seus atos complementares”, até o julgamento da ação ordinária nº 2006.34.00.033067-1.

Dessa forma, atualmente, as empresas concessionárias do transporte coletivo interestadual estão obrigadas à implementação do respectivo benefício.

Registre-se que os feitos aludidos têm trâmite na Justiça Federal porque figuram no pólo passivo a ANTT e a União. De se observar, todavia, que a agência reguladora e a União não são litisconsortes passivas necessárias nas ações atinentes à relação jurídica estabelecida entre os usuários a as concessionárias do serviço público, relação que é autôno-

ma e se distingue daquela instaurada entre estas e o poder cedente (cf. STJ, recurso especial 788.806-MS). Logo, as causas eventualmente ajuizadas em desfavor das concessionárias ou permissionárias do serviço público para efetivação do benefício terão curso perante a Justiça Estadual.

Quanto à fruição, no transporte aéreo, dos benefícios previstos no art. 40 do Estatuto do Idoso, em que pese a previsão genérica do dispositivo, segundo a qual todas as modalidades de transporte coletivo interestadual de passageiros estariam compreendidas, faltam normas de regulamentação para exercício do direito, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, já que o Decreto faz expressa menção apenas aos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário.

Pessoa com deficiência

- Abrangência

Gratuidade no sistema de transporte coletivo interestadual, nos modais *rodoviário e ferroviário*, para pessoa com deficiência física, mental, auditiva ou visual comprovadamente carente, cuja renda familiar mensal *per capita* seja de até um salário mínimo.

- Requisitos

Expedição da carteira do passe livre, mediante requerimento endereçado ao Ministério dos Transportes e apresentação da seguinte documentação:

- 1) cópia de um documento de identidade válido;
- 2) laudo de equipe multiprofissional do SUS, comprovando a deficiência ou incapacidade do interessado;
- 3) requerimento com declaração de que possui renda familiar mensal per capita igual ou inferior a um salário mínimo.

- Fundamento legal

- 1) Lei Federal nº 8.899/94
- 2) Decreto Federal nº 3.691/2000
- 3) Portaria Ministério dos Transportes nº 01/2001

- Atual situação

Encontra-se plenamente em vigor e efetivamente implantado.

Conclusão

Está plenamente em vigor o passe livre no transporte coletivo urbano e interestadual para pessoas idosas.

Já em relação às pessoas com deficiência, está garantido o passe livre interestadual. No transporte municipal, o direito dependerá de lei local.

Quanto ao transporte intermunicipal, apesar de previsto o direito em lei estadual indistintamente para

o idoso e para a pessoa com deficiência, sua eficácia depende de previsão de fonte de custeio, conforme decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

5.5 – FISCALIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA PARA IDOSOS

5.5.1 – NORMAS APLICÁVEIS

Consultar Estatuto do Idoso, Lei nº 8.842/94 – Política Nacional do Idoso, Decreto nº 1.948/96 e Resolução ANVISA 283/05.

5.5.1.1 – ASPECTOS A SEREM OBSERVADOS QUANDO DA FISCALIZAÇÃO DE ILPI

As entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso serão fiscalizadas pelos Conselhos do Idoso, Ministério Público, Vigilância Sanitária e outros previstos em lei. Eis o comando do art. 52 do Estatuto do Idoso, que atribui ao *Parquet* atribuição de relevo.

Observe-se que dentre os mandamentos legais voltados para as pessoas idosas, há questões direcionadas para a elaboração de políticas públicas, portanto, de responsabilidade da União, do Estado e do Município, e que deverão ser oferecidas à população idosa em geral, inclusive àqueles idosos asilados. Já outros dispositivos legais tratam de requisitos exigíveis da instituição asilar propriamente dita, independentemente de ser filantrópica ou com fins lucrativos.

Além disso, vale lembrar que compete ao poder público assegurar ao idoso que não tenha meios de prover à sua própria subsistência, que não tenha família ou cuja família não tenha condições de prover à sua manutenção, assistência asilar, na forma da lei, conforme Estatuto do Idoso, art. 14 e Decreto Federal nº 1.948/96, art. 17, parágrafo único. Porém, caso o município não possua instituição para esse fim, o serviço pode ser prestado pelas entidades filantrópicas já existentes, assumindo também o poder público a responsabilidade pela observância dos requisitos legais exigidos para o funcionamento destas.

Assim é que, ao proceder à fiscalização de instituição de longa permanência para idoso, o promotor de Justiça pode se deparar com situações a reclamar solução em esferas diversas: pode observar carência de políticas públicas, a cargo do Município, do Estado ou da União; ora pode identificar providências exigíveis da própria Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILPI) e uma terceira espécie consiste em medidas incluídas entre as obrigações da entidade asilar, que podem ser assumidas pelo poder público, sobretudo se inexistir instituição governamental no município.

Da análise da legislação pertinente, em especial a Lei nº 8.842/94 – Política Nacional do Idoso, seu respectivo Decreto nº 1.948/96, o Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/2003), apontam-se como obrigações do poder público:

- garantir ao idoso a assistência integral à saúde, entendida como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, nos diversos níveis de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS) garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos (Estatuto do Idoso, art. 15, Decreto Federal nº 1.948/96, art. 9º, inciso I);
- fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (Estatuto do Idoso, art. 15, § 2º, Decreto Federal nº 1.948/96, art. 9º, inciso V);
- assegurar ao idoso que não tenha meios de prover à sua própria subsistência, que não tenha família ou cuja família não tenha condições de prover à sua manutenção, assistência asilar, na forma da lei (Estatuto do Idoso, art. 14, Decreto Federal nº 1.948/96, art. 17, parágrafo único);
- providenciar o atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural (Estatuto do Idoso, art. 15, inciso IV).

Já com relação ao funcionamento das Instituições de Longa Permanência para Idosos, de acordo com a legislação supracitada e a Resolução ANVISA nº 283/05, que define normas de funcionamento para as ILPIs, são requisitos mínimos.

5.5.1.2 – REQUISITOS RELATIVOS À PESSOA JURÍDICA

Possuir estatuto registrado com objetivos e plano de trabalho compatíveis com os princípios do Estatuto do Idoso, quais sejam (Estatuto do Idoso, art. 48, inciso II, art. 49, e Resolução ANVISA nº 283/2005):

- I – preservação dos vínculos familiares;
- II – atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- III – manutenção do idoso na mesma instituição, salvo em caso de força maior;
- IV – participação do idoso nas atividades comunitárias, de caráter interno e externo;
- V – observância dos direitos e garantias dos idosos;
- VI – preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade;

- possuir Regimento Interno (Resolução ANVISA nº 283/05, 4.5.2); possuir alvará sanitário atualizado expedido pelo órgão sanitário competente (Resolução ANVISA nº 283/05, 4.5.1);
- inscrever seu programa junto ao Conselho do Idoso (Municipal, Estadual ou Nacional), especificando os regimes de atendimento (Estatuto do Idoso, art. 48, parágrafo único);
- demonstrar a idoneidade de seus dirigentes (Estatuto do Idoso, art. 48, parágrafo único);
- o Responsável Técnico – RT, que responde pela instituição junto à autoridade sanitária local, deve possuir formação de nível superior (Resolução ANVISA nº 283/05, 4.5.3); manter a identificação externa visível da entidade (Estatuto do Idoso, art. 37, § 2º).

5.5.1.3 – REQUISITOS RELATIVOS AO IDOSO

- providenciar ou solicitar ao Ministério Público que requisite os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles idosos que não os possuam (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XIII);
- fazer constantemente o levantamento dos idosos que necessitam de interdição e encaminhar o caso ao Ministério Público (Estatuto do Idoso, art. 74, inciso II);
- comunicar ao Ministério Público a situação de abandono moral ou material dos idosos por parte dos familiares (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XVI);
- firmar contrato escrito de prestação de serviço com o idoso, especificando o tipo de atendimento, as obrigações da entidade e prestações decorrentes do contrato, com os respectivos preços, se for o caso (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso I);
- manter arquivo de anotações completo onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do idoso, responsável, parentes, endereços, cidade, relação de seus pertences, bem como o valor de contribuições, e suas alterações, se houver, e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XV);
- encaminhar para a instituição de saúde adequada os idosos portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente (vedação de manter tais idosos na instituição conforme Lei Federal nº 8.842/94, art. 4º, parágrafo único, e Decreto Federal nº 1.948/96, art. 18);
- comunicar à autoridade competente de saúde toda a ocorrência de idoso portador de doenças infecto-contagiosas (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XII).

5.5.1.4 – QUANTO AO ATENDIMENTO PRESTADO PELA ENTIDADE

- Fornecer atendimento personalizado (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XV);
- elaborar estudo social e pessoal de cada caso (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XI);

- viabilizar cuidados específicos à saúde dos idosos asilados (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso VIII);
- propiciar a assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso X);
- promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso VIII);
- diligenciar no sentido de preservar os vínculos familiares (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso VI).

5.5.1.5 – QUANTO ÀS CONDIÇÕES DA ENTIDADE

- preservar a identidade e a privacidade do idoso, assegurando um ambiente de respeito e dignidade (Estatuto do Idoso, art. 49, inciso VI, e Resolução ANVISA nº 283/05);
- fornecer vestuário adequado, se a entidade for pública, e alimentação suficiente (Lei Federal nº 10.741/2003, art. 37, § 3º, e art. 50, inciso III);
- oferecer instalações físicas com os requisitos de acessibilidade a todas as pessoas com dificuldade de locomoção, segundo o estabelecido na Lei Federal 10.098/2000, bem como no Estatuto do Idoso, art. 37, § 3º e art. 50, inciso IV;
- oferecer acomodações apropriadas para o recebimento de visitas (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso VII);
- fornecer comprovante de depósito dos bens móveis que receberem dos idosos (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XIV);
- promover a convivência mista entre os residentes de diversos graus de dependência, assim como a integração dos idosos nas atividades desenvolvidas pela comunidade local, favorecendo o desenvolvimento de atividades conjuntas com pessoas de outras gerações (Resolução ANVISA nº 283/05);
- a Instituição de Longa Permanência para Idosos deve apresentar os seguintes recursos humanos, com vínculo formal de trabalho:

- 1) responsável técnico com carga horária mínima de 20 horas por semana;
 - 2) um cuidador, com carga horária de 8 horas/dia, para cada 20 idosos com grau de dependência I (idosos independentes, mesmo que requeiram uso de equipamentos de auto-ajuda);
 - 3) um cuidador, por turno, para cada dez idosos com grau de dependência II (idosos com dependência em até três atividades de autocuidado para a vida diária tais como: alimentação, mobilidade, higiene; sem comprometimento cognitivo ou com alteração cognitiva controlada);
 - 4) um cuidador, por turno, para cada 6 idosos com grau de dependência III (idosos com dependência que requeiram assistência em todas as atividades de autocuidado para a vida diária e ou com comprometimento cognitivo);
- para as atividades de lazer: um profissional com formação de nível superior para cada 40 idosos, com carga horária de doze horas por semana;

- para serviços de limpeza: um profissional para cada 100m² de área interna ou fração, por turno, diariamente;
- para o serviço de alimentação: um profissional para cada 20 idosos, garantindo a cobertura de dois turnos de 8 horas; para o serviço de lavanderia: um profissional para cada 30 idosos, ou fração, diariamente;
- há a opção de terceirizar os serviços de alimentação, limpeza e lavanderia, sendo obrigatória a apresentação do contrato e da cópia do alvará sanitário da empresa terceirizada, estando dispensada de manter quadro próprio e área física específica para os respectivos serviços (Resolução ANVISA nº 283/05, 4.5.6);
- a instituição que possuir profissional de saúde vinculado à sua equipe de trabalho, deve exigir registro desse profissional no seu respectivo Conselho de Classe;
- a instituição deve realizar atividades de educação permanente na área de gerontologia, com objetivo de aprimorar tecnicamente os recursos humanos envolvidos na prestação de serviços aos idosos.

5.6 – DIREITO À EDUCAÇÃO

5.6.1 – NECESSÁRIA COMPREENSÃO DO TEMA

5.6.1.1 – FUNDAMENTO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (art. 1º, II e III). Nesse contexto, a educação recebeu tratamento de destaque, como instrumento indispensável para a formação plena da pessoa humana. Incluída entre os direitos sociais – Capítulo II do Título II –, a educação aparece como “[...] direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, *caput*).

Idosos

Os dispositivos legais dedicados ao direito à educação dos idosos são: “[...] igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, I), “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria” (art. 208, I). A necessidade de se assegurar educação para todos, inclusive jovens e adultos, no mundo inteiro, é reafirmada na Conferência Mundial sobre Educação para Todos, ocorrida em Jomtien, na Tailândia, de 5 a 9 de março de 1990. O documento produzido naquela oportunidade – Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem – aponta que cada pessoa (criança, jovem ou adulto) deve

estar em condições de aproveitar as oportunidades educacionais voltadas para satisfazer suas necessidades básicas de aprendizagem. Essas necessidades compreendem tanto os instrumentos essenciais para a aprendizagem, quanto os seus conteúdos básicos.

A Lei Federal nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases Da Educação Nacional – LDB) destacou, no Título V (Dos Níveis e Das Modalidades de Educação e Ensino), no Capítulo II (Da Educação Básica), na Seção V, a forma de organização da Educação de Jovens e Adultos (EJA) no país. Especificamente em relação aos idosos, a Lei Federal nº 10.741/03 dispõe que a educação deve respeitar sua peculiar condição de idade (artigo 20). Nesse sentido, o Poder Público criará oportunidades de acesso dos idosos à educação, com a adequação do currículo, de metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados. Os cursos especiais para idosos deverão incluir conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna (artigo 21).

5.6.1.2 – ASPECTOS PRÁTICOS E PEDAGÓGICOS

O que é Educação de Jovens e Adultos (EJA)

De acordo com a LDB, a educação de jovens e adultos é a modalidade de ensino destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria (artigo 37).

Onde e como deve ser oferecida a EJA

Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente a jovens e adultos as oportunidades educacionais apropriadas e devem ser consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames. Cabe ao Poder Público viabilizar e estimular o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si. Além disso, os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular. Os exames supramencionados realizar-se-ão no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos (art. 38, § 1º, I, da LDB), e no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos (art. 38, § 1º, II, da LDB).

Pessoas com deficiência

Os dispositivos legais dedicados à inclusão escolar das pessoas com deficiência são: “a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, I), “o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 208, III),

“a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (art. 208, V), “a responsabilidade da autoridade competente pelo não oferecimento ou a oferta irregular do ensino obrigatório” (art. 208, § 2º).

O crescente movimento de inclusão das pessoas com deficiência ganhou força com a Lei Federal nº 7.853/89, que trata da política nacional de apoio à pessoa com deficiência, amparando, entre outros, o direito à educação. Regulamentando aquele diploma, sobreveio o Decreto Federal nº 3.298/99, que caracterizou a educação especial como um processo flexível, dinâmico e individualizado, oferecido principalmente nos níveis de ensino considerados obrigatórios.

A Conferência de Jomtien (1990) também afirmou a necessidade da adoção de medidas que garantam a igualdade de acesso à educação às pessoas com todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educacional. Outro importante instrumento cujos postulados foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, a Declaração de Salamanca, produzida durante a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas, realizada na Espanha, de 7 a 10 de junho de 1994, vê nas escolas regulares de orientação inclusiva o meio mais eficaz de “[...] combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos” (item 2). A LDB traçou, no Capítulo V, os contornos da educação especial (artigo 58 e seguintes).

Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência (aprovada pelo Conselho Permanente na sessão realizada em 28 de maio de 1999, na Guatemala), documento que enfatiza a primazia da educação inclusiva em detrimento da educação segregada ao objetivar a prevenção e eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, propiciando a sua plena integração à sociedade.

Os preceitos ali formulados estão inseridos no ordenamento pátrio, uma vez que o Brasil é seu signatário, por meio da aprovação do Decreto Legislativo nº 198/01 e promulgação do Decreto Federal nº 3.956/01, da Presidência da República. Em 2001, o Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei Federal nº 10.172/2001, trouxe entre os objetivos e metas para a Educação Especial a generalização, no prazo de dez anos, do atendimento dos alunos com necessidades especiais na educação infantil e no ensino fundamental, inclusive mediante consórcios entre municípios, quando necessário, provendo, nestes casos, o transporte escolar. Além disso, prevê a oferta, dentro de cinco anos, de livros didáticos falados, em braile e em caracteres ampliados,

para todos os alunos cegos e de baixa visão do ensino fundamental.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui ao Estado o dever de assegurar atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (art. 54, inciso III). O Decreto Federal nº 5.296/2004, regulamentando as Leis nº 10.048/2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, determina que:

[...] os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, públicos ou privados, proporcionarão condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários (artigo 24).

O Conselho Nacional de Educação (CNE), integrante da estrutura da administração direta do Ministério da Educação e Cultura (MEC), expediu a Resolução Federal nº 02/2001, que institui diretrizes nacionais para a educação especial na Educação Básica.

Mais recentemente, adveio o Decreto Federal nº 6.571, de 17 de setembro de 2008, que dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. Esse diploma trata do apoio técnico e financeiro prestado pela União aos sistemas públicos de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação matriculados na rede pública de ensino regular (artigo 1º).

Outro importante documento é a resolução anexa ao Parecer CNE/CEB nº 13/2009, que institui diretrizes operacionais para o atendimento educacional especializado na educação básica, modalidade educação especial.²⁹²

²⁹² Art. 4º Para fins destas Diretrizes, considera-se público-alvo do AEE:

I- Alunos com deficiência: aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual, mental ou sensorial.

II- Alunos com transtornos globais do desenvolvimento: aqueles que apresentam um quadro de alterações no desenvolvimento neuropsicomotor, comprometimento nas relações sociais, na comunicação ou estereotípias motoras. Incluem-se nessa definição alunos com autismo clássico, síndrome de Asperger, síndrome de Rett, transtorno desintegrativo da infância (psicoses) e transtornos invasivos sem outra especificação.

III- Alunos com altas habilidades/superdotação: aqueles

No âmbito estadual, a Constituição Mineira assegura o

[...] atendimento educacional especializado ao portador de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, com garantia de recursos humanos capacitados e material e equipamento públicos adequados, e de vaga em escola próxima à sua residência (art. 198, III).

A Resolução nº 451/2003 do Conselho Estadual de Educação fixa normas para atendimento das necessidades educacionais especiais em Minas: traça os objetivos, enuncia os princípios e estabelece os procedimentos a serem adotados pelas instituições das redes pública e privada de ensino.

5.6.1.3 – ASPECTOS PRÁTICOS E PEDAGÓGICOS

O que é educação especial

Entende-se por educação especial a modalidade oferecida aos alunos com necessidades educacionais especiais, permanentes ou transitórias, para garantir-lhes o desenvolvimento de suas potencialidades, devendo ser ofertada em todos os níveis (educação básica – infantil, ensino fundamental, ensino médio – e educação superior) e demais modalidades da educação escolar (educação de jovens e adultos, educação profissional e educação indígena).

A quem se destina a educação especial

As necessidades educacionais especiais podem ser múltiplas, diferenciadas ou relacionadas com vários fatores e causas. São assim destinatários da educação especial os educandos que apresentam:

- diferenças significativas no processo de aprendizagem, exigindo adaptações e apoio específicos;
- deficiência física, motora, sensorial, mental ou múltipla;
- condutas típicas – manifestações de comportamento típicas de síndromes e quadros psicológicos complexos, neurológicos ou psiquiátricos persistentes que ocasionam prejuízo no desenvolvimento e no relacionamento social;
- talentos ou altas habilidades.

Onde e como deve ser oferecida a educação especial

O atendimento educacional especializado deve ser oferecido preferencialmente na rede regular de ensino. A educação especial deve ocorrer em todas as instituições escolares, públicas ou privadas, abrangendo os níveis, etapas e modalidades da educação escolar previstas na LDB. É incumbência da escola prover os recursos humanos e materiais neces-

que apresentam um potencial elevado e grande envolvimento com as áreas do conhecimento humano, isoladas ou combinadas: intelectual, liderança, psicomotora, artes e criatividade.

sários à educação inclusiva, não se concebendo a negativa de matrícula ao argumento de carência de estrutura para o ingresso do educando com necessidades especiais no estabelecimento de ensino. Qualquer escola, para entrar em funcionamento, precisa se munir de aparato que garanta a oferta de ensino de qualidade.

Assim é que, para a implementação do Decreto nº 6.571/2008, os sistemas de ensino devem matricular os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), ofertado em salas de recursos multifuncionais ou em centros de atendimento educacional especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos (art. 1º da proposta de Resolução anexa ao Parecer CNE/CEB 13/2009).

De acordo com o art. 2º do mesmo documento, o AEE tem como função complementar ou suplementar a formação do aluno por meio da disponibilização de serviços, recursos de acessibilidade e estratégias que eliminem as barreiras para sua plena participação na sociedade e desenvolvimento de sua aprendizagem. Entre as formas de atendimento especializado, há aquelas oferecidas no mesmo turno da escolarização e as realizadas no turno inverso. O AEE deve ser realizado, prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, ou ainda em centro de atendimento educacional especializado da rede pública ou de instituições comunitárias confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com a Secretaria de Educação ou órgão equivalente dos estados, Distrito Federal ou dos municípios. Cumpre ressaltar que não há possibilidade de o AEE substituir as classes comuns, apresentando caráter complementar e transversalidade em todas as etapas, níveis e modalidades.

O AEE oferecido nas classes multifuncionais consiste em apoio efetivado por meio de serviço de:

- a) itinerância – visitas periódicas feitas por professor de escola especial à escola comum. Presta-se a orientar o professor quanto aos procedimentos relativos à dinâmica da sala de aula e da rotina escolar;
- b) intérprete de LIBRAS – alocação de profissional com a formação de intérprete, na sala de aula da escola comum, que atende alunos com deficiência auditiva, para possibilitar o processo de comunicação pela Língua Brasileira de Sinais;
- c) instrutor de LIBRAS – compreende o ensino de LIBRAS, por profissional surdo para alunos surdos, professores e alunos não surdos;
- d) instrutor de códigos aplicáveis – ensino do Sistema Braile Integral, do Código Matemático Unificado e de Códigos para a Comunicação Alternativa;
- e) orientação e mobilidade – destinado a aluno cego, com baixa visão e surdocego;

- f) guia-intérprete – suporte na comunicação, orientação e mobilidade e na organização de materiais didático-pedagógicos, na sala de aula, para atender o aluno surdo-cego;
- g) professor de apoio – para alunos com deficiência múltipla ou condutas típicas que tornem inviável sua inserção na sala de aula em todo o período escolar.

O atendimento educacional especializado de caráter complementar, realizado no turno inverso da escolarização, tem por objetivo o desenvolvimento de competências e habilidades do aluno; não substitui o conteúdo oferecido no turno de escolarização e consiste em:

- a) sala de recursos – onde é oferecida complementação ou suplementação curricular;
- b) oficinas pedagógicas de formação e capacitação profissional.

Não é demasiado lembrar que é necessário assegurar o acesso de pessoas com deficiência física às dependências da escola, com a eliminação de barreiras arquitetônicas, providência imprescindível mesmo que ainda não haja aluno com deficiência ou mobilidade reduzida matriculado na instituição de ensino.

Ressalte-se que o processo de inclusão do aluno com deficiência ou transtornos globais do desenvolvimento reclama especial atenção aos aspectos relativos à construção do projeto pedagógico, elaboração do currículo e formas de avaliação.

Nesse passo, convém lembrar que a LDB estabelece as regras comuns para organização da educação básica, as diretrizes dos conteúdos curriculares e os critérios para verificação do rendimento escolar, parâmetros que se aplicam também à educação especial.

Nos moldes do que preconiza o art. 26 desse estatuto, os currículos do ensino fundamental e médio devem ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela.

A avaliação do desempenho do aluno deve ser contínua e cumulativa, com aproveitamento de estudos concluídos com êxito e obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos (art. 24, V, Lei nº 9.394/96).

Relevante destacar, por igual, a necessidade de flexibilização da permanência em cada etapa escolar, para que o aluno com deficiência mental ou graves deficiências múltiplas possa concluir em tempo maior o currículo previsto.

Mas, na forma do que dispõe o art. 9º da Resolução nº 451 do Conselho Estadual de Educação, “[...] a duração das etapas da educação especial não deverá ultrapassar de 50% o tempo escolar previsto para o ensino regular”.

Para o ensino fundamental, se o educando não alcançar os resultados previstos no art. 32, da LDB, a escola deve fornecer-lhe um certificado de conclusão de escolaridade, denominado terminalidade específica. Essa certificação, fundamentada em avaliação pedagógica, deve conter as habilidades e competências atingidas pelo aluno.

Com base no desenvolvimento verificado, devem ser buscadas novas alternativas educacionais, como encaminhamento para cursos de educação de jovens e adultos e de educação profissional.

5.6.1.4 – INFORMAÇÕES ÚTEIS

a) Os sistemas estaduais de ensino compreendem: as instituições de ensino mantidas pelo poder público estadual, as instituições de educação superior mantidas pelo poder público municipal, as instituições de ensino fundamental e ensino médio criadas e mantidas pela iniciativa privada, e os órgãos estaduais de educação.

b) Os sistemas municipais de ensino compreendem: as instituições do ensino fundamental, ensino médio e de educação infantil mantidas pelo poder público municipal; as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, e os órgãos municipais de educação (LDB, arts. 17 e 18).

Idosos

A Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD), do Ministério da Educação, presta assistência financeira na área de Educação de Jovens e Adultos (EJA), por meio de recursos oriundos do FUNDEB, a estados e municípios, além de instituições públicas de ensino superior e entidades sem fins lucrativos, instituições da rede federal de educação profissional e científica que ofertam educação superior.

Pessoas com Deficiência

a) Em todos os sistemas de ensino – federal, estadual e municipal – deve haver um setor responsável pela educação especial (cf. Plano Nacional de Educação, parecer CNE/CEB nº 24 e Resolução CNE/CEB nº 2, art. 3º, parágrafo único).

b) O MEC, pela Secretaria de Educação Especial, presta assistência financeira a estados, municípios e instituições não governamentais na área de educação especial, para formação de professores, adaptação de escolas, aquisição de material didático e equipamentos, por meio de Plano Anual de Trabalho.

c) O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), arrimado em dispositivos da Lei nº 10.098/2000, da Lei nº 10.436/2002, do Decreto nº 5.626/2005 e outras normas, formulou a Recomendação nº 01, de 06/10/06, dirigida a todas as instituições particulares de ensino fundamental, médio, superior e profissionalizantes do país, ressaltando a necessidade de serem disponibilizados, entre outros apoios assistivos, intérpretes de LIBRAS, para os alunos surdos.

d) Na forma do que dispõe o art. 8º, I, da Lei Federal nº 7.853/89, constitui crime punível com reclusão de um a quatro anos e multa, “[...] recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta”.

5.6.1.5 – ROTEIRO PARA ATUAÇÃO

Idosos

- a) Assegurar a acessibilidade nas instituições onde é oferecida a EJA.
- b) Levantar informações acerca da qualificação do(a) professor(a), da pertinência do material didático fornecido.
- c) Elaborar estratégia de atuação a partir das hipóteses identificadas.

Pessoas com Deficiência

a) Assegurar a acessibilidade nas escolas das redes pública e privada, com remoção de barreiras arquitetônicas, haja ou não aluno com deficiência física ou mobilidade reduzida matriculado no estabelecimento.

b) Garantir a oferta dos serviços educacionais especiais, consoante necessidade dos alunos matriculados. Para tanto, é recomendável que seja buscada a organização de setor responsável pela educação especial no sistema municipal de ensino. Convém formular recomendação às escolas públicas e privadas, para que não haja recusa de matrícula do aluno com necessidades especiais e para que providenciem a oferta do adequado atendimento educacional.

c) Identificar pessoa com deficiência fora da escola e investigar motivos da falta de acesso ao ensino:

- c.1.) sugere-se formar parcerias com órgãos que se dedicam ao atendimento de pessoas com deficiência (por exemplo, secretarias municipais de saúde), para identificação de pessoa com deficiência fora da escola e motivos determinantes da falta de acesso ao ensino;

c.2.) elaborar estratégia de atuação a partir das hipóteses identificadas (por exemplo: falta de transporte escolar, desinformação, existência de barreiras arquitetônicas na escola etc).

Peças práticas relativas à estratégia sugerida podem ser obtidas no Manual de Inclusão Escolar do Aluno com Deficiência na rede regular de ensino, inserido no sítio de internet do CAOPPDI.

5.6.1.6 TEXTO VEICULADO NO BOLETIM INFORMATIVO ELETRÔNICO MENSAL DO CAOPPDI, ANO 3, NÚMERO 40, SETEMBRO 2009

Educação Inclusiva: Escola para Todos

Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick
Promotora de Justiça
Coordenadora do CAOPPDI

Em palestra intitulada “Educação Inclusiva”, proferida em evento organizado pela Federação das APAEs, em 14 de setembro de 2009, destacamos que condutas que impeçam ou dificultem a escolarização a uma pessoa com deficiência configuram violação ao direito fundamental do homem à educação, previsto nos artigos 6º e 205 e seguintes da Constituição Federal, e também na Convenção da Guatemala. Essa Convenção refere-se à eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, da qual o Brasil é signatário, tendo sido aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 198/2001 e promulgada pelo Decreto nº 3956/2001 da Presidência da República. Há ainda a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adotada pela ONU/2006, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

Deste modo, há de se garantir ao aluno com deficiência o acesso e a frequência ao ensino fundamental obrigatório, segundo o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, bem como à educação básica, como um todo, e à superior. De acordo com a necessidade que se apresenta, deve-se ofertar o atendimento educacional especializado para apoiar o desenvolvimento dos alunos, garantindo meios de acesso a essa educação, nos termos do artigo 208, inciso III, da Constituição Federal, preferencialmente na rede regular de ensino.

Esse atendimento é tido como o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucionalmente, conforme § 1º, do artigo 1º, do Decreto nº 6.571/2008, em caráter complementar ou suplementar à formação dos alunos no ensino regular, e não substitutivo do ensino comum, que integrará a proposta pedagógica da escola com participação familiar e em articulação com as demais políticas públicas, como dispõe o § 2º do mesmo artigo.

Logo, deve existir harmonia e compatibilidade com a frequência do aluno em ensino regular, oferecendo-se o atendimento educacional especializado em turno inverso ao da escolarização, em um contexto somatório, na própria escola ou no centro especializado público ou privado.

Os objetivos desse atendimento educacional especializado estão elencados no artigo 2º do Decreto nº 6.571/2008:

- I - prover condições de acesso, participação e aprendizagem no ensino regular aos alunos referidos no art. 1º;
- II - garantir a transversalidade das ações da educação especial no ensino regular;
- III - fomentar o desenvolvimento de recursos didáticos e pedagógicos que eliminem as barreiras no processo de ensino e aprendizagem; e
- IV - assegurar condições para a continuidade de estudos nos demais níveis de ensino.

Com efeito, a partir de 1º de janeiro de 2010, os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação serão contabilizados em dobro no âmbito do FUNDEB, quando matriculados em classes comuns do ensino regular e no atendimento educacional especializado, para que os recursos possam subsidiar as duas modalidades (artigo 6º do Decreto 6.571/2008 e artigo 9º-A do Decreto nº 6.253/2007).

A inclusão escolar ocorrerá nesta seara quando efetivamente o aluno com deficiência frequentar o mesmo ambiente escolar de ensino regular que os demais alunos sem deficiência, e sem separação; permitindo-se a convivência e a interação, sem distinção e com respeito às suas condições especiais, em um espaço solidário. A convivência deve também ser estabelecida entre pais e professores.

Assim, a absorção da diversidade social no meio escolar é modo de aprimoramento do aluno para a vida em uma sociedade plural, sendo esta uma das funções sociais da escola: promover a inclusão socioescolar de todos.

Neste cenário, está o ensino especializado, de fundamental importância e relevância, como complemento indispensável para o acesso ao ensino comum, preparando e permitindo a referida inclusão.

Cabe ao Ministério Público tutelar o direito indisponível das pessoas com deficiência ao exercício pleno da educação em seu tríplice aspecto: acesso, permanência e prosseguimento da escolaridade, em ambiente regular de ensino. Concomitantemente, verifica-se o direito de toda a sociedade, que é múltipla, em contar com um sistema educacional inclusivo que reflita os valores, os benefícios e as dificuldades que aguardam o alunado no convívio social.

A escola inclusiva, com capacitação dos envolvidos, possibilita oportunidade de uma completa convivência e de uma comunhão no tempo do outro.

O CAOPPDI encontra-se à disposição para um debate em virtude da importância do tema, pois todos nós somos parceiros na concretização deste desafio, comprometidos com o desenvolvimento

de novos valores relacionados a melhorias no processo educacional, para a construção da verdadeira cidadania e da verdadeira Escola para todos!

Fontes:

- 1) *Manual de Inclusão Escolar do Aluno com Deficiência* – MPMG, 2007;
- 2) FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direito das Pessoas com Deficiência*. Rio de Janeiro: WVA, 2004;
- 3) Moção de Apoio à Homologação do Parecer nº 13/CNE (AMPID).

5.7 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 – Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Lei Federal nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 – Política Nacional do Idoso.

Lei Federal nº 8.899, de 29 de junho de 1994 – Concede Passe Livre às Pessoas Portadoras de Deficiência no Sistema Coletivo Interestadual.

Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 – Regulamenta a Lei nº 7.853/89.

Lei Federal nº 10.048, de 8 de novembro de 2000 – Prioridade de atendimento.

Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 – Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

Decreto Federal nº 3.691, de 19 de dezembro de 2000 – Regulamenta a Lei nº 8.899/94.

Portaria Interministerial nº 03, de 10 de abril de 2001 – Disciplina a concessão do Passe Livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual, nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário e revoga a Portaria/MT nº 01, de 9 de janeiro de 2001.

Decreto Federal nº 3.956, de 8 de outubro de 2001 – Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002 – Língua Brasileira de Sinais.

Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso.

Lei Estadual nº 15.083, de 27 de abril de 2004 – Assentos preferenciais para pessoas com dificuldade de locomoção nos veículos de transporte coletivo intermunicipal.

Decreto Federal nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004 – Regulamenta as Leis nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000.

Lei Federal nº 11.126, de 27 de junho de 2005 – Direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia.

Decreto Estadual nº 44.008, de 13 de abril de 2005 – Regulamenta a Lei nº 15.083/2004.

Resolução ANVISA nº 283, de 26 de setembro de 2005 – Aprova o Regulamento Técnico que define normas de funcionamento para as Instituições de Longa Permanência para Idosos.

Decreto Federal nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005 – Regulamenta a Lei nº 10.436/2002.

Decreto Federal nº 5.934, de 18 de outubro de 2006 – Estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Decreto Federal nº 6.571, de 17 de setembro de 2008 – Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007.

Resolução ANTT nº 1.692, de 24 de outubro de 2006 – Procedimentos a serem observados na aplicação do Estatuto do Idoso no âmbito dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

5.8 - JURISPRUDÊNCIA

STF – RE 410.715 – Agr/SP

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta

significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

STJ – Resp 493.811

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

STJ – Resp 637.332/RR

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 7.347/85. LEI Nº 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA. 1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes). 2. *In casu*, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital. 3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 5. Hodiernameamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 6. Em conseqüência, legitima-se o *parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226 / RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239 / PR; Rel. Min. Ruy Sado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491/SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada *in utilibus* poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não

pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

STJ - Resp 841.871

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. MENOR CARENTE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TRANSGRESSÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. VIABILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. 1. Prevaleceu na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual de menor carente, ante o disposto nos arts. 11, 201, V, e 208, VI e VII, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Mudança de entendimento da Turma acerca da matéria (REsp 688.052/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 17/08/06). 2. Descabe recurso especial para apreciar suposta ofensa a artigo da Constituição da República. 3. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando o tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 4. O julgador não precisa responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados. 5. As medidas previstas no § 5º do artigo 461 do CPC foram antecedidas da expressão tais como, o que denota o caráter não exauriente da enumeração. 6. Não obstante o seqüestro de valores seja medida de natureza excepcional, a efetivação da tutela concedida no caso está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, devendo ser privilegiada a proteção do bem maior, que é a vida. 7. Recurso especial improvido.

STJ - Resp 688.052

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - CRIANÇA QUE PADECE DE NEFROPATIA DO REFLUXO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL - LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET - ART. 127 DA CF/88 - PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA. O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pela colenda Primeira Turma deste Tribunal e o entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/88). Nessa esteira de entendi-

mento, na hipótese dos autos, em que a ação visa a garantir o fornecimento de medicamento necessário e de forma contínua a criança para o tratamento de nefropatia do refluxo, há de ser reconhecida a legitimação do Ministério Público, a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida. Recurso especial provido, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado.

STJ - Resp 811.608/RS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14/12/2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01/02/2007. 2. A questão debatida nos autos – implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul – foi solucionada pelo Tribunal a *quo* à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: “[...]O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, *in verbis*: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento

jurídico. Ingo Wolfgang Sarlet, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: 'Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência – para além de sua previsão no art. 6º da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além disso, poderia referir-se mais uma vez à íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto.' (in: A eficácia dos direitos fundamentais, 3 ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301-302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim,

entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapagou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso a uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata no mínimo existencial. [...] Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que 'a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).' (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. In: Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina. p. 1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível.' Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro Celso de Mello discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema perti-

nente à 'reserva do possível' (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York: Norton, 1999.), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo poder público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao poder público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade." [...] 3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: REsp 658.859/RS, publicado no DJ de 09/05/2005. 4. *In casu*, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração – nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC nº 73/93 e art. 6º da Lei nº 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

STJ – Resp 817.710/RS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE. 1. O Ministério Público está legitima-

do a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/88, que o habilita a mandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/88, arts. 127 e 129). 6. *In casu*, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente. 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual'. 9. Impõe-se ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052/RS, DJ 17/08/2006; REsp 822712/RS, DJ 17/04/2006; REsp 819010/SP, DJ 02/05/2006). 10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual.

TRF 5ª Região – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 53411

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REAJUSTAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Agravo regimental interposto contra negativa de efeito suspensivo a agravo de instrumento

manejado contra decisão judicial que, nos autos de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público, deferiu liminar, determinando o recálculo de todos os benefícios previdenciários – concedidos ou mantidos, no território de Pernambuco, entre fevereiro de 1994 e fevereiro de 1997 – dos segurados da previdência social, cuja renda mensal inicial tiver sido ou houver de ser calculada, computando-se os salários-decontribuição referentes a fevereiro de 1994, corrigindo-os pelo valor integral do IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%, bem como a implantação das diferenças positivas. Discussão que se encerra, sobretudo, na legitimidade do *Parquet* para o ajuizamento de ações civis públicas concernentes a reajustamento de benefícios previdenciários. Em que pesem as notáveis considerações deduzidas em precedentes do Superior Tribunal de Justiça (RESP 506.457, AGRESP 423.928, RESP 419.187), é de se reconhecer a legitimidade do Ministério Público. O objeto da ação (correção do benefício da previdência social) e os titulares do interesse (representados na maior parte por pessoas idosas), ao lado da dimensão subjetiva (quantidade de sujeitos de direito envolvidos) atingida pelos efeitos da negativa da autarquia previdenciária, confirmam a legitimidade ministerial para o seu ajuizamento. Interpretação sistemática dos arts. 127 e 129, III e IX, da CF/88, art. 25, IV, “a”, da Lei nº 8.625/93, e arts. 5º, I e III, “e”, e 6º, VI, “a” a “d”, e XII, da LC nº 75/93. A natureza das atribuições determinadas como de competência do Órgão Ministerial, a dimensão de sua responsabilidade, a pluralidade de categorias e temáticas em relação às quais detém incumbências de particular seriedade, o poder investigativo, fiscalizador e determinante de que foi dotado esse agente – constitucionalmente qualificado pela sua essencialidade à função jurisdicional do Estado – impõem seja admitido, com largueza, o exercício de ações coletivas pelo Ministério Público, não sendo aceitáveis, em sentido oposto, interpretações restritivas ou inibidoras. Ao Ministério Público se confere o dever de salvaguarda, não apenas dos direitos ditos indisponíveis, mas também dos interesses socialmente relevantes, independentemente da indisponibilidade que os grave ou não, ou seja, das pretensões que se reconheçam com repercussão ou reflexão na coletividade considerada em conjunto. Assim, nesse contexto, não se pode permitir a atuação do Ministério Público na proteção de interesses marcados pela individualidade, com exercitação confinada no correspondente titular, sem reverberação no campo do social. Contudo, de outro lado, ao Ministério Público não se pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade na promoção de direitos e reivindicações que, embora com titulares identificados ou identificáveis, têm acentuada conotação social, seja pela natureza do objeto pretendido, seja pela qualidade distintiva de certa categoria, cujas necessidades sejam discernidas pela própria sociedade como precisões de índole coletiva ou arrimadas em cuidado especial restaurador de equilíbrio indispensável diante das dificuldades vivenciadas em relação à

própria inserção social. A norma legal que instituiu a ação civil pública – Lei nº 7.347/85 – nasceu como lei dos interesses difusos. Posteriormente, em decorrência especialmente do alargamento providenciado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a ação civil pública passou a ser admitida para fins de proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, denominados, genericamente, de interesses transindividuais. A doutrina tem-se referido ao fato de que promoção de direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos) teria cabimento apenas quando se tratasse de meio ambiente, consumidor e patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, não havendo, de outro lado, limitação material, quando se cuidasse de direitos coletivos e difusos (essencialmente coletivos). É de se ressaltar, entretanto, que, a despeito dessa diferenciação, tem-se agasalhado, em outras oportunidades, uma compreensão mais ampliada dos direitos individuais homogêneos, reputados espécies do gênero coletivo, aptos a serem defendidos através da propositura da ação civil pública, especialmente quando ela é manuseada pelo Ministério Público. Passou-se a se conceber a promoção da ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos quando configurado manifesto interesse social, compatível com a finalidade da instituição ministerial. *In casu*, estão em litígio direitos/interesses que se podem qualificar de individuais homogêneos. O Ministério Público postula o recálculo dos benefícios previdenciários percebidos por todos os segurados da Previdência Social no Estado de Pernambuco, com a aplicação do IRSM de fevereiro de 1994 aos salários-de-contribuição. Está em discussão o relevante direito social à previdência social, constitucionalmente concebido, *ex vi* do art. 7º, caput, da CF/88, entendendo-se por direito social à previdência social também o direito à percepção dos benefícios devidamente calculados e corrigidos, segundo os ditames legais, de forma capaz a garantir a satisfação de todas as necessidades de subsistência que se associam a esses valores. Os direitos individuais homogêneos ‘se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota de divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas mas determináveis, cuja origem está em questões comuns de fato ou de direito’ (Gidi). No caso concreto, têm-se direitos individuais homogêneos, na medida em que, embora atribuídos a cada segurado/beneficiário, segundo a sua situação particularizada, estão agregados – as particularidades que individualizam são juridicamente irrelevantes, manifestando-se a divisibilidade apenas no momento da execução do provimento judicial coletivo, se lhes for favorável – por uma origem comum (resultando na homogeneidade), qual seja, a resistência da autarquia previdenciária na correção dos benefícios pela aplicação do IRSM de fevereiro, correspondente ao percentual de 39,67%. Está sendo postulado direito de pessoas que se enquadram, em sua maioria, no conceito de idoso. A situação etária, se assim se pode denomi-

nar, tem recebido atenção particularizada nos dias atuais. A edição da lei que determinou a tramitação privilegiada dos processos em virtude da idade dos postulantes (Lei nº 10.173/01), assim como do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), são sinais dessa preocupação com as peculiaridades das necessidades que passam a integrar a vida das pessoas com idade avançada. Não poderia ser diferente. A ancianidade traz consigo um quadro especial, especialidade que, como já dito, faz assemelhar essa situação às que caracterizam os que se enquadram como crianças, índios, consumidores. Diz-se que 'não só se faz necessária a luta para implementar os 'novos' direitos da terceira idade previstos na Constituição atual, mas, obretudo, para apoiar o fortalecimento de instituições como o Ministério Público, a quem compete uma atuação mais efetiva na consecução da cidadania dos idosos' (WOLKMER e LEITE). Não se mostra conforme aos princípios da razoabilidade, da economia processual e também da isonomia entender pela ilegitimidade do Ministério Público, impelindo todos os segurados prejudicados a ajuizarem ações individuais, gerando acúmulo de demandas que, pela identidade de discussão, poderiam e deveriam ter a mesma solução. Precedentes dos TRFs e do Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma, RESP 413986/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca): 'O Ministério Público está legitimado a defender direitos individuais homogêneos quando tais direitos têm repercussão no interesse público'. 'O exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige, a repetição de processos idênticos.'. Pelo não provimento do agravo regimental.

TJMG – Apelação Cível 1002404336794-5/002

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PACIENTES PORTADORES DA DOENÇA DE ALZHEIMER - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - LEI Nº 8.080/90 - RECURSO DESPROVIDO. - O Ministério Público Estadual é parte legítima para o ajuizamento de ação civil pública que objetiva o fornecimento de medicamentos para os pacientes portadores da Doença de Alzheimer, a teor do art. 129, inciso II, da Constituição da República, da Lei nº 7.347/85 e da Lei nº 8.625/93. - É dever do Estado, na condição de gestor do Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei nº 8.080/90, zelar pela saúde dos necessitados, disponibilizando os recursos que se fizerem necessários ao tratamento de moléstias, incluindo internações, cirurgias e o fornecimento de medicamentos prescritos.

TJSP – Apelação com Revisão 601.755/5-00

EMENTA: FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS. Ribeirão Preto. Cadeira de rodas infantil e órteses suropodálicas. - 2. Ministério Público. Legitimidade ativa. Julgados do Superior Tribunal de Justiça pacificaram

entendimento no sentido de ser legítima a posição do Ministério Público como autora de ação civil pública cujo objeto seja o fornecimento de medicamento e tratamentos relacionados à saúde do menor. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas. AgRg no REsp nº 752.190/RS, 1ª Turma, Relator Luiz Fux, 10/10/2006 e Resp nº 750.409/RS, 2ª Turma, Rei. Humberto Martins, 28/11/2006, v.u. - 2. Portadores de deficiência. Cabe ao Estado prover o que for necessário para garantir o direito à saúde bem como a proteção e amparo aos portadores de deficiência. Art. 196, da CF. LF nº 7.853/89 e DF nº 3.298/99. - 3. Separação de poderes. Cabe ao Estado resolver suas dificuldades burocráticas, não se esconder atrás delas para impedir o tratamento dos que dele necessitam. Não se trata de interferir na gestão da coisa pública, mas tão somente de afirmar a obrigação do Estado em providenciar, por inteiro, o tratamento previsto na lei. - Sentença de procedência. Recurso das rés desprovido.

5.9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: RT, 2006.

ASSIS, Olney Queiroz; PUSSOLI, Lafaiete. *Pessoa deficiente: Direitos e Garantias*. São Paulo. 1992.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004. 342p.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga; PANTOJA, Luisa de Marillac P.; MANTOAN, Maria Tereza Eglér. *O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular*. Brasília: Ministério da Educação, 2004. p. 59.

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

Manual de Atuação Funcional do Ministério Público GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

Minas Gerais. Ministério Público. *Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos. Inclusão escolar do aluno com deficiência na rede regular de ensino*. Belo Horizonte: CEAFF; CAOPPDI, 2007. p. 94.

OLIVEIRA, Carlos Nazareno Pereira de. *Os idosos não podem esperar*. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1210&categoria=Difusos. Acesso em: 12 de mar. 2008.

PINHEIRO, Naide Maria (Org.). *Estatuto do Idoso Comentado*. Campinas: LNZ. 2006.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (Org.). *Os direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência*. 2 ed. São Luís, 2002.

ROBERT, Cinthia (Org.). *O direito do deficiente*. Rio de Janeiro, 1999.

SOUSA, A. M. V. *O idoso na legislação brasileira*. In: NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves (Org.). *O Direito e a Ética na Sociedade Contemporânea*. Campinas: Alínea, 2005.

TEPERINO, Maria Paula (Coord.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro, 2001.

**6 – ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NO
DIREITO AMBIENTAL – DEFESA DO
MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO CULTURAL,
URBANISMO E HABITAÇÃO (CAO-MA)²⁹³**

Promotor de Justiça Alex Fernandes Santiago
Promotora de Justiça Marta Alves Larcher
Promotora de Justiça Luciana Imaculada de Paula
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins
Luciano José Alvarenga

**6.1 – MINERAÇÃO:
CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TEMA**

Certamente, no âmbito das discussões sobre a problemática da destruição progressiva de ambientes naturais e urbanos, a mineração é um tema de destaque, quase sempre permeado por discussões polêmicas. Muitas dessas discussões derivam do fato de tal atividade causar, perceptivelmente, impactos ambientais negativos em alto grau, mormente do ponto de vista estético-paisagístico.

Entretanto, é hoje lugar-comum, inclusive para a doutrina jurídico-ambiental majoritária, que a extração de recursos minerais é atividade sem a qual os níveis atuais de desenvolvimento tecnológico, conforto e bem-estar material não teriam sido alcançados. Modernamente, para manter esses níveis, a atividade abandonou sua condição artesanal e passou a ocorrer em escala de macro-indústria, passando a exigir maior atenção do sistema jurídico-normativo. Não é sem razão, portanto, que o art. 225, § 2º, da CF/88 preceitua que:

Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Há considerável acordo, nas searas técnica-ambiental e jurídica, quanto ao caráter inexoravelmente degradador da mineração. Os impactos ambientais negativos causados pela atividade podem variar conforme o tipo de mineral a ser extraído e as condições geológicas da jazida (composição e profundidade do depósito, características ecológicas da região explorada, como tipo de vegetação, solo e proximidade de corpos hídricos), mas são de ocorrência quase certa. As principais alterações ambientais verificadas são: supressão de áreas com vegetação nativa (às vezes de APP ou de reservas legais), alterações na configuração topográfica do terreno, impacto visual, aumento da erosão e da turbidez, assoreamento de corpos d'água, emissão de gases e partículas na atmosfera, vibrações excessivas no solo, etc. No que concerne aos ecossistemas em especial, a mineração freqüentemente acarreta destruição e fragmentação de *habitats*, alteração de suas características e erosão da biodiversidade da fauna, devido à supressão de vegetação, ao lançamento de poluentes na água ou no ar e ao desencadeamento ou intensificação de processos erosivos. Todos esses danos assumem gravidade ainda maior nos casos em que as áreas de mineração são abandonadas. Nesses casos, a literatura científica menciona a ocorrência freqüente das seguintes consequências ambientais negativas: risco sísmico, quer dizer, a possibilidade de desabamento ou colapso das instalações ou da própria mina; risco hidrológico, dado o possível carreamento de resíduos para os corpos hídricos superficiais e subterrâneos; geração de poeira, que facilita a erosão e dificulta o crescimento da vegetação; insegurança ambiental, já que as instalações abandonadas podem afetar a circunvizinhança e contaminar águas e solo; e inviabilidade de usos alternativos do solo, de vez que os grandes movimentos de materiais e as alterações na topografia impossibilitam o aproveitamento do terreno para outras atividades.

Combinados, ou mesmo isoladamente em alguns casos, os impactos ambientais negativos causados pela mineração tornam o pretendido retorno ao *status quo ante* factualmente impossível. Diante disso, duas restrições preventivas gerais se impõem à extração mineral, no que toca à sua localização: (a) ela não pode ser praticada em áreas definidas como intocáveis, nem (b) em territórios indígenas sem autorização do Congresso Nacional e sem que as comunidades ali residentes sejam consultadas. Feitas tais ressalvas, a mineração pode ser permitida, desde que precedida de Estudo de Impacto Ambiental (EIA), nos termos do art. 225, § 1º, inc. IV, da CF/88. Preceito constitucional que é densificado pela Lei nº 6.938/81, cujo art. 10 estabelece que as atividades de mineração devem ser submetidas ao licenciamento ambiental, inclusive a conces-

²⁹³ Na 1ª edição desta obra, os autores desta seção foram Procuradora de Justiça Shirley Fenzi Bertão, Promotor de Justiça Alex Fernandes Santiago, Promotora de Justiça Marta Alves Larcher, Promotora de Justiça Luciana Imaculada de Paula, Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda e o servidor Luciano José Alvarenga.

são de lavra e a permissão de lavra garimpeira. Esse procedimento é realizado, em regra, por órgãos da administração ambiental estadual, órgãos esses integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) (ex: Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM)). De regra, na fase inicial do licenciamento, precisamente na etapa de requerimento de licença prévia (LP), o proponente do empreendimento minerário potencialmente degradador do meio ambiente deve apresentar o EIA ao órgão estadual competente. Em fase posterior do *iter*, quando do requerimento da licença de instalação (LI), deve apresentar Plano de Controle Ambiental (PCA), contendo os projetos executivos de minimização dos impactos ambientais previstos.

Na contemporaneidade, discute-se, também, com crescente ênfase, a questão do encerramento da atividade mineral. Diante do reconhecimento, inclusive pelos sistemas jurídico-normativos, da necessidade de recuperação de áreas degradadas pela mineração e da inserção da variável ambiental nos planejamentos feitos pelo setor econômico, a atividade não mais tem sido vista como modalidade de uso final do solo, mas como forma transitória de seu aproveitamento. A doutrina jurídica atual reconhece que a recuperação a que se refere o art. 225, § 2º, do texto constitucional concerne à:

[...] busca de situações em que a estabilidade do meio ambiente e sua sustentabilidade sejam efetivamente garantidas, por meio da instalação de um uso adequado do solo

Tal estabilidade, ou equilíbrio, para usar um conceito referido no art. 225, *caput*, da CF/88, desdobra-se em quatro modalidades – física, química, biológica e antrópica –, as quais devem ser buscadas em consonância com as condições ambientais e culturais que circundam a região minerada. Nesse sentido, na linha do art. 225, § 2º, da CF/88, o art. 1º do Decreto nº 97.632/89 estabelece que:

Empreendimentos que se destinem à exploração de recursos minerais deverão, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) submeter à aprovação do órgão ambiental competente um plano de recuperação de área degradada.

Adicionalmente, cabe referir que tal recuperação está articulada, sob uma perspectiva jurídica contemporânea, com o dever de não poluir, de maneira que, tanto quanto possível, a atividade de recuperação ambiental deve ser levada a efeito ao mesmo tempo em que se promove a exploração mineral,

[...] fazendo com que a recuperação não seja encerrada como uma etapa isolada, a ser implementada somente em determinada época, mas, sim, como um processo contínuo, integrado à exploração mineral, com início na fase de planejamento e término após o encerramento da lavra.

Outro aspecto da mineração demanda atenção especial, notadamente em Minas Gerais. Trata-se das barragens de contenção de rejeitos ou resíduos provenientes da extração mineral. Acidentes envolvendo tais estruturas podem causar danos ecológicos e sociais de grandes proporções, como os que sucederam após o rompimento da barragem de contenção de rejeitos em Miráí, em 2007. Esses danos exigem, ademais, a adoção de medidas emergenciais, tanto no que diz respeito ao enfrentamento de riscos ou danos ambientais, como no que concerne à manutenção da segurança em ambientes urbanos. A implementação de tais medidas reclama, ademais, a colaboração não só de órgãos da administração ambiental, mas também de outras instituições de apoio comunitário, como a Defesa Civil.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por seu Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAO-MA), elaborou e disponibilizou para seus órgãos de execução roteiro de ações e material de apoio sobre o tema específico das barragens de empreendimentos minerários (modelos de ofícios, ACP, TAC, jurisprudência, etc.). Esse material está disponibilizado, em acesso restrito, no *site* do CAO-MA, no portal do MPMG (<http://www.mp.mg.gov.br>).

Adicionalmente, não se pode olvidar a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), devida aos entes da Federação pelos empreendedores do setor minerário, em razão da atividade específica que desenvolvem. Os valores arrecadados com a CFEM são distribuídos aos Municípios, Estados-membros e à União, em cotas de 65%, 23% e 12%, respectivamente.

Conforme reconhecido pela jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no Processo 2000.03.99.024663-0 (SP), a CFEM tem natureza de receita patrimonial, de índole constitucional originária, e não tem feição tributária. Sua previsão constitucional advém do art. 20, § 1º, da CF/88. No nível infraconstitucional, a disciplina normativa da referida compensação foi feita pela Lei nº 7.990/89, pela Lei nº 8.001/90 e pelo Decreto nº 001/91. Como preceito fundamental para a distribuição e aplicação concreta da CFEM, é expressamente vedado o emprego dos valores arrecadados em pagamento de dívidas ou no quadro permanente de pessoal (cf. Lei nº 7.990/89, art. 8º; Decreto nº 001/91, art. 26). Neste marco, é oportuna a lição do Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda:

Como o recurso tem sua origem na compensação pela extração de recursos minerais, atividade sabidamente degradadora do meio ambiente e exaurível, a prioridade dos investimentos em benefício da melhoria da qualidade ambiental (implantação de depósitos de resíduos urbanos, estações de tratamento de esgotos, projetos de educação ambiental, implantação de unidades de conservação

etc.) e na diversificação das atividades econômicas dos municípios onde ocorre a exploração, mostre-se, sem dúvida, como uma das opções mais razoáveis e convenientes, uma vez que funcionaria como uma forma indireta de compensação pelos efeitos deletérios causados pelos empreendimentos minerários e como instrumento de alcance da sustentabilidade econômica.

Na mesma linha, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) esclarece que as receitas relativas a CFEM devem ser aplicadas em projetos que, direta ou indiretamente, revertam em prol da comunidade local, na forma de melhoria da infraestrutura, da qualidade ambiental, da saúde e da educação. Nos termos do Decreto nº 001/91, o controle administrativo quanto à aplicação da CFEM compete ao Tribunal de Contas da União (TCU).

O CAO-MA também elaborou e disponibilizou em seu *site*, disponível no Portal do MPMG (<<http://www.mp.mg.gov.br>>), material de apoio para os Promotores de Justiça relativamente à aplicação adequada dos recursos da CFEM. Ademais, no mesmo domínio virtual, encontra-se roteiro de atuação, modelos de peças jurídicas, informações doutrinárias, jurisprudenciais, etc. em relação a questões envolvendo a mineração em geral.

6.1.1 – TÉCNICA DE ATUAÇÃO

Diante de suspeita de dano potencial ou efetivo, relativamente à questão minerária, sugere-se o seguinte roteiro de ações:

- Instaurar (por *portaria*) inquérito civil/procedimento administrativo para a verificação da ilicitude administrativa das atividades desenvolvidas e/ou da ocorrência de riscos ou danos ambientais significativos.
- Requisitar dos empreendedores identificados, por *ofício*, informações sobre o licenciamento/autorização da atividade junto ao COPAM, DNPM, IEF, IGAM e Conselho Municipal de Meio Ambiente.
- Caso os empreendedores não respondam à requisição ou não tenham sido encontrados, requisitar informações sobre a situação administrativa das atividades junto ao DNPM (*ofício*) e a SUPRAM (*ofício*).
- Para o dimensionamento dos riscos ou danos ambientais, bem como para a definição das medidas de recuperação de áreas degradadas, solicitar a SUPRAM ou a CEAT a realização de perícia técnica *in situ* (ver *questitos*)
- Confirmada a ocorrência de riscos ou danos ambientais, adotar as medidas extrajudiciais e/ou judiciais cabíveis, em atenção às características específicas do caso.
- Modelos de TAC:
- (a) *medidas emergenciais e de recuperação*
(b) *extração irregular de areia* / (c) *extração de calcário em gruta*

- *Modelo de ACP* (quartzito)
- *Modelo de denúncia*

6.1.1.1 – QUESITOS:

- Identificar a área objeto de perícia, esclarecendo qual a sua localização geográfica.
- Existe extração e/ou deposição de areia, cascalho, cal, argila ou qualquer espécie de minerais no leito do rio situado no local investigado?
- Existe extração e/ou deposição de areia, cascalho, cal, argila ou qualquer espécie de minerais nas margens do rio situado no local investigado? (art. 44, Lei nº 9.605/98).
- Tal extração encontra-se precedida de licenciamento ambiental?
- O empreendedor obteve autorização do órgão ambiental competente para realizar intervenção em área de preservação permanente? Juntar cópia. Em caso afirmativo, a intervenção foi realizada em conformidade com a autorização concedida? Justificar.
- A atividade foi licenciada/autorizada pelo DNPM? Especificar.
- A pesquisa, lavra ou extração dos recursos minerais ocorreu em desacordo com a autorização, permissão, concessão ou licença recebida? (art. 55, *caput*, Lei nº 9.605/98).
- As intervenções decorrentes da extração e/ou deposição de material particulado no leito e nas margens do rio em questão causaram e/ou vêm causando dano direto ou indireto à área, espaço territorial especialmente protegido, assim entendido como qualquer unidade de conservação (Lei federal nº 9.985/2000), área de preservação permanente (arts. 2º e 3º da Lei federal nº 4.771/65), de proteção especial, reserva legal obrigatória (art. 16 da Lei federal nº 4.771/65), ou em outra área descrita na legislação federal, estadual ou municipal vigente? Especificar.
- A intervenção, obra, empreendimento ou atividade impediram ou dificultaram a regeneração natural da vegetação nativa? Justificar.
- Eventual emissão de efluentes líquidos ou o carreamento de materiais provocou o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas ou em outros corpos hídricos? (art. 33, Lei nº 9.605/98). Foram atingidas espécies raras ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração? Essa atividade danificou ou destruiu ninho, abrigo ou criadouro natural? (art. 29, § 1º, inc. II, Lei nº 9.605/98).
- A intervenção, obra, empreendimento ou atividade colocaram em risco ou atingiram de forma desfavorável exemplares da fauna silvestre nativa ou em rota de migração? Foram atingidas espécies raras ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração? A atividade modificou, danificou ou destruiu ninho, abrigo ou criadouro natural?

(art. 29, § 1º, inc. II, Lei nº 9.605/98).

- Relacionar os demais riscos e danos ambientais, diretos e indiretos, aos meios físico, biótico e antrópico, decorrentes da extração e/ou deposição de material particulado no leito e nas margens do rio em questão. Especificar se houve diminuição de águas naturais, erosão do solo ou modificação do regime climático e os danos a quaisquer outros serviços ambientais afetados pela atividade.
- O responsável pela extração deixou de recuperar a área explorada ou pesquisada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente? (art. 55, parágrafo único, Lei nº 9.605/98).
- Quais as intervenções necessárias para a recomposição dos danos ambientais causados? Especificar.
- Caso impossível tecnicamente a recuperação total da área degradada, apresentar estimativa de valoração monetária dos diversos impactos causados, direta e indiretamente, ao meio ambiente, considerando o lapso temporal entre a ocorrência do dano e o tempo necessário para a recomposição dos serviços ambientais afetados.
- Tecer outras considerações eventualmente necessárias.
- O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAO-MA) pré-disponibiliza em seu site, no portal eletrônico do MPMG (<http://www.mp.mg.gov.br>) material prático de apoio (modelos de ofícios, ACP, TAC, denúncia, recomendações, precedentes jurisprudenciais, textos doutrinários, etc.) às medidas judiciais e extrajudiciais dos Promotores de Justiça em relação à mineração.

6.2 - A DEFESA DA ORDEM URBANÍSTICA

Promotora de Justiça Marta Alves Larcher

6.2.1 - INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova ordem jurídica nacional e atribuiu ao Ministério Público papel preponderante no Estado democrático de direito fundado, alçando-o à categoria de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

É inegável que a partir da CF/88, as atribuições do Ministério Público ampliaram-se para além da atuação de *custos legis* e de *dominus* da ação penal, abarcando a defesa dos direitos mais caros da sociedade, a saber, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A mudança do perfil institucional inicialmente causou perplexidade nos diversos setores sociais, mas decorridas duas décadas desde a promulgação da Carta de 1988, o Ministério Público é visto, sem margem de dúvidas, como um dos maiores aliados da sociedade brasileira na construção do verdadeiro Estado democrático de direito sonhado pelo constituinte.

Dentre o novo rol de atribuições da instituição realça a defesa do consumidor, da saúde, da infância e juventude, dos idosos, dos deficientes, do patrimônio público *lato sensu* (englobados o erário propriamente dito e a defesa dos princípios da administração pública previstos no art. 37, *caput* da CF/88), e ainda, da ordem urbanística, definida por Carlos Ari Sundfeld como “conjunto de normas vinculantes que condicionam positiva ou negativamente a ação individual na cidade²⁹⁴”. Ou seja, podemos entender a ordem urbanística como conjunto de normas legais que regem e limitam a liberdade individual e as atividades em geral no espaço urbano em prol do bem comum.

Exemplo de norma urbanística é a que estabelece a obrigatoriedade de licença dos órgãos públicos municipais para exercício de atividades comerciais no espaço urbano, das normas que instituem zoneamentos com escopo de evitar proximidade de usos incompatíveis, que proíbem o exercício de determinadas atividades no horário noturno, que disciplinam o parcelamento do solo, que instituem áreas *non aedificandi*, que disciplinam o direito de construir, entre outras.

As normas urbanísticas compõem, por certo, o direito urbanístico, do ramo do direito público, e são de aplicação cogente, no interesse social, vale dizer, são obrigatórias, não restando ao administrador público margem de discricionariedade para juízo de conveniência ou oportunidade na sua aplicação, tampouco ao particular opção, senão sujeitar-se aos seus ditames.

6.2.1 – COMPETÊNCIA EM MATÉRIA URBANÍSTICA

É bem de ver que o estudo do urbanismo por muito tempo limitou-se à academia e mais interessava aos arquitetos que aos juristas. Assim, não se podia cogitar de direito urbanístico como um conjunto de normas legais impositivas, sendo o urbanismo o mero estudo do planejamento urbano, despido de qualquer coercibilidade. Foi somente a partir da crescente industrialização da economia brasileira verificada após a década de 30 do século passado, com a conseqüente intensificação do crescimento urbano, que se iniciou a preocupação com o planejamento e controle da expansão urbana, através da normatização legal do urbanismo.

²⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: **Estatuto da Cidade, comentários à Lei Federal nº 10.257/2001**. DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio (coord.), São Paulo: Malheiros, 2003. p. 54.

Infelizmente, a tardia normatização do urbanismo, dando-lhe caráter cogente, deu causa a um intenso e, quiçá, irreversível processo de exclusão econômica, social, política e espacial de grande parte das populações urbanas brasileiras, gerando cidades incapazes de atender as mínimas necessidades básicas de seus habitantes, a exemplo de acesso a trabalho, moradia, saúde, educação e transporte público com dignidade, estando nossas cidades longe de cumprir sua *função social*, preconizada na CF/88.

O processo de urbanização brasileiro caracterizou-se basicamente pela criação de dois mundos distintos e freqüentemente inconciliáveis: a cidade formal, regular, planejada, aprovada de acordo com os projetos e normas urbanísticos, com acesso aos serviços públicos e a cidade informal, caracterizada principalmente pela auto-construção, sem qualquer observância das normas de parcelamento, uso e ocupação do solo e despidida das mínimas condições de infra-estrutura urbana, a exemplo de iluminação pública, pavimentação das vias, abastecimento de água, esgotamento sanitário, áreas de lazer, praças, áreas verdes, decorrendo da urbanização desenfreada e sem planejamento enorme degradação ambiental, com prejuízo direto à qualidade de vida da população e comprometendo a preservação dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações.

Sensível ao processo, o constituinte de 1988 de forma pioneira incluiu no texto constitucional um capítulo para dispor sobre a política urbana, arts. 182 e 183, em que estabeleceu em linhas gerais as diretrizes para o processo de urbanização, atribuindo, por exemplo, competência aos Municípios para elaborar e implantar sua *política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo* ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, bem ainda a obrigatoriedade de plano diretor para cidades com mais de 20 mil habitantes.

Na distribuição das competências legislativas, o constituinte deferiu competência concorrente aos entes federados para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, I), cabendo à União editar normas gerais (art. 24, § 1º), aos Estados, Distrito Federal e Municípios, normas suplementares (art. 24, § 2º e art. 30, II) e, finalmente, aos Municípios, dispor sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e ainda promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII).

No exercício de sua competência constitucional, a União editou a Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, norma geral em direito urbanístico, cabendo aos demais entes da federação suplementar o diploma legal citado, editando normas legais para atender suas peculiaridades locais, sem, contudo, contrariar as normas gerais federais.

Assim, verifica-se que a competência municipal em matéria urbanística pode ser exercida de forma bastante ampla, disciplinando tudo quando for de interesse local, bem ainda instituir sua política de desenvolvimento urbano, mercê da edição de leis diversas, a exemplo do Plano Diretor, Lei de Uso e Ocupação do Solo, Código de Posturas e Obras, dentre outras que reputar necessárias ao adequado planejamento e ordenamento das atividades urbanas.

6.2.2 – A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROL DA ORDEM URBANÍSTICA

Como restou acima dito, as normas urbanísticas, quer sejam federais, estaduais ou municipais são de aplicação cogente e de interesse social. Sendo o Ministério Público instituição que tem por função a defesa judicial e extrajudicial da ordem jurídica e dos direitos difusos, dentre outras tantas atribuições, cabe-lhe atuar em prol da obediência e observância da ordem urbanística. Nem se diga que seria essa uma atuação menor, pois estando o respeito à ordem urbanística intrinsecamente relacionado ao adequado ordenamento e planejamento urbanos, a atuação do Ministério Público pode ser decisiva no cumprimento das normas legais referidas para garantir a função social da cidade e a qualidade de vida no meio urbano. E mais: o Estatuto da Cidade expressamente conferiu à ordem urbanística a natureza de direito difuso, a ser tutelado pelo Ministério Público, inserindo o inciso VI no art. 1º da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública.

E se assim não fora, a atuação do Ministério Público em prol da ordem urbanística já seria possível, se considerarmos que o meio ambiente construído ou urbano é um dos aspectos do meio ambiente, direito difuso por excelência. Na lição de Hugo Nigro Mazzilli:

O conceito é tão amplo que permite considerar praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas do solo, do subsolo, do ar, com base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis nº 6.938/81 e nº 7.347/85. Também se incluem na noção de meio ambiente diversos valores integrantes do chamado patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, arqueológico, turístico e paisagístico). Contrapõe-se ao meio ambiente natural (o solo, a água, a vida, etc.) ao artificial (a interação do homem ao ambiente, como o chamado patrimônio cultural – urbanismo, zoneamento, paisagismo, monumentos históricos, meio ambiente do trabalho, etc.).²⁹⁵

Os instrumentos à disposição do Ministério Público para defesa da ordem urbanística e do meio ambiente urbano são os mesmos rotineiramente usados para atuação em outros ramos, a saber, o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta,

²⁹⁵ In: *A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 98.

a ação civil pública, a recomendação, a ação de improbidade administrativa, a ação penal, etc.

As áreas de atuação do *Parquet* concernentes à defesa da ordem urbanística e do meio ambiente urbano são ilimitadas. Para este manual prático de atuação, selecionamos, contudo, os temas *Plano Diretor e Uso e Ocupação do Solo Urbano*, com enfoque nas questões do parcelamento para implantação de empreendimentos imobiliários (loteamentos e desmembramentos) e nas APPS urbanas, mais recorrentes na atuação diária do Promotor de Justiça de Habitação e Urbanismo.

Esperamos sinceramente que nossa singela contribuição ao manual possa servir para aprimoramento da atuação dos Promotores de Justiça que militam na área, colocando-nos desde logo à disposição para sugestões de aperfeiçoamento do material produzido.

Registramos, por fim, que todos os roteiros práticos integrantes deste manual, assim, como as peças processuais (petições iniciais, denúncias, recursos, etc) e extrajudiciais (portarias, recomendações, requisições, ofícios, representações, quesitos, termos de ajustamento de conduta, etc.), além de artigos doutrinários, jurisprudência e legislação pertinente estão disponíveis para consulta na página da Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo da Região Metropolitana de Belo Horizonte.

6.3 – PLANO DIRETOR

6.3.1 - A OBRIGATORIEDADE DOS MUNICÍPIOS EM EDITAR SEUS PLANOS DIRETORES

Conceito e importância do plano diretor

Os teóricos do urbanismo sempre concordaram com o entendimento de que o planejamento era essencial para o adequado desenvolvimento e expansão urbanos. Todavia, nos primórdios do *urbanismo*, a atividade de planejamento era mera opção política do administrador público, ou seja, cabia ao gestor decidir se editava ou não normas jurídicas de planejamento urbano. A omissão, contudo, não acarretava qualquer sanção jurídica. Em razão disso, pouquíssimas cidades brasileiras adotaram mecanismos legais e cogentes de planejamento. As conseqüências da omissão não tardaram a surgir. O crescente processo de êxodo rural, com transferência de enormes contingentes de população do campo para as cidades, sem qualquer infra-estrutura previamente estabelecida deram origem a empreendimentos de parcelamentos do solo totalmente insustentáveis do ponto de vista ambiental e urbanístico, além de darem início a um acelerado processo de favelização de nossas cidades.

O cenário começou a mudar a partir da CF/88 que instituiu um capítulo voltado para a *política urba-*

na, consagrando a normatividade do planejamento urbano ao dispor que o

Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º).

Com a edição da CF/88, o plano diretor, de instrumento facultativo, passou à categoria de instrumento indispensável para a adoção de políticas urbanas. Em que pese haver instituído a obrigatoriedade da edição de plano diretor aos Municípios com mais de 20 mil habitantes, o constituinte não previu qualquer sanção para o descumprimento da norma, tampouco o conteúdo mínimo do plano diretor.

Destarte, cumpre observar que o plano diretor deverá ser criado através de lei municipal, aprovada pela respectiva câmara de vereadores, afastada a possibilidade de edição de decretos com tal conteúdo, em razão dos termos peremptórios do art. 182, § 1º, da CF/88, até porque no regime democrático atual é inconcebível estabelecerem-se limitações à propriedade privada e às atividades em geral senão por meio de lei (princípio da legalidade – art. 5º, II, da CF/88). A iniciativa da lei, contudo, não é privativa do Poder Executivo, podendo partir de qualquer vereador ou mesmo do povo (iniciativa popular – CF/88 – art. 61, § 2º). Todavia, considerando as peculiaridades do projeto de lei de plano diretor, cuja elaboração deve ser precedida da realização de estudos e diagnósticos da realidade local, preferencialmente conduzidos por equipe multidisciplinar, recomenda-se que a iniciativa seja do Poder Executivo, que está melhor aparelhado para conduzir o processo de debates e consultas populares.

Coube ao legislador infraconstitucional ao editar a Lei federal nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, regulamentar o dispositivo constitucional, instituindo outras hipóteses de obrigatoriedade do plano diretor, prazo para edição da lei, seu conteúdo mínimo, procedimentos para sua elaboração e atualização e ainda sanções jurídicas para o descumprimento do dever de editar o plano diretor. Coube ao Estatuto da Cidade definir os contornos da chamada função social da propriedade urbana, aduzindo que a

[...] propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas. (art. 39, da Lei nº 10.257/2001).

Assim, verifica-se que a propriedade urbana atende sua função social quando é exercida em consonância com os princípios e diretrizes de ordenação da cidade estabelecidos no plano diretor. Ora, se um imóvel urbano é utilizado para atividade não autorizada pelo zoneamento instituído pelo plano dire-

tor, podemos dizer que a propriedade privada não está cumprindo sua função social.

Além disso, a utilização dos diversos e importantes instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade, a exemplo de IPTU progressivo, parcelamento, utilização ou edificação compulsórios, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas, transferência do direito de construir, entre outros, depende de prévia previsão e autorização pelo plano diretor.

6.3.2 – A OBRIGATORIEDADE E ABRANGÊNCIA DO PLANO DIRETOR

De acordo com o art. 41 do Estatuto da Cidade:

- Art. 41 – O plano diretor é obrigatório para cidades:
- I – com mais de vinte mil habitantes;
 - II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
 - III – onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
 - IV – integrantes de área de especial interesse turístico;
 - V – inseridas na área de influência de empreendimento ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

A primeira hipótese legal de obrigatoriedade de instituição do plano diretor é dos municípios com mais de 20 mil habitantes. Na página do PJMHU consta relação dos municípios mineiros que se enquadram nessa hipótese, observando-se que a população a considerar à data da promulgação do Estatuto da Cidade é aquela fixada com base no censo realizado pelo IBGE no ano de 2000. Outrossim, tão logo atinja o patamar populacional de 20 mil habitantes, os demais Municípios ficam automaticamente obrigados a editar seus planos diretores.

A segunda hipótese de obrigatoriedade legal de instituição de plano diretor é para os municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, observando-se que em Minas Gerais existem duas regiões metropolitanas, a de Belo Horizonte, criada pela Lei Complementar estadual nº 89/06, composta por trinta e quatro Municípios e a do Vale do Aço, criada pela Lei Complementar estadual nº 90/06, composta por quatro Municípios.

A terceira hipótese de obrigatoriedade engloba aqueles municípios que pretendam fazer uso dos instrumentos de política urbana previstos na CF/88, a saber, parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação em caso de não edificação, subutilização ou não utilização do imóvel urbano.

A quarta hipótese legal de obrigatoriedade de edição do plano diretor é a dos municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico, a exemplo dos municípios que integram os chamados *circui-*

tos turísticos, observando-se que cabe ao Ministério do Turismo emitir declaração de *especial interesse turístico*. A obrigatoriedade, na hipótese, justifica-se considerando que o turismo é nitidamente atrativo de novas atividades e moradores para o Município, incrementando o crescimento econômico e populacional, ensejando a necessidade de planejamento do desenvolvimento e expansão urbanos de modo a permitir o atendimento da função social da cidade, mercê da oferta de moradia, saúde, educação, transporte coletivo, trabalho e melhoria da infra-estrutura urbana, como abastecimento de água, saneamento básico, etc.

Por último, devem editar plano diretor os municípios que se situam em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Da mesma forma, a instalação de novos empreendimentos em seu território traz para o Município grandes contingentes de novos moradores, havendo necessidade de conhecer-se essa demanda por serviços públicos e estabelecer a forma de atendê-la, mediante o adequado planejamento. Nesse caso, cabe ao empreendedor, a título de medida compensatória ou mitigatória, a critério do órgão ambiental, dar início ao processo de elaboração do plano diretor, contratando consultorias e estudos necessários, arcando com todos os custos do processo até a promulgação da lei.

Cumpra ressaltar que o plano diretor deve englobar todo o território municipal, inclusive o rural, justamente porque o crescimento urbano se dá em direção ao campo.

6.3.3 – PRAZO PARA EDITAR O PLANO DIRETOR

O Estatuto da Cidade, em sua redação original, fixou prazo até 10/10/2006 para os municípios que se enquadram no art. 41, incisos I e II, editarem seus planos diretores (art. 50). Contudo, a Lei 11.673/2008, estendeu o prazo para edição do plano diretor nos casos previstos no artigo 41, I e II, até 30 de junho de 2008. Nas demais hipóteses, não existe prazo estipulado. Contudo, é entendimento pacífico que a obrigatoriedade surge a partir do momento em que o Município se enquadra na hipótese legal. Por exemplo, no caso do inciso IV, deverá o Município iniciar o processo de elaboração do plano diretor tão logo passe à condição de *área de especial interesse turístico*, assim declarada pelo Ministério do Turismo.

Além de estabelecer prazo para a edição do plano diretor, o Estatuto da Cidade dispõe que os planos diretores editados devem ser atualizados, no mínimo, a cada dez anos (art. 40, § 3º). Para os planos editados anteriormente à vigência do Estatuto, o prazo de dez anos começa a fluir a partir da vigência da Lei nº 10.257/2001, ou seja, a partir de 10/10/2001.

Não obstante o prazo máximo de dez anos para atualização obrigatória do plano diretor, quando se dará profunda revisão da lei, para adaptá-la à contínua e dinâmica realidade social, é possível que neste interregno, sejam realizadas alterações pontuais no diploma legal, que deverão obviamente ser precedidas de todas as cautelas exigíveis para elaboração da lei, tais como consultas populares, audiências públicas, etc.

6.3.4 – AS SANÇÕES JURÍDICAS PELA NÃO EDIÇÃO DO PLANO DIRETOR

O descumprimento da obrigatoriedade em editar o plano diretor traz sérias conseqüências ao gestor municipal, além de privar o Município de seu principal instrumento de planejamento do desenvolvimento e crescimento urbano, impossibilitando-o de utilizar os importantes instrumentos de política urbana previstos na CF/88 e no Estatuto da Cidade, conforme acima explicitado.

Destarte, não editar o plano diretor nas hipóteses previstas no art. 41, incisos I e II, da Lei federal nº 10.257/2001, no prazo previsto no art. 50 do mesmo diploma, com a redação introduzida pela Lei Federal 11.673/2008, bem ainda deixar de promover sua atualização no prazo previsto no art. 40, § 3º sujeita os gestores públicos à responsabilização por improbidade administrativa, nos termos do art. 52, VII, do Estatuto da Cidade. Não se trata de nova modalidade de improbidade administrativa, senão aquela já prevista no art. 11, *caput* e II, da Lei nº 8.429/92, decorrente da violação aos princípios da administração pública, em especial, da legalidade, da eficiência e da moralidade.

Além disso, está sujeito à responsabilização por ato de improbidade administrativa o gestor público que deixar de garantir ou impeça durante o processo de elaboração da lei e de sua atualização a efetiva participação popular, nos termos do art. 52, VI, c/c art. 40, § 4º.

Finalmente, devemos aduzir que, ainda que nas hipóteses do art. 41, incisos IV e V, não haja prazo para aprovação do plano diretor, entendemos que o gestor público estará também sujeito à responsabilização por improbidade administrativa, desde que, implementada a condição legal de obrigatoriedade, não adote as providências necessárias para editar a lei.

6.3.5 – CONTEÚDO MÍNIMO DO PLANO DIRETOR

O Estatuto da Cidade indicou em seu art. 42 o conteúdo mínimo do plano diretor. No caso do Promotor de Justiça constatar que a lei aprovada não atende ao dispositivo legal, convém editar recomendação para complementação do plano diretor em prazo determinado, sob pena de improbidade administrativa do gestor municipal, sem prejuízo de celebração de termo de ajustamento de conduta ou ajuizamento de ação civil pública tendo por objeto obrigação de fazer.

A Resolução nº 34/05 do Ministério das Cidades/ Conselho das Cidades dispõe sobre o conteúdo mínimo do plano diretor, devendo o Promotor de Justiça consultar o ato normativo referido para verificar se os planos diretores dos municípios integrantes da comarca onde atua atendem aos requisitos legais.

6.3.6 – PROCEDIMENTOS DE ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR

O Estatuto da Cidade estabelece que tanto durante o processo de elaboração quanto de atualização do plano diretor (art. 40, § 4º), deve ser assegurada a participação popular, mediante realização de audiências públicas, como consectário lógico dos princípios da democracia participativa e da gestão democrática da cidade, previsto o último no art. 2º, II, da Lei nº 10.257/2001.

A matéria vem regulamentada na Resolução nº 25/05 do Ministério das Cidades e a inobservância da participação popular acarreta a responsabilização do gestor municipal por improbidade administrativa, conforme acima deduzido, além de ensejar eventual ação civil pública com escopo de obter a suspensão do plano diretor por vício formal durante sua elaboração.

6.3.7 – CONCLUSÃO

Como restou dito, o plano diretor é um importante instrumento de planejamento do desenvolvimento e crescimento urbano. No exercício de seu mister, deve o Promotor de Justiça zelar pelo cumprimento das normas legais que instituíram a obrigatoriedade de edição do plano diretor e prazos previstos no Estatuto da Cidade, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para fazer cumprir as disposições legais.

Destarte, ainda que o Município não se enquadre nas hipóteses legais de obrigatoriedade, deve o Promotor de Justiça buscar conscientizar os gestores públicos da importância da edição de plano diretor, como instrumento de planejamento pre-

ventivo para evitar o crescimento urbano desordenado. Com essa atuação, o Promotor de Justiça estará contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições democráticas, bem ainda zelando pela qualidade do meio ambiente urbano, assegurando às presentes e futuras gerações o direito às cidades sustentáveis e à paulatina eliminação das desigualdades sociais, mercê da justa distribuição dos benefícios decorrentes do processo de urbanização.

6.4 – TÉCNICAS DE ATUAÇÃO: ROTEIRO PRÁTICO

Expedir ofício ao Município (que conte com mais de 20.000 habitantes ou esteja inserido em Região Metropolitana) e que não tinha plano diretor aprovado na data de entrada em vigor do Estatuto da Cidade²⁹⁶ e ofício à câmara de vereadores para que informem a situação do respectivo plano diretor (em elaboração, em tramitação, aprovado etc.), enviando cópia à Promotoria de Justiça, se ele estiver aprovado, considerando-se os arts 41 e 50 da Lei federal nº 10.257/2001²⁹⁷.

Os municípios inseridos em áreas de interesse turístico também estão obrigados à elaboração de seus planos diretores²⁹⁸ (art. 41, IV, do Estatuto da Cidade). Embora não haja, na lei, previsão de prazo limite para a edição dos planos diretores, o Ministério Público deve buscar o quanto antes o cumprimento dessa relevante obrigação em caso do Município já se enquadrar nessa situação jurídica, ou tão logo venha a obter a declaração pertinente do Ministério do Turismo.

Verificar se foi encaminhada recomendação ao Município à época do Plano Geral de Atuação 2004. O CAO-MA enviou, por meio do Ofício Circular nº 02/2004, modelo da referida recomendação salientando a necessidade de recomendar ao Município a elaboração do Plano Diretor e inclusão no orçamento para o fim do art. 52, VII, da Lei nº 10.257/2001. Tal verificação é necessária para fins de melhor comprovação do dolo.

Se o plano diretor ainda não tiver sido aprovado, propor ação pleiteando a condenação por ato de improbidade administrativa²⁹⁹ do Prefeito munici-

pal, integrantes da câmara de vereadores e outros agentes públicos eventualmente responsáveis, com fulcro no art. 52, inc. VII, do referido Estatuto, e no art. 11, inc. II, da Lei federal nº 8.429/92 (ver mod. ref. improbidade). No âmbito penal, encaminhar representação à Procuradoria Especializada em Crimes Praticados por Prefeitos Municipais, com documentos comprobatórios da desídia do agente público municipal, para oferecimento de denúncia em virtude do delito previsto no art. 68, da Lei federal nº 9.605/98.

Sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa, remeter recomendação ao Prefeito Municipal e a todos os Vereadores para que conclua a aprovação do plano, de modo célere³⁰⁰, respeitando os parâmetros técnicos preestabelecidos no Estatuto da Cidade e nas Resoluções nº 25 e nº 34, ambas de 2005, do Ministério das Cidades/Conselho das Cidades.

Se o plano diretor estiver aprovado, verificar se os seus termos se compatibilizam com a Lei nº 10.257/2001 e com as Resoluções nº 25/2005 e nº 34/2005, do Ministério das Cidades/Conselho das Cidades. A primeira aborda o processo de participação cidadã na elaboração, implementação e execução do plano diretor; a segunda prevê o conteúdo mínimo que esse plano deve conter. Se o plano não tiver observado tais parâmetros, podendo, inclusive, gerar danos ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural, propor ação civil pública (mod. ref. suspensão), com pedido de suspensão *in concreto* dos efeitos do plano diretor³⁰¹. Considerar também a necessidade de participação no processo de elaboração dos planos diretores (ver mod. ref. Participação 1 e mod. ref. participação 2). Obs: O CAO-MA elaborou um *check-list* visando facilitar a verificação do atendimento às exigências previstas nas resoluções do Ministério das Cidades/Conselho das Cidades.

Em caso de inconstitucionalidade do plano diretor, expedir representação à Procuradoria-Geral de Justiça, para que proponha a ADIN pertinente (em relação à Constituição do Estado de Minas Gerais).

probidade urbanística prevista no art. 52, inc. VII, do Estatuto da Cidade estende-se “[...] aos vereadores e demais agentes públicos que estejam incumbidos de adotar providências necessárias à aprovação do plano diretor ou à sua adequada revisão”.

³⁰⁰ Sugere-se o prazo de seis meses.

³⁰¹ Diante de ACP proposta pela Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Ipatinga, o juiz local deferiu pedido de antecipação de tutela, obrigando o município a não expedir atos administrativos contrários à qualidade ambiental local. Para acessar o inteiro teor da decisão, consulte a página do CAO/MA.

²⁹⁶ Ver relação dos Municípios de Minas Gerais enquadrados nos incisos I e II, do art. 41 do Estatuto da Cidade no site do CAO/MA.

²⁹⁷ Sem prejuízo dessa diligência, o órgão de execução deve enviar esforços para a identificação dos agentes públicos responsáveis.

²⁹⁸ Consultar o *site* do CAO/MA para ver listagem das cidades mineiras de interesse turístico.

²⁹⁹ Segundo a Conclusão nº 20 da Carta de Princípios do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente (Araxá, 13 de abril de 2002), a im-

6.5 – USO E OCUPAÇÃO DO SOLO: PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

6.5.1 – PARCELAMENTO DO SOLO URBANO: LOTEAMENTOS E DESMEMBRAMENTOS CLANDESTINOS E IRREGULARES

6.5.1.1 – O USO E A OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO NA CF/88

De forma inovadora, o constituinte de 1988 trouxe para o seio da Magna Carta a preocupação da sociedade brasileira com o tema do uso e da ocupação do solo urbano, instituindo um capítulo específico para a política urbana. Os arts. 182 e 183 da CF/88 traçam linhas gerais sobre o planejamento do desenvolvimento e expansão urbanos, que se darão, via de regra, mediante aprovação de leis urbanísticas, em especial do plano diretor, obrigatório para Municípios com população superior a 20 mil habitantes, além de dispor sobre a função social da propriedade, a desapropriação do imóvel urbano não utilizado ou subutilizado, matérias intimamente relacionadas com a preservação do meio ambiente, pois sabidamente a ocupação urbana desordenada tem como conseqüência direta a degradação ambiental, com prejuízo à qualidade de vida, a escassez dos recursos naturais, dentre outras mazelas. Além disso, a CF/88 outorgou aos Municípios a competência para

[...] promover no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII).

Não é novidade que a urbanização brasileira caracterizou-se pelo crescimento rápido e sem planejamento das cidades a partir dos fins da década de 60 do século passado, tendo como conseqüência do processo cidades despreparadas para acolher o imenso contingente humano e absorver as demandas sociais, especialmente nos aspectos de trabalho e moradia, com conseqüências negativas tais como colapso do sistema de transporte coletivo, congestionamento no trânsito, aumento dos processos erosivos, assoreamento dos rios, impermeabilização dos solos, como fator desencadeante das enchentes, proliferação de favelas, ocupação de áreas de proteção ambiental, precariedade de saneamento básico, desemprego, violência, etc.

Infelizmente, a sociedade brasileira ainda não tem a cultura de defesa dos espaços urbanos, tampouco da defesa da qualidade de vida urbana e o respeito às normas urbanísticas. Ao contrário, as normas urbanísticas são diuturnamente desconsideradas tanto pelo cidadão comum, como muitas vezes pelo próprio poder público, que se julga imune ao cumprimento das leis ou, deliberadamente, se omite na fiscalização de seu cumprimento.

6.5.1.2 – URBANISMO, ORDEM URBANÍSTICA E DIREITO URBANÍSTICO

Para perfeito entendimento dos conceitos que serão utilizados neste artigo, impõe-se de plano diferenciar os termos *urbanismo*, *ordem urbanística* e *direito urbanístico*, que muitas vezes são confundidos. O urbanismo é a ciência do planejamento das cidades, afeta aos arquitetos. Já ordem urbanística ou direito urbanístico é o conjunto de leis que planejam e disciplinam as diversas atividades nas cidades. O direito urbanístico é um ramo interdisciplinar do direito, estreitamente relacionado ao direito público e constitucional, regulamentando sempre interesses e direitos difusos e coletivos, cuja legislação é considerada de natureza cogente, porque de interesse geral e visa à ordenação racional dos espaços urbanos, à funcionalidade desses espaços e à boa qualidade de vida das pessoas que neles vivem. José Afonso da Silva ressalta que

[...] as normas urbanísticas, por serem de direito público, são compulsórias, cogentes [...] porque regulam [...] uma função pública – que é a atividade urbanística do poder público, conformando, por outro lado, a conduta e as propriedades dos particulares a seus ditames.³⁰²

6.5.1.3 – EFEITOS DA INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS URBANÍSTICAS

A inobservância das normas urbanísticas traz como conseqüências graves problemas para o adequado ordenamento das atividades no espaço urbano, com comprometimento da qualidade de vida e do meio ambiente, podendo-se citar, à guisa de exemplo, os seguintes gravames:

- 1 - a desarticulação do traçado viário interno do parcelamento com as vias oficiais prejudica a circulação de pessoas e coisas difusamente consideradas, e não só os moradores de um bairro;
- 2 - as vias públicas de um loteamento, abertas sem observância das posturas municipais relativas à largura, inclinação e ao seu tamanho, prejudicam, por exemplo, o atendimento do novo bairro pelo serviço de transporte coletivo e coleta regular do lixo, já que as estreitas ruas não permitem a circulação de veículos;
- 3 - a falta de pavimentação de uma rua provoca a erosão do solo, dificulta a trafegabilidade e pode gerar o desmoronamento das casas;
- 4 - a inexistência de rede coletora de esgoto dá lugar ao lançamento de esgotos *in natura* em córregos, poluindo cursos d'água e rios, contribuindo para a disseminação de doenças de veiculação hídrica;
- 5 - a falta de sistema de captação e drenagem de águas favorece o aparecimento de focos de doenças e contribui para o processo de erosão dos solos;

³⁰² *In Direito Urbanístico Brasileiro*. 4 ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62.

6- a impermeabilização dos terrenos impede a recarga do lençol freático e ocasiona a concentração das águas no solo, provocando enchentes, o que acaba por afetar a circulação, a habitação e a saúde pública;

7 - a não-observância das normas edilícias que estabelecem afastamentos frontais e laterais dos imóveis impede a circulação do ar e a iluminação das residências e dificulta ou impede a implantação de equipamentos urbanos (sistema de rede de água e esgoto, gás canalizado etc) pelo poder público, quando os imóveis são construídos no alinhamento da via;

8 - a invasão de áreas públicas reservadas nos loteamentos para praças, parques, espaços livres, áreas verdes e institucionais impede a fruição desses espaços pela coletividade e impede o poder público de proporcionar meios de lazer e de implantar equipamentos comunitários, a exemplo de postos de saúde e escolas, obrigando a população ali residente a grandes deslocamentos para atendimento de suas necessidades básicas, etc;

9 - o desrespeito às leis de zoneamento pode produzir danos à coletividade, como a implantação próxima de usos inconciliáveis e incompatíveis, a exemplo do caso da construção e funcionamento de um *Shopping Center* em zona residencial, atraindo maior fluxo de pessoas e automóveis, congestionando as vias projetadas para trânsito local.

6.5.1.4 – A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICA PARA DEFESA DA ORDEM URBANÍSTICA

A observância da ordem urbanística interessa a pessoas indeterminadas ou determináveis. Quando violados os interesses e direitos que derivam das relações urbanísticas, de natureza difusa, surge para o Ministério Público o dever de tutelá-los (arts. 127 e 129 da CF/88, art. 1º, VI, da Lei nº 7.347/85).

6.5.1.5 – PARCELAMENTO DO SOLO URBANO – LEI FEDERAL Nº 6.766/79

A questão do parcelamento do solo urbano é um dos principais aspectos relacionados ao uso e à ocupação do solo. O regramento da atividade de parcelamento do solo urbano interessa a toda a coletividade, sendo dever do poder público aprovar previamente qualquer empreendimento desta natureza, bem ainda acompanhar todas as intervenções para implantação de loteamentos e desmembramentos, a fim de assegurar o fiel cumprimento das normas urbanísticas. Devemos observar que o parcelamento pode tanto se dar para fins urbanos quanto para fins rurais. A nós interessa o parcelamento do solo urbano, impondo-se aduzir que o parcelamento para fins rurais é regulado pelo Estatuto da Terra (LF nº 4.504/64) e pelo Decreto-Lei nº 58/45, devendo ser observado o módulo rural mínimo fixado pelo INCRA para a região.

Os empreendimentos de parcelamento do solo para fins urbanos são aqueles que transformam o imóvel indiviso em bairros, vilas ou cidades. Implicam a implantação de lotes destinados a edificações residenciais, comerciais ou industriais, atendidos por equipamentos urbanos (redes de água e de esgoto, de iluminação pública, de telefonia, etc) e equipamentos comunitários (escolas, postos de saúde, áreas de lazer, etc). São rurais os parcelamentos voltados às atividades nitidamente extrativistas, agrícolas, de pecuária e agroindustriais, nos termos do art. 4º, I e II, da Lei federal nº 4.504/64 – Estatuto da Terra. A Lei federal nº 6.766/79 é o diploma legal que rege, em linhas gerais, a atividade de parcelamento do solo urbano. Os Estados, Distrito Federal e Municípios poderão editar normas suplementares desde que não contrariem as disposições gerais da norma federal³⁰⁵. A Lei nº 6.766/79, em seu art. 2º, prevê duas modalidades de parcelamento do solo urbano: o loteamento e desmembramento. O § 1º do art. 2º dispõe que

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes". Já o § 2º do mesmo dispositivo define desmembramento como a "subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

6.5.1.6 – EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA O REGULAR PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

A atividade de parcelamento do solo urbano é pública por natureza, tanto que a violação das disposições legais que regulam a atividade constitui crime contra a administração pública (art. 50 da Lei nº 6.766/79).

Para regularidade urbanística e ambiental de um empreendimento de parcelamento do solo urbano, impõe-se a observância de todo um procedimento estabelecido pela Lei Federal nº 6.766/79, composto das seguintes fases a serem cumpridas pelo empreendedor:

- 1º) solicitação das diretrizes (art. 6º) ou apresentação de requerimento à prefeitura (art. 10);
- 2º) a licença ambiental, necessária para a aprovação, implantação e registro de loteamento ou desmembramento, pois qualquer parcelamento do solo é considerado atividade poluidora (Resolução CONAMA nº 237/97, DN COPAM nº 58/02 c/c DN COPAM nº 74/04). Observe-se que o porte do empreendimento vai determinar se o licenciamento ambiental se dará em âmbito estadual ou municipal;
- 3º) a prévia e necessária anuência do Estado de

³⁰⁵ A CF/88 instituiu a competência concorrente entre os entes da federação em matéria urbanística – art. 24, I.

Minas Gerais, nas hipóteses do art. 13 da Lei nº 6.766/79. Atualmente quem autoriza é a SEDRU – Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Urbano;

4º) aprovação do projeto pelo Município (art. 12), observada também a legislação local de parcelamento do solo urbano;

5º) após a aprovação pelos órgãos competentes, efetivação do registro no competente cartório de registro de imóveis onde se encontra matriculada a gleba parcelada no prazo de 180 dias (art. 18, Lei nº 6.766/79), sob pena de caducidade;

6º) elaboração de contrato-padrão de compra e venda dos lotes contendo cláusulas e condições protetivas dos consumidores nos termos dos arts. 25 a 36 da Lei nº 6.766/79, que também deverá ser arquivado no RGI;

7º) estar a gleba parcelada situada fora das áreas de risco ou de proteção ambiental e em zona urbana ou de expansão urbana (art. 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 6.766/79), sendo necessária prévia anuência do INCRA, quando houver a alteração de uso do solo rural para urbano (arts. 3º, *caput*, e 53, Lei nº 6.766/79);

8º) execução das obras de infra-estrutura exigidas pelos órgãos públicos no ato da aprovação e de licenciamento ambiental, ditadas pela Lei federal (art. 18, V, Lei nº 6.766/79 com a redação introduzida pela Lei federal nº 11.445/2007), estadual ou municipal. Observe-se que o mínimo de infra-estrutura a ser exigida está estabelecida na lei federal, podendo, contudo, os Municípios incluir outras obras, desde que previstas em lei local.

6.5.1.7 – LOTEAMENTOS E DEMEMBRAMENTOS CLANDESTINOS

Chama-se clandestino o parcelamento do solo urbano não aprovado pelo poder público e/ou não registrado no cartório de registro de imóveis. A clandestinidade do empreendimento impede que os adquirentes promovam a necessária matrícula de seus lotes no competente cartório do RGI. Consoante conceito legal, lote é

[...] o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe (art. 2º, § 4º, da Lei nº 6.766/79).

Ora, se o *lote* não atende aos índices urbanísticos, tampouco é servido de infra-estrutura básica, consoante conceito legal acima transcrito, sequer pode ser considerado *lote* para os efeitos jurídicos, não é passível de registro e matrícula no RGI, tampouco passível de edificação regular, já que não é dado ao poder público autorizar edificações urbanas sem obediência aos critérios legais.

Para melhor compreensão do que restou dito, basta aduzir que qualquer edificação urbana há de atender critérios tais como índice de coeficiente

de aproveitamento, gabarito, afastamentos frontal e lateral, taxa de ocupação, índice de permeabilidade, entre outros, fixados em lei, conforme o zoneamento levado a efeito no plano diretor, em lei municipal de uso e ocupação do solo ou ainda no Código de Obras. Para se atender a esses critérios, necessário se faz que o *lote* tenha dimensões compatíveis com o zoneamento e esteja regularmente matriculado em cartório. Não sendo observados esses requisitos, não poderá o poder público conceder alvará de construção, tampouco o *habite-se*, o que acarreta irremediavelmente a clandestinidade da totalidade das edificações existentes nos loteamentos clandestinos, com prejuízos não só à ordem urbanística e ao meio ambiente, mas também danos ao erário, na medida em que normalmente não incide IPTU sobre tais imóveis clandestinos ou mesmo ITBI sobre as negociações translativas de posse ou propriedade realizadas.

A implantação de loteamentos clandestinos frequentemente é responsável por vários danos ambientais e urbanísticos, como proliferação de habitações edificadas sem acompanhamento técnico, disposição de lixo a céu aberto ou nos cursos d'água, rápido crescimento populacional sem a necessária infra-estrutura urbana, a exemplo de equipamentos urbanos e comunitários, entre outros.

Via de regra, a implantação de parcelamentos clandestinos é seguida de expedientes, manobras e artifícios dos empresários loteadores, principalmente no tocante à alienação de lotes na forma de *frações ideais* para a implantação de supostos *condomínios*, ou *cessões de direitos possessórios*, tudo para ocultar a verdadeira natureza do empreendimento e burlar as disposições cogentes da Lei nº 6.766/79, expedientes que muitas vezes contam com a omissão dos Cartórios do Registro de Imóveis, que promovem a averbação de sucessivas transações envolvendo *frações com áreas e localização definidas* da gleba indivisa sem qualquer questionamento e em completa afronta às disposições do Código Civil que regulamentam o instituto do condomínio (arts. 1.314, parágrafo único, e 1.322).

Essa prática lesa os adquirentes porque normalmente os empreendedores, após a conclusão das vendas dos lotes, desaparecem sem implantar a mínima infra-estrutura urbana, deixando todo o ônus da urbanização para o poder público municipal, sabidamente sujeito a limitações orçamentárias, o que torna muito difícil a regularização de referidas ocupações em curto e médio espaço de tempo, contribuindo para que as populações ali residentes convivam anos a fio com a precariedade dos serviços públicos, dentre outras mazelas. Outrossim, diante da consolidação das ocupações, muitas vezes com construção de moradias em áreas de preservação *non aedificandi*, a regularização fundiária promovida pelo poder público tem por escopo apenas aprovar o que já está implantado, com sérios prejuízos ao meio ambiente urbano e à qualidade de vida urbana.

Ademais, o empreendedor somente está autorizado à venda de lotes após o necessário registro do ato de aprovação do empreendimento na matrícula do imóvel parcelando no competente cartório do RGI (art. 37 da Lei nº 6.766/79).

Assim, deve o Promotor de Justiça no exercício de seu *munus* averiguar outras circunstâncias que indiquem a implantação de um loteamento clandestino com simulação de condomínio, a exemplo de planta dispondo sobre a localização exata dos lotes, abertura de vias de circulação interligadas ao sistema viário da cidade, previsão de áreas públicas para praças, áreas verdes ou institucionais, que são próprias do sistema da Lei nº 6.766/79 e não da legislação de condomínio horizontal (Lei nº 4.591/65), inexistência, nos contratos dos compradores, de normas pertinentes à legislação de condomínio, a exemplo de rateio de despesas para manutenção das áreas comuns, demarcação física dos lotes por estacas, etc.

6.5.1.8 – LOTEAMENTOS E DESMEMBRAMENTOS IRREGULARES

São irregulares os parcelamentos do solo que, embora aprovados e registrados na forma da legislação pertinente, não tiveram suas obras de infra-estrutura inteiramente executadas. A falta das obras de um loteamento pode acarretar danos ao meio ambiente urbano, a exemplo de erosão das vias públicas, causada pela falta de pavimentação e compactação do solo, impedindo a circulação de pessoas e veículos, concentração de resíduos domésticos, criando focos de poluição e de doenças, com perigo à saúde pública, deslizamentos, desmoronamentos, enchentes, e ainda, aos adquirentes dos lotes, que serão obrigados a habitar locais sem a infra-estrutura urbana básica.

Para a Lei federal (art. 18, V, Lei nº 6.766/79), as obras de infra-estrutura básica são as vias de circulação devidamente pavimentadas, a demarcação dos lotes, quadras e logradouros, as obras de escoamento das águas pluviais, a exemplo de meios-fios, bocas de lobo, galerias de captação e drenagem, etc. e ainda esgotamento sanitário, incluindo abastecimento de água potável, coleta e destinação ambientalmente adequada de esgoto, energia elétrica pública e domiciliar. Mas o Município, além das mencionadas obras obrigatórias, tem atribuição legal para exigir outras, desde que haja lei municipal prevendo a hipótese. É muito comum o loteador cobrar o custo dessas obras de infra-estrutura dos adquirentes, além das prestações pagas pela compra dos lotes, normalmente denominadas *cotas para abertura de ruas, cotas para iluminação pública e abastecimento de água*, dentre outros, quando o legislador, em verdade, estabeleceu essa obrigação de fazer ao primeiro, conforme cronograma de obras aprovado pelo poder público, inclusive com estabelecimento de garantias (caução,

hipoteca, etc), o que pode gerar a composição dos danos sofridos pelos consumidores em decorrência da cobrança de valores indevidos (restituição dos valores pagos, mais perdas e danos).

Além disso, a inexecução de obras de infra-estrutura do loteamento no prazo previsto no cronograma de obras aprovado pelo poder público municipal configura o crime previsto no art. 50, inciso II, da Lei nº 6.766/79. Portanto, irregular é o parcelamento que, apesar de aprovado e registrado, não contém total ou parcialmente as obras para os equipamentos urbanos, que devem ser executadas no prazo máximo de quatro anos da data da aprovação do projeto (art. 18, V).

6.5.2 – TÉCNICAS DE ATUAÇÃO

6.5.2.1 – A INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL

Parcelamento Clandestino

O Promotor de Justiça, ao tomar conhecimento de loteamento ou desmembramento clandestino em sua comarca, deve:

1º) instaurar inquérito civil, com a expedição de ofícios e outras providências a seguir indicados:

- Cartório de registro de imóveis: requisitar cópia da matrícula do imóvel parcelando, mais a certidão do oficial do CRGI que comprove a existência ou não de loteamento ou desmembramento transcrito ou registrado; essa diligência, além de demonstrar eventual clandestinidade do parcelamento, a partir da inexistência de seu registro, possibilita a identificação do domínio do proprietário da gleba indivisa, pois o loteador pode não ser o proprietário da área; observe-se que a Lei nº 6.766/79 exige que o loteador detenha título de propriedade para parcelar o solo (arts. 9º, *caput*, 18, *caput* e incisos I e II);
- Prefeitura municipal: requisitar informe o prefeito ou o secretário municipal responsável pela área de aprovação de parcelamentos se o empreendimento foi aprovado pela municipalidade, encaminhando cópias dos documentos pertinentes; requisitar também vistoria no local para constatar se houve movimentação de terra, terraplenagem, demarcação de quadras e lotes, abertura de ruas, indicando sua largura, inclinação, se houve pavimentação, edificações de casas, desmatamento, assoreamento de cursos d'água ou nascentes e comprometimento de áreas de proteção ambiental ou *non aedificandi*, a exemplo de faixas de servidão de linhas de transmissão, entre outras;
- SUPRAM ou órgão ambiental municipal, se o licenciamento ambiental for realizado no Município: requisitar informação sobre eventual licença ambiental do empreendimento, bem como vistoria atestando eventuais danos ao meio ambiente, mais as obras necessárias para a regularização do loteamento ou seu desfazimento, na hipótese de estar sendo implantado em áreas não parceláveis, a exemplo de imóveis rurais, áreas de preservação

permanente, unidades de conservação, áreas poluídas, sujeitas a inundação, ou outras restrições decorrentes do próprio zoneamento do Município (art. 3º da Lei nº 6.766/79);

d) SEDRU – requisitar informação sobre eventual anuência ao empreendimento nos casos previstos no art. 13 da Lei nº 6.766/79.

e) Autoridade policial: requisitar instauração de inquérito policial, com os documentos preliminares obtidos pela Promotoria (termo de declarações de compradores, do loteador, dos corretores de imóveis que venderam os lotes, certidão imobiliária do RGI, informações e vistoria da prefeitura, panfletos de propaganda, etc), pois, normalmente, o loteamento clandestino pode ter início com a venda de lotes, infringindo o art. 37 da Lei nº 6.766/79, ou com a alteração física da área parcelanda, ou com as duas atividades simultaneamente, o que já configura crime (art. 50 da Lei nº 6.766/79).

f) Ofício ao CREA, CRECI e OAB: oferecer representação aos órgãos de classe, quando, na implantação de loteamentos clandestinos, houver a atuação de engenheiros, arquitetos, corretores de imóveis (ou imobiliárias) e advogados envolvidos nos empreendimentos para que sejam adotadas as medidas administrativas punitivas pertinentes.

g) Oitiva do loteador: notificar o empreendedor a comparecer na Promotoria de Justiça, sob pena de condução coercitiva, para prestar esclarecimentos sobre o empreendimento, devendo apresentar documentos, a exemplo de comprovante de propriedade, matrícula do imóvel, aprovações dos órgãos públicos, cópias dos contratos de promessa de compra e venda dos lotes celebrados, plantas, memorial descritivo, etc;

Obs: Nesta fase, se o Promotor de Justiça já tiver de posse dos elementos de convicção e prova suficientes da existência do empreendimento e de sua ilegalidade, poderá propor ao loteador a assinatura de um termo de ajustamento de conduta para a regularização do parcelamento ou seu desfazimento, em caso de ser o empreendimento inviável, em qualquer caso, com a obrigação de ressarcir os danos aos compradores dos lotes e ao meio ambiente urbano e natural.

h) Notificação do art. 38 da Lei nº 6.766/79: essa notificação é formalidade necessária para comprovar a mora do loteador e externar a intenção do Ministério Público em paralisar a atividade ilícita, pela via administrativa, ensejando ainda a possibilidade aos adquirentes dos lotes para depósito das prestações no cartório do RGI, conforme preceitua o art. 38, § 1º, da Lei nº 6.766/79. Não obstante a providência referida, o loteamento poderá também ser embargado administrativamente pelo órgão ambiental ou pelo poder público municipal. As verbas obtidas mediante depósitos levados a efeito pelos adquirentes poderão ser levantadas pelo empreendedor, mediante alvará judicial, depois de regularizado o empreendimento, ouvidos o Município e o Ministério Público ou levantadas pelo Município, a título de ressarcimento, se a regularização for promovida pelo ente público, também por ordem judicial.

i) Oitiva do proprietário da gleba: eventualmente, o proprietário do imóvel parcelando não é o loteador, seja porque contratou terceira pessoa para realizar o empreendimento, seja porque a área foi invadida, indevidamente parcelada e negociados os lotes com terceiros, sendo necessário apurar o grau de responsabilidade do proprietário com o empreendimento ilegal, promovendo sua responsabilização civil, nos termos do art. 51 da Lei nº 6.766/79 e criminal, se for o caso. É comum herdeiros de uma gleba transferirem a gleba herdada para imobiliárias, independentemente de conclusão do inventário ou de alvará judicial, que ficam responsáveis por implantar o loteamento, mediante participação nos lucros auferidos pelos herdeiros com a venda de lotes.

j) Desconsideração da Personalidade Jurídica: quando o parcelamento é feito por uma pessoa jurídica é muito comum a insuficiência do seu patrimônio para responder pela regularização do empreendimento e pela indenização dos consumidores lesados. Assim, convém incluir no pólo passivo da ação ou no TAC celebrado os sócios da pessoa jurídica, em especial aqueles que participaram dos negócios jurídicos, firmando contratos, os que detinham o poder de gestão da sociedade ou os que extrapolaram do objeto estatutário para responderem civilmente com seu patrimônio pessoal pelos danos decorrentes dos atos ilícitos praticados. A desconsideração da personalidade jurídica em casos tais já é de há muito admitida por nosso ordenamento jurídico, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, no art. 28, “caput” e § 5º, do art. 47 da Lei nº 6.766/79 que fala da responsabilidade solidária e ainda o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que trata da responsabilidade objetiva do causador de danos ao meio ambiente (natural ou artificial).

Parcelamento irregular

A notícia de que o parcelamento aprovado e registrado não se encontra com as obras de infra-estrutura concluídas normalmente chega ao Promotor de Justiça através de representação de consumidores lesados pela prefeitura, pela COPASA e outros concessionários de serviços públicos, que passam a ser demandados pelas obras, e, ainda, eventualmente pelo cartório de registro de imóveis, pois o oficial do RGI é obrigado a comunicar ao Ministério Público sobre a existência de loteamento registrado, em que não tenha sido apresentado o termo de recebimento de obras, que é expedido pelo poder público municipal após a conclusão de todas as obras de infra-estrutura e que permite o levantamento ou cancelamento das cauções ou garantias oferecidas pelo empreendedor.

Ao tomar conhecimento de loteamento irregular, o Promotor de Justiça deverá instaurar procedimento investigatório, adotando as seguintes providências:

a) Cartório de registro de imóveis: requisitar a remessa de cópias dos documentos arquivados no RGI, quando do registro do loteamento (do projeto, memorial descritivo, dos atos de aprovação

e de licença, planta do loteamento, do contrato-padrão e instrumento de garantia para a execução das obras, etc), e certidão sobre averbação na matrícula da gleba parcelada de eventual termo de recebimento de obras. Os documentos em tela indicarão a regularidade formal do empreendimento, as obras a cargo do loteador previstas no ato de aprovação e respectivo prazo para execução, a garantia oferecida ao Município, a exemplo de hipoteca, fiança bancária, caução em dinheiro, entre outras, nos termos do art. 18, V, da Lei nº 6.766/79;

b) Prefeitura municipal: requisitar informe o Município se emitiu o termo de recebimento de obras (art. 18, V, Lei nº 6.766/79), encaminhando cópia do documento, se houver e que realize vistoria que ateste a inexecução das obras de infra-estrutura exigidas pela municipalidade e demais órgãos públicos quando da aprovação do loteamento, devendo ser identificadas as obras faltantes e estimativa de custos, o que permitirá, por exemplo, o decreto de indisponibilidade de bens do empresário para execução das obras ou execução da garantia oferecida. Deverá ainda o poder público informar se no prazo previsto no cronograma aprovado houve fiscalização das obras, encaminhando os relatórios elaborados, permitindo colher elementos para aferir a eventual responsabilização do poder público por omissão no seu dever de fiscalizar o cumprimento do cronograma aprovado.

c) Loteador: notificar o loteador para esclarecer o porquê da não-realização das obras no prazo previsto no cronograma; se o loteador for pessoa jurídica, requisitar à JUCEMG ou cartório do registro civil das pessoas jurídicas, os atos constitutivos e alterações societárias havidas, de modo a identificar os sócios com poderes de gerência no período previsto para realização das obras de infra-estrutura, a fim de responsabilizá-los solidariamente em eventual ação civil pública (art. 47 da Lei nº 6.766/79) ou através de termo de ajustamento de conduta.

6.5.2.2 - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1º) Na petição inicial da ação civil pública ou no TAC celebrado deve-se incluir o Município como co-obrigado em razão de sua omissão seja na fiscalização de implantação de loteamento clandestino (é dever do Município exercer o controle sobre o uso e ocupação do solo urbano, nos termos do art. 30, VIII, da CF/88), seja na conclusão das obras de urbanização do loteamento aprovado (art. 40, Lei nº 6.766/79).

2º) Na hipótese de responsabilidade solidária ou conjunta de mais de um agressor do meio ambiente urbano, a exemplo de sócios da empresa loteadora, da imobiliária, do corretor, do advogado, do topógrafo, do arquiteto que elaborou a planta, deve-se descrever a conduta de cada um, bem como demonstrar a existência dos danos causados ao meio ambiente natural e urbano (soterramento de nascente, contaminação de cursos d'água, desmatamento, ocupação de APP, lotes com área inferior ao permitido pelo zoneamento, ausência de áreas

verdes, institucionais, vias mais estreitas do que o que é permitido pela legislação, etc.)

3º) Os pedidos de obrigação de fazer ou não fazer devem ser:

a) ao loteador e co-obrigados, inclusive o Município omissos, para que solidariamente regularizem o loteamento clandestino com a elaboração de projeto e memorial descritivo, obtenção de diretrizes na prefeitura, aprovação dos órgãos públicos, licenciamento ambiental, registro no RGI, execução das obras de infra-estrutura, ressarcimento aos adquirentes lesados por eventual extinção de lotes, ou promovam o desfazimento do loteamento, se impossível de ser aprovado, como no caso de estar situado em área de proteção ambiental, pedindo-se a recomposição da gleba ao estado anterior, mediante apresentação de Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) ao órgão ambiental competente, com a indenização pelos danos causados ao meio ambiente e aos adquirentes dos lotes;

b) ao loteador e ao Município, de forma solidária, no caso de loteamento irregular, que executem as obras de infra-estrutura previstas no ato de aprovação do empreendimento, devendo o último valer-se das garantias oferecidas pelo primeiro, se houver;

c) deve-se sempre estabelecer prazo para o cumprimento das obrigações;

d) cumular pedido de cominação de pena pecuniária no caso de descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer pedidas na inicial (astreintes);

e) Em sede de cautelar:

1) embargo das atividades, em caso de loteamento clandestino, até a efetiva aprovação do empreendimento, na forma da Lei nº 6.766/79;

2) colocação de placa anunciando a clandestinidade do empreendimento para evitar que novos consumidores desavisados venham adquirir outros lotes;

3) suspensão dos pagamentos das prestações, com depósito em conta à disposição do Juízo;

4) depósito judicial pelo loteador das quantias recebidas ou oferecimento de caução idônea para garantir a regularização do empreendimento e a execução das obras faltantes;

5) apresentação dos contratos celebrados e informação sobre as quantias pagas por cada um dos adquirentes;

6) indisponibilidade de bens dos responsáveis, com expedição de ofícios ao Banco Central, aos cartórios do RGI, à Bolsa de Valores, etc. Para assegurar o decreto judicial da indisponibilidade dos bens dos responsáveis é salutar que a inicial seja acompanhada de estimativa de custos das obras faltantes, pois os nossos tribunais mostram-se resistentes em decretar a indisponibilidade indiscriminada de todos os bens do réu.

Finalmente, registramos que é cabível o ajuizamento de ação por ato de improbidade administrativa, com base no art. 11, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92 em desfavor do gestor público que deixar de embargar administrativamente loteamento clandestino de cuja implantação tenha notícia, deixar de executar a garantia concedida para execução das obras de infra-estrutura do empreendimento ou na hipótese de emissão de termo de recebimento de obras antes da conclusão de todas as obras de urbanização.

6.5.2.3 – O INQUÉRITO POLICIAL

Parcelamento clandestino

Como restou acima evidenciado, a implantação de empreendimento de parcelamento do solo urbano não aprovado pelos órgãos públicos competentes configura crime contra a administração pública previsto no art. 50, I, da Lei nº 6.766/79. Chegando o fato criminoso ao conhecimento do Promotor de Justiça criminal, deverá este adotar as mesmas providências para instruir o inquérito civil acima indicadas, expedindo as requisições necessárias para apuração adequada dos fatos, sendo possível o oferecimento de denúncia criminal a partir dos elementos de prova e convicção colacionados no Inquérito Civil, já que o Ministério Público pode oferecer denúncia criminal com base em quaisquer peças de informação, sendo prescindível a instauração de inquérito policial, nos termos do art. 39, § 5º, do Código de Processo Penal.

Não sendo possível a realização de diligências iniciais pelo Promotor de Justiça, poderá ele requisitar diretamente da autoridade policial a instauração de inquérito policial juntando desde logo a documentação de que dispõe e indicando as diligências a serem realizadas para instrução do procedimento inquisitivo, apurando-se: a) como se iniciou o parcelamento clandestino (através de obras de terraplenagem, desmatamento, movimentação de terras, venda de lotes, etc); b) a data ou período de sua implantação (quando se iniciaram/realizaram as obras ou as vendas dos lotes); c) quantos são os adquirentes e quais lotes já estão edificados; d) perícia do local onde foi implantado (ou se pretende implantar) o parcelamento para comprovação da materialidade delitiva (observe-se que eventual laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística poderá instruir também o inquérito civil); e) a identidade do loteador e eventuais co-autores e partícipes, a exemplo de arquiteto, corretor, advogado, engenheiro, bem ainda do proprietário do imóvel parcelando, promovendo suas oitivas para prestar esclarecimentos sobre o parcelamento, devendo apresentarem os documentos pertinentes ao empreendimento (escritura da área, matrícula do imóvel, aprovações dos órgãos públicos, relação dos adquirentes dos lotes – com seus nomes e endereços, planta do loteamento, memorial descri-

tivo, etc); f) identificar alguns adquirentes, promovendo suas oitivas para esclarecer a identidade do proprietário, vendedor e/ou outros participantes da implantação do loteamento clandestino; a localização do loteamento; tamanho e quantidade de lotes, juntando-se aos autos cópias dos respectivos contratos de promessa de compra e venda ou similar, etc.

Deve também o Promotor criminal oferecer representação aos órgãos de classe dos autores, co-autores e partícipes do crime, a exemplo do CREA, CRECI e OAB, quando restar apurado envolvimento dos referidos profissionais na implantação de loteamentos ou desmembramentos clandestinos para a devida aplicação das penalidades administrativas.

Parcelamento irregular

A inexecução das obras de infra-estrutura de loteamento no prazo previsto no cronograma aprovado pelo poder público configura o crime previsto no art. 50, inciso II, da Lei nº 6.766/79. Ao tomar conhecimento de loteamento irregular, o Promotor deve oficiar ao Cartório do RGI requisitando informe sobre a existência de termo de recebimento de obras expedido pela prefeitura, devidamente averbado na matrícula do imóvel parcelado. De posse da informação do cartório atestando a inexistência da conclusão das obras, o Promotor deve requisitar a instauração de inquérito policial para apuração de crime previsto no art. 50, II, da Lei nº 6.766/79, desde logo indicando as seguintes diligências a serem realizadas: a) requisição à prefeitura municipal de informações sobre o recebimento das obras, encaminhando o respectivo termo, se houver; b) realização de perícia técnica para identificar as obras ainda pendentes; c) oitiva do loteador, a fim de que esclareça o motivo da não-conclusão ou realização das obras, no prazo previsto no cronograma aprovado pelo poder público; d) expedição de ofício a JUCEMG ou respectivo cartório do registro civil das pessoas jurídicas, requisitando cópias dos atos constitutivos e das alterações societárias havidas, se se tratar o loteador de pessoa jurídica, a fim de identificar os sócios com poderes de gerência no período de vigência do cronograma de obras, possibilitando responsabilizá-los criminalmente; e) oitiva de alguns adquirentes de lotes para produção da prova testemunhal sobre a inexecução das obras no loteamento.

6.5.2.4 - A DENÚNCIA CRIMINAL

Em face da especificidade dos crimes tipificados na Lei nº 6.766/79, devemos adotar alguns cuidados no oferecimento da denúncia criminal para evitar sua inépcia e rejeição ou ainda a impunidade dos responsáveis.

Sempre que existirem elementos de prova bastantes, quanto à autoria e materialidade do crime, é recomendável oferecer, desde logo, a denúncia, a

fim de se evitar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade de prescrição retroativa, visto que normalmente a pena cominada *in concreto* não excede o mínimo legal de um ano. Na seara criminal, ao contrário da área cível, não é necessário, por exemplo, a realização de prova pericial complexa para constatar a extensão dos danos, pois se trata de crime formal contra a administração pública, prescindindo-se de dano efetivo para sua caracterização. Ademais, se se constatar *a posteriori* dano ambiental decorrente do empreendimento com base, por exemplo, em laudo técnico elaborado em sede de inquérito civil, o Promotor de Justiça pode oferecer denúncia em apartado ou aditar a denúncia já oferecida, observando que o decurso do prazo prescricional já terá sido interrompido pelo recebimento da primeira denúncia. Sempre indicar o período em que a ação do loteador se desenvolveu, visando, com isso, demonstrar o prolongamento da conduta incriminada no tempo e, portanto, seu caráter permanente, com reflexo direto sobre o início do prazo prescricional (art. 111, III, do CPB).

Descrever o imóvel parcelando, indicando sua localização, área total, confrontações, matrícula, etc.

Indicar algumas vendas de lotes realizadas pelo agente, com menção à data, lotes negociados, preços e adquirentes, bem ainda as interferências físicas realizadas na gleba, a exemplo de abertura de ruas, demarcação de lotes, desmatamentos, etc.

Indicar todos os requisitos legais para regularidade do empreendimento não observados pelo loteador, a exemplo da falta de licença ambiental, falta de aprovação pelo poder público, falta de anuência da SEDRU, falta do registro, falta de anuência do INCRA, em caso de parcelamento de áreas rurais para fins urbanos, apontando, ainda, os textos legais violados.

Informar qual a relação que o loteador mantinha com o imóvel loteado (legítimo proprietário, cessionário de direitos hereditários, invasor, etc), enfatizando que somente se considera título legítimo de propriedade, a que se referem os arts. 9º e 18, e para os fins do art. 50, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 6.766/79, o título de domínio (escritura pública, formal de partilha, etc) devidamente registrado no cartório de registro de imóveis competente.

6.5.2.5 - A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Considerando-se a pena mínima cominada *in abstracto* aos crimes previstos na Lei nº 6.766/79 é cabível, em tese, a suspensão condicional do processo, desde que atendidos os demais requisitos subjetivos previstos no art. 89 da Lei nº 9.099/95. É importante, portanto, que o Promotor de Justiça condicione a suspensão do processo, a título de reparação do dano, à regularização do loteamento, seja mediante aprovação dos órgãos competentes

e realização das obras de infra-estrutura no prazo máximo da suspensão (quatro anos), ou desfazimento do empreendimento em caso de impossibilidade de regularização, se se tratar de loteamento clandestino, seja pela conclusão das obras previstas no ato de aprovação, se se tratar de loteamento irregular, e ainda ressarcimento dos consumidores lesados e reparação dos danos ao meio ambiente, mediante elaboração e execução de Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD).

6.5.2.6 - PROVIDÊNCIAS CAUTELARES

Ao oferecer a denúncia ou mesmo no curso do inquérito policial, o Promotor de Justiça poderá requerer ao Juízo competente o seqüestro de bens imóveis ou arresto dos bens móveis adquiridos pelo loteador com os proveitos da infração penal, nos termos dos arts. 125 e 137 do CPP, a fim de garantir que os adquirentes lesados, o próprio poder público que promove a regularização do empreendimento e a reparação do meio ambiente degradado, sejam ressarcidos futuramente, através de liquidação de sentença, nos termos do art. 63 do CPP, recolhendo-se ao Tesouro Nacional os valores excedentes.

Além disso, convém desde logo requisitar da autoridade policial no curso do inquérito a busca e apreensão dos instrumentos utilizados no crime, bem ainda documentos e objetos necessários à prova da infração penal, a exemplo de plantas, carimbos, contratos celebrados, panfletos, etc. (arts. 240 e 241 do CPP).

6.6 – AS APPS URBANAS

6.6.1 - AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E PARCELAMENTO, USO E OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO

6.6.1.1 - A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E AS ÁREAS PROTEGIDAS

A Constituição Federal de 1988 erigiu o meio ambiente ao *status* de direito fundamental na medida em que estabeleceu que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto inafastável para a vida humana com dignidade.³⁰⁴ Para assegurar a fruição desse direito, o constituinte determinou ao Poder Público, dentre outras obrigações,

definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada

³⁰⁴ “Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (art. 225, §1º, III da CF/88).

Está assentado entre os doutrinadores pátrios que esses espaços territoriais a serem protegidos, também denominadas "áreas ambientalmente protegidas" são a) as unidades de conservação previstas na Lei Federal 9.985/2000 – Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação; b) as áreas de preservação permanente, previstas nos arts. 2º e 3º da Lei Federal 4.771/1965 – Código Florestal e c) as áreas rurais de reserva legal, criadas pelo art. 16 da Lei Federal 4.771/1965. Não existem muitas divergências sobre as unidades de conservação, uma vez que as formas de criação, modalidades e possibilidades de utilização estão adequadamente regradas na Lei Federal 9.985/2000. A reserva legal, por seu turno, também está adequadamente regulamentada no Código Florestal, incidindo unicamente nas propriedades rurais. A controvérsia sempre cingiu-se às áreas de preservação permanente, eis que, a despeito do Código Florestal haver sido editado em 1965, ainda hoje existe grande resistência quanto à aplicação das normas legais que instituíram as APPS, especialmente nas áreas urbanas.

A partir da deflagração de uma atuação vigorosa do Ministério Público em todo o território nacional para ver cumpridas as disposições legais pertinentes às áreas de preservação permanente em contraponto à contumaz inércia do poder público no exercício do seu poder de polícia administrativa, haveria mesmo de surgir uma situação de conflito, caracterizada pela enorme resistência dos empreendedores em geral em observar as limitações administrativas concernentes às áreas de preservação permanente.

6.6.1.2 - CONCEITO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, FORMAS DE INSITUIÇÃO E IMPORTÂNCIA

O Código Florestal define em seu artigo 1º, §2º:

[...] área de preservação permanente a área protegida nos termos dos arts. 2ª e 3ª desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (inciso II).

O diploma legal em comento previu duas espécies de áreas de preservação permanente: aquelas criadas pelo art. 2º, denominadas áreas de preservação permanente *ex lege*³⁰⁵ e as instituídas por ato

³⁰⁵ Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que

do Poder Público com as funções descritas no seu art. 3º.³⁰⁶ É certo que uma vez instituídas as áreas de preservação permanente por ato declaratório do poder público, somente por lei específica poderão elas ser suprimidas ou alteradas, conforme estatui o art. 225, 1º, III da CF/88.

A supressão de vegetação ou a intervenção em áreas de preservação permanente dar-se-á exclusivamente com prévia autorização do Poder Público

[...] em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. (art. 4º do Código Florestal).

tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Incluído pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Incluído pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

³⁰⁶ Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público."

O legislador, portanto, a nosso sentir, não deixou margem de discricionariedade ao administrador público competente para autorização das intervenções em áreas de preservação permanente, na medida em que definiu de forma categórica os conceitos de “utilidade pública” e “interesse social”, abrindo, contudo, oportunidade para que o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, no exercício de sua competência prevista no artigo 6º, II da Lei 6938/1981 definisse outras hipóteses de interesse social e utilidade pública, além daqueles descritas no Código Florestal, facultando também ao órgão ambiental competente a autorização para supressão eventual e de baixo impacto, conforme definido em regulamento. (art. 4º, §3º).

Com efeito, o art.1º, §2º, do Código Florestal estabelece *in verbis*:

IV - utilidade pública: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
- b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
- c) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

V - interesse social: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como: prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
- b) as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
- c) demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

O Conselho Nacional de Meio Ambiente, no exercício do seu poder regulamentar, editou as resoluções 302 e 303/2002 e 369/2006. A Resolução CONAMA 369/2006 dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP e estabelece *litteris*:

Art. 2º O órgão ambiental competente somente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente caracterizada e motivada mediante procedimento administrativo

autônomo e prévio, e atendidos os requisitos previstos nesta resolução e noutras normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico - Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes, nos seguintes casos:

I - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia;
- c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho;
- d) a implantação de área verde pública em área urbana;
- e) pesquisa arqueológica;
- f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados; e
- g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aquíicultura, obedecidos os critérios e requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 11, desta Resolução.

II - interesse social:

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, de acordo com o estabelecido pelo órgão ambiental competente;
- b) o manejo agroflorestal, ambientalmente sustentável, praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterize a cobertura vegetal nativa, ou impeça sua recuperação, e não prejudique a função ecológica da área;
- c) a regularização fundiária sustentável de área urbana;
- d) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

III - intervenção ou supressão de vegetação eventual e de baixo impacto ambiental, observados os parâmetros desta Resolução.

Art. 3º - A intervenção ou supressão de vegetação em APP somente poderá ser autorizada quando o requerente, entre outras exigências, comprovar:

- I - a inexistência de alternativa técnica e locacional às obras, planos, atividades ou projetos propostos;
- II - atendimento às condições e padrões aplicáveis aos corpos de água;
- III - averbação da Área de Reserva Legal; e
- IV - a inexistência de risco de agravamento de processos como enchentes, erosão ou movimentos acidentais de massa rochosa.

Art. 4º - Toda obra, plano, atividade ou projeto de utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto ambiental, deverá obter do órgão ambiental competente a autorização para intervenção ou supressão de vegetação em APP, em processo ad-

ministrativo próprio, nos termos previstos nesta resolução, no âmbito do processo de licenciamento ou autorização, motivado tecnicamente, observadas as normas ambientais aplicáveis.

§ 1º - A intervenção ou supressão de vegetação em APP de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressaltado o disposto no § 2º deste artigo.

As hipóteses de intervenção eventual e de baixo impacto estão definidas no artigo 11 da resolução em comento e delas falaremos mais adiante³⁰⁷.

³⁰⁷ Art. 11. Considera-se intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP: I - abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso de água, ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar;

II - implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber;

III - implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água;

IV - implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo;

V - construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro;

VI - construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais da região amazônica ou do Pantanal, onde o abastecimento de água se de pelo esforço próprio dos moradores;

VII - construção e manutenção de cercas de divisa de propriedades;

VIII - pesquisa científica, desde que não interfira com as condições ecológicas da área, nem enseje qualquer tipo de exploração econômica direta, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável;

IX - coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, desde que eventual e respeitada a legislação específica a respeito do acesso a recursos genéticos;

X - plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais em áreas alteradas, plantados junto ou de modo misto;

XI - outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventual e de baixo impacto ambiental pelo conselho estadual de meio ambiente.

§ 1º Em todos os casos, incluindo os reconhecidos pelo conselho estadual de meio ambiente, a intervenção ou supressão eventual e de baixo impacto ambiental de vegetação em APP não poderá comprometer as funções ambientais destes espaços, especialmente:

I - a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água;

II - os corredores de fauna;

III - a drenagem e os cursos de água intermitentes;

IV - a manutenção da biota;

V - a regeneração e a manutenção da vegetação nativa; e

VI - a qualidade das águas.

§ 2º A intervenção ou supressão, eventual e de baixo impacto ambiental, da vegetação em APP não pode, em qualquer caso, exceder ao percentual de 5% (cinco por cento) da APP impactada localizada na posse ou propriedade.

6.6.1.3 - A APLICAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL NA ÁREA URBANA

Por muito tempo discutiu-se e ainda discute-se sobre a aplicabilidade do Código Florestal às áreas urbanas. A nosso ver, a controvérsia se mostra desprovida de sentido e decorre principalmente da resistência dos empreendedores e proprietários de imóveis urbanos em sujeitarem-se às limitações administrativas decorrentes do regime jurídico das APPS.

O artigo 1º da Lei nº 4.771/1965, ao dispor que

as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem,

não explicitou qualquer restrição à sua aplicabilidade nas áreas urbanas.

A redação introduzida ao parágrafo único do artigo 2º do Código Florestal pela Lei Federal nº 7.803/1989, salvo engano, serviu para sepultar qualquer controvérsia ao dispor que

no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (grifo nosso).

A parte final do dispositivo legal transcrito não deixa dúvidas quanto à aplicabilidade das normas disciplinadoras das APPs nas áreas urbanas, devendo eventual legislação suplementar emanada dos Estados e Municípios respeitar os limites e princípios estatuídos pelo Código Florestal, em virtude de sua natureza de norma geral.

Impõe-se evidenciar que os que defendem posição em contrário, fulcraram-se na denominada “autonomia municipal” sustentando que o Município teria competência legislativa plena para disciplinar assuntos de “interesse local” (art. 30, I da CF/88) e para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII da CF/88).

Parece-nos, contudo, que o entendimento acima esposto, não se coaduna com o sistema de repartição de competências instituído pela CF/88. Como se

§ 3º O órgão ambiental competente poderá exigir, quando entender necessário, que o requerente comprove, mediante estudos técnicos, a inexistência de alternativa técnica e locacional à intervenção ou supressão proposta.

sabe, o art. 24 confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre “VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”.

Em se tratando de competência concorrente, cabe à União, nos termos do artigo 24, §1º da CF/88, editar normas gerais e aos demais entes da federação, editar normas suplementares (§2º), defluindo do sistema que as normas suplementares de Estados e Municípios deverão se conjugar com as normas gerais federais. Neste sentido, a lição de Fernando Reverendo Vidal Akaoui:

[...] de uma análise conjunta dos artigos 24, inciso VI e seu §2º, artigo 30, II e artigo 225, todos do Texto Maior, somente podemos chegar à conclusão de que, sendo dever do Poder Público defender e preservar o meio ambiente, nem a União, e nem os Estados poderiam, dentro de sua competência concorrente, editar norma que viesse a prejudicar os ecossistemas essenciais, assim como não poderia fazê-lo o Município, dentro de sua competência suplementar.³⁰⁸

José Afonso da Silva ressalta que

[...] é importante ter em mente a parte final do dispositivo, que manda observar os princípios e limites previstos no artigo 2º do Código que define as florestas e demais formas de vegetação de preservação permanente, porque isso significa que o regime municipal tem que respeitar o regime do Código Florestal.³⁰⁹

Paulo de Bessa Antunes, por seu turno, ao comentar o parágrafo único do art. 2º do Código Florestal, afirma que o

respeito aos limites e princípios estabelecidos pelo Código Florestal deve ser interpretado como a impossibilidade legal de os municípios tornarem mais flexíveis os parâmetros estabelecidos na lei federal.³¹⁰

Paulo Affonso Leme Machado, no mesmo diapasão, enfatiza que:

[...] ao introduzir-se esse parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo do Município têm que estar em consonância com as normas do mencionado artigo 2º. Isto quer dizer, por exemplo, que um Município, ao construir uma avenida nas margens de um curso d’água, não

pode deixar de respeitar a faixa de implantação da vegetação de ‘preservação permanente’, de acordo com a largura do curso d’água. A autonomia municipal ambiental entrosse-se, pois, com as normas federais e estaduais protetoras do meio ambiente ³¹¹

6.6.1.4 - A OBSERVÂNCIA DAS RESTRIÇÕES LEGAIS À OCUPAÇÃO DAS APPS NOS EMPREENDIMENTOS DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

Restando assentado que as disposições do Código Florestal que disciplinam a intervenção e supressão de vegetação em áreas de preservação permanente se aplicam às áreas urbanas, dúvidas não há também que tais limitações devem ser observadas nos empreendimentos de parcelamento do solo urbano, em face da necessidade de conciliarmos o desenvolvimento e a expansão urbanas com a preservação do meio ambiente em prol da qualidade de vida nos centros urbanos, numa síntese do chamado desenvolvimento sustentável, sob pena de inviabilizarmos a fruição dos recursos naturais às futuras gerações. Este pensamento se coaduna com o escopo que inspirou a edição da Lei Federal 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que regulamentou os artigos 182 e 183 da CF/88 e contém normas de ordem pública e interesse social, estabelecendo no parágrafo único do artigo 1º que o uso da propriedade privada urbana deve se dar em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

O artigo 2º do diploma legal referido fixa diretrizes para a política urbana, mais uma vez evidenciando a preocupação do legislador em conciliar o “pleno desenvolvimento urbano” com “a função social da cidade e da propriedade urbana”. Dentre as diretrizes gerais a serem observadas nas políticas a serem implantadas pelos Municípios brasileiros, colhemos:

- garantia do direito a idades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
- planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
- ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes, o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequa-

³⁰⁸ In “Apontamentos acerca da Aplicação do Código Florestal em área urbanas e seu reflexo no parcelamento do Solo”. Temas de Direito Urbanístico 2. São Paulo, Imprensa Oficial/Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

³⁰⁹ SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 191.

³¹⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 386.

³¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.372-373.

dos em relação à infra-estrutura urbana, a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente, a deterioração das áreas urbanizadas e a poluição e a degradação ambiental;

- adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;
- proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
- audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;
- regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais.

Vê-se, portanto, que não é mais possível, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, pensar-se em planejamento e expansão urbanos ou mesmo em atividades econômicas sem considerarmos seus impactos sobre o meio ambiente. Deparando-nos com a questão da expansão urbana, impõe-se evidenciar a forma como as áreas de preservação permanente vêm sendo ocupadas nas cidades brasileiras. Infelizmente, o regime legal das APPS é diuturnamente desobedecido, quer seja pela ação comissiva dos empreendedores, quer seja pela omissão sistemática da administração pública no exercício do seu poder de polícia, através de atuação fiscalizatória das atividades exercidas no espaço urbano, dando azo ao crescimento urbano desenfreado e marginal, contribuindo decisivamente para a degradação do meio ambiente, dos recursos hídricos, dos solos, e, principalmente, da qualidade de vida dos habitantes das cidades.

As áreas de preservação permanente são consideradas *ex lege*

de importância vital para a manutenção do equilíbrio ecológico, devendo serem resguardadas de ações danosas, inclusive no que tange a intervenções urbanísticas.³¹²

Assim, ao implantar um loteamento deve o empreendedor resguardar as áreas de preservação permanente, abstendo-se de parcelá-las em face de sua condição de áreas *non aedificandi*. Destarte, as limitações decorrentes do regime legal das APPS

estão em perfeita consonância com os princípios constitucionais da função sócio-ambiental da propriedade e do desenvolvimento econômico sustentável.

Como se sabe, de há muito o direito de propriedade deixou de ser o direito absoluto do proprietário de usar, gozar e dispor livremente da coisa. Luis Henrique Paccagnella doutrina que

[...] é da essência do nosso sistema que o direito de propriedade só é reconhecido pela ordem jurídica estatal, se for cumprida a função social da propriedade, concomitantemente com o proveito pessoal do detentor do domínio". [...] Assim, a propriedade só existe enquanto direito se respeitada a função social. Desatendida esta, não existe direito de propriedade amparado pela Constituição.³¹³

Entretentes, a CF/88 enfatiza que a função social da propriedade é cumprida quando exercida de forma compatível com a preservação do meio ambiente e a utilização adequada dos recursos naturais.³¹⁴

Outrossim, o exercício de qualquer atividade econômica é assegurado pelo texto maior, desde que observados, dentre outros princípios, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente (art. 170, III e VI). Assim, os empreendimentos de parcelamento do solo urbano sujeitam-se às regras e limitações instituídas pelo Código Florestal, especialmente as que disciplinam as áreas de preservação permanente.

Observamos que a preservação do meio ambiente e seus reflexos na qualidade de vida dos moradores do espaço urbano e na dignidade da pessoa humana já preocupavam o legislador da Lei Federal 6766/1979, que instituiu normas gerais de parcelamento do solo urbano.

Com efeito, o artigo 3º, parágrafo único do referido diploma dispõe:

Art. 3º - (*omissis*)

Parágrafo único - Não será permitido o parcelamento do solo:

I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III - em terrenos com declividade igual ou superior a trinta por cento, salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

³¹³ In "Função Socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal". Revista de Direito Ambiental nº 08, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 5-19.

³¹⁴ Art. 186, *caput*, I e II, da CF/88

³¹² Fernando Reverendo Vidal Akaoui, ob. Cit.

V- em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até sua correção. (grifo nosso).

A doutrina concorda que as áreas de preservação permanente estão incluídas dentre as “áreas de preservação ecológica” a que se refere o inciso V do parágrafo único do art. 3º acima transcrito.³¹⁵ Outrossim, é entendimento sufragado que as dimensões e limites de proteção instituídos pelo Código Florestal prevalecem sobre as dimensões fixadas no art. 4º, III, da Lei nº 6.766/1979, assim vazado:

Art. 4º - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

[...]

III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos será obrigatória a reserva de uma faixa non aedificandi de quinze metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; (grifo nosso)

Como se vê, o próprio legislador de 1979 estabeleceu área *non aedificandi* mínima de 15 metros ao longo das margens dos cursos d’água, ressaltando exigências maiores realizadas por legislação específica. Ora, o Código Florestal é legislação específica *in casu*, prevalecendo suas disposições em contrário. Para adequado entendimento da matéria, impõe-se analisar a evolução cronológica da legislação que regulamentou as áreas de preservação permanente.

Até o advento da Lei nº 6.766/1979, o Código Florestal estabelecia em seu artigo 2º, alínea “a”, como área de preservação permanente, quer nas áreas rurais e nas urbanas, a faixa de 05 metros ao longo dos cursos d’água.

Com a edição da Lei nº 6.766, em 19 de dezembro de 1979, passou a vigir, em relação às áreas urbanas, a faixa de preservação de 15 metros ao longo dos rios, consoante o art. 4º, III acima transcrito.

Todavia, a Lei Federal nº 7.511/1986, que alterou o Código Florestal, deu nova redação ao art. 2º, alínea “a”, ampliando a área de preservação de 05 para 30 metros, derogando, por via de consequência, o art. 4º, III da Lei nº 6.766/1979, passando esta nova metragem a ser aplicável tanto às áreas urbanas quanto às rurais.

Devemos enfatizar que a faixa de proteção de 30 metros instituída pela Lei nº 7.511/1986 foi mantida pela Lei nº 7.803/1989, que também alterou disposições do Código Florestal. Assim, para os parcelamentos aprovados antes do advento da Lei nº 6.766, a faixa de preservação *non aedificandi* era de 5 metros ao longo dos cursos d’água; para os parcelamentos aprovados após 19/12/1979 e até a edição da Lei Federal nº 7.511, de 07/07/1986, a faixa

mínima é de 15 metros; após a Lei nº 7.511/1986, a faixa passou a ser de 30 metros, observando-se que a legislação municipal pode estabelecer critérios mais rígidos do que aqueles fixados na legislação federal.

Quaisquer aprovações de empreendimentos de parcelamento do solo urbano, sem observância das áreas de preservação permanente, ensejam a atuação do Ministério Público para buscar a anulação do ato administrativo, sem prejuízo da responsabilização civil e criminal do gestor público, especialmente por ato de improbidade administrativa.

6.6.1.5 - DA AUTORIZAÇÃO PARA NOVAS CONSTRUÇÕES EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM LOTEAMENTOS ANTIGOS

Infelizmente, não são poucos os loteamentos aprovados ao longo dos anos que não observaram a faixa legal *non aedificandi* das áreas de preservação permanente, com previsão de lotes em áreas com forte inclinação ou mesmo à margem dos cursos d’água, o que inviabiliza sua ocupação, à luz da legislação federal ambiental e de parcelamento do solo urbano em vigor.

A questão que desafia a atuação do Ministério Público na atualidade é a que diz respeito à expedição de autorizações pelo poder público municipal para construção de edificações novas em loteamentos antigos, assim entendidos aqueles aprovados antes da Lei Federal nº 7.511/1986, que ampliou a área de preservação permanente ao longo dos cursos d’água com até de 10 metros de largura para 30 metros, metragem que prevalece até os dias de hoje, ou, mesmo naqueles loteamentos aprovados em desconformidade com a legislação de regência.

O entendimento muitas vezes defendido pelo Poder Público para autorizar tais construções em faixas inferiores a 30 metros dos cursos d’água ou mesmo inferiores a 50 metros das nascentes é de que o proprietário teria direito adquirido para edificar, consoante a legislação em vigor à época da aprovação do loteamento, estaria atuando de boa-fé, diante da existência de um ato administrativo de aprovação do empreendimento, ou, ainda, que se tratam de áreas urbanas com ocupações antrópicas consolidadas.

O entendimento acima esposado não se coaduna com o princípio da função sócio-ambiental da propriedade, cabendo ao proprietário de boa-fé, que se sentir lesado diante de um ato administrativo de aprovação ilegal do loteamento, buscar ressarcimento junto ao Poder Judiciário, não cabendo, contudo, pretender que seu direito individual e de caráter meramente patrimonial prevaleça sobre os direitos difusos ao meio ecologicamente equilibrado e à vida em uma cidade sustentável. Com restou dito, o direito de propriedade não é absoluto, havendo de ser exercido em prol do interesse coletivo e da preservação do meio ambiente, respeitando-

³¹⁵ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, ob. Cit.

se, por consectário lógico, as limitações administrativas instituídas no interesse comum. A função ambiental das áreas de preservação permanente e o direito transgeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado justificam as limitações legais impostas pelo Código Florestal ao direito individual à propriedade privada.

Ruth Cristina Montanheiro lembra que:

[...] à medida que um núcleo urbano cresce e se densifica, cresce o uso dos recursos naturais disponíveis, eliminam-se coberturas vegetais para a abertura de novos loteamentos³¹⁶; e, muito embora seja “a natureza composta de elementos que se constituem em poderosos recursos para a construção de um habitat urbano saudável e benéfico a todas as formas de vida”, “se estes forem ignorados e desrespeitados transformam-se em sérios problemas ou até em catástrofes, como aquelas que há séculos têm castigado as cidades, como é o caso dos deslizamentos e das enchentes ou inundações.³¹⁶

Destarte, recente decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que não existe direito adquirido na hipótese vertente. Vejamos:

[...] não há direito adquirido absoluto decorrente da ocupação antrópica consolidada, pois as restrições legais de APP seguem o imóvel e incidem a partir da vigência da lei. Não se caracteriza a ocupação antrópica à falta de construções, acessões e benfeitorias sobre a área de preservação permanente. O proprietário adquire o imóvel com todos os direitos e deveres inerentes ao mesmo, submetendo-se às medidas de restrição decorrentes da necessidade de proteção à mata ciliar, mormente se ao adquirir o imóvel já estava vigente o Código Florestal com a restrição APP (grifo nosso) (Processo n. 1.0223.03126435-9/002, Relator Desembargadora Vanessa Verdolim, acórdão publicado em 10/03/2006).

Outrossim, a mesma decisão entendeu que não há ocupação consolidada se não existem edificações na área de preservação permanente.

Assim, defendemos o posicionamento de que não existe direito adquirido à construção de novas edificações em APP, ainda quando se trata de loteamento aprovado antes do advento da Lei 7511/1986, que ampliou a faixa *non aedificandi* para 30 metros, não podendo ser autorizado pelo poder público municipal edificação urbana na faixa de proteção, salvo se caracterizadas aquelas hipóteses excepcionais previstas no Código Florestal, regulamentado pela resolução CONAMA 369/2006, a saber, interesse social, utilidade pública ou baixo impacto, desde

que comprovada a inexistência de alternativa técnica e locacional por laudo técnico elaborado em procedimento administrativo próprio, concedida prévia anuência do Instituto Estadual de Florestas.

A Lei Estadual nº 14.309/2002, com a redação introduzida pela Lei nº 18.365, de 1/9/2009, procurando disciplinar as situações consolidadas, estabeleceu em seu art. 11, *in verbis*:

Art. 11. Nas áreas de preservação permanente, será respeitada a ocupação antrópica consolidada, vedada a expansão da área ocupada e atendidas as recomendações técnicas do poder público para a adoção de medidas mitigadoras e de recuperação de áreas degradadas.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se ocupação antrópica consolidada o uso alternativo do solo em área de preservação permanente estabelecido até 19 de junho de 2002, por meio de ocupação da área, de forma efetiva e ininterrupta, com edificações, benfeitorias e atividades agrossilvopastoris, admitida neste último caso a adoção do regime de pouso.

[...]

§ 4º A comprovação da ocupação consolidada será realizada por meio de laudo técnico emitido pelo IEF, pela Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais - EMATER-MG, ou por profissional habilitado, neste caso acompanhado da anotação de responsabilidade técnica.

Art. 11-A Nas áreas de preservação permanente localizadas em área urbana com plano diretor ou projeto de expansão aprovados pelo Município, será respeitada a ocupação consolidada, atendidas as recomendações técnicas do poder público.

Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, considera-se ocupação antrópica consolidada o uso alternativo do solo em área de preservação permanente estabelecido até 19 de junho de 2002, por meio de ocupação da área com edificações, benfeitorias ou parcelamento do solo.

Como se vê, a lei em referência autorizou a permanência de ocupações consolidadas até 19 de junho de 2002, mediante averiguação do caso concreto pelo órgão ambiental competente, dispensando a comprovação do interesse social, da utilidade pública e a inexistência de alternativa técnica e locacional em completa afronta à CF/88 que, em seu artigo 24, §1º, confere à União competência para legislar normas gerais sobre o meio ambiente, competência essa que, em matéria de áreas de preservação permanente, foi materializada no Código Florestal, e por isso, não pode ser flexibilizado pela legislação estadual. Assim é que a lei estadual, ao estabelecer parâmetros de proteção às APPS urbanas menos rígidos que a norma geral federal, padece de inconstitucionalidade flagrante.

A nova lei estadual, tentando ainda contornar o regime legal das APPS estabelecido pela legislação federal, considerou, no artigo 11 A, parágrafo único, como ocupação antrópica consolidada, o mero parcelamento do solo, ainda que não hajam edi-

³¹⁶ PAULINO, Ruth Cristina Montanheiro. Análise das alterações no microclima próximo às margens de cursos de água, decorrentes da ocupação urbana. São Carlos, 1997, 30 p. Exame de qualificação - Doutorado - Ciências da Engenharia Ambiental.

ficações na APP. Tal previsão fere frontalmente o artigo 3º, parágrafo único, V da Lei 6766/1979, que considera as áreas de preservação ecológica imparceláveis. Vê-se, portanto, que a lei estadual fomenta o uso nocivo da propriedade, devendo ter sua inconstitucionalidade questionada *incidenter tantum* nos casos concretos e pela via direta, através de ADI ajuizada perante o STF.

6.6.1.6 - DO INTERESSE SOCIAL, DA UTILIDADE PÚBLICA E DO BAIXO IMPACTO COMO REQUISITOS À AUTORIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO EM APP

Como restou acima exposto, a regra é a intocabilidade das áreas de preservação permanente, em razão de seus atributos ambientais; a exceção, a autorização para supressão de vegetação e ocupação exclusivamente nas hipóteses legais, quais sejam, nos casos de utilidade pública, interesse social e ainda nas intervenções eventuais e de baixo impacto. A matéria foi regulamentada pela Resolução CONAMA 369/2006.

Para contornar a restrição legal, alguns administradores municipais editam decretos de efeitos concretos declarando de interesse social ou de utilidade pública empreendimentos específicos fora das hipóteses estabelecidas na Resolução CONAMA 369/2006 ou declarando antecipadamente de baixo impacto quaisquer obras e intervenções que se pretenda realizar em referidos empreendimentos, normalmente condomínios de luxo aprovados em desconformidade com as leis de regência, de forma a poder autorizar construções em APP, favorecendo empresários do ramo imobiliário e consumidores desavisados. Trata-se, obviamente, de burla ao Código Florestal e à Resolução CONAMA 369/2006, passível de anulação pela via judicial. Ademais, tais fatos retratam conduta violadora da legislação pátria, fomentando o Município o uso nocivo da propriedade, conforme expresso no art. 1º e seu § 1º da Lei 4.771 – Código Florestal, de 15.09.65, *in verbis*:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 1º As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade, aplicando-se, para o caso, o procedimento sumário previsto no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil. (grifo nosso)

Outrossim, o próprio Código Florestal e a Resolução CONAMA 369/2006 estabelecem procedimento administrativo próprio e específico perante o órgão ambiental competente para autorização da intervenção em APP, no qual será elaborado laudo

técnico atestando a caracterização ou não das hipóteses legais autorizativas, bem ainda inexistência de alternativa técnica e locacional, não cabendo ao Poder Executivo Municipal alterar as hipóteses já definidas nos atos normativos citados, salvo para ampliar a proteção da APP.

Se se deparar com a edição de decretos deste jaez, deve o Promotor de Justiça expedir recomendação ao Prefeito para anulá-los e abster-se de expedir novos decretos e, sendo necessário, ajuizar a competente ação anulatória, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal e civil, por improbidade administrativa.

6.6.1.7 - DAS AUTORIZAÇÕES DE INTERVENÇÕES EVENTUAIS E DE BAIXO IMPACTO EM APPS URBANAS

Como dito anteriormente, não são poucos os casos de lotes urbanos vagos situados parcial ou integralmente em APPS, cujos proprietários encontram-se frustrados ante a possibilidade de verem sua intenção de construir limitada pelas restrições decorrentes do regime jurídico instituído pelo Código Florestal.

De fato, a construção particular em área urbana para fins residências ou comerciais dificilmente se encaixaria nas hipóteses de utilidade pública ou interesse social.

Em casos tais, eventualmente poderá ser autorizada a edificação em APP, desde que caracterizada a intervenção de baixo impacto, nos moldes preconizados pela Resolução CONAMA 369/2006.

Ao dispor sobre as hipóteses de intervenção ou supressão de vegetação em APP, a resolução mencionada, em seu artigo 11, inciso XI, abriu oportunidade para que os conselhos estaduais de meio ambiente estabeleçam outras hipóteses de intervenções de baixo impacto ambiental, desde que as intervenções não comprometam as funções ambientais destes espaços, especialmente, a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água, os corredores de fauna, a drenagem e os cursos de água intermitentes, a manutenção da biota, a regeneração e a manutenção da vegetação nativa e a qualidade das águas (art. 11, §1º) e não ultrapassem o percentual de 5% da APP localizada na posse ou propriedade (art. 11, §2º), podendo o órgão ambiental competente, conforme o caso, exigir, quando entender necessário, estudos técnicos que comprovem a inexistência de alternativa técnica e locacional. (art. 11, §3º).

Em Minas Gerais, o Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM editou a Deliberação Normativa 76/2004 que dispõe sobre a interferência em áreas consideradas de preservação permanente e dá outras providências.

A DN COPAM 76/2004 em seu artigo 1º, inciso II define baixo impacto com a intervenção localizada em Área de Preservação Permanente, que não polua ou degrade significativamente o meio ambiente, assim entendido como aquela atividade que possa provocar alteração das qualidades físicas, químicas ou da biodiversidade, tais como a) prejudicar a saúde ou bem estar da população humana; b) criar condições adversas às atividades sociais ou econômicas; c) ocasionar impactos relevantes à flora, à fauna e à qualquer recurso natural; d) ocasionar impactos relevantes aos acervos históricos, culturais e paisagísticos.

Em regra, a autorização específica para a intervenção ou supressão de vegetação em APP, que não se confunde com alvará de construção, da alçada do Município, é da competência do órgão ambiental estadual. Todavia, em se tratando de intervenção em APP em área efetivamente urbanizada, a autorização dependerá de autorização do órgão municipal competente, desde que o Município possua Conselho de Meio Ambiente - CODEMA, com caráter deliberativo e Plano Diretor, mediante anuência prévia do Instituto Estadual de Florestas - IEF, fundamentada em parecer técnico favorável. No caso de anuência prévia do IEF, deverá ser encaminhado pelo órgão municipal competente o processo devidamente formalizado, contendo os documentos e informações necessárias, para a análise e emissão do parecer técnico por parte do vistoriante (art. 3º, §§2º e 3º, da DN 76/2004).

Conclui-se, portanto, que o órgão ambiental estadual ou municipal, o último, exclusivamente se possuir CODEMA com caráter deliberativo e Plano Diretor e com anuência prévia do IEF, poderão autorizar a edificação particular residencial ou comercial em APP urbana desde que caracterizado o baixo impacto ambiental, observados os requisitos e critérios definidos na Resolução CONAMA 369/2006 conjugada com a DN COPAM 76/2004 acima citados, devidamente comprovados em laudo técnico, observando-se o procedimento previsto no artigo 4º e seguintes da DN 76/2004³¹⁷.

³¹⁷ Art. 4º - A formalização do processo para intervenção em Área de Preservação Permanente condiciona-se à apresentação prévia dos seguintes documentos:

- I - requerimento, devidamente preenchido;
- II - Projeto Técnico do empreendimento acompanhado da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, a critério do IEF;
- III - certidão de registro do imóvel atualizada, ou documento que caracterize a justa posse ou servidão;
- IV - Averbção da Área de Reserva Legal ou Termo de Compromisso, em caso de posse rural;
- V - comprovante do pagamento dos emolumentos;
- VI - proposta de medidas mitigadoras e compensatórias;
- VII - apresentação de Projeto Técnico de Reconstituição da Flora - PTRF, a critério do IEF;
- VIII - planta topográfica georeferenciada, a critério do IEF;
- IX - cópia do contrato social, se for o caso;
- X - cópia do CNPJ ou CPF;
- XI - estudos técnicos que comprovem a inexistência de alternativa locacional, devidamente assinados por profissional legalmente habilitado.

Art. 5º Após formalizado o processo, a área será vistoria-

Em se tratando de intervenção ou edificação em APP já concluída, deverá o responsável promover sua regularização perante o órgão ambiental competente (estadual ou municipal, no último caso com anuência do Estado), comprovando, através de laudo técnico, o baixo impacto, consoante os critérios elencados na Resolução CONAMA 369/2006 e na DN COPAM 76/2004, com ocupação da APP, até o limite de 5%(art. 11,§2º, da DN 76/2004) ou, alternativamente, em não se tratando de intervenção de baixo impacto, que se trata de construção concluída até 19 de junho de 2002 (data da vigência da Lei estadual 14.309/2002), comprovando-se a inexistência de alternativa técnica e locacional, estabelecendo-se as medidas mitigatórias e compensatórias pertinentes, vedada peremptoriamente a expansão da área ocupada.

6.6.1.8 - CONCLUSÃO

Como restou acima dito, as áreas de preservação permanente, quer sejam urbanas ou rurais, integram as denominadas "áreas protegidas", de natureza *non aedificandi*. Na atividade de parcelamento do solo urbano, o Poder Público Municipal não pode aprovar lotes em áreas de preservação permanente, tampouco autorizar edificações nas faixas de proteção da APP.

No caso dos loteamentos antigos, assim considerados aqueles aprovados antes da edição da Lei Federal nº 7.511/1986, que ampliou a faixa de proteção das margens dos córregos com largura de até 10 metros para 30 metros, não existe direito adquirido do proprietário em edificar em APP.

As intervenções em APP somente podem ser autorizadas pela autoridade ambiental competente em regular procedimento administrativo, após a expedição de laudo técnico que ateste o interesse social, a utilidade pública ou baixo impacto do empreendimento, consoante critérios explicitados na Resolução CONAMA 369/2006 e DN 76/2004 e ainda, a inexistência de alternativa técnica e locacional, devendo ser indicadas medidas mitigatórias ou compensatórias pertinentes.

da pelo técnico do IEF, acompanhado do empreendedor ou responsável, o qual indicará as medidas mitigadoras e compensatórias, a serem aprovadas pelo Gerente Regional ou de Núcleo, em parecer técnico.

[...]

Art. 10 Em se tratando de intervenção de baixo impacto ambiental em Área de Preservação Permanente não será exigido o Projeto Técnico de Reconstituição da Flora - PTRF, e a autorização, neste caso, será expedida pelo Núcleo Operacional de Florestas, Pesca e Biodiversidade da circunscrição do empreendimento.

Parágrafo único. Toda tramitação do processo, para a expedição da autorização de baixo impacto ambiental, será de competência do Núcleo Operacional de Florestas, Pesca e Biodiversidade, precedida de parecer jurídico.

6.6.1.9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Apontamentos acerca da aplicação do Código Florestal em áreas urbanas e seu reflexo no parcelamento do solo. In: Temas de Direito Urbanístico 2. São Paulo, Imprensa Oficial/ Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

JELINEK, Rochelle. A delimitação e a proteção das áreas de preservação permanente e seus reflexos no parcelamento do solo urbano. (disponível na página do CAO-MA)

JELINEK, Rochelle. As áreas de preservação permanente no perímetro urbano. (disponível na página do CAO-MA)

SANTIAGO, Alex Fernandes Santiago. Ocupação Urbana, áreas de preservação permanente, operações urbanas consorciadas e o Ministério Público. (disponível na página do CAO-MA)

6.6.2 – ROTEIRO BÁSICO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CASOS DE OCUPAÇÕES IRREGULARES DE APPS URBANAS

PLANO LEGISLATIVO:

1) Lei Municipal estabelece metragens para APP inferiores ao Código Florestal:

a) RECOMENDAÇÃO ao Prefeito e à Câmara de Vereadores para modificação da lei;

b) RECOMENDAÇÃO NÃO ACATADA: Representação ao PGJ para propositura de ADI perante o TJMG

PLANO FÁTICO:

1) AUTORIZAÇÕES PARA INTERVENÇÕES EM DESCONFORMIDADE COM O CÓDIGO FLORESTAL (medidas em face do Poder Público):

a) RECOMENDAÇÃO ao agente público para revogar as autorizações concedidas ilegalmente e abster-se de conceder novas autorizações;

b) RECOMENDAÇÃO NÃO ACOLHIDA: ACP contra o Município tendo como objeto: b.1) declaração incidental da inconstitucionalidade da lei municipal (se for o caso); b.2) obrigação de não fazer (abster-se de conceder autorizações ilegais)

c) ACP de Improbidade Administrativa contra o agente público responsável pelas autorizações ilegais após a recomendação do MP ou liminar judicial (art. 11 da Lei nº 8.429/1992) + Denúncia criminal (art. 67 da Lei nº 9.605/1998)

2) CONSTRUÇÕES ISOLADAS EM DESACORDO COM O CÓDIGO FLORESTAL (AUTORIZADAS OU NÃO PELO PODER PÚBLICO):

2.1) Em andamento:

a) RECOMENDAÇÃO ao Município para embargo e adoção das providências cabíveis (regularização perante o órgão ambiental ou demolição);

b) RECOMENDAÇÃO NÃO ACOLHIDA:

b.1) ACP Improbidade Administrativa contra o agente público;

b.2) ACP contra o Município e empreendedor para:
b.2.1) embargo da construção + recomposição da área (retorno ao *status quo ante*, se não for possível a regularização administrativa cumulada com medidas mitigatórias e compensatórias) cumulada com medidas compensatórias (valoração do dano) ou b.2.2) embargo da construção até para regularização perante o órgão ambiental cumulada com medidas compensatórias (valoração do dano) e mitigatórias.

Obs: O laudo técnico elaborado com base nos quesitos em anexo vai aferir sobre a possibilidade de regularização da edificação, uma vez presentes os requisitos legais: utilidade pública, interesse social, baixo impacto, ausência de alternativas técnica e locacional.

2.2) Já concluída:

a) TAC ou ACP contra o empreendedor para regularização da edificação perante o órgão ambiental (arts. 11 e 12 da DN COPAM 76/2004), se restarem comprovados os requisitos legais através do laudo técnico elaborado no curso do IC e medidas mitigatórias e compensatórias;

b) ACP demolitória em face do empreendedor e do Município (reversão ao *status quo ante*) + recomposição da área, uma vez que o laudo ateste a ausência dos requisitos legais autorizadores da intervenção em APP. Pedido subsidiário à demolição: pagamento de indenização;

c) TAC ou ACP para indenização por danos ambientais irreversíveis, na hipótese de o laudo técnico concluir pela inviabilidade ambiental da demolição da construção ilegal em APP (art. 225, §3º, da CF/88, art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981 e 927 do NCCB).

Observação: No caso de edificações já concluídas, verificar se é caso de ajuizamento de ação de improbidade administrativa em face do agente público por omissão dolosa no cumprimento do dever ou por concessão de autorização ilegal.

3) PARCELAMENTOS DO SOLO COM LOTES EM APP EM ESTÁGIO INICIAL DE OCUPAÇÃO:

a) Parcelamentos com empreendedor:

a.1) RECOMENDAÇÃO para embargo do empreendimento e convocação para o licenciamento corretivo.

a.2) RECOMENDAÇÃO NÃO ACATADA: ACP de Improbidade Administrativa + DENÚNCIA CRIMINAL (em caso de secretários municipais) ou representação à Procuradoria Especializada no Combate aos crimes praticados por Agentes Públicos Municipais (em caso de Prefeitos);

a.3) TAC OU ACP em desfavor do poder público e do empreendedor para regularização ambiental e urbanística do empreendimento (licenciamento corretivo, extinção de lotes em APP ou doação ao Município para criação de área verde, etc), e ainda reparação dos danos causados ao meio ambiente (PRAD e/ou pecúnia).

b) Parcelamentos ou assentamentos precários sem empreendedor:

b.1) RECOMENDAÇÃO ao Município para que embargue a ocupação e busque a regularização com base nas Leis Federais nº 6.766/1979 e nº 10.257/2001 ou adote as providências cabíveis para remoção dos moradores.

b.2) TAC ou ACP em desfavor do Município, se a recomendação não for acolhida.

4) PARCELAMENTOS DO SOLO COM LOTES EM APP EM ESTÁGIO DE OCUPAÇÃO AVANÇADA:

a) Parcelamentos com empreendedor:

a.1) RECOMENDAÇÃO ao Poder Público para que convoque o empreendimento para o licenciamento ambiental corretivo, se este não tiver sido licenciado: (verificar na DN COPAM 58/2002 as hipóteses de licenciamento ambiental de loteamentos)

a.2) RECOMENDAÇÃO ao Poder Público para que reveja o procedimento do licenciamento ambiental, se este existiu, e exija do empreendedor alteração do projeto para excluir os lotes em APP, se ainda for possível;

a.3) RECOMENDAÇÃO NÃO ACATADA: ACP de Improbidade Administrativa + DENÚNCIA CRIMINAL (em caso de secretários municipais) ou representação à Procuradoria Especializada no Combate aos crimes praticados por Agentes Políticos Municipais (em caso de Prefeitos);

a.4) TAC OU ACP em desfavor do poder público e do empreendedor para regularização ambiental e urbanística do empreendimento (licenciamento corretivo, extinção de lotes em APP ou doação ao Município para criação de área verde, etc), e ainda reparação dos danos causados ao meio ambiente (PRAD e/ou pecúnia).

b) Parcelamentos ou assentamentos precários sem empreendedor:

b.1) RECOMENDAÇÃO ao Município para que busque a regularização fundiária sustentável, com base nas Leis Federais nº 6.766/1979, nº 10.257/2001 e nº 11.977/2009 e na Resolução CONAMA 369/2006 ou adote as providências cabíveis para remoção dos moradores.

b.2) TAC ou ACP em desfavor do Município, se a recomendação não for acolhida.

Obs: Modelos referenciais das peças acima referidas encontram-se disponíveis na pasta “material de apoio na página eletrônica da Promotoria de Justiça Metropolitana de Habitação e Urbanismo.

6.6.3 - QUESITOS PARA IC QUE VERSA SOBRE CONSTRUÇÃO ILEGAL EM APP URBANA

Ao instaurar o expediente investigatório, preliminarmente, recomenda-se ao Promotor de Justiça que requirite ao IEF, à EMATER, ao Perito da Promotoria ou a outro órgão técnico, vistoria e laudo técnico sobre a intervenção, conforme quesitos que seguem, a fim de que delibere sobre a melhor solução para o caso (a regularização via TAC ou ajuizamento de ação civil pública para demolição), conforme roteiro de atuação disponível na página da Promotoria de Justiça Metropolitana de Habitação e Urbanismo

a) Detalhar as intervenções e construções constatadas no local.

b) As áreas onde ocorreram as intervenções são de preservação permanente? Especificar com base no Código Florestal e normas regulamentares pertinentes (Resoluções CONAMA 302 e 303/2002). Justificar (se possível elaborar croquis, indicando metragens).

c) Houve aprovação ou anuência prévia do IEF às intervenções (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 4º, §1º, c/c DN COPAM 76/2004, artigo 2º e 3º, §2º)?

d) Houve aprovação prévia do Município às intervenções (Resolução CONAMA 369/2006, art. 4º, §2º c/c DN COPAM 76/2004, artigo 3º, §2º)?

e) O Município possui plano diretor (Resolução CONAMA 369/2006, art. 4º, § 2º, c/c DN COPAM 76/2004, artigo 3º, §2º)? Em caso positivo, informar o número da lei que instituiu o Plano Diretor.

f) O Município possui CODEMA deliberativo (Resolução CONAMA 369/2006, art. 4º, § 2º, c/c DN COPAM 76/2004, artigo 3º, §2º)? Em caso positivo, informar o número da lei que instituiu o CODEMA.

g) As intervenções se caracterizam como de utilidade pública, conforme definido no art. 2º, I, da Resolução CONAMA 369/2006? Justificar:

Art. 2º – (omissis)

I - utilidade pública:

a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;

- b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia;
- c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho;
- d) a implantação de área verde pública em área urbana;
- e) pesquisa arqueológica;
- f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados; e
- g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aquicultura, obedecidos os critérios e requisitos previstos nos §§ 1o e 2o do art. 11, desta Resolução.

h) As intervenções se caracterizam como de interesse social, conforme definido no art. 2º, II, da Resolução CONAMA 369/2006)? Justificar:

Art. 2º – (omissis)

II - interesse social:

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, de acordo com o estabelecido pelo órgão ambiental competente;
- b) o manejo agroflorestal, ambientalmente sustentável, praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterize a cobertura vegetal nativa, ou impeça sua recuperação, e não prejudique a função ecológica da área;
- c) a regularização fundiária sustentável de área urbana;
- d) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

i) As intervenções se caracterizam como eventuais e de baixo impacto, nos termos do art. 11 da Resolução CONAMA 369/2006)? Justificar:

Art. 11. Considera-se intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP:

- I - abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso de água, ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar;
- II - implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber;
- III - implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água;
- IV - implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo;
- V - construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro;
- VI - construção de moradia de agricultores familia-

res, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais da região amazônica ou do Pantanal, onde o abastecimento de água se dá pelo esforço próprio dos moradores;

VII - construção e manutenção de cercas de divisa de propriedades;

VIII - pesquisa científica, desde que não interfira com as condições ecológicas da área, nem enseje qualquer tipo de exploração econômica direta, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável;

IX - coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, desde que eventual e respeitada a legislação específica a respeito do acesso a recursos genéticos;

X - plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais em áreas alteradas, plantados junto ou de modo misto;

XI - outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventual e de baixo impacto ambiental pelo conselho estadual de meio ambiente.

j) As intervenções poluem ou degradam significativamente o meio ambiente, provocando alterações nas suas qualidades químicas e físicas e na biodiversidade (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II)? Justificar.

k) As intervenções prejudicam a saúde e o bem-estar da população (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II, “a”)? Justificar.

l) As intervenções criam condições adversas às atividades sociais ou econômicas (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II, “b”)? Justificar.

m) As intervenções ocasionam impactos relevantes à flora, à fauna e a qualquer recurso natural (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II, “c”)? Justificar.

n) As intervenções ocasionam impactos relevantes aos acervos históricos, culturais e paisagísticos (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II, “d”)? Justificar.

o) As intervenções comprometem a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, I)? Justificar.

p) As intervenções comprometem os corredores de fauna (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, II)? Justificar.

q) As intervenções comprometem a drenagem e os cursos de água intermitentes (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, III)? Justificar.

r) As intervenções comprometem a manutenção da biota (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, IV)? Justificar.

s) As intervenções comprometem a regeneração e a manutenção da vegetação nativa (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, V)? Justificar.

t) As intervenções comprometem a qualidade das águas (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, VI)? Justificar.

u) Qual o percentual da área da APP impactada na propriedade (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §2º)?

v) Existem alternativas técnicas às intervenções (Re-

- solução CONAMA 369/2006, artigo 3º, I)? Justificar.
- x) Existem alternativas locais às intervenções na propriedade (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 3º, I)? Justificar.
- y) Quais as medidas técnicas mais adequadas para a preservação/recuperação da APP? Justificar.
- z) Fazer a valoração monetária dos diversos impactos causados ao meio ambiente.

6.7 – RESERVA LEGAL

Promotor de Justiça Alex Fernandes Santiago

Conta a História que, no ano de 1847, Kirchmann, Procurador do Rei da Prússia, proferiu vigorosa palestra, recheada de críticas à Ciência do Direito. Dentre as considerações tecidas, cunhou a frase que alcançaria fama, ao sintetizar a preocupação com o aspecto contingente do Direito: *Três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras convertem-se em inutilidades*. Não bastasse a aguda observação, ainda pontificou: “que acúmulo de leis e, não obstante, quanta lentidão na administração da Justiça! Quanta erudição de estudos e, não obstante, quantas oscilações, quanta insegurança na teoria e na prática”³¹⁸.

Ressoando as observações pelo tempo – e lá se vão quase duzentos anos – alcançam hoje plena aplicação ao instituto da reserva legal, e, porque não dizê-lo, ao próprio Código Florestal. Muito já se escreveu sobre a reserva legal. Todavia, apesar do ingente esforço da doutrina, não consegue ela acompanhar a verdadeira fúria legislativa que se abateu sobre tal instituto³¹⁹.

O Código Florestal, esse desconhecido, apresenta elevado potencial na consecução dos desideratos do meio ambiente ecologicamente equilibrado. E, enquanto não foi manejado, dormitando no limbo do ordenamento jurídico, nenhum incômodo representou a avançada legislação, que já cuidava, desde 1934³²⁰, de bens de interesse comum a todos

³¹⁸ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 14 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997. p. 273.

³¹⁹ Paulo de Bessa Antunes chegou a “advertir ao leitor que a matéria tem sido submetida a uma alteração legislativa por meio de medidas provisórias que, muito provavelmente, quando este trabalho estiver merecendo atenção, se é que chegará a merecer, o quadro legal poderá estar totalmente modificado”. (**Poder Judiciário e reserva legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito Ambiental, n. 21, janeiro/março 2001, São Paulo, RT. p. 104), sendo que sua previsão culminaria por acontecer, pois a matéria era disciplinada, à época, pela medida provisória nº 1.956/2000, e hoje conta com a redação da medida provisória nº 2.166/2001.

³²⁰ Art. 1º do Código Florestal de 1934: “As florestas existentes no território nacional, consideradas em conjunto, constituem bem de interesse comum a todos os habitantes, do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que as leis em geral, e especialmente este código, estabelecem”, redação reiterada pela Lei nº 4.771/65, no seu art. 1º, *caput*, ainda em vigor: “Art. 1º

os habitantes, no seu art. 1º, antecipando a noção de interesse difuso. Avançada, ainda, porque já categorizava, desde 1965 (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 4.771/65, na redação original), como uso nocivo da propriedade às ações ou omissões contrárias às suas disposições na utilização e exploração das florestas, previsão que permanece hoje no art. 1º, § 1º, sendo aplicável, para o caso, o procedimento sumário, visando à celeridade. Para utilizar a linguagem aristotélica, no tempo em que esteve em potência – e não em ato – o Código Florestal não gerou maiores pruridos dos infratores ambientais. O quadro iria adquirir novas cores com a Lei nº 6.938/81, marco da legislação ambientalista, que positivou nova concepção do meio ambiente, superando a primeira fase da legislação ambiental, quando considerado apenas em seu aspecto econômico, e, ainda, a segunda fase, em que a saúde humana passou a ser o objeto de preocupação. Na terceira fase, inaugurada pela lei em comento, não é mais o meio ambiente mero suporte para interesses econômicos ou da saúde humana, mas objeto de preocupação integral, com tratamento holístico³²¹.

A Lei nº 6.938/81, em seu art. 14, § 1º, conferiu legitimidade para propor ação de responsabilização civil e criminal por danos causados ao meio ambiente ao Ministério Público, o que ganharia contornos nítidos e instrumental adequado com a Lei nº 7.347/85, a Lei de Ação Civil Pública, normatizando a tutela processual dos interesses difusos, e, ainda, alargando a legitimação para sua defesa por outros entes (arts. 1º, I, e 5º da Lei nº 7.347/85). De posse desse instrumental, os legitimados revisitararam o Direito material, vivificado sob as luzes das normas processuais dos interesses difusos.

E o Código Florestal foi acordado, não só pelo Ministério Público (com avassaladora maioria na propositura de ações civis públicas, em mais de 90%, e, sobretudo, pela miríade de compromissos de ajustamento de conduta), mas também pelas associações³²², que passaram a trazer os dispositivos do

As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.”

³²¹ Sobre a evolução da legislação, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental. Parte geral*. São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 72/82 e BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental brasileiro*. In: **Manual prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p. 10/11.

³²² Digna de nota é a atuação da Associação de Defesa e Educação Ambiental de Maringá (ADEAM), no Paraná, em exemplo a ser seguido pelas organizações não governamentais, deixando de ser meras encaminhadoras de denúncias, em sentido comum, aos órgãos estatais (aspecto que, sem dúvida, também é muito importante) para se transformarem em protagonistas no cenário ambiental. É,

Código para a prática diária, deixando de ser mero diploma (*law in the books*), para alcançar expressivos resultados de reflorestamento, com a aplicação, especificamente, do art. 16 da Lei nº 4.771/65, atinente à reserva legal.

Alavancada a aplicação do Código Florestal pelo Ministério Público, associações e pela própria fiscalização dos órgãos administrativos, estimulada, ainda, pela atuação daqueles, em verdadeira dialética de implicação-complementariedade; a edição, como em Minas Gerais, de provimentos disciplinando a atuação do oficial de registro de imóveis, impedindo a prática de atos de transmissão de domínio antes da averbação da reserva legal, tudo isso não refletiu reação amena, que não tardou por acontecer, com a modificação, mediante edição de várias medidas provisórias, da Lei nº 4.771/65, muitas vezes com o indistigável propósito de diminuir suas exigências³²³.

De se registrar que a reação ao Código Florestal não se limita ao plano legislativo: questionam-se

na voz de Alberto Contar, ONG diferente, pois “[...] não realiza passeatas de protesto, não promove seminários, não publica boletins e, apesar do nome, não faz educação ambiental, a qual foi abolida de seu rol de atividades por se entender que a dramaticidade de degradação ambiental do País não se compadece com expectativas a longo prazo, mas requer ações rápidas e drásticas” (*Reflorestamento compulsório – uma aplicação da Lei nº 6.938/81*. Revista de Direito Ambiental, n. 2, abril/junho 1996, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67). Diante da pré-desertificação do noroeste paranaense, passou a ADEAM a realizar palestras para os produtores rurais, a fim de seguirem os dispositivos do Código Florestal, sobretudo a reserva legal. Não obstante, tão logo percebida a insuficiência dessa atividade, buscou a ADEAM a via judicial, e propôs, até março de 1996, mais de três centenas de ações civis públicas, em relação aos proprietários rurais que não respeitavam os limites mínimos de reserva legal, o que faz com que, não por acaso, os primeiros julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre reserva legal se originem, na maioria, de recursos oriundos do Paraná.

³²³ Sintetiza a reação, mediante modificação legislativa, à aplicação, ainda que incipiente, do Código Florestal, Antônio Herman V. Benjamin: “A aplicação administrativa e judicial, mesmo que ainda a consideremos modesta, insuficiente e fragmentária, condenou o Código Florestal à reforma atual. Surpreendente este aspecto, pois enquanto mofava nas prateleiras do ordenamento, o Código era lei boa; no instante em que viu seus instrumentos minimamente utilizados, neste instante transforma-se em lei ultrapassada, em descompasso com as necessidades da sociedade moderna. Triste país este onde a implementação de uma lei, em especial daquelas que protegem interesses sociais, traz consigo o decreto com a promulgação de sua sentença de morte.” (**A proteção das florestas brasileiras: ascensão e queda do Código Florestal**. Revista de Direito Ambiental, n. 18, abril/junho 2000, São Paulo: RT, p. 23), o que traz a reboque a incisiva observação de Paulo de Bessa Antunes: “As constantes alterações que, ultimamente, vêm sendo procedidas no Código Florestal, quaisquer que sejam os seus resultados dificilmente poderão ser considerados positivos [...] é importante que haja estabilidade na lei florestal para que esta possa ser implementada de forma adequada, o que até então não vem ocorrendo” (ob. cit., p. 106/107).

no Supremo Tribunal Federal as próprias alterações que o enfraquecem, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.346, proposta pela Confederação Nacional da Agricultura, em relação aos artigos que cuidam da reserva legal: arts. 1º, III, 16 e 44, com a redação da medida provisória nº 2.166-67, com liminar indeferida pelo Relator, o Ministro Marco Aurélio – estágio atual do processo.

6.7.1 – A DESFIGURAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL. A LEGISLAÇÃO FEDERAL E ESTADUAL MINEIRA SOBRE RESERVA LEGAL

Assim é que diversas medidas provisórias foram editadas, modificando profundamente a redação do Código Florestal, em especial os artigos relacionados à reserva legal. Como exemplos à medida provisória nº 1.511/96 (que, na sua 17ª reedição, foi modificada); a medida provisória 1.605-18/97, que revogou aquela, mantendo seu conteúdo, e, na 30ª reedição, trouxe novas modificações; a medida provisória nº 1.736-31, de 1998, a medida provisória nº 1.956/2000; a medida provisória 2.080/2000; a medida provisória 2.166/2001, enfim, contabilizasse um total de sessenta e sete reedições de medidas provisórias.

Hoje temos a redação conferida aos dispositivos do Código Florestal atinentes à reserva legal oriundos da medida provisória nº 2.166/2001, sendo indispensável, para afirmar-se com certeza, a prévia consulta à página do Senado na internet: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaFormPesquisa.action>>. Verifica-se a alteração de diversos arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, até com prejuízo à técnica legislativa, seja pela profusão de parágrafos nos arts. 16 e 44, seja pela adição dos arts. 44-A, B e C, para não modificar a numeração dos dispositivos subsequentes.

Mas não será o Código Florestal a única legislação aplicável. Como sabido, a competência para legislar sobre meio ambiente é concorrente (art. 24, VI, da Carta Magna), o que impõe também não perder de vista a legislação dos Estados. No caso de Minas Gerais, a Constituição Estadual reitera o comando da Lei Maior, em seu art. 10, XV, “f”), ao afirmar que compete ao Estado legislar concorrentemente sobre “[...] florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do ambiente e controle da poluição”.

Na órbita estadual, a Lei nº 14.309/2002 é a Lei Florestal; e são dispositivos diretamente relacionados à reserva legal, já modificados, por seu turno, pela redação conferida pela Lei nº 15.027/2004 ao art. 17: art. 5º, I, “g”); 14 a 21 e 33. E ainda na legislação estadual tem-se o Decreto nº 43.710/2004, que regulamenta a Lei nº 14.309/2002, interessando, à reserva legal, os arts. 16 a 23. Nesse ponto, indispensável recordar que, na competência concorrente, quando a União edita norma geral, o que é

sua competência, o Estado não pode contrariá-la³²⁴. Em suma, a legislação estadual não poderá ser mais branda – como já se vislumbra em alguns dispositivos da Lei nº 14.309/2002 – que a legislação federal. Poderá, sim, ser mais severa, tendo especial fim de proteção³²⁵, como lembra Paulo Afonso Leme Machado:

[...] os Estados podem suplementar a legislação federal sobre essas reservas, isto é, podem acrescentar normas mais severas, mas não podem exigir menos do que a norma federal³²⁶.

Não é objetivo desse trabalho comentar todos os dispositivos, federais e estaduais, o que exigiria estudo de maior fôlego, mas enfatizar, sobretudo, alguns pontos de interesse. Para tanto, é necessário começar abordando a razão da reserva legal, intimamente conectada à função social da propriedade, que é reconhecida expressamente no Código Florestal como critério, inclusive, para a definição da localização da própria reserva legal – art. 16, § 4º.

6.7.2 – A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Não se pretende, aqui, revisar a doutrina sobre o tema. Colima-se conferir efetividade a tal instituto, que, em verdade, para os Tribunais, situa-se em plano quase etéreo, gozando de mínima aplicação no Brasil, o que é inconcebível³²⁷. Justificar-se-ia que a função social é conceito jurídico indeterminado, o que dificultaria sua aplicação. Mas tal característica, em vez de limitar, traduz-se em elemento de poten-

cialização do instituto³²⁸, sobrelevando a tarefa do Poder Judiciário no preenchimento do conceito indeterminado³²⁹. Não traduz a função social simples restrição à ação do proprietário, limite negativo do direito de propriedade, mas sim poder-dever deste, dever positivo de dar à propriedade destino determinado, consubstanciando deveres positivos que devem ser exercidos pelo proprietário no exercício do direito de propriedade, respeitando o interesse coletivo – no exercício do direito de propriedade.³³⁰ E a função social determina o conteúdo social da relação de propriedade, seja quanto aos meios de apropriação (que não podem prejudicar a sociedade), seja quanto à realização de atividades na propriedade (que não podem contrariar valores sociais).³³¹

A função social integra o conceito de propriedade, sendo elemento constitutivo, e não elemento externo. Tal fato é inclusive reconhecido legislativamente quanto à propriedade rural, em dispositivo pouco lembrado, o art. 12 do Estatuto da Terra, que, ao determinar caber à propriedade privada da terra *intrinsecamente uma função social*, consagrou o entendimento de que a função social é elemento interno do conceito jurídico de propriedade.

Impressiona, negativamente, na prática, diante da pouca aplicação de tal princípio, a verdadeira desconsideração à sua característica de norma hierarquicamente superior, por ser norma constitucional. Constantemente, nas ações civis públicas, ou nas tentativas de celebração de compromisso de ajustamento de conduta, surge a cantilena (lastimavelmente é a primeira iniciativa) da plenitude do direito de propriedade, trazida por operadores do Direito a que ainda não chegaram (ou a janela lhes foi fechada) os ventos renovadores da Constituição Federal de 1988 e suas leis posteriores. O raciocínio é o seguinte: direito de propriedade é matéria de Direito Civil, logo, predomina a autonomia da vontade, não se aplicando regras outras – e assim se rasga a Constituição Federal³³². Por vezes tem-se

³²⁸ Na dicção de SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: **O Direito Agrário em debate**. LIPEL, Alexandre Gonçalves, et al. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. p. 15, cuja lição busca reproduzir nesse excerto.

³²⁹ Como lembra Eros Roberto Grau, “são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos – razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique”. **Direito, conceito e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 72.

³³⁰ PEREIRA, Rosalinda P. C. A teoria da função social da propriedade rural. In: **A questão agrária e a justiça**. STROZAKE, José (Org). São Paulo: RT, 2000. p. 100/101.

³³¹ DERANI, Cristiane Derani. **A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da ‘função social’**. Revista de Direito Ambiental, n. 27, julho/setembro, São Paulo: RT, 2002. p. 60.

³³² Nessa contínua desconsideração da Carta Magna, a crítica contundente de Paulo de Bessa Antunes é de se registrar, ao comentar que impressiona “o fato de que a função

³²⁴ Conforme ensina, com profundidade, FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 427/430.

³²⁵ “Dessa forma, podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um ‘teto’ de proteção. Com isso, oportuno frisar que os Estados e Municípios *jamais poderão legislar*, de modo a oferecer *menos proteção* ao meio ambiente do que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumpre, tão-só, fixar regras gerais.” FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62.

³²⁶ **Direito ambiental brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 704.

³²⁷ Inevitável a lembrança da assertiva de Benjamin: “No Brasil, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países, como a Alemanha, a teoria da função social da propriedade não tem tido eficácia prática e previsível na realidade dos operadores do direito e no funcionamento do mercado; a verdade é que, entre nós, a noção ainda não foi, inexplicavelmente, desenvolvida (ou mesmo suficientemente compreendida) no plano doutrinário, daí os percalços jurisprudenciais que enfrentamos”. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: **Temas de direito ambiental e urbanístico**. Advocacia Pública & Sociedade. Ano II, n. 3, 1998, Guilherme Purvin de Figueiredo (organizador), São Paulo: Max Limonad. p. 70.

a impressão de debater-se com um causídico medieval, ou mesmo com um advogado da Roma antiga, defendendo o direito de usar, gozar e abusar da propriedade³³³, o que traz à lembrança a frase do saudoso escritor Rubem Braga, de que se está diante da *mais sólida das ficções, a que se chama propriedade*³³⁴. É necessário afirmar o óbvio: interpretar-se-ão as outras normas em consonância com a Carta Magna, jamais o contrário³³⁵. Gozam as normas constitucionais de supremacia. No título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao mesmo tempo em que a propriedade é consagrada como direito fundamental – art. 5º, XXII, determina a Carta Maior, em seu art. 5º, XXIII, que a *propriedade atenderá sua função social*, princípio reitor da ordem econômica (art. 170, III).

social da propriedade tenha ingressado em nosso direito positivo pela Constituição de 1934 e que, ainda hoje, seja necessário relembrar que a *propriedade é um instituto constitucional e não meramente do direito civil*. Há que se repudiar a tendência de interpretar a Constituição conforme o Código Civil, eis que esta espelha uma concepção absurda de ordem jurídica que não mais se sustenta nos dias atuais.”(ob. cit., p. 113)

³³³ A respeito, importante a leitura de Flávio Sant’anna Xavier (Notas sobre o instituto do imóvel rural e o Direito Agrário. In: **O Direito Agrário em debate**. p. 26/32). O tratamento da propriedade rural como qualquer outra propriedade, e com os institutos individualistas do anterior Código Civil, encerra motivo histórico: em um mundo que já se revelava globalizado, Napoleão intencionava criar Código Agrário, ao lado do Código Civil, pelo que distinta seria a legislação para a propriedade rural, havendo inclusive criado comissão para tanto, o que se frustrou, com sua derrocada... E prevaleceu, para a propriedade rural, o tratamento privatista conferido pelo Código Civil francês, o que culminaria por influenciar o Código Civil brasileiro de 1916, que incorporou as idéias daquele, que categorizava a propriedade em redundância sintomática: o direito *plus absolut*, traduzindo idéia até hoje sentida. Fustel de Coulanges já assinalara haver “três coisas que, desde os tempos antigos, se encontraram fundadas e estabelecidas solidamente nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade”. (**A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. 8 ed., Lisboa, p. 84). Sobrevindo novel legislação (Estatuto da Terra, Lei nº 8.171/91, CF, Lei nº 8.629/93), muitos fizeram ouvidos moucos, preferindo utilizar o antigo Código Civil de 1916, que, na lição de Osny Duarte Pereira, “foi ainda mais negligente para com a floresta e no seu manuseio até parece que os vegetais nunca foram um bem econômico suscetível de proteção”. (**Direito florestal brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950. p. 111)

³³⁴ **200 crônicas escolhidas**. 22 ed., Rio de Janeiro, Record, 2004. p. 236.

³³⁵ Já na ordem infra-constitucional, tem-se, inicialmente, o novo Código Civil, em seu art. 1.228, § 1º: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, sendo que a introdução no direito codificado da função social da propriedade privada constitui-se em uma das principais características do Código Civil.

6.7.3 – A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL E O MEIO AMBIENTE

Por existirem diversas funções sociais que variam conforme o tipo de propriedade³³⁶, cuida-se da função social da propriedade rural nos arts. 184 e seguintes da Constituição Federal. O art. 186, incisos I e II, da Constituição Federal determina que a propriedade atenderá a sua função social, princípio da ordem econômica, quando a propriedade rural atende, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, *ao aproveitamento racional e adequado* (I), e *à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente* (II), dentre outros requisitos, que também deverão ser verificados, simultaneamente, para que se faça a função social, como a observância das disposições que regulam as relações de trabalho (inciso III) e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores (inciso IV).

Assim, para que se cumpra a função social da propriedade rural, deve-se atender aos aspectos econômico (I), ambiental (II) e trabalhista (III e IV). Conjuga-se a previsão do inciso II ao mandamento constitucional de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem do uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações – art. 225, da CF/88.

Da interpretação de tais dispositivos pode-se inferir a consagração da função ambiental da propriedade, cuja realização se insere como condição para o cumprimento da função social da propriedade³³⁷. E não pode haver proteção constitucional à ordem econômica que sacrifique o meio ambiente³³⁸, até porque esse é princípio reitor daquela (art. 170, VI, da CF/88). Havendo norma-princípio, como no caso, todos estão vinculados: se couber mais de uma interpretação, deve prevalecer como válida a que melhor se compatibilizar com o princípio, e, se não houver regra, a interpretação deve ser de forma a concretizar o princípio. Servirão os princípios de critério regulador da interpretação, conferindo o sentido e alcance das demais normas³³⁹.

³³⁶ SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Ob. cit., p. 11.

³³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade**. Revista de Direito Ambiental, n. 9, janeiro/março. São Paulo: RT, 1998. p. 69.

³³⁸ No ante-projeto do Código Florestal de 1934 já se salientava tal conflito, analisando a função social da propriedade: “Ora, em matéria florestal os interesses do proprietário particular estão em perene conflito com os da coletividade e é lastimável que, por amor a um simples princípio, possa um energúmeno sacrificar, por cupidez de um lucro ocasional, às vezes mínimo, ou por ignorância, matas que necessitam de séculos, para atingir ao estado atual e que representam riquezas inavaliáveis para o interesse geral de toda a região.”

³³⁹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do

6.7.4 – O DIREITO AGRÁRIO, O DIREITO AMBIENTAL E A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL

Na legislação agrarista, muitos são os artigos de interesse ambiental. Para lembrar apenas alguns, vale citar: a) Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), arts. 2º e 4º, parágrafo único; 18, “a”), c) e f) e 24, V; b) Lei nº 8.171/91, arts. 2º, I; 3º, IV; 4º, IV; 19; 20; 22; 23; 25 e 26, “c”) Lei nº 8.629/93: arts. 9º e 10. Muito tem a contribuir o Direito Agrário na definição da função ambiental da propriedade rural, reafirmando a interpenetração dos ramos do Direito e a necessidade de sua vivificação sob uma ótica ambientalista³⁴⁰.

O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), já definia em seu art. 2º, § 1º, a função social, atentando para o aspecto ambiental, sendo que hoje a Lei nº 8.629/93, em seu art. 9º, repete a definição do art. 186 da CF/88 para função social. E, o que é mais importante, o art. 9º da Lei nº 8.629/93, em seus § 2º e § 3º, explicita no que consistem *o aproveitamento racional e adequado, e a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*, previstos no art. 186, incisos I e II, da Constituição Federal:

[...] § 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.

§ 3º Considera-se a preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

Visualiza-se claramente a consagração legislativa de que a função ambiental da propriedade exerce dupla proteção: protege a) o meio ambiente e b) a propriedade em si, pela simples leitura do art. 9º da Lei nº 8.629/93, § 2º e § 3º, evidenciando que a utilização que respeita a legislação ambiental prote-

Direito Ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 2, abril/junho. São Paulo: RT, 1996. p. 51/52.

³⁴⁰ O Professor Michel Prieur da Universidade de Limoges, França, acentua: “Na medida em que o ambiente é a expressão de uma visão global das intenções e das relações dos seres vivos entre eles e com seu meio, não é surpreendente que o Direito do ambiente seja um Direito de caráter horizontal, que recubra os diferentes ramos clássicos do Direito (Direito civil, Direito administrativo, Direito penal, Direito internacional) e um Direito de interações, que se encontra disperso nas várias regulamentações. Mais do que um novo ramo do Direito com seu próprio corpo de regras, o Direito do Ambiente tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para os orientar num sentido ambientalista.” (*apud* MACHADO, Paulo Afonso. **Direito ambiental brasileiro**. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 91)

ge a propriedade em sua essência. Se preservam os atributos ambientais, também se protege a propriedade contra a perda de seu potencial produtivo devido a danos ambientais irreversíveis, como a perda da qualidade do solo e do próprio solo, como no caso da erosão. A ganância de alguns proprietários acaba lhes obnubilando o entendimento, prejudicando a si mesmos, levando muitas vezes a inutilização da propriedade, pela contínua agressão aos bens ambientais³⁴¹.

Por isso cabem não só ao poder público, pelo art. 19 da Lei nº 8.171/91, vários deveres para a proteção ambiental, como também aos particulares, pois a “[...] fiscalização e o uso racional dos recursos naturais do meio ambiente é também de responsabilidade dos proprietários de direito, dos beneficiários da reforma agrária e dos ocupantes temporários dos imóveis rurais”, segundo o parágrafo único deste artigo.³⁴²

Cada propriedade rural, de acordo com suas características, demandará de seu proprietário o cumprimento de legislação ambiental específica, e, portanto de função ambiental também específica: se houver área de preservação permanente, se houver árvores imunes de corte, por exemplo, para cada um deverá atentar o proprietário. Se o art. 186, II, da CF/88 e o art. 9º da Lei nº 8.629/93 encerram o conteúdo amplo da função ambiental da propriedade, é a legislação ambiental infraconstitucional que trará o conteúdo específico da função ambiental de cada propriedade, de acordo com os elementos ambientais que cada propriedade abriga, definindo o que deve ser protegido³⁴³.

³⁴¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade e reforma agrária. In: **O Direito Agrário em debate**. p. 296/297. Já ensinava Osny Duarte Pereira, ao comentar o Código Florestal de 1934: “Seria verdadeira insânia, pelo respeito ao princípio da intangibilidade dos direitos privados, reconhecer-se ao seu proprietário a prerrogativa soberana de devastar os imóveis de sua propriedade. A efêmera prosperidade que ele tiraria com a extração desordenada das madeiras seria alguns anos depois desfeita pelos males coletivos que a destruição da capa vegetal acarreta a todos, inclusive ao autor e à sua descendência. Que adiantaria serrar, serrar, serrar, sem limites as madeiras encontradas nos solo, queimar os remanescentes, fazer cinco ou dez colheitas, escalarvar as encostas, acumular alguns milhões, se ao fim da tarefa, a desolação, a aridez, a inclemência do clima, o êxodo, o abandono de todas as riquezas acumuladas, serão a retribuição fatal que essa ‘liberdade’ reserva aos que desrespeitam a Natureza”. (ob. cit., p. 171)

³⁴² Daí a lembrança de Roxana Borges que o conteúdo da função ambiental da propriedade não é dirigido à coisa, mas ao sujeito, pois cabe ao proprietário cumprir a função ambiental da propriedade, uma vez que apenas ao sujeito e não às coisas são atribuídos direitos e deveres. Função ambiental da propriedade e reforma agrária. In: **O Direito Agrário em debate**. p. 293

³⁴³ Id., *ibid.*, p. 294/295.

6.7.5 – A RESERVA LEGAL COMO CONTEÚDO ESPECÍFICO DA FUNÇÃO AMBIENTAL DE TODA PROPRIEDADE RURAL, INCLUSIVE A PEQUENA PROPRIEDADE RURAL OU POSSE RURAL FAMILIAR

Na definição do conteúdo específico da função ambiental da propriedade, tem-se que, para toda e qualquer propriedade rural, presente deve estar a reserva legal, que representa exatamente um mínimo a ser protegido, uma *reserva* imposta por lei para a proteção ambiental, como se verifica a seguir. Toda e qualquer propriedade rural, sim, pois mesmo a pequena propriedade rural, e até a posse rural familiar, tal como definidas no art. 1º, § 2º, I, do Código Florestal, devem contar com área de reserva legal, conforme art. 16, § 3º e § 9º, dessa lei.

A exigência de reserva legal para toda propriedade não representa nenhuma inovação legislativa. Já o Código Florestal de 1934 dispunha, em seu art. 23, que “nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente, salvo o disposto nos arts. 24, 31 e 52”, e a redação original da Lei nº 4.771/65, no hoje modificado art. 16, que

[...] as florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos arts. 2º e 3º desta lei, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições: a) nas regiões Leste Meridional, Sul e Centro-Oeste, esta na parte sul, as derrubadas de florestas nativas, primitivas ou regeneradas, só serão permitidas, desde que seja, em qualquer caso, respeitado o limite mínimo de 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea localizada, a critério da autoridade competente.

A Lei nº 4.711/65 prevê outros limites para as demais regiões.

6.7.6 – A RESERVA LEGAL COMO ESPAÇO TERRITORIAL ESPECIALMENTE PROTEGIDO – CONCEITO NORMATIVO – PERCENTUAL EM MINAS GERAIS

Além de ser conteúdo específico da função ambiental da propriedade rural, a reserva legal é espaço territorial especialmente protegido. Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao poder público, dentre outras atividades, definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, conforme § 1º, inciso III, do art. 225 da CF/88, sendo a alteração e supressão permitidas somente através de lei.

Definindo os espaços mencionados no art. 225, § 1º, da Lei Maior, tem-se que, segundo o art. 1º da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) as florestas e demais formas de vegetação são bens de interesse

comum a todos os habitantes do País, sendo que a área de preservação permanente é definida pelo art. 1º, § 2º, inciso II, do Código Florestal, como sendo a

[...] área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas.

A reserva legal, que não se confunde com a área de preservação permanente, vem definida pelo art. 1º, § 2º, inciso III, do Código Florestal, como sendo a

[...] área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas.

A Lei Estadual nº 14.309/2002 acresce à definição federal a característica de ser *representativa do meio ambiente natural da região* – art. 14, *caput*, o que se deve entender como o dever de a autoridade competente, na sua definição, escolher a área do imóvel rural que melhor retrate o meio ambiente natural daquela localidade, a melhor área, em termos ambientais. Por conseguinte, a reserva legal é espaço territorial especialmente protegido e goza do dístico da inalterabilidade³⁴⁴. A inalterabilidade, a perpetuidade, característica da reserva legal, vem consagrada no art. 16, § 8º, do Código Florestal: uma vez definida a área de reserva legal e constituída pela averbação no registro de imóveis, é vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, desmembramento ou retificação. Conferindo importante consequência a tal característica, assevera Guilherme José Purvin de Figueiredo que,

Constituindo modalidade de espaço territorial especialmente protegido, a reserva legal não desaparece do mundo jurídico com a simples ampliação de perímetro urbano: sua averbação à margem do registro imobiliário só poderia ser cancelada mediante a edição de lei ordinária que tratasse especificamente de sua desafetação.³⁴⁵

O que, na prática, não vem sendo observado, bastando a declaração do Município como área de expansão urbana para que desapareça a reserva legal,

³⁴⁴ Nesse sentido, MACHADO, Paulo Afonso Leme. ob. cit. p. 704; SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros. p. 191.

³⁴⁵ Função ambiental da propriedade urbana. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental. Paisagem, natureza e direito. BENJAMIN, Antônio Herman (org.). **O Direito por um Planeta Verde**. São Paulo: Instituto. p. 309.

que não é mantida nos loteamentos, tema que merece maior discussão. Tal área mínima – *reserva* – imposta por lei – *legal* – variará conforme a região do país, conforme art. 16, incisos I a IV, do Código Florestal, sendo que, para a Amazônia legal, tem-se a proteção de 80% (inciso I) ou 35% (caso situada em área de cerrado, inciso II) e para as demais regiões do país 20% (incisos III – para floresta ou vegetação nativa – e IV – para área de campos gerais). Em Minas Gerais a área de reserva legal será de no mínimo 20% da propriedade rural, do confronto entre as previsões do art. 16, incisos I a IV, do Código Florestal, e como surge expressamente estabelecido no art. 14, *caput*, da Lei nº 14.309/2002.

A natureza jurídica da reserva legal é de *limitação administrativa, dado seu caráter genérico, restritivo do direito individual, em benefício de interesse social* conforme entendimento já fixado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais³⁴⁶, e reconhecido pela doutrina³⁴⁷, razão por que não cabe indenização ao proprietário pela exigência de reserva legal³⁴⁸, até porque essa não significa esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade.

6.7.7 – FUNÇÕES DA RESERVA LEGAL

Ainda analisando o conceito do art. 1º, § 2º, III do Código Florestal, tem-se que três são, portanto, as funções da reserva legal, desdobradas nos tópicos a seguir.

6.7.8 – USO SUSTENTÁVEL DOS RECURSOS NATURAIS

Segundo Milaré³⁴⁹ tem-se que o desenvolvimento sustentável, ou ecodesenvolvimento possui três escopos: o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida, integrados harmonicamente. A noção de sustentabilidade está ligada à idéia de continuidade, permanência, gizada no art. 225, *caput*, da Lei Maior, quando assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações futuras, pois, caso não tenham acesso a esse bem, o desenvolvimento haveria se revelado insustentável. Logo, o uso sustentável compreende a permanência dos atributos dos recursos naturais, sem envolver prejuízo a eles, muito embora utilizados. E foi definido

normativamente pela Lei nº 9.985/2000, art. 2º, inciso IX, como a

[...] exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável.

6.7.9 – CONSERVAÇÃO E REABILITAÇÃO DOS PROCESSOS ECOLÓGICOS

Importante, nesse momento, distinguir termos constantemente usados como sinônimos, e que guardam diferenciação. A proteção ambiental é o gênero, de que são espécies a prevenção, a conservação e a preservação:

A proteção ambiental ocorre de forma antecipada na prevenção e de forma direta na conservação e preservação.

Prevenção ambiental é a efetivação de todas as medidas necessárias, capazes de prever a ocorrência de degradação e destruição dos entes ou recursos naturais e de impedir sua ocorrência.

Conservação ambiental é a utilização dos entes ou recursos naturais de modo a garantir sua renovação (se renováveis) ou sustentabilidade (se não renováveis). Assim, protege-se o ambiente visando sua utilização sustentada e seu manejo adequado. Preservação ambiental é a proteção direta e específica de entes ou recursos naturais contra a destruição e degradação ambiental. Protege-se diretamente o ambiente especificado de forma a não permitir sua utilização e manejo.³⁵⁰

A distinção está presente mais uma vez na Lei nº 9.985/2000, em seu art. 2º, inciso V: preservação: conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem à proteção a longo prazo das espécies, habitats e ecossistemas, além da manutenção dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais, VI: proteção integral: manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais e VII: conservação *in situ*: conservação de ecossistemas e *habitats* naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características.

Ao determinar que a reserva legal é para a conservação, e não para a preservação, bem como para o uso sustentável, antecipou o Código Florestal noção que iria detalhar adiante: muito embora a vegetação da reserva legal não possa ser suprimida, há a possibilidade de sua utilização, desde que *sob regime de manejo florestal sustentável* – art. 16, § 2º,

³⁴⁶ Apelação Cível 236.297-8/00, 3a Câmara Cível, rel. Desembargador Isalino Lisboa, j. 29/08/2002.

³⁴⁷ Dentre outros, Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 550, e Paulo Afonso Leme Machado (ob. cit., p. 707).

³⁴⁸ SILVA, José Afonso da, ob. cit., p. 182, Paulo Afonso Leme Machado (ob. cit., p. 707) e BENJAMIN, Antônio Herman Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: *Temas de direito ambiental e urbanístico*. p. 77/78.

³⁴⁹ *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 41-48.7

³⁵⁰ MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *Da proteção jurídico-ambiental dos recursos hídricos brasileiros*. Leme: LED, 2001. p. 16.

do Código Florestal, pelo que a reserva legal é também considerada floresta de exploração limitada.

6.7.10 – CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE E ABRIGO E PROTEÇÃO DE FAUNA E FLORA NATURAIS

Mais uma vez dimensiona-se a importância da área em comento. Enquanto a área de preservação permanente visa à preservação do fluxo gênico de fauna e flora – art. 1º, § 2º, II, do Código Florestal, a reserva legal, em complemento, oferece-lhe abrigo e proteção, devendo integrarem-se tais áreas. Cumprindo tal função, na escolha do local, a autoridade competente, conforme art. 16, § 1º, da Lei nº 14.309/2002, demarcará a reserva legal

[...] em continuidade a outras áreas protegidas, evitando-se a fragmentação dos remanescentes da vegetação nativa e mantendo-se os corredores necessários ao abrigo e ao deslocamento da fauna silvestre.

Tudo isso evidencia a impropriedade da legislação estadual quando permitiu a presença de sistemas agroflorestais, sem atentar para a legislação federal.

6.7.11 – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL E A POSSE RURAL FAMILIAR – CARACTERIZAÇÃO EM MINAS GERAIS – REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO

Como visto, mesmo a pequena propriedade rural, e até a posse rural familiar, tal como definidas no art. 1º, § 2º, I, do Código Florestal, devem contar com área de reserva legal, conforme art. 16, § 3º e § 9º, dessa lei. Importante salientar que, no caso de Minas Gerais, a pequena propriedade rural ou posse rural familiar não poderá superar:

- a) em regra, trinta hectares, conforme art. 1º, § 2º, I, “c”), do Código Florestal, ou
- b) cinquenta hectares, para os imóveis situados na região do Polígono das Secas conforme art. 1º, § 2º, I, “b”), do Código Florestal.

Além do requisito objetivo para a caracterização da pequena propriedade (área diminuta), presente deve estar o requisito subjetivo. Em qualquer caso, conforme definição do inciso mencionado, a área deve ser

[...] explorada mediante o trabalho pessoal do proprietário ou posseiro e de sua família, admitida a ajuda eventual de terceiro e cuja renda bruta seja proveniente, no mínimo, em 80%, de atividade agroflorestal ou extrativismo.

6.7.12 – VANTAGENS PARA A PEQUENA PROPRIEDADE E POSSE RURAL FAMILIAR QUANTO À RESERVA LEGAL PARA EFETIVAÇÃO DA RESERVA LEGAL

O Código Florestal garante benefícios ao pequeno proprietário ou posseiro rural familiar no cumpro

mento de seus deveres quanto à reserva legal. O primeiro, pelo art. 16, § 3º, é o da possibilidade de computar na área de reserva legal o plantio de árvore frutífera ornamental ou industrial, ainda que composto por espécie exótica, desde que cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas, cômputo esse possível tanto na manutenção da área de reserva legal ou no caso de sua compensação em outra propriedade.

A Lei estadual mineira nº 14.309/2002, em seu art. 15, parágrafo único, detalha que tal cômputo de árvores frutíferas ornamentais ou industrial será possível até o limite de cinquenta por cento da área de reserva legal. Assim, mesmo na pequena propriedade, metade da vegetação deverá ser nativa, e a outra metade poderá ser de *maciços arbóreos frutíferos, ornamentais ou industriais mistos*, pelo dispositivo estadual. De qualquer forma, o cultivo será em sistema intercalar ou consorciado com as espécies nativas, como determinado pela lei federal. Não se pode, assim, plantar em uma metade (dez hectares, por exemplo) apenas nativo, e na outra (outros dez hectares) apenas exótico. Deve haver o intercalamento ou o consórcio com as nativas. Portanto, são requisitos para que se admita na área de reserva legal o plantio de árvore frutífera ornamental ou industrial, ainda que composto por espécie exótica:

- a) seja pequena a propriedade;
- b) cultivo seja em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas;
- c) não exceda o plantio excepcional 50% da área de reserva legal.

Outro importante benefício para o pequeno proprietário é a gratuidade da averbação da reserva legal, conforme o § 9º do art. 16, cabendo ainda ao poder público (no caso de Minas Gerais, pelo Instituto Estadual de Florestas), prestar apoio técnico (para a definição da área e demarcação, sobretudo) e jurídico, quando necessário, para efetivar a averbação. Pouca atenção tem sido devotada ao dispositivo, constituindo inclusive empecilho à efetividade do instituto da reserva legal, pois pequenos proprietários, com poucos recursos, acabam sendo cobrados por serviços que não deveriam pagar, deixando de averbar a reserva legal. Cabe ao Ministério Público orientar os oficiais do registro de imóveis, inclusive por recomendação, para que procedam gratuitamente à averbação nesses casos. Ainda pelo § 9º, no caso da posse rural familiar, o poder público também deverá prestar apoio técnico e jurídico para definição da área de reserva legal. A diferença é que, na posse, a reserva legal será assegurada por compromisso de ajustamento de conduta, celebrado entre o possuidor e o órgão ambiental competente – em Minas Gerais, o IEF – com os requisitos estabelecidos no art. 16, § 10, do Código Florestal.

Outro benefício que será analisado mais adiante é a exigência de menor percentual para que incida

a possibilidade de se computar vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo da reserva legal (art. 16, § 6º, III, do Código Florestal).

6.7.13 – A CONTAGEM DO PERCENTUAL DE RESERVA LEGAL – EXCEÇÕES – PEQUENA PROPRIEDADE – CÔMPUTO DE VEGETAÇÃO NATIVA EXISTENTE EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Determina o Código Florestal diversas regras que afetam o cômputo das áreas para atingir o percentual exigido para reserva legal, descaracterizando o instituto. Primeiramente, como já visto, para a pequena propriedade rural ou posse familiar, o art. 16, § 3º, do Código Florestal permite que sejam

[...] computados os plantios de árvores frutíferas ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas.

Excepciona-se, permitindo-se a presença de espécies exóticas, o conceito do art. 1º, § 1º, III, do Código Florestal, que destina a reserva legal *ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas*, com impacto ambiental negativo, sobretudo quando se recorda que em geral a pequena propriedade é de 30 hectares (art. 1º, § 2º, I, “c”), o que não é pouco³⁵¹.

Outra exceção é a possibilidade prevista no art. 16, § 6º, do Código Florestal, de se computar a vegetação existente em área de preservação permanente no cálculo da reserva legal, desde que, no caso de Minas Gerais, excedam, se somadas a vegetação nativa existente em área de preservação permanente e a reserva legal, 50% da propriedade rural, ou, no caso da pequena propriedade, 25% desta (art. 16, § 6º, incisos II e III). Por conseguinte, em Minas Gerais, diante da caracterização de pequena propriedade neste Estado-membro, salientada acima, e conforme art. 15 da Lei Estadual nº 14.309/2002, incisos I e II, será possível o cômputo de vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo de reserva legal, quando a soma destas exceder a:

- a) nas médias e grandes propriedades (áreas iguais ou superiores a 50 ha no Polígono das Secas ou 30 ha nas demais regiões): cinquenta por cento da propriedade rural (inciso I).
- b) pequenas propriedades (áreas inferiores a 50 ha no Polígono das Secas ou 30 ha nas demais regiões): vinte e cinco por cento da propriedade rural.

³⁵¹ “A medida adotada pela norma, em minha opinião, somente poderia ter sido admitida após a elaboração de um censo agrícola que fosse capaz de definir a quantidade de pequenas propriedades rurais, em cada uma das regiões do país, sob pena de que a reserva legal, em áreas nas quais predomina a pequena propriedade rural, não se transforme em letra morta. É extrema de qualquer dúvida que a incorporação de espécies exóticas e ornamentais ou industriais na reserva legal é a negação conceitual da própria razão de ser da reserva legal”. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. p. 404.

Como lembra Benjamin, criticando tal cômputo, o entendimento predominante é de que a área de preservação permanente e a reserva legal não se devem compensar, pois *ontológica, biológica e legalmente têm fundamentos diversos*.³⁵² Mas a modificação legislativa contrariou esse entendimento. Ainda assim, e devem estar atentos os órgãos de fiscalização para tanto, a compensação não pode implicar a *conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo* (art. 16, § 6º, do Código Florestal), pelo que redobrada deve ser a atenção para os proprietários rurais que desejam valer-se da compensação para expandir o aproveitamento do imóvel, desmatando novas áreas. E mais atentos ainda para que não seja feita a compensação indiscriminadamente. O art. 16, § 6º, afirma que somente pode ser computada a vegetação nativa *existente* na área de preservação permanente para o cálculo do percentual de reserva legal.

Assim sendo, e exemplificando, não basta que uma média ou grande propriedade tenha, por exemplo, 30% de área de preservação permanente, uma vez que um rio corta o imóvel, que somados aos 20% da reserva legal, geram o direito à compensação. É imprescindível que os 30% de área de preservação permanente contem com vegetação nativa em toda a sua extensão, para que o proprietário possa computá-la. Do contrário, bastaria ter área de preservação permanente toda desmatada e gozar do benefício. São, portanto, requisitos, para que ocorra a compensação de vegetação de área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, em Minas Gerais:

- a) a existência de vegetação nativa em área de preservação permanente;
- b) superação, se somadas a vegetação nativa existente em área de preservação permanente e a reserva legal, de 50% da propriedade rural, ou, no caso da pequena propriedade, 25% desta (art. 16, § 6º, incisos II e III, do Código Florestal);
- c) a compensação não pode implicar *conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo*.

6.7.14 – A ÁREA DE RESERVA LEGAL E A AUSÊNCIA DE VEGETAÇÃO NATIVA

O art. 14, *caput*, da Lei Estadual nº 14.309/2002 acrescenta à definição federal da reserva legal a afirmação de que a reserva legal deve ser *representativa do meio ambiente natural da região*. Importante não perder de vista que esse é tanto o critério para a definição da área de reserva legal pela autoridade competente, quanto o fim almejado para a área – ser representativa do meio ambiente natural da região. Como asseverado anteriormente, tal se deve entender como o dever da autoridade competente, na definição da reserva legal, escolher a área do imóvel rural que melhor retrate o meio ambiente natural daquela localidade, a melhor área, em termos ambientais.

³⁵² *A proteção das florestas brasileira*. p. 31.

Critério e fim, e não pressuposto. Critério e fim, porque deve, uma vez constituída, representar o meio ambiente natural da região, com plantio de espécies nativas, permitindo desempenhar suas funções estabelecidas no art. 1º, § 2º, III, do Código Florestal e reiteradas no art. 14, *caput*, da Lei estadual nº 14.309/2002, e já analisadas acima. Descabida a interpretação de que a presença de vegetação representativa do ambiente natural da região é pressuposto para a existência da reserva legal. Explica-se. Havendo propriedade rural completamente desmatada, não haverá área representativa do ambiente natural da região, naquele imóvel rural. E isso não significa que não se deva averbar a reserva legal para imóveis que não possuam vegetação nativa. Infelizmente, tal raciocínio campeou em algumas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em questão semelhante. O Tribunal mineiro, ao interpretar o art. 16, *caput*, do Código Florestal, que prevê a reserva legal para *as florestas e outras formas de vegetação nativa*, entendeu, por sua Corte Superior, no Mandado de Segurança 279477-4/2000, relator para o acórdão o Desembargador Antônio Hélio Silva, julgado em 25 de junho de 2003, em sua ementa, por maioria:

A interpretação sistemática do art. 16 do Código Florestal nos conduz ao entendimento de que a reserva legal não deve atingir toda e qualquer propriedade rural, mas apenas aquelas que contêm área de florestas. Logo, tem-se que o condicionamento dos atos notariais necessários ao pleno exercício do direito de propriedade previsto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, à prévia averbação da reserva legal, somente está autorizado quando existir floresta no imóvel, o que não é o caso dos autos, pelo que se impõe a concessão da segurança requerida.

O argumento é o seguinte: o *caput* do art 16 menciona florestas e outras formas de vegetação nativa que devem ser mantidas em percentual mínimo. Por conseguinte, o § 8º, ao cuidar de averbação, ao ser interpretado em conjunto com o *caput*, evidencia que a averbação da reserva legal somente pode ser exigida para os imóveis que contam com vegetação nativa. Ressalte-se, para esclarecimento, que nesse caso específico, o Ministério Público e a Advocacia-Geral do Estado aviaram recurso especial, mas como foi suspenso o provimento da Corregedoria de Justiça que disciplinava a matéria, e logo revogado, os recursos perderam o objeto, inviabilizando que o STJ se manifestasse a respeito. Tal interpretação, além de representar um desserviço ao meio ambiente, peca por afrontar a Constituição Federal e o próprio Código Florestal. Afronta a Carta Magna por não atender à norma princípio da função social da propriedade.

A função social não se restringe a trazer limite ao exercício do direito de propriedade, mas vai além, impondo o dever de exercer o direito de propriedade em benefício da coletividade, impondo, por isso, comportamentos positivos ao proprietário, a fim de que essa cumpra sua função social. A recom-

posição da vegetação, seja em área de preservação permanente, seja em reserva legal, é decorrência desse dever, impondo-se o exercício do direito de propriedade conforme as regras ambientais³⁵³.

Afronta ainda o art. 225, *caput*, e seu objetivo de meio ambiente ecologicamente equilibrado; a interpretação contida no julgado conduz ao absurdo (e é sabido que nenhuma interpretação pode conduzir ao absurdo): é dirigida a premiar economicamente o infrator (quem desmatou não tem que enfrentar a limitação da reserva legal) e punir economicamente aquele que não desmatou (terá que averbar e respeitar a reserva legal). Estimula, ainda, aqueles que não desmataram para desde já o fazerem, para que, depois, não tenham que averbar a reserva legal. Registre-se apenas que a longo prazo, em verdade, todos seremos punidos, pois o equilíbrio ambiental entrará em colapso, diante da continuidade da agressão, e, o que é pior, sob estímulo de certa corrente judicial.

Além disso, para corretamente interpretarmos o art. 16 do Código Florestal, é importante que tenhamos em mente todo o arcabouço de tal dispositivo. Nesse exercício interpretativo, deve-se recordar que, sendo a exegese a determinação do sentido e alcance das normas jurídicas, os métodos empregados serão o teleológico e o sistêmico. Busca-se a *ratio* da norma, mas nunca como um compartimento estanque, separado dos demais; *lex non est textus, sed contextus*.

Tal corrente judicial simplesmente ignora o Código Florestal e se esquece de atentar para o art. 44 da Lei nº 4.771/65:

Art. 44. O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do art. 16, ressalvado o disposto nos seus § 5º e § 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente:

I - recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente;

II - conduzir a regeneração natural da reserva legal; e
III - compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.

Ou seja, o proprietário que não possui vegetação nativa (*ou mesmo natural, primitiva ou regenerada*) em sua propriedade é obrigado ou a recompor, ou a conduzir a regeneração natural, ou a compen-

³⁵³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. ano 1, n. 2, abril/junho. São Paulo: RT, 1996. p. 59/60.

sar a reserva legal por outra área equivalente. O dispositivo afasta qualquer dúvida e demonstra que a interpretação de alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais colidiu frontalmente com a previsão legal. Se deve recompor a área, primeiro há que existir definição dela, e tal somente se fará pela averbação. A interpretação do TJMG negou vigência aos arts. 16 e 44 do Código Florestal³⁵⁴.

Reforça-se que, no Estado de Minas Gerais, há previsão legal específica, contida na Lei nº 14.309/2002, que dispõe sobre a política florestal de proteção à biodiversidade no Estado, que obriga o proprietário rural, “[...] se necessário, a recompor, em sua propriedade, a área de reserva legal” (art. 17). Logo, quem não tem deve recompor, pelo que inafastável é a obrigação de averbar a reserva legal.

De que adianta haver legislação ambiental, se não é aplicada? Grafe-se, como assevera Paulo de Bessa Antunes, que “[...] o tema da reserva legal, em especial, é paradigmático, pois há várias décadas que o instituto existe e, na prática, se resume a uma letra morta sem qualquer consequência concreta”. E arremata: “Uma questão que, inevitavelmente, se coloca ante o observador é aquela que nos leva indagar sobre *até que ponto a lei é para ser levada a sério*”.³⁵⁵ (ob. cit., p. 110)

Parece, inclusive, que essa é uma preocupação mundial, da necessidade de que o Poder Judiciário confira efetividade à legislação ambiental, como se infere da lapidar passagem do jurista português Freitas do Amaral, ao analisar a Lei de Bases do Ambiente:

De nada valerá termos legislação muito completa, mesmo que seja muito bem redigida, e muito bem concebida, se os Tribunais não estiverem sensibilizados para esta problemática, e se não forem capazes de corajosamente impor as medidas que sejam adequadas nos casos de ofensa ecológica.

³⁵⁴ E traz à baila a observação de Carlos André Sousa Birnfeld: “[...] uma constatação que não pode deixar de ser feita no que tange à proliferação da legislação ambiental é que diz respeito a sua escassa aplicação pelos operadores jurídicos em geral, a qual pode ser justificada em parte pela existência de um conjunto às vezes confuso e de disposições, em parte pela existência de lacuna as importantes no próprio conjunto normativo, mas principalmente e em grande parte pelo escasso grau de importância que os operadores jurídicos destinam geralmente às questões atinentes à legislação ambiental, demonstrando o lamentável desconhecimento dos valores críticos que estão nela inseridos, quando não demonstram (o que é pior ainda) um pleno desconhecimento das próprias normas ambientais”. **A emergência de uma dimensão ecológica para a cidadania** – alguns subsídios aos operadores jurídicos. Florianópolis, 1997. Dissertação - mestrado em Direito – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

³⁵⁵ **Poder Judiciário e reserva legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito Ambiental 21, p. 106/107 e 110.

*De nada valerá a lei se os Tribunais não chamarem a si a responsabilidade de serem co-participantes na ingente e fundamental tarefa da protecção do ambiente, que a todos nos impõe a nossa condição de cidadãos activos e conscientes*³⁵⁶.

Há, contudo, controvérsia no próprio TJMG. Observa-se, em diversos outros julgados, interpretação consentânea com a legislação ambiental:

*A exigência de averbação da área de reserva legal à margem da matrícula de imóveis abrange toda e qualquer propriedade rural sem distinção de área passível de exploração. Não cabe ao intérprete fazer distinção não inserida na lei.*³⁵⁷

Ou ainda:

*A instituição de reserva legal e a sua averbação junto ao Cartório do RI competente decorre de previsão legal. É obrigação de cunho real, que acompanha a coisa (*propter rem*) e se prende ao titular do direito real (proprietário ou possuidor), devendo ser obedecido, ainda que não mais exista cobertura vegetal - que nesta eventual hipótese há de ser recomposta ou, no mínimo, cessada a exploração em sua área, possibilitando a regeneração natural - pois o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, só existe enquanto respeitada sua função socioambiental*³⁵⁸.

A averbação de área de reserva legal, no Registro de Imóveis, independe de ter a propriedade área de cobertura de floresta, vegetação nativa do cerrado, com potencialidade de exploração vegetal. (Apelação Cível 253.279-4/2000, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Eduardo Andrade, j. 23/04/2002) Comunga desse entendimento a doutrina, na voz de Paulo Affonso Leme Machado (**Direito ambiental brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 638), Paulo de Bessa Antunes (**Direito ambiental**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 398) e Édís Milaré (**Direito do ambiente**. 2 ed. São Paulo: RT. p. 167).

Mas a questão tende a ser superada, pelo recurso aos Tribunais Superiores, diante da negativa de vigência referida. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 18.301-MG, relativo à Comarca de Andrelândia, em Minas Gerais, já acentuou que a exigência da reserva legal, e sua respectiva averbação, existe para todo proprietário rural:

³⁵⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. Análise preliminar da Lei de Bases do Ambiente. In: **Textos** – Ambiente, CEJ, 1994, p. 245 e ss.

³⁵⁷ Apelação Cível 350.644-1/00, Relator Desembargador Kildare Carvalho, 3ª Câmara Cível do TJMG, pub. 19 de março de 2004.

³⁵⁸ Apelação Cível 1.0643.03.900001-0/01, Relator o Desembargador Geraldo Augusto, pub. 19 de março de 2004, 1ª Câmara Cível.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito que a Constituição assegura a todos (art. 225 da CF), tendo em consideração as gerações presentes e futuras. Nesse sentido, desobrigar os proprietários rurais da averbação da reserva florestal prevista no art. 16 do Código Florestal é o mesmo que esvaziar essa lei de seu conteúdo.

A discussão é aprofundada a seguir.

6.7.15 – A AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL

Determina o art. 16, § 8º, do Código Florestal, que a

[...] área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

A averbação, muito embora haja respeitáveis posições em contrário, é constitutiva, como já decidiu o STF, pois ela é que irá definir qual área, na propriedade, é de reserva legal. Isso não gera a conclusão, no entanto, de que quem não averbou a reserva legal pode explorar toda a propriedade, e, portanto, não praticaria os crimes do art. 48 ou 50 da Lei nº 9.605/98, relativos à reserva legal, porque, explorando toda a propriedade, inevitavelmente também estará explorando a área que deveria corresponder à reserva legal, em conduta ilícita.

O procedimento da averbação

Feitas tais observações, pergunta-se: como se procede à averbação da reserva legal?

Levando-se título de propriedade rural a registro, deve o oficial do Registro de Imóveis paralisar a atividade para que seja providenciada a averbação da reserva legal ou poderá registrar o título independentemente da averbação, cabendo à autoridade competente delimitar previamente a área e exigir a averbação? Ou, ainda, poderá deixar de exigir a reserva legal quando inexistente a vegetação nativa no imóvel, como quis a Corte Superior do TJMG?

A segunda e a terceira interpretação são um nada jurídico, com o devido respeito. Sim, porque nada produzem, pois não há a estrutura adequada do Estado para que se dirija a todas as propriedades rurais de um país continental e delimite previamente as áreas para que somente então se proceda à averbação. E a terceira possibilidade conduz ao absurdo. Além disso, não apenas inviabiliza o dispositivo faticamente, mas também afronta o texto da lei a interpretação acima. Conforme art. 16, § 4º, do Código Florestal:

[...] a localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou,

mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerados, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando houver:

I - o plano de bacia hidrográfica;

II - o plano diretor municipal;

III - o zoneamento ecológico-econômico;

IV - outras categorias de zoneamento ambiental; e

V - a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida.

Ora, se a localização deve ser *aprovada* pelo órgão ambiental estadual competente, como determina a lei, é porque antes alguém submeteu a área à aprovação. E quem submete tal área à aprovação é o proprietário do imóvel. Todavia não é possível aguardar eternamente que ele se disponha a fazê-lo. E o oficial do registro de imóveis, diante dessa obrigatoriedade, o que deverá fazer? Será ele um chancelador de ilegalidades? Registrará títulos a seu talante, sem verificar se ditames legais foram cumpridos?

Se a averbação da reserva legal não constitui opção do proprietário e nem faculdade do registrador de imóveis, é porque obrigatória, inafastável. Como tal, levado título a registro, deveria o oficial verificar se averbada a reserva legal. Se não averbada, deverá paralisar a atividade e exigir que ocorra a efetiva averbação da área de reserva legal à margem da inscrição da matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente. Essa é a posição do STJ, mais uma vez no RMS 18.301-MG, referindo-se ao art. 225 da CF/88, relator o Ministro João Otávio de Noronha, que vale a pena reiterar:

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito que a Constituição assegura a todos (art. 225 da CF), tendo em consideração as gerações presentes e futuras. Nesse sentido, desobrigar os proprietários rurais da averbação da reserva florestal prevista no art. 16 do Código Florestal é o mesmo que esvaziar essa lei de seu conteúdo.

Desborda do mencionado regimento constitucional portaria administrativa que dispensa novos adquirentes de propriedades rurais da respectiva averbação de reserva florestal na matrícula do imóvel.

O relator, em seu voto, esclarece que a Portaria do Juiz da Comarca de Andrelândia surgiu ao entendimento de que a “[...] averbação somente seria obrigatória nos casos em que houvesse exploração ou supressão de florestas nativas”.

E prossegue:

O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado à categoria de dogma constitucional como um direito de todos (art. 225 da CF), visando as presentes e futuras gerações. Todavia, ainda há uma parcela considerável de pessoas que resistem ao pensamento coletivo, mirando-se apenas em seus interesses imediatos. Nesse sentido, desobrigar os proprietários da averbação é o mesmo que esvaziar a lei de seu conteúdo. O mesmo se

dá quanto ao adquirente, por qualquer título, no ato do registro da propriedade. Não há nenhum sentido em desobrigá-lo das respectivas averbações, porquanto a reserva legal é regra restritiva do direito de propriedade, tratando-se de situação jurídica estabelecida desde 1965. Nesse sentido, ressalto que a mencionada restrição completará 40 anos em setembro próximo, tempo suficiente à incorporação cultural, não se justificando que, atualmente, haja proprietários resistentes à mencionada reserva. Assim, entendo que não agiu o magistrado com acerto ao baixar uma portaria, com base em interpretação da Lei nº 4.177/65, que desconsiderou o bem jurídico por ela protegido, como se averbação na lei referida tratasse-se de ato notorial condicionado, e não obrigação legal.

Também nesse sentido o julgamento do Recurso Especial 927.979-MG, da 1ª Turma do STJ, relator o Ministro Francisco Falcão, de 15 de maio de 2007. Havia decidido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais na decisão recorrida, como lembra o Ministro Falcão em seu relatório:

REGISTRO DE AVERBAÇÃO DE ÁREA LEGAL. OBRIGAÇÃO QUE ULTRAPASSA AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E DO CÓDIGO FLORESTAL. SENTENÇA MANTIDA. A obrigatoriedade da averbação de área de reserva legal fere o direito à propriedade bem como contraria o disposto no Código Florestal. Encontram-se suspensos os efeitos do Provimento 92/03, pelo Aviso 030/GACOR/2003 (fl. 79).

Após transcrição do julgado do Ministro Otávio Noronha, conclui o Relator:

Perfilho da orientação alcançada por Sua Excelência quando afirma a necessidade da averbação defendida pelo Ministério Público, sob pena de esvaziamento do conteúdo da Lei. Destarte, a averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é consequência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante.

Eis a ementa:

DIREITO AMBIENTAL. ARTS. 16 E 44 DA LEI nº 4.771/65. MATRÍCULA DO IMÓVEL. AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA FLORESTAL. NECESSIDADE. I - A questão controvertida refere-se à interpretação dos arts. 16 e 44 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), uma vez que, pela exegese firmada pelo aresto recorrido, os novos proprietários de imóveis rurais foram dispensados de averbar reserva legal florestal na matrícula do imóvel. II Essa legislação, ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação

do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais consequências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser - utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras (RMS nº 18.301/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 03/10/2005). III - Inviável o afastamento da averbação preconizada pelos arts. 16 e 44 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), sob pena de esvaziamento do conteúdo da Lei. A averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é consequência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante.

Logo, tende a ser superada, pelo pronunciamento do STJ, a posição da Corte Superior do TJMG, no julgamento do Mandado de Segurança nº 279.477-4/00, que, por maioria, decidiu pela inaplicabilidade do Provimento 50/2000 da Corregedoria-Geral de Justiça, que impunha a averbação em todos os casos de transmissão de domínio, mais uma vez sob o argumento de que somente das propriedades com florestas poderia ser exigida a averbação da reserva legal. Deverá, sim, o Oficial do Registro de Imóveis paralisar o procedimento e exigir a averbação da reserva legal, conforme pontificou o Tribunal Superior.

Verifica-se que o próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem percebendo o equívoco, e já retifica o entendimento, como menciona em voto o Desembargador Caetano Levi Lopes, deixando claro que deve ser paralisado o procedimento cartório para se proceder à averbação:

Nessa esteira de raciocínio, alterei meu posicionamento anterior acerca da desnecessidade da mencionada averbação quando ausente, na propriedade rural, floresta ou mata nativa a ser preservada. Ocorre que a reserva legal, insista-se, tem duplo objetivo, não sendo o de exclusivamente conservar floresta ou mata nativa. Permite, também, a recuperação de áreas desmatadas para que o meio ambiente reencontre o equilíbrio rompido pela conduta humana incorreta. Nesse sentido já se posicionou este Tribunal:

Mandado de segurança. Constitucional e administrativo. Imóvel rural. Averbação da área de reserva legal como condição ao registro do imóvel. Exigência legítima. Ausência de direito líquido e certo ainda que inexistente área de floresta. Ordem denegada. Sentença confirmada. (Ac. na Ap. nº 1.0283.05.002496-9/001, Primeira Câmara Cível, rel. Des. Armando Freire, j. em 28/11/2006, in www.tjmg.gov.br)

Também é a posição do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

E prossegue:

No caso em exame, insista-se, embora a declaração de f. 14, firmada por engenheiro agrimensor, cons-

te que a cobertura vegetal da mencionada propriedade é composta apenas por plantação de cana-de-açúcar e pastagens, a exigência da reserva legal é legítima, pois vem atender o princípio da função social da propriedade para haver, no futuro, meio ambiente ecologicamente equilibrado quando a mata nativa vier a ocupar a área da reserva.

Por derradeiro, anoto, ainda que o apelado aduziu não ser do serviço de Registro de Imóveis a competência de fiscalizar as ações do meio ambiente e de conceder licença para supressão da vegetação. Realmente, não o é. Todavia, na espécie, não se trata de aprovação de projeto de supressão da vegetação nativa ou floresta que, por sua vez, se refere à área de preservação permanente, mas sim averbação da reserva legal por imperativo de lei. Assim, por força do art. 16, § 2º, da Lei estadual nº 14.309, de 2002, o serviço de Registro de Imóveis é obrigado a efetuar a averbação da área destinada à reserva legal em hipóteses de negócios jurídicos translativos da propriedade rural.

Assim ficou ementada a decisão:

Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação de mandado de segurança. Propriedade rural sem floresta ou mata nativa. Função social e ambiental. Averbação de reserva legal necessária. Sentença reformada. 1. O direito à propriedade também deve atender a função social e ambiental, o que torna legítima a imposição ao proprietário rural de comportamento positivo que visa a reabilitação dos processos ecológicos e a conservação da biodiversidade. 2. A averbação da reserva legal na matrícula do imóvel rural, como um desses comportamentos positivos impostos, deve mesmo ser exigida ainda que em terrenos já desmatados, como forma de assegurar a recuperação da mata nativa e um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 3. O serviço de Registro de Imóveis é, por imperativo legal, obrigado a efetuar a averbação da área destinada à reserva legal em hipóteses de negócios jurídicos translativos da propriedade rural. 4. Remessa oficial e apelação cível conhecida (Apelação Cível 1.0287.07.029442-9/001, pub. 09/10/2007, 2ª Câmara Cível).

Sobre qual interpretação deve ser escolhida diante do resultado que produz, cumpre lembrar a lição de Carlos Maximiliano, no clássico *Hermenêutica e aplicação do direito* (15 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 166):

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, escreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal, ou inválido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Como visto, exigir reserva legal apenas de quem tem vegetação nativa no imóvel conduz ao absurdo, por estimular o desmatamento; além disso, torna

letra morta a obrigatoriedade da averbação legal prevista no art. 16, § 8º, do Código Florestal, pelo que correta a posição do STJ: ainda que o imóvel não conte com vegetação nativa, deve ser-lhe exigida a averbação da reserva legal, cabendo ao Oficial do Cartório do Registro de Imóveis paralisar o procedimento até que satisfeita tal exigência.

6.7.16 – AQUISIÇÃO DE IMÓVEL JÁ DESMATADO

Outra questão polêmica é a aquisição de imóvel já desmatado, com reserva legal averbada. Está o novo proprietário obrigado à recomposição florestal? Entendeu o STJ, inicialmente, por sua 1ª Turma, que o novo proprietário de imóvel rural já desmatado não tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ação civil pública por dano ambiental, pois a ele não se pode impor o ônus do reflorestamento, se não foi o agente do dano, à ausência de nexo de causalidade, conforme RESP 218781 PR Decisão: 05/02/2002 DJ: 24/06/2002.

Ocorre que a obrigação de reflorestar tal área, quando inexistente a vegetação na reserva legal

[...] é do atual proprietário do imóvel, ainda que não tenha sido ele o promotor do desmatamento. Isto porque o reflorestamento de Reserva Legal (assim como o de APP) afigura-se obrigação *propter rem*, ou seja, obrigação que acompanha a coisa independente de quem seja o seu titular e independente do fato de este titular ter ou não ter contraído, ele próprio, a obrigação. Dessa forma, o adquirente de propriedade sem reserva legal, ou cuja reserva legal tenha sido desmatada, fica obrigado a praticar a sua recomposição (e a ressarcir-se, posteriormente, com o autor do desmatamento) muito embora não possa ser punido criminalmente pelo fato, já que a responsabilidade criminal é pessoal e intransferível. (MANTOVANI, Mário; BECHARA, Érika. *Reserva legal à luz da medida provisória* Revista de Direito Ambiental. p. 148)

Superando o entendimento inicial, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 222.349/PR, 1ª. Turma, relator Ministro José Delgado, vez que “[...] há transmissão para o novo adquirente do imóvel do preceituado na legislação específica”, conforme excerto do voto do relator, afirmando a ementa que novo proprietário possui *legitimidade passiva para responder por dano ambiental*, sendo modificada a posição anteriormente defendida nos Recursos Especiais 218.120/PR e 156.899/PR, relator o Ministro Garcia Vieira, até porque, como bem esclareceu o Ministro Humberto Gomes de Barros, “[...] seria inútil qualquer sentença determinando a terceiro providência relativa à gleba sob propriedade do ora recorrido. Na hipótese, o proprietário responde, não por haver causado o dano, mas por ser dono de um imóvel que sofreu danos ambientais”. Assim é que reiteradas vezes a 2ª Turma do STJ vem entendendo que o

novo adquirente de imóvel rural já desmatado tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ação civil pública por esse dano ambiental, visto que a obrigação, prevista no Código Florestal, de repará-lo é transmitida quando da aquisição do bem, independentemente da existência ou não de culpa, conforme RESP 327254 PR Decisão:03/12/2002 DJ:19/12/2002 e RESP 282781 PR Decisão:16/04/2002 DJ:27/05/2002.

Tanto mudou a 1ª Turma seu entendimento, que a recente decisão é assim ementada: “Em matéria de dano ambiental, a responsabilidade é objetiva. Logo, o adquirente das terras rurais é responsável pela recomposição das matas nativas, mesmo sem culpa”. RESP 401055 PR DECISÃO: 14/04/2003 DJ:20/05/2003; e 1ª T - EARESP 255170 SP Decisão:01/04/2003 DJ:22/04/2003.

Aprofundando a questão, o próprio STJ ensina que sequer a argumentação de ausência denexo causal é correta, porque se o novo proprietário não recompõe a reserva legal, também ele causa dano ambiental, por perpetuar o ilícito:

Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens.

Não há cogitar, pois, de ausência denexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito.

A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. (RESP 343741/PR ; DJ:07/10/2002, p. 225, Relator Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma)

6.7.17 – AVERBAÇÃO COMO DEVER DO OFICIAL DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Quanto à obrigatoriedade da averbação da reserva legal pelo oficial do Cartório de Registro de Imóveis, a Terceira Turma do STJ, ao se pronunciar sobre o REsp 831.212/MG, reafirmou o entendimento de que

a averbação da reserva florestal é condição para a prática de qualquer ato que implique transmissão, desmembramento ou retificação de área de imóvel sujeito à disciplina da Lei 4.771/65.

No caso, a Relatora do acórdão, Ministra Nancy Andrighi, ponderou que:

O art. 1º da Lei 4.771/65 já estabelece, de plano, a importância dos direitos por ela regulados, men-

cionando que “as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”. [...] Essa norma foi plenamente recepcionada pela CF/88 que, a respeito do meio ambiente, dispõe ser ele “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Como é cediço, sempre que uma lei comportar mais de uma interpretação, é necessário interpretá-la do modo mais coerente com o sistema na qual está inserida. A defesa do meio ambiente naturalmente implica restrição ao direito de propriedade. E a melhor forma de tornar efetiva essa obrigação, como bem notado pelo STJ no já citado julgamento do RMS 18.301/MG, é a de vincular qualquer modificação na matrícula do imóvel à averbação da reserva florestal. Interpretar a norma do art. 16 da Lei 4.771/65 de outra maneira implicaria retirar do art. 225 da CF/88 e de seus incisos parte de seu potencial de proteção ambiental.

Disso decorre que assiste razão ao i. representante do MP/MG no recurso especial interposto. Ao desobrigar os proprietários de averbar, na matrícula, a reserva florestal fixada por lei, como condição para a retificação da área do imóvel, o TJ/MG violou o art. 16, §8º, do Código Florestal.

Esse entendimento se encontra em consonância com a regra do art. 16, §8º, do Código Florestal, com redação dada pela Medida Provisória 2.166-67/2001.

6.7.18 – A COMPENSAÇÃO DA RESERVA LEGAL

Volvendo ao art. 44 do Código Florestal, tem-se que, para o imóvel rural que não conte com vegetação nativa suficiente para a constituição da reserva legal, três alternativas devem ser adotadas, em forma isolada ou conjunta:

- I – recomposição trienal, à razão mínima de 1/10.
- II – regeneração natural.
- III – Compensação da reserva legal por outra área, equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.

O *caput* do art. 44 já evidencia que a compensação somente é possível quando o imóvel se encontre

[...] com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do art. 16.

Ou seja, o pressuposto para a compensação é que o imóvel rural tenha área com vegetação nativa inferior à exigível para a reserva legal. Portanto, não

pode ocorrer a compensação por proprietário rural que já tem em seu imóvel área de floresta nativa com vegetação suficiente para ser averbada como reserva legal, mas, intencionando explorar a totalidade do imóvel, faz a compensação – ilícita – em outra propriedade rural.

Ainda excepcionando a exigência de que a reserva legal seja no próprio imóvel rural, tem-se, pelo art. 44, § 4º, do Código Florestal, que, na impossibilidade de compensação na mesma microbacia, será possível a compensação na mesma bacia hidrográfica. Tem-se, portanto, regra excepcional, e, como tal, deve ser interpretada restritivamente. A compensação da reserva legal será realizada, inicialmente, na mesma microbacia, e, apenas na impossibilidade (conceito que não pode ser relativizado) será admitida a compensação na mesma bacia hidrográfica. E, antes disso, para que ocorra a compensação, como visto, devem ser seguidos os critérios de regulamento da União. Como não existe regulamento, não há como realizar a compensação, até que este venha a ser editado.

A Lei estadual nº 14.309/2002, contudo, previu excepcionalidade ainda maior, contrariando a legislação federal, e, os princípios da competência concorrente ambiental, em que não se podem abrandar exigências da legislação federal, que estabelece pisos mínimos. Previu, em seu art. 17, modalidades de compensação da reserva legal não previstas na legislação federal, como a instituição de Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN) sem que se condicione a sua localização na mesma bacia hidrográfica.

Confira-se o art. 17, VI, que permite a

[...] aquisição, em comum com outros proprietários, de gleba não contígua e instituição de RPPN, cuja área corresponda à área total da reserva legal de todos os condôminos ou co-proprietários, condicionada a vistoria e aprovação do órgão competente.

E a Portaria 78, do Instituto Estadual de Florestas, de 6 de maio de 2005, que regulamenta tal compensação, para o mesmo bioma. Por melhor que seja a intenção do legislador estadual e a argumentação do IEF, conforme reuniões entre este e o Ministério Público, é de que existe grave pressão sobre áreas ainda preservadas no Norte de Minas e que os meios escolhidos afrontam a legislação federal. Primeiro porque a Lei estadual permite ao proprietário escolher qual procedimento irá adotar (art. 17, *caput*: *podendo optar entre os seguintes procedimentos*), retirando da autoridade competente, o técnico do IEF, a definição se será priorizada a regeneração, a recomposição, ou a compensação. Segundo, porque não é permitida a compensação

fora da bacia hidrográfica. Se a compensação na mesma bacia é regra excepcional, admitida no Código Florestal, este, em momento algum, admitiu a compensação além dos limites da bacia hidrográfica. A legislação estadual, nesse ponto, contraria claramente a legislação federal, o que não pode ser admitido. O Estado de Minas Gerais extrapolou sua competência concorrente, pois a União editou norma geral, o que é sua competência, não podendo o Estado contrariá-la. A legislação estadual não pode ser mais branda que a legislação federal. Pode, sim, ser mais severa, tendo especial fim de proteção³⁵⁹, como lembra Paulo Afonso Leme Machado:

os Estados podem suplementar a legislação federal sobre essas reservas, isto é, podem acrescentar normas mais severas, mas não podem exigir menos do que a norma federal.³⁶⁰

Por fim, registre-se que também o art. 18 da Lei estadual nº 14.309/2002 confronta o Código Florestal, pois proíbe a compensação para aquele que a partir da vigência da lei mineira suprimiu vegetação sem autorização. Ora, a proibição é anterior, conforme art. 44-C do Código Florestal:

Art. 44-C. O proprietário ou possuidor que, a partir da vigência da Medida Provisória nº 1.736-31, de 14 de dezembro de 1998, suprimiu, total ou parcialmente florestas ou demais formas de vegetação nativa, situadas no interior de sua propriedade ou posse, sem as devidas autorizações exigidas por lei, não pode fazer uso dos benefícios previstos no inciso III do art. 44.

Logo, o marco que irá prevalecer é o federal. Quem, a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.736-31, de 1998, suprimiu vegetação, não poderá compensar a reserva legal, porque a lei federal estabelece o piso mínimo de proteção.

6.7.19 - COOPERAÇÃO TÉCNICA INTERINSTITUCIONAL E VIABILIZAÇÃO DA AVERBAÇÃO DAS RESERVAS LEGAIS EM MINAS GERAIS

A par de sua relevância para a proteção ao meio ambiente, há extrema dificuldade em averbar reserva legal em todo o país.

Em Minas Gerais, a situação não se apresenta diversa. Segundo informações do próprio Instituto

³⁵⁹ “Dessa forma, podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um *teto* de proteção. Com isso, oportuno frisar que os Estados e Municípios *jamaís poderão legislar*, de modo a oferecer *menos proteção* ao meio ambiente do que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumpre, tão-só, fixar regras gerais”. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62.

³⁶⁰ **Direito ambiental brasileiro**. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 704.

Estadual de Florestas, o referido órgão, mantendo-se o atual quadro de servidores habilitados, precisaria de cerca de 140 anos para realizar trabalhos de campo necessários para averbação de reserva legal em todas as cerca de 500 mil propriedades rurais mineiras.

Este quadro, aliado à necessidade da solução do problema, conduziu à celebração, em 10 de fevereiro de 2010, de um termo de cooperação técnica (TCT 003/2010) entre a Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do CAOMA, Instituto Estadual de Florestas (IEF) e Associação dos Notários e Registradores do Estado de Minas Gerais (ANOREG), para a implementação de atividades que visam agilizar e garantir a averbação da reserva legal nos imóveis rurais em todo o território mineiro.

Em essência, por este instrumento, o IEF reconhecerá e avaliará, para fins de averbação, planta e memorial descritivo do imóvel com as áreas de reserva legal e preservação permanente devidamente georreferenciadas, elaborados por órgãos do Sistema Estadual do Meio Ambiente (SISEMA) e da Administração Direta e Indireta, peritos da Promotoria (Resolução PGJ/MG 31/2008) e profissionais com ART credenciados pelo IEF.

Ou seja, ampliou-se sensivelmente o rol de profissionais habilitados a realizar os levantamentos de campo, com o chamado GPS de navegação, para definir as áreas a serem protegidas no interior das glebas rurais.

O reconhecimento das plantas e memoriais descritivos elaborados por profissionais habilitados viabiliza a efetivação deste trabalho por, e.g., técnicos da EMATER, ITER, SEMAD, Ministério Público Estadual e Federal, Peritos da Promotoria, além de profissionais liberais, como engenheiros florestais, agrônomos, biólogos e geógrafos, com ART e que comprovem, em grade curricular de graduação, ter habilitação técnica e legal para a elaboração de laudos técnico-ambientais que contemplem a identificação do ambiente natural, seus biomas e ecossistemas visando à proteção da fauna e flora nativas.

Nos precisos termos da Portaria nº 98, de 11 de Junho de 2010, subscrita pelo Diretor-Geral do IEF, as unidades regionais do referido órgão realizarão a capacitação e o cadastro de profissionais habilitados na categoria "17.01 – Consultoria Ambiental – Regularização de Reserva Legal" (art. 3º, *caput* e § 2º).

Tal iniciativa permitirá, seguramente, um incremento da averbação de reservas legais preferencialmente em terrenos contínuos e com cobertura vegetal nativa, nas proximidades de outras áreas protegidas (e.g., unidades de conservação, áreas de pre-

servação permanente, outras reservas legais), sendo esta, aliás, diretriz imposta pela própria Portaria IEF 98/2010.

Sem embargo, o TCT 003/2010 permitirá o desenvolvimento, num prazo de 06 (seis) meses, de um sistema digital georreferenciado de áreas de reserva legal, a ser hospedado no IEF com livre acesso ao Ministério Público Estadual, o que permitirá a criação, em 05 (cinco) anos, de mecanismos de monitoramento cartográfico e digital de todas as reservas averbadas em Minas Gerais.

6.7.20 – CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se a imperiosidade de todos os membros do Ministério Público com atuação ambiental buscarem conferir efetividade à legislação florestal brasileira relativa à reserva legal, seja na atuação como *custos legis*, nos pareceres em processos de suscitação de dúvida, ações de divisão e outros, seja na atuação extrajudicial e judicial na defesa de interesses difusos. Nesse sentido, importante mecanismo foi adotado no Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ao aprovar o Enunciado 37:

Antes de promover o arquivamento de procedimento administrativo ambiental que envolva propriedade ou posse rural, deverá o membro do Ministério Público verificar o cumprimento da legislação relativa à reserva legal (averbação para a propriedade, demarcação e recomposição), ainda que não seja esta a causa de instauração do procedimento.

Condiciona o Conselho, assim, o arquivamento à verificação da efetivação da legislação relativa à reserva legal. O enunciado surgiu no Conselho de Promotores de Meio Ambiente de Minas Gerais e foi submetido ao Conselho Superior com sucesso. Além disso, há de se registrar como êxito da atividade ministerial a inclusão do Projeto SOS São Francisco, da Promotoria de Justiça do Rio São Francisco, IBAMA, EMATER, IEF e FUNEDI, no Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), com destinação de aproximadamente seis milhões de reais para recuperação de áreas de preservação permanente e de reserva legal na calha principal do Rio São Francisco, desde sua nascente até Três Marias.

6.8 – POLUIÇÃO EM DECORRÊNCIA DA DISPOSIÇÃO IRREGULAR DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS: ASPECTOS JURÍDICOS E ATUAÇÃO MINISTERIAL

Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda

6.8.1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PROBLEMA

Um desafio comum a toda e qualquer aglomeração urbana diz respeito à coleta e destinação adequadas dos resíduos sólidos de origem domiciliar.

Devido ao grande volume de lixo produzido pela população, em quantidades cada vez maiores tendo em vista o aumento do consumo e da produção de materiais artificiais³⁶¹, a destinação final desses resíduos mostra-se como um dos principais problemas de qualidade ambiental das áreas urbanas no Brasil.

Segundo dados da Fundação Estadual de Meio Ambiente, dos 853 municípios de Minas Gerais, 566 não possuem sistema adequado de disposição de resíduos sólidos urbanos de origem domiciliar³⁶². Ou seja, 66,35% dos municípios mineiros ainda contam com o *lixão* como o destinatário de seus resíduos. O *lixão* é uma forma de disposição final inadequada de resíduos sólidos, caracterizada pela simples descarga sobre o solo, sem medidas de proteção ao meio ambiente e à saúde pública. É a mais arcaica e condenável forma de disposição do lixo.

Os gravames ambientais decorrentes da disposição inadequada do lixo urbano são enormes, sendo comum a ocorrência de contaminação do solo, das águas superficiais e subterrâneas diretamente pelos resíduos lançados ou através da infiltração e escoamento do chorume (líquido de cor escura, gerado a partir da decomposição da matéria orgânica existente no lixo e que apresenta mau cheiro e alto potencial poluidor) e também do ar, através da formação de gases naturais na massa de lixo, pela decomposição dos resíduos, originando riscos de migração de gás, explosões e até de doenças respiratórias, se em contato direto com os mesmos.

No que tange ao aspecto da saúde pública, os problemas mais comuns são a transmissão de doenças através de roedores e outros mamíferos, insetos, aves e do próprio manuseio inadequado do lixo por catadores. O cheiro da decomposição se alastra com o vento e atrai outros organismos, como baratas, ratos, insetos e urubus, que além de se nutrirem a partir da matéria orgânica presente no lixo, se proliferam, pois o local também lhes oferece abrigo. Estes animais são veiculadores de muitas doenças, podendo ser citadas a febre tifóide, a cólera, diversas diarreias, tracoma e peste bubônica. Ou seja, o lixo inadequadamente disposto é capaz de ocasionar graves danos ambientais, além de expor a perigo a saúde humana, havendo ainda potencialidade de atingir negativamente valores relacionados com a habitação, lazer, segurança e a tantos outros componentes de uma vida saudável e com qualidade.

Por todos esses motivos, há necessidade do Ministério Público – enquanto guardião dos direitos difusos, dentre os quais estão o meio ambiente e

a saúde pública – lançar mão de todos os instrumentos judiciais e extrajudiciais colocados à sua disposição para minimizar os impactos decorrentes da disposição inadequada dos resíduos sólidos urbanos.

6.8.2 – RESÍDUOS ESPECIAIS

Além do lixo domiciliar urbano, que é o objeto do presente estudo, sabe-se que problemas também são enfrentados em relação a resíduos *especiais*³⁶³, que se submetem a um regramento legal específico, sendo de se destacar os seguintes:

- a) Os estabelecimentos de saúde – Resíduos sólidos contaminados, ou potencialmente contaminados, são gerados nos estabelecimentos de atenção à saúde (hospitais, clínicas e policlínicas médicas e/ou odontológicas, postos de saúde, clínicas veterinárias, farmácias etc.), compreendendo sangue e hemoderivados, secreções, excreções, objetos perfurantes ou cortantes etc. A Resolução CONAMA nº 358, de 29 de abril de 2005, dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde e dá outras providências. De acordo com o aludido diploma, cabe aos geradores de resíduos de serviço de saúde e ao responsável legal, o gerenciamento dos resíduos desde a geração até a disposição final, de forma a atender aos requisitos ambientais e de saúde pública e saúde ocupacional, devendo ser elaborado e implantado o Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde (PGRSS), de acordo com a legislação vigente, especialmente as normas da vigilância sanitária. No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Deliberação Normativa COPAM nº 97, de 12 de abril de 2006, regulamenta especialmente essa matéria.
- b) A construção civil – Provenientes de construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil e os resultantes da preparação e da escavação de terrenos, tais como: tijolos, blocos cerâmicos, concreto em geral, solos, rochas, metais, resinas, colas, tintas, madeiras e compensados, forros, argamassa, gesso, telhas, pavimento asfáltico, vidros, plásticos, tubulações, fiação elétrica etc., comumente chamados de entulhos de obras. Acerca deste tipo de resíduo, a Resolução CONAMA nº 307, de 5 de julho de 2002, estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a sua gestão. De acordo com o referido ato normativo, que entrou em vigor em vigor em 2 de janeiro de 2003, os resíduos da construção civil não poderão ser dispostos em aterros de resíduos domiciliares, em áreas de *bota fora*, em encostas, corpos d'água, lotes vagos e em áreas protegidas por Lei. Foi estabelecido o prazo de doze meses para que os municípios e o Distrito Federal elaborassem seus Planos Integra-

³⁶¹ Estudos indicam que cada cidadão brasileiro produz, em média, 500g de lixo domiciliar por dia. Ou seja, uma cidade com 30.000 habitantes produz 15 toneladas diárias de resíduos sólidos.

³⁶² Jornal *O Tempo*. Belo Horizonte. Terça-feira, 15 de novembro de 2005.

³⁶³ Lei nº 11.445/07 - Art. 6º O lixo originário de atividades comerciais, industriais e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador pode, por decisão do poder público, ser considerado resíduo sólido urbano.

dos de Gerenciamento de Resíduos de Construção Civil, contemplando os Programas Municipais de Gerenciamento de Resíduos de Construção Civil oriundos de geradores de pequenos volumes, e o prazo máximo de dezoito meses para sua implementação.

c) Pilhas e Baterias – A Resolução CONAMA nº 257, de 30 de junho de 1999, estabelece procedimentos para o descarte, coleta, reutilização, reciclagem e tratamento de pilhas e baterias que contenham em suas composições chumbo, cádmio, mercúrio e seus compostos. Segundo a Resolução, as pilhas e baterias que contenham em suas composições os metais acima, após seu esgotamento energético, serão entregues pelos usuários aos estabelecimentos que as comercializam ou à rede de assistência técnica autorizada pelas respectivas indústrias, para repasse aos fabricantes ou importadores, para que estes adotem, diretamente ou por meio de terceiros, os procedimentos de reutilização, reciclagem, tratamento ou disposição final ambientalmente adequada. Verifica-se que essa resolução trata, acima de tudo, de responsabilidade pós-consumo, que deve ser ressaltada como uma das soluções viáveis para o acúmulo de resíduos decorrentes da vida moderna e da expansão e sofisticação do consumo. As pilhas e baterias recebidas devem ser acondicionadas adequadamente e armazenadas de forma segregada, obedecendo as normas ambientais e de saúde pública pertinentes, bem como as recomendações definidas pelos fabricantes ou importadores, até o seu repasse a estes últimos. São proibidas as seguintes formas de destinação final de pilhas e baterias usadas de quaisquer tipos ou características: I - lançamento in natura a céu aberto, tanto em áreas urbanas como rurais; II - queima a céu aberto ou em recipientes, instalações ou equipamentos não adequados, conforme legislação vigente; III - lançamento em corpos d'água, praias, manguezais, terrenos baldios, poços ou cacimbas, cavidades subterrâneas, em redes de drenagem de águas pluviais, esgotos, eletricidade ou telefone, mesmo que abandonadas, ou em áreas sujeitas à inundação.

e) Pneus – A Resolução CONAMA nº 258, de 26 de agosto de 1999, dispõe sobre a coleta e destinação final de pneus inservíveis. Segundo a Resolução as empresas fabricantes e as importadoras de pneumáticos para uso em veículos automotores e bicicletas ficam obrigadas a coletar e dar destinação final, ambientalmente adequada, aos pneus inservíveis existentes no território nacional, na proporção definida, relativamente às quantidades fabricadas e/ou importadas. A partir da data de publicação da Resolução ficou proibida a destinação final inadequada de pneumáticos inservíveis, tais como a disposição em aterros sanitários, mar, rios, lagos ou riachos, terrenos baldios ou alagadiços, e queima a céu aberto. Os fabricantes e os importadores de pneus podem criar centrais de recepção de pneus inservíveis, a serem localizadas e instala-

das de acordo com as normas ambientais e demais normas vigentes, para armazenamento temporário e posterior destinação final ambientalmente segura e adequada.

f) Resíduos sólidos industriais, assim considerados os que resultem de atividades industriais e que se encontrem nos estados sólido, semi-sólido, gasoso - quando contido, e líquido – cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgoto ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível. Enquadram-se nesse conceito, por exemplo, os resíduos provenientes de atividades que englobam lavra subterrânea ou a céu aberto; indústria de material eletro-eletrônico; indústria de madeira e de mobiliário; indústria de couros e peles e produtos similares; indústria têxtil, destilação de álcool etc. Em Minas Gerais a Deliberação Normativa COPAM nº 90, de 15 de setembro de 2005, dispõe sobre a declaração de informações relativas às diversas fases de gerenciamento dos resíduos sólidos industriais, estabelecendo que os resíduos sólidos existentes ou gerados pelas atividades industriais ali arroladas serão objeto de controle específico como parte integrante do processo de licenciamento ambiental.

6.8.3 – FORMAS CORRETAS DE COLETA E DESTINAÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

6.8.3.1 - COLETA

No que diz respeito aos resíduos sólidos urbanos, existem basicamente dois tipos de coleta: a) coleta seletiva, que consiste na coleta, em separado, de materiais recicláveis, definidos como inertes (papéis, plásticos, metais, vidros, etc.) e de matéria orgânica, previamente separados nas próprias fontes geradoras, de modo a facilitar a reciclagem de materiais; b) coleta tradicional, que é a forma comum e usual da coleta de resíduos sólidos urbanos (domiliar e comercial) sem prévia separação.

A coleta do lixo urbano, em razão de sua fundamental importância para a saúde humana e para o meio ambiente, é um serviço público essencial, que deve ser prestado de forma eficiente e contínua pelo ente público municipal. Com efeito, entre os primordiais serviços públicos de interesse local, inclui-se o referente à limpeza pública municipal. O Mestre Hely Lopes Meirelles ensina que a limpeza da cidade é assunto de total interesse do Município, sendo indispensável a ação da municipalidade a respeito da matéria, dando ênfase a essa atividade, ao afirmar que: “A limpeza das vias e logradouros públicos é, igualmente, serviço de interesse local, de suma importância para a coletividade”.³⁶⁴

Sobre a temática, colhe-se da jurisprudência pátria:

³⁶⁴ **Direito municipal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 348.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – COLETA DE LIXO – SERVIÇO ESSENCIAL – PRESTAÇÃO DESCONTINUADA – PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA – DIREITO FUNDAMENTAL – NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA – AUTO-EXECUTORIEDADE – PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POSSIBILIDADE – ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR – INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – 1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétreia de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade. 2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública. 4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia. 5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. 7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 9. Ressoa evi-

dente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da Lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 10. “A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente”. Ademais, “A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE. 11. Recurso Especial provido. (STJ – RESP 575998 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 16/11/2004 – p. 00191).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE - LIXO - POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO. - Nos termos do art. 225, da Constituição Federal, todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. - A coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, devendo, portanto, ser contínuo. A sua prestação de forma descontinuada extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula de proteção ao meio ambiente, o que faz com que a determinação judicial expedida pelo Estado não encerre suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração. Não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente, sendo nesse aspecto vinculada a atividade administrativa. (TJMG - 1.0193.01.001567-8/001(1) - Des. WANDER MARROTA - J. 22/11/2005)

Com efeito, por força da Lei nº 1.1445/2007, o serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos é integrado, dentre outras ações, pela de coleta, transbordo e transporte dos resíduos (art. 7º, II).

Quanto à destinação correta dos resíduos, o que objetiva garantir a proteção da saúde pública e a qualidade do meio ambiente, existem as seguintes técnicas e procedimentos:

Aterro Controlado – é a técnica de disposição final de resíduos sólidos urbanos no solo, sem causar danos à saúde pública e à sua segurança, minimizando os impactos ambientais, método que utiliza princípios de engenharia sanitária para confinar os resíduos sólidos, cobrindo-os com uma camada de material inerte na conclusão de cada jornada de trabalho, ou a intervalos menores, se necessário (ABNT - NBR 8489/1995).

Aterro Sanitário – é a técnica de disposição final de resíduos sólidos urbanos no solo, por meio de confinamento em camadas cobertas com material inerte, segundo normas técnicas específicas, de modo a evitar danos ou riscos à saúde e à segurança, minimizando os impactos ambientais, incluindo impermeabilização lateral e inferior do terreno, drenagem de águas pluviais, coleta e tratamento de líquidos percolados e coleta do biogás para queima ou aproveitamento energético. (MMA/SQA);

Reciclagem – A reciclagem pode ser entendida como o conjunto de procedimentos destinados à recuperação e a reintrodução de resíduos (ou rejeitos) das atividades humanas, como matérias primas e/ou insumos de processos industriais, no ciclo produtivo, tendo em vista a produção de novos bens, idênticos ou similares àqueles de que se originaram os referidos resíduos ou rejeitos. Este processo, que deve ter início com a coleta seletiva, possui dois grandes méritos: otimiza a vida útil dos aterros e diminui a necessidade de exploração de recursos naturais (a reciclagem de papel, por exemplo, reduz o número de árvores cortadas para a produção de tal produto).

Incineração – Trata-se da queima de materiais em alta temperatura (frequentemente a uma temperatura acima de 900°C). Nesse processo, os compostos orgânicos do lixo são reduzidos a seus constituintes minerais, principalmente, dióxido de carbono gasoso e vapor d'água e a sólidos inorgânicos (cinzas). A incineração do lixo em instalações centrais de caráter público é um processo sanitariamente adequado, desde que se instalem dispositivos que evitem ou minimizem os efeitos da poluição do ar. Não se permite a incineração a céu aberto, uma vez que a queima de qualquer material libera CO² (gás carbônico) na atmosfera, que é tóxico em grandes quantidades.

Compostagem – é o processo biológico aeróbio, controlado, de transformação da matéria orgânica do lixo em húmus (composto orgânico utilizado como fertilizante de solos agrícolas), pela ação de microorganismos existentes no lixo. No processo de compostagem podem ser utilizados restos de comida e esterco de animais, p. ex. O resultado deste processo é um húmus produzido artificialmente, o *composto*, que pode ser utilizado como adubo para fertilizar a terra para plantio. O sistema de compostagem deve ser combinado com outro de destinação final, uma vez que ela não se mostra como adequada para o recebimento de resíduos dos serviços de saúde, inertes, inorgânicos e industriais.

Como se vê, várias são as formas de se destinarem, corretamente, os resíduos sólidos urbanos evitando-se a formação de lixões, meio de disposição final inadequada de resíduos sólidos, caracterizada pela simples descarga sobre o solo, sem medidas de proteção ao meio ambiente e à saúde pública.

A Lei federal nº 2.312/54 dispôs normas gerais sobre defesa e proteção à saúde. Em seu art. 12 a norma estabelece que:

A coleta, o transporte e o destino final do lixo deverão processar-se em condições que não tragam inconvenientes à saúde e ao bem estar público, nos termos da legislação a ser baixada.

O Decreto nº 49.974-A/61 regulamentou a referida lei, mas no tocante ao lixo simplesmente repetiu o art. 12 da Lei federal acima citada³⁶⁵.

Por seu turno a Portaria nº 53, de 01/03/79, do Ministério do Interior, que dispõe sobre os problemas oriundos da disposição de resíduos sólidos, proibiu no item X o depósito a céu aberto de resíduos sólidos urbanos.

A Lei federal nº 11.445/2007 estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico que é integrado, dentre outras ações, pela de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos por meio de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas. Ainda segundo essa norma, os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base em princípios fundamentais, dentre os quais se destacam o da universalização do acesso; da eficiência e sustentabilidade econômica; da segurança, qualidade e regularidade.

O Código de Saúde do Estado de Minas Gerais (Lei nº 13.317/99) por seu turno estabelece:

Art. 53 - A coleta, o transporte, o tratamento e a destinação final dos resíduos sólidos domésticos são de responsabilidade do poder público e serão realizados de forma a evitar riscos à saúde e ao ambiente.

Ainda em âmbito estadual, a Lei nº 14.129/2001 estabeleceu condições para a implantação de unidades de disposição final e de tratamento de resíduos sólidos urbanos, dispondo que para tais empreendimentos deveria ser respeitado ato editado pelo COPAM no que tange às instalações situadas nas proximidades de zona residencial, de corpos d'água e de espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos, sem prejuízo da legislação em vigor e com base em estudo prévio dos órgãos seccionais de apoio da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD).

Em 14 de dezembro de 2001, o Conselho de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais editou a Deliberação Normativa COPAM nº 52, convocando os municípios para o licenciamento ambiental

³⁶⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. São Paulo: Malheiros. 9. ed. 2001. p. 520.

de sistema adequado de disposição final de lixo. Segundo a Deliberação, foram convocados para o licenciamento ambiental do sistema de destinação final de resíduos sólidos urbanos os municípios com população urbana superior a cinquenta mil habitantes, estabelecendo prazos para cada etapa do processo de licenciamento.

Todos os demais municípios foram obrigados a minimizar os impactos ambientais nas áreas de disposição final de lixo, mediante a implementação dos seguintes requisitos mínimos (aterro controlado), até a implantação, através de respectivo licenciamento, do sistema adequado de disposição final de lixo urbano de origem domiciliar, comercial e pública: I - disposição em local com solo e/ou rocha de baixa permeabilidade, com declividade inferior a 30%, boas condições de acesso, a uma distância mínima de 300m de cursos d'água ou qualquer coleção hídrica e de 500m de núcleos populacionais, fora de margens de estradas, de erosões e de áreas de preservação permanente; II - sistema de drenagem pluvial em todo o terreno de modo a minimizar o ingresso das águas de chuva na massa de lixo aterrado; III - compactação e recobrimento do lixo com terra ou entulho, no mínimo, três vezes por semana; IV - isolamento com cerca complementada por arbustos ou árvores que contribuam para dificultar o acesso de pessoas e animais; V - proibição da permanência de pessoas no local para fins de catação de lixo; VI - responsável técnico pela implementação e supervisão das condições de operação do local, com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica.

Os prazos inicialmente estabelecidos pela DN 52/2001 foram prorrogados posteriormente pelas DNs 56/2002, 67/2003, 75/2004 (que também convocaram para o licenciamento ambiental os municípios com população entre 30.000 e 50.000 habitantes) e 81/2005 e 92/2006, 105/2006 e 119/2008. Nos municípios onde o local de disposição final de resíduos não é o aterro sanitário, os resíduos infectantes gerados nos estabelecimentos prestadores de serviços de saúde devem ter destinação final em vala séptica separada.

O Código de Saúde do Estado de Minas Gerais (Lei nº 13.317/99) por seu turno estabelece:

Art. 53 - A coleta, o transporte, o tratamento e a destinação final dos resíduos sólidos domésticos são de responsabilidade do poder público e serão realizados de forma a evitar riscos à saúde e ao ambiente.

Feita a análise acima, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro não permite o lançamento indiscriminado de resíduos sólidos urbanos na natureza, a céu aberto, sem qualquer preocupação com a saúde pública ou com o meio ambiente.

Todo aquele (pessoa física ou jurídica) que descumprir o dever de não poluir o meio ambiente mediante o lançamento de resíduos sólidos urbanos se enquadrará na situação jurídica de poluidor (art. 3º, IV, Lei nº 6.938/81) e estará sujeito às sanções previstas em âmbito administrativo, cível e criminal.

6.8.4 – ASPECTO CRIMINAL

Em âmbito criminal, a conduta do responsável pela poluição poderá encontrar adequação típica no art. 54 da Lei nº 9.605/98, que sanciona a conduta daquele que causa poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, prevendo tipos qualificados nos casos de poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade e quando ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos.

A punição penal daqueles que poluem o meio ambiente mediante a disposição inadequada de resíduos sólidos é plenamente viável. Sob o ponto de vista da prática processual, chamamos a atenção para a necessidade de prova pericial evidenciando a existência de poluição, uma vez que se trata de crime que deixa vestígios (art. 158 do CPP)³⁶⁶. A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório (art. 19, parágrafo único, Lei nº 9.605/98).

O dolo do agente responsável pela poluição pode ficar evidenciado por circunstâncias tais como a negativa em firmar Termo de Ajustamento de Conduta a fim de resolver o problema, o descumprimento injustificado de acordos judiciais ou extrajudiciais celebrados, ou pela flagrante e deliberada indiferença em relação à correta destinação dos resíduos sólidos, por exemplo. A respeito do tema já existem importantes precedentes jurisprudenciais, como abaixo se vê:

CRIME AMBIENTAL. PROVA EMPRESTADA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. A ATIVIDADE CONSISTENTE EM DEPOSITAR O LIXO DOMÉSTICO E INDUSTRIAL DA CIDADE EM LOCAL INADEQUADO E PROIBIDO, SEGUNDO COMPROVAÇÃO TÉCNICA, CARACTERIZA A PRÁTICA DE CRIME AMBIEN-

³⁶⁶ Contudo, há jurisprudência em sentido contrário: *crime ecológico. depósito de lixo hospitalar às margens de rio. Crime de perigo presumido, sendo dispensável, por decorrência, a prova pericial. voto vencido, que considerava a prova técnica indispensável para a comprovação de que se cuidava de atividade poluidora.* (Resumo) (Processo Crime nº 692052111, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Domingues Guimarães Ribeiro, Julgado em 06/04/1993)

TAL. PROVA PERICIAL PRODUZIDA NO JUÍZO CÍVEL PODE SER APROVEITADA NO PROCESSO CRIMINAL QUE DISCUTE O MESMO FATO, OBSERVADO O CONTRADITÓRIO. APRESENTANDO-SE FAVORÁVEIS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E INOCORRENTES AGRAVANTES, A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A QUATRO ANOS DECORRENTE DA CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE CRIME AMBIENTAL, PODE SER SUBSTITUÍDA POR ATRIBUIÇÃO DE TAREFA GRATUITA JUNTO A PARQUES E JARDINS PÚBLICOS E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, PELO PRAZO DA SANÇÃO SUBSTITUÍDA. (PCR Nº 695062950, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, TJRS, RELATOR: DES. VLADIMIR GIACOMUZZI, JULGADO EM 30/04/1998).

Prefeito Municipal - Crime ambiental - art. 54, Lei nº 9.605/98 - Depósito de lixo urbano, sem as cautelas técnicas necessárias, causando poluição de qualquer natureza, em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana. Negligência e imprudência da Autoridade Municipal. Condenação: aplicação de pena restritiva de direito: prestação pecuniária. (TJMG - Proc. 1.0000.00.198187-7/0002) - Rel. Des. Gudesteu Biber - J. 17/12/2002)

APELAÇÃO CRIMINAL - EX-PREFEITO MUNICIPAL - CRIME AMBIENTAL - ART. 54 DA LEI Nº 605/98 - INSTALAÇÃO DE DEPÓSITO DE LIXO EM LOCAL NÃO APROPRIADO - CRIME DE NATUREZA MATERIAL - PROVA SUFICIENTE A RESPEITO DA PRÁTICA PELO ACUSADO DO DELITO DENUNCIADO - PERÍCIA TÉCNICA - PROVA DE CAUSAÇÃO DE EFETIVA SITUAÇÃO DE PERIGO OU LESÃO À SAÚDE DOS MORADORES DO MUNICÍPIO, BEM COMO ANIMAIS OU FLORA - DOLO - ART. 2º LEI nº 9.605/98 - COMPROVAÇÃO - CONDENAÇÃO - MANUTENÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. - Por se tratar de crime de natureza material, o aperfeiçoamento do tipo descrito no art. 54 da Lei nº 9.605/98 exige a demonstração da existência de efetiva situação de perigo ou dano à saúde humana, bem como a destruição de animais ou flora, que deve ser demonstrado através de prova pericial específica. - Convincentes, em si mesmas, as provas embasadoras da pretensão punitiva almejada pelo recorrente, caso é de manutenção da sentença condenatória de 1º grau. - Resta configurado o dolo do agente quando, podendo e devendo impedir a prática do resultado, concorre com este, executando o núcleo do tipo penal a que ora responde, conforme art. 2º da Lei nº 9.605/98. (TJMG - Proc. 1.0177.04.001173-2/001(1) - Rel. Des. José Antonino Baía Borges - j. 06/06/2007)

PREFEITO MUNICIPAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. A PREOCUPAÇÃO DO PREFEITO MUNICIPAL COM A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE, LIMITANDO-SE A PEDIR A INDICAÇÃO DE UM TÉCNICO AO ÓRGÃO ESTADUAL ENCARREGADO DA FISCALIZAÇÃO E CONCESSÃO DE LICENÇA, NÃO É O BASTANTE PARA AFASTAR A IMPUTAÇÃO PELO CRIME DE POLUIÇÃO DO MEIO AMBIENTE, EXPONDO A PERIGO A VIDA HUMANA, ANIMAL OU VEGE-

TAL, SE SUA CONDUTA DESRESPEITA AS REGRAS MÍNIMAS, QUE ERAM DO SEU CONHECIMENTO, NA ESCOLHA DE ÁREA PARA DEPÓSITO DO LIXO URBANO. AS PROVIDÊNCIAS POSTERIORES AO PERÍODO IMPUTADO E DECORRENTES DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA TAMBÉM NÃO ELIDEM A IMPUTAÇÃO. DENÚNCIA RECEBIDA. (TJRS - Processo Crime nº 696803683, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 18/09/1997)

Processo-Crime de Competência Originária. Prefeito. Crime ambiental. Poluição. Depósito de lixo urbano. *Lixão*. Inobservância das normas ambientais. Denúncia que atende os requisitos do art. 41 do CPP. Descrição de fato típico. *Fumus boni juris* demonstrado. Alegações preliminares carentes de demonstração. Denúncia recebida. (TJMG - PROCESSO CRIME COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA nº 1.0000.00.335313-3/000 - COMARCA DE SÃO JOÃO NEPOMUCENO - RELATOR: DES. HERCULANO RODRIGUES - J. 04/12/2003

6.8.5 – ASPECTO CÍVEL

Em âmbito cível, o degradador poderá ser condenado judicialmente à reparação dos danos ambientais causados bem como às obrigações de fazer e não fazer necessárias à cessação da atividade lesiva ao meio ambiente. No que tange ao poder público, a obrigação de zelar pela proteção ao meio ambiente é plenamente vinculada. Ademais, a discricionariedade administrativa não legitima a conduta omissiva lesiva aos bens ambientais. É que o texto constitucional, principalmente o art. 225, determina a obrigação do poder público, ou daquele que fizer suas vezes, de promover a defesa do meio ambiente, não podendo causar poluição, atividade completamente proscribita e danosa à sociedade.

Contudo, sabe-se que muitos são os danos ambientais causados pelo poder público, por ação ou omissão, direta ou indiretamente. Álvaro Luiz Valery Mirra a tal problemática se refere na obra *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*, aduzindo que em inúmeras situações o Estado se omite no cumprimento de seu dever de adotar as medidas necessárias à proteção de bens e recursos ambientais. Segundo o ilustre magistrado paulista:

Inúmeros são os exemplos que, pela sua gravidade, acarretam conflitos importantes, os quais, com frequência cada vez maior, chegam aos tribunais. Ilustram bem essa realidade os seguintes casos: a) a poluição de rios e corpos d'água pelo lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais sem o devido tratamento; b) a degradação de ecossistemas e áreas naturais de relevância ecológica; c) o depósito e a destinação final inadequados de lixo urbano; d) o abandono de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro.³⁶⁷

³⁶⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2 ed., atualizada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

Em casos tais, pode e deve o Ministério Público lançar mão da ação civil pública (se por acaso não alcançada a solução extrajudicial, sempre preferível, para o problema) objetivando compelir a administração pública a cumprir o dever de não poluir. Annelise Monteiro Steigleder, a propósito, expõe com precisão:

Portanto, em caso de omissão estatal quanto ao combate da degradação ambiental, com vistas a garantir o mínimo de qualidade ambiental necessária à dignidade da vida humana, parece-nos cabível a intervenção judicial, a fim de suprir as omissões estatais lesivas à qualidade ambiental. E sem que se argumente pela invasão por parte do Poder Judiciário de competências exclusivas do Executivo, com violação do princípio da separação dos poderes.

[...]

Daí que, em alguns casos, será imperiosa a intervenção do Poder Público, a fim de evitar o agravamento de riscos ambientais graves à saúde e à vida humana, como nas hipóteses de tratamento e destinação final dos resíduos sólidos urbanos, de sorte a evitar a contaminação ambiental e a proliferação de vetores, bem como na hipótese de tratamento de esgotos domésticos, cuja exposição a céu aberto contribui imensamente para as mais diversas doenças.³⁶⁸

No âmbito de nossos Tribunais, essas lições doutrinárias têm encontrado costumeira guarida, como se depreende dos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO - REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - LIXÃO MUNICIPAL - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIIDE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - POSSIBILIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE - PRELIMINAR REPELIDA - DEPÓSITO DE LIXO A CÉU ABERTO QUE JÁ PERDURA POR VÁRIOS ANOS - DANO AMBIENTAL COMPROVADO - COMINAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM MULTA DIÁRIA - CONSTRUÇÃO DE OBRA PÚBLICA - ATERRO SANITÁRIO CONTROLADO - AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS ATRIBUIÇÕES DO PODER EXECUTIVO - CONFIGURAÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 3º, DA LEI Nº 7.347, DE 24/07/1985 - COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA, PARA O CUMPRIMENTO DO PRECEITO - ASTREINTE - CABIMENTO - ART. 11 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REDUÇÃO - CUSTAS PROCESSUAIS - ENTE PÚBLICO - ISENÇÃO LEGAL - SENTENÇA CONFIRMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO, COM REPAROS NO DISPOSITIVO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.352421-2/000 - COMARCA DE LEOPOLDINA - RELATOR: DES. BRANDÃO TEIXEIRA - j. 22/06/2004)

DIREITO AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEPÓSITO DE LIXO EM CÉU ABERTO - DANO AO MEIO AMBIENTE - IRREGULARIDADE. O art. 23, VI, da Constituição da República preceitua ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o Meio Ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Todos têm direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. As condutas e atividades consideradas lesivas ao Meio Ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados." A saúde é direito de todos e dever do Poder Público, assegurada mediante políticas econômicas, sociais, ambientais e outras que visem à prevenção e à eliminação do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sem qualquer discriminação. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0439.02.006428-3/001 - COMARCA DE MURIAÉ - RELATOR: DES. CARREIRA MACHADO - J. 25/11/2004)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Meio ambiente - Lixo urbano - Depósito em local inadequado, que perdura por vários anos - Inadmissibilidade - Prova documental e pericial - Procedência da ação para ordenar que cesse o lançamento dos detritos, que aterro sanitário seja instalado em lugar propício e que sejam restauradas as condições primitivas do terreno, conforme trabalho técnico do DEPRN - Legitimidade ad causam do ministério público - Recurso improvido. (TJSP - AC 230.664-5/0 - Itapeatinga - 2ª CD Púb. - Rel. Des. Aloísio de Toledo César - J. 18/11/2003)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. DEGRADAÇÃO. COMPROVAÇÃO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO MUNICÍPIO PARA REGULAR DESTINAÇÃO FINAL DO LIXO URBANO. IRRELEVÂNCIA. ATERRO INSTALADO SEM OBSERVÂNCIA DAS MEDIDAS DEVIDAS. ART. 225, § 1º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DECRETO ESTADUAL nº 8.468/76. PRIORIDADE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 229.105-1, 7ª Câmara Civil do TJSP, Piracicaba, Rel. Leite Cintra. j. 09/07/95, un.).

Como já dito, além de cessar a atividade poluidora e de prestar a atividade juridicamente devida, há ainda o dever do poluidor de reparar os danos ambientais já consumados (contaminação do solo, das águas superficiais e subterrâneas etc.), uma vez que o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 é enfático:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

³⁶⁸ **Discrecionariade Administrativa e Dever de Proteção do Meio Ambiente.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR. 2002. v. 37.

A reparação dos danos causados pela disposição irregular dos resíduos sólidos via de regra mostra-se viável. Os danos consumados e não passíveis de reparação direta devem ser indenizados, revertendo-se em benefício do Fundo de Direito Difusos Lesados a respectiva quantia. Sobre o tema, trazemos à colação os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO AMBIENTAL - DEPÓSITO DE LIXO - DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE - INDENIZAÇÃO - CABIMENTO - PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR AO PODER PÚBLICO - POSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO FEMA - TERMO DE AJUSTAMENTO - I - Constatado que a municipalidade utilizou-se de terreno para depositar e permitir que se depositasse o lixo produzido na cidade, sem que tomasse os devidos cuidados quanto a possível degradação do meio ambiente, caberá a ele pagar indenização, a fim de que o dano ambiental possa ser recuperado. II - O Princípio do poluidor-pagador pode ser aplicado ao Poder Público, conforme dispõe o art. 3º, inc. IV da Lei nº 6.938/81. III - O Fundo Especial do Meio Ambiente - FEMA encontra-se amparado pela Lei nº 5.405/92, tendo sido, atualmente, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 20.586/98. IV - O termo de ajustamento de conduta, feito entre o Ministério Público e os adquirentes de parte do imóvel, não deve ser levado em consideração, quando constatado que o objetivo do mesmo difere da finalidade atribuída na ação civil pública, a qual visa, exclusivamente, o ressarcimento dos danos ambientais. V - Apelação Cível conhecida e improvida para manter a sentença recorrida. (TJMA - AC 11.498/2004 - (53883/2005) - São Luís - 1ª C. Cív. - Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf - J. 31/03/2005)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE CAUSADOS PELO DEPÓSITO DE LIXO EM LOCAL INAPROPRIADO. PREJUÍZOS COMPROVADOS, AÇÃO PROCEDENTE. Constatada a existência de prejuízos ao meio ambiente causados pelo depósito irregular de lixo em local inapropriado, sem que para tanto providenciasse o Município responsável autorização pelas autoridades ambientais competentes, agindo contrariamente às orientações por elas determinadas, plenamente admissível, além do inevitável, a sua condenação, como agente poluidor, à reparação dos prejuízos causados, consistente na realização de obras voltadas à recuperação da área degradada e pagamento de indenização dos danos já causados, a serem apurados em liquidação. Redução, porém, da multa cominada. Apelação improvida. Sentença parcialmente reformada, em reexame. (Apelação Reexame Necessário nº 70000026625, 3ª Câmara Cível do TJRS, Rio Grande, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. j. 14.10.99, DJ 17/12/99, p. 26)

6.8.6 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Por derradeiro é de se ressaltar que é juridicamente viável a condenação do agente público municipal responsável pelo mau gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos por ato de improbidade administrativa ambiental³⁶⁹, uma vez que é seu dever de ofício zelar pela integridade do meio ambiente e pelo cumprimento das normas de proteção ambiental e saúde pública, razão pela qual sua conduta enquadra-se no previsto no art. 11, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.429/92.

A conduta do prefeito que nada faz para resolver o problema do correto gerenciamento de seus resíduos sólidos é duplamente ofensiva à legalidade, se considerarmos que o poder público e seus agentes têm o dever não só de não degradar, dever este que, de resto, é de todos nós, mas acima de tudo têm o *mínus* de combater a poluição ambiental provocada pelos outros (art. 23, VI, CF/88). Em casos tais há uma omissão duplamente ilícita, pois, com a ciência e convicção de seu governante, o Município, ente constitucionalmente incumbido de impedir a degradação do meio ambiente, torna-se, ele próprio, o agente poluidor.

A propósito, já decidiu o TJRS:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. OMISSÃO NA REALIZAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS DE ATERRO SANITÁRIO. Incorre em conduta ímproba o agente que deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, qual seja, providências quanto ao *lixão* do Município, apesar de instado a tanto pelo Ministério Público, por mais de uma vez, não tendo provado que inexistiam recursos financeiros para realizar os atos. Não comprovado o dano concreto, mas apenas o risco a que a população foi submetida, afasta-se o pedido de ressarcimento. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE EM PARTE. (Ação Civil Pública Nº 70009142399, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 21/09/2004)

Não é outra a posição do TJMG:

DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PREFEITO - CONDUTAS QUE OCASIONARAM DANOS AMBIENTAIS - INOBSERVÂNCIA DO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DA LEI nº 8.429/92 (TJMG -1.0107.06.999989-7/001(1) - Rel. Audebert de Lage - j. 05/10/2006)

³⁶⁹ Conforme consignado na conclusão de nº 15 da I Carta de Princípios do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente: *A ação civil pública de improbidade ambiental deve ser usada como instrumento de proteção do meio ambiente, na medida que este integra o conceito de patrimônio social* - Araxá, 13 de abril de 2002.

6.8.7 – ASPECTO ADMINISTRATIVO

Sob a ótica da responsabilidade administrativa vale ressaltar que o Decreto nº 3.179/99 tipifica no art. 41 a infração administrativa relativa à poluição, prevendo como sanção multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), ou multa diária.

Tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, de direito público ou privado, que derem causa à poluição podem ser responsabilizadas administrativamente por tal fato. Nesse sentido, o TJSP:

MULTA - Poluição - Município - Admissibilidade - Ausência de quebra de autonomia constitucional - Pessoa jurídica de direito público interno que não está imune ou isenta do cumprimento da lei - Recursos não providos. A municipalidade não é imune às sanções previstas na legislação que cuida do meio ambiente, e imposta por outra entidade de direito público. Aliás, o art. 3º, IV da Lei nº 6.938/81 define a figura do poluidor como sendo pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental. (Tribunal de Justiça de São Paulo - Relator: Hermes Pinotti - Apelação Cível nº 228.078 -2 - Itanhaém - 05/04/94.

6.8.8 – SUGESTÃO DE ROTEIRO PARA ATUAÇÃO MINISTERIAL

Ao receber representação ou notícia dando conta da existência de *lixão*, sugere-se ao Promotor de Justiça a adoção das seguintes providências:

1. Instaurar, por portaria, procedimento administrativo ou inquérito civil a fim de verificar a possibilidade ou a ocorrência *in concreto* de dano ambiental.
2. Na fase de instrução, o órgão do Ministério Público deverá coligir informações técnicas a respeito da potencialidade (risco) ou materialidade do dano ambiental. Dentre as medidas iniciais revelam-se como de suma importância:
 - Oficiar o Município para que preste informações sobre o atual sistema de disposição de resíduos sólidos e comprove o cumprimento das exigências da Deliberação Normativa COPAM nº 52/2001, com suas subsequentes alterações, mediante documentos e laudo subscrito por profissional habilitado;
 - Seja requisitada a realização de perícia a FEAM ou a outro órgão com competência para tanto a fim de que sejam respondidos os quesitos pertinentes (modelo nos anexos).
3. Detectadas irregularidades relativas à proteção do meio ambiente ou da saúde pública, o Promotor de Justiça deverá tomar as medidas que lhe competem para a responsabilização civil do agente degra-

dador, por cujo intermédio far-se-á a reparação do meio ambiente.

4. Deve-se priorizar a tentativa de solução extrajudicial para o problema, mediante a celebração de termo de ajustamento de conduta, contemplando as seguintes medidas:

- planejamento técnico para a recuperação da área degradada, transformando-a, caso seja tecnicamente viável, num primeiro momento, em uma área de disposição adequada de resíduos sólidos urbanos com a implementação dos requisitos mínimos preconizados pela DN n.º 52/2001 do Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM) e, posteriormente, em um sistema definitivo para tratamento de resíduos sólidos urbanos (aterro sanitário ou usina de reciclagem e compostagem);
- a transformação gradual da área degradada justifica-se uma vez que, para a implantação de um sistema definitivo de tratamento de resíduos sólidos urbanos, são necessárias diversas medidas que demandam um tempo considerável para serem efetivadas.
- laudo ou parecer técnico, além de apresentar evidências objetivas a respeito da potencialidade ou materialidade do dano ambiental, aponta medidas necessárias à recuperação do meio ambiente lesado. O Promotor de Justiça deve atentar para tais medidas, pois elas serão muito importantes no momento da elaboração de termo de compromisso de ajustamento de conduta, por exemplo.

5. Não alcançada a solução extrajudicial deverá o Promotor impetrar a competente ação civil pública objetivando o correto gerenciamento e destinação dos resíduos urbanos, a reparação dos danos causados e indenização pelos danos irreparáveis.

6. Deverá ser analisada ainda a possibilidade de propositura de ação de responsabilidade por prática de ato de improbidade administrativa ambiental (em apartado da ação civil pública acima referida) contra o gestor omissivo ou renitente.

7. No que diz respeito à responsabilidade penal por crime ambiental, caberá ao órgão local do MP expedir ofício à Procuradoria Especializada em Crimes Praticados por Prefeitos Municipais, para cientificá-la da prática de crime ambiental pelo chefe do poder público municipal.

6.8.9 – PLANO GERAL DE ATUAÇÃO

Em virtude da relevância do assunto, o Ministério Público de Minas Gerais elegeu como meta do seu Plano Geral de Atuação 2010, na área de meio ambiente, a promoção da regularização ambiental da disposição final dos resíduos sólidos em 81 municípios considerados prioritários.

6.9 – POLUIÇÃO EM DECORRÊNCIA DO LANÇAMENTO EM CURSOS D'ÁGUA DE ESGOTOS SANITÁRIOS SEM PRÉVIO TRATAMENTO – ASPECTOS JURÍDICOS E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda

6.9.1 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROBLEMA

Segundo estatísticas do IBGE, no ano de 2000, 47,8% dos municípios brasileiros não contavam com serviços de esgotamento sanitário e 44,7% dos domicílios não estavam ligados à rede coletora, sendo o esgoto³⁷⁰ a céu aberto considerado como um dos maiores problemas ambientais e de saúde pública do país.

Em Minas Gerais, dados da Fundação Estadual de Meio Ambiente indicam que dos 853 municípios do Estado, cerca de 92% ainda lançavam os esgotos brutos nos corpos d'água no ano de 2006.

Sabe-se que inúmeras doenças graves estão relacionadas à poluição da água, conforme quadro abaixo³⁷¹, o que justifica a utilização de todos os instrumentos possíveis para combatê-la, não só por razões ambientais, mas também por razões de saúde pública.

Dessa forma, o tratamento de esgotos é medida básica de saneamento, trazendo benefícios para a coletividade e economia para o Sistema Público de Saúde (estudo da UFRJ estima que 68% das internações nos hospitais públicos são provocadas pela água contaminada).

Ademais, uma das conseqüências mais dramáticas do saneamento deficiente é a mortalidade infantil de crianças com até um ano de idade. Ainda no ano de 2000, o IBGE detectou 1.159 municípios com taxas alarmantes de mais de 40 mortes por mil nascidos vivos. Desse total, 1.086 estão no Nordeste, 48 no Norte e 25 em Minas Gerais, sendo que os municípios onde há as maiores taxas de mortalidade são também os que explicitam mais problemas de saneamento.

Os danos ambientais decorrentes do lançamento *in natura* de esgotos em corpos hídricos também são enormes. É preciso perceber que tudo quanto é jogado em ralos das pias, vasos sanitários, bueiros e mesmo nos quintais das casas acaba interferindo no ciclo natural da água.

Substâncias tóxicas, não biodegradáveis, dejetos orgânicos em suspensão (responsáveis pela proli-

³⁷⁰ O Dicionário de Ecologia e Ciências Ambientais conceitua esgoto como: descarga aquosa dos sistemas de coleta sanitária municipais ou industriais, especialmente a pertencente a dejetos fecais humanos. ART, Henry W. et al. 2. ed. São Paulo: UNESP: Melhoramentos, 2001. p. 201.

³⁷¹ SETTI, Arnaldo Augusto et al. **Introdução ao Gerenciamento de Recursos Hídricos**. Brasília: Agência Nacional de Energia Elétrica; Agência Nacional de Águas, 2001. p. 49.

feração de microrganismos patogênicos) e resíduos contendo metais pesados, que se acumulam nos organismos vivos, são comumente lançados sem tratamento em córregos, lagos, rios e mares, os quais, ao invés de simbolizarem vida e movimento, passaram ultimamente a ser relacionados com veneno e morte.

Como bem resumem José Roberto Guedes de Oliveira e Valdir Aparecido Alves:

A água é elemento químico essencial para o desenvolvimento da vida humana e de outros seres, podendo dizer que a água poluída não resulta em equilíbrio ecológico, pois não apresenta características essenciais ao ecossistema. Nesse contexto, não há também qualidade de vida, pois as alterações dos padrões normais fere a vida biológica na qual o homem está inserido, trazendo certas patologias indesejadas pelo ser humano. Como já foi citado, cerca de 80 das patologias que atingem o homem, são contraídas através da água.³⁷²

Por todos esses motivos, há necessidade de o Ministério Público lançar mão de todos os instrumentos judiciais e extrajudiciais colocados à sua disposição para minimizar esse quadro de conseqüências desastrosas para a saúde humana e para o meio ambiente.

Ressalte-se que, por força da Constituição Federal vigente, o saneamento básico, por estar diretamente conectado às condições de higiene e saúde, é um direito fundamental e inalienável de todo cidadão. Como salienta o Juiz Federal Nivaldo Brunoni, os investimentos de saneamento básico que forem efetuados redundarão em economia na área da saúde pública e, com a política de municipalização do SUS adotada pelo governo federal, intensifica-se ainda mais a incumbência do poder público local em reverter as distorções e as deficiências no setor.³⁷³

6.9.2 – DIPLOMAS LEGAIS APLICÁVEIS À TEMÁTICA

Os diplomas legais para o combate ao problema ora em análise são muitos, razão pela qual identificamos abaixo apenas os que julgamos mais importantes.

Decreto nº 24.643/34 (Código de Águas) preceitua, em seu art. 109, que: “A ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros”. No artigo seguinte, o Código estabelece que: “Os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e

³⁷² Meio Ambiente Natural. Disponível em: http://www.cnrh-srh.gov.br/artigos/mambiente_nat_guedes.html. Acesso em: 21 de nov. 2005.

³⁷³ A tutela das águas pelo município. In: **Águas, aspectos jurídicos e ambientais**. FREITAS, Vladimir Passos de (Coord). 2. ed. Curitiba: Juruá. 2002. p. 85.

pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos”.

Em Minas Gerais, a Lei nº 2.126, de 20 de janeiro de 1960, aborda o problema dos esgotos de maneira frontal e é, sem dúvida, o mais importante diploma legal sobre o assunto em nosso Estado. A lei que estabelece normas para o lançamento de esgotos e resíduos industriais nos cursos de água dispõe:

Art. 1º - Fica proibido, a partir da data da publicação desta Lei, em todo o território do Estado de Minas Gerais, lançar nos cursos de água – córregos, ribeirões, rios, lagos, lagoas e canais, por meio de canalização direta ou indireta, de derivação ou de depósito em local que possa ser arrastado pelas águas pluviais ou pelas enchentes, sem tratamento prévio e instalações adequadas, qualquer resíduo industrial em estado sólido, líquido ou gasoso, e qualquer tipo de esgoto sanitário proveniente de centro urbano ou de agrupamento de população.

Art. 2º - Após o tratamento, os resíduos industriais ou esgotos sanitários podem ser lançados nos cursos de águas, desde que apresentem as seguintes características, verificadas mediante testes e provas de laboratório: a) oxigênio dissolvido – igual ao do curso de água; b) demanda bioquímica de oxigênio – igual a do curso de água; c) sais minerais dissolvidos em suspensão, ou precipitados, nas mesmas condições e proporções em quem os contiver o curso de água, in natura.

Art. 3º - Os infratores desta lei incorrerão na multa de Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros) e, no caso de reincidência, na proibição de funcionamento do estabelecimento até que sejam feitas as instalações de tratamento necessárias.

Art. 4º - As Prefeituras Municipais, cujas sedes contem mais de 10.000 habitantes, terão o prazo de um ano, a contar da data da publicação da presente lei, para providenciar o tratamento de esgotos sanitários provenientes do centro urbano.

Parágrafo único. Os agrupamentos de população inferior a 10.000 habitantes terão o prazo de dois anos para satisfazer as exigências desta lei.

Art. 5º - Os estabelecimentos industriais existentes no Estado e atualmente em funcionamento terão o prazo de um ano, a contar da data da publicação da presente lei, para providenciar a instalação de estações de tratamento de resíduos industriais.

Parágrafo único – Incorrerão nas penalidades previstas no art. 3º desta lei os estabelecimentos que não atenderem ao disposto neste artigo.

[...]

Art. 8º - A partir da data desta Lei, as novas indústrias ou quaisquer entidades públicas ou privadas, interessadas no lançamento de resíduos industriais ou esgotos sanitários nos cursos de água, só poderão fazê-lo mediante prévia autorização do Poder Executivo Estadual, uma vez satisfeitas as exigências ora estabelecidas.

A Lei nº 11.720, de 28 de dezembro de 1994, que dispõe sobre a Política Estadual de Saneamento Básico, estabelece que é seu objetivo assegurar a

proteção da saúde da população e a salubridade ambiental urbana e rural, estatuidando ainda que:

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, considera-se:

I - salubridade ambiental o conjunto de condições propícias à saúde da população urbana e rural, quanto à prevenção de doenças veiculadas pelo meio ambiente e à promoção de condições mesológicas favoráveis ao pleno gozo da saúde e do bem-estar;

II - saneamento básico o conjunto de ações, serviços e obras que visam a alcançar níveis crescentes de salubridade ambiental por meio de:

a) abastecimento de água de qualidade compatível com os padrões de potabilidade e em quantidade suficiente para assegurar higiene e conforto;

b) coleta e disposição adequada dos esgotos sanitários;

[...]

Art. 3º - A execução da política estadual de saneamento básico, disciplinada nesta lei, condiciona-se aos preceitos consagrados pela Constituição do Estado, observados os seguintes princípios:

I - direito de todos ao saneamento básico;

II - autonomia do município quanto à organização e à prestação de serviços de saneamento básico, nos termos do art. 30, V, da Constituição Federal;

III - participação efetiva da sociedade, por meio de suas entidades representativas, na formulação das políticas, na definição das estratégias, na fiscalização e no controle das ações de saneamento básico;

IV - subordinação das ações de saneamento básico ao interesse público, de forma a se cumprir sua função social.

Verifica-se que a legislação mineira expressamente concebe o saneamento básico como um direito de todos os cidadãos, o que plenamente se justifica na medida em que os serviços de saneamento básico são considerados essenciais³⁷⁴ por estarem diretamente ligados à prevenção de riscos e danos à saúde e ao meio ambiente. Na verdade, são serviços urbanos fundamentais, uma vez que estão intimamente ligados aos direitos à vida, à moradia digna, à saúde, ao meio ambiente, e à própria dignidade da pessoa humana.

Ainda no âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 13.317/99, que instituiu o Código de Saúde, inseriu no ordenamento jurídico outras disposições sobre a responsabilidade quanto ao tratamento de efluentes:

Art. 48. A construção considerada habitável será ligada à rede coletora de esgoto sanitário.

§ 1º Quando não houver rede coletora de esgoto sanitário, o órgão prestador do serviço indicará as medidas técnicas adequadas à solução do problema.

§ 2º As medidas individuais ou coletivas para tratamento e disposição de esgotamento sanitário atenderão às normas técnicas vigentes.

Art. 49. O sistema público de coleta de esgoto tra-

³⁷⁴ A Lei nº 7.783/89 também considera os serviços de esgotamento sanitário como essenciais.

tará o esgoto coletado antes de lançá-lo em curso de água.

Parágrafo único. É vedado o lançamento de esgoto sanitário em galeria ou rede de águas pluviais.

A Resolução CONAMA nº 357, de 17 de março de 2005, que dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, estatui:

Art. 24. Os efluentes de qualquer fonte poluidora somente poderão ser lançados, direta ou indiretamente, nos corpos de água, após o devido tratamento e desde que obedeçam às condições, padrões e exigências dispostos nesta Resolução e em outras normas aplicáveis.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente poderá, a qualquer momento:

I - acrescentar outras condições e padrões, ou torná-los mais restritivos, tendo em vista as condições locais, mediante fundamentação técnica; e
II - exigir a melhor tecnologia disponível para o tratamento dos efluentes, compatível com as condições do respectivo curso de água superficial, mediante fundamentação técnica.

Art. 25. É vedado o lançamento e a autorização de lançamento de efluentes em desacordo com as condições e padrões estabelecidos nesta Resolução.

Em 5 de janeiro de 2007, adveio ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 11.455, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. A referida norma estatui que os serviços públicos de saneamento básico devem ser prestados com base em alguns princípios fundamentais, dentre os quais sobrelevam-se os de: a) *universalização do acesso*; b) *integralidade*, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados; c) abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente (art. 2º, I a III).

Para os fins da norma federal, entende-se por saneamento básico o conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais que compreendem, dentre outras ações, a de esgotamento sanitário, incluindo coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente (art. 3º, I, “b”).

Em Minas, a Deliberação Normativa do COPAM nº 96/2006, de 12 abril de 2006, convocou todos os municípios do Estado para o licenciamento ambiental de sistemas de tratamento de esgotos, estabelecendo alguns prazos bastante elásticos para tanto. Tal convocação tem natureza meramente

administrativa e não impede que o Ministério Público, mediante proposta de termo de ajustamento de conduta ou de propositura de ação civil pública, pleiteie o cumprimento da obrigação em menor prazo, com base na legislação antes citada.

Não se pode esquecer, ainda, que a coleta e a destinação final dos esgotos urbanos constituem típico serviço público³⁷⁵ e, em razão disso, os órgãos públicos competentes e seus concessionários, por força do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, X) e a Lei nº 8.987/95 (art. 6º), devem prestá-lo de forma adequada, eficiente e segura. Obviamente que não atende a tais requisitos a prestação de serviços causadora de significativa poluição ambiental e de graves riscos à saúde humana, como ocorre com o lançamento de esgoto *in natura* nos cursos d'água.

Em casos tais, a responsabilidade do poder concedente pela omissão e danos ambientais será sempre objetiva e solidária com o concessionário.

O Egrégio STJ, a propósito, já assentou:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL – ARTIGOS 23, INCISO VI, E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE – DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL) – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO – OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – I – O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou “convênio” para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II – Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei nº 8.987 de 13/02/95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. Não se

³⁷⁵ Quanto ao tema, oportuna a lição de Hely Lopes Meirelles, em *Direito Municipal Brasileiro*, p. 313, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1990: *As obras e serviços para fornecimento de água potável e eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo a captação, condução, tratamento e despejo adequado, são atribuições precípua do Município, como medidas de interesse da saúde pública em geral e dos usuários em particular.*

discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação. (STJ – REsp – 28222 – SP – 2ª T. – Relª p/o Ac. Minª Nancy Andrighi – DJU 15/10/2001 – p. 00253)

6.9.3 – INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA O COMBATE À POLUIÇÃO

Feita a análise acima, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro não permite o lançamento de esgotos em cursos d'água sem prévio tratamento. Todo aquele (pessoa física ou jurídica) que descumprir o dever de não conspurcar as águas, mediante lançamento de efluentes sanitários *in natura*, enquadrar-se-á na situação jurídica de poluidor (art. 3º, IV, Lei nº 6.938/81) e estará sujeito às sanções previstas em âmbito administrativo, cível e criminal, como determinado no art. 225, § 3º, da CF/88.

6.9.3.1 – ASPECTO CRIMINAL

Em âmbito criminal, a conduta do responsável pela poluição poderá encontrar adequação típica no art. 54 da Lei nº 9.605/98, a qual sanciona a conduta daquele que causa poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou, ainda, que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, prevendo tipos qualificados nos casos de poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade e quando ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos.

Tratando do aludido crime, Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas ensinam:

Poluição hídrica é todo ato ou fato pelo qual se lance na água qualquer produto que provoque a alteração de suas características ou a torne imprópria para o uso. A água é considerada poluída quando a sua composição está alterada, de forma que se torna inadequado para alguma pessoa ou para todas o seu uso no estado natural. São as alterações de suas propriedades físicas, químicas ou biológicas que a tornam nociva para a saúde e o bem estar da população, ou imprópria para uso, tanto para fins domésticos, agrícolas, industriais e recreativos, como para a fauna e a flora. As causas mais comuns da poluição da água são os despejos de dejetos humanos e industriais e de produtos químicos e radioativos.³⁷⁶

Por isso, a ação penal pública mostra-se como o instrumento jurídico apto à responsabilização do

degradador em tal seara e, secundariamente, como forma de prevenção geral de fatos similares. As pessoas jurídicas responsáveis pela poluição também poderão responder criminalmente por tal fato nas hipóteses previstas no art. 3º da Lei nº 9.605/98.

Colhe-se, a propósito, da jurisprudência:

PENAL. CRIME AMBIENTAL. CAUSAR POLUIÇÃO AO MEIO AMBIENTE MEDIANTE O LANÇAMENTO DE ESGOTO EM ARROIO. MATERIALIDADE E AUTORIDADE. - Suficiente para configuração da materialidade e autoria do art. 54, caput, § 4º, incisos IV e V, da Lei nº 9.605/98 a prova de que dejetos oriundos da atividade de um hotel administrado pelo acusado eram lançados em arroio fluvial apresentando índices de coliformes fecais acima do permitido em Resolução do CONAMA. (TRF4 - APELAÇÃO CRIMINAL - Processo: 200072040015318 UF: SC Órgão Julgador: OITAVA TURMA - Data da decisão: 23/02/2005 - Rel. Juiz Luiz Fernando Wovk Penteadou).

CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial. (STJ - RESP 564960 – Rel. Min. Gilson Dipp, J. 02/06/2005)

6.9.3.2 – ASPECTO CÍVEL

Em âmbito cível, o degradador poderá ser condenado judicialmente à reparação dos danos ambientais causados bem como às obrigações de fazer e não fazer necessárias à cessação da atividade lesiva ao meio ambiente.

No que tange ao poder público, a obrigação de zelar pela proteção ao meio ambiente é plenamente vinculada. Como sabido, a discricionariedade administrativa não legitima a conduta omissiva lesiva aos bens ambientais. É que o texto constitucional, principalmente o art. 225, determina a obrigação do poder público, ou daquele que fizer suas vezes, de promover a defesa do meio ambiente, não podendo causar poluição, atividade completamente proscrita e danosa à sociedade.

³⁷⁶ Crimes contra a natureza. 6 ed. São Paulo: RT, 1999. p. 180.

Contudo, sabe-se que muitos são os danos ambientais causados pelo poder público, por ação ou omissão, direta ou indiretamente. Álvaro Luiz Valery Mirra a tal problemática se refere na obra “Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente”, aduzindo que, em inúmeras situações, o Estado se omite no cumprimento de seu dever de adotar as medidas necessárias à proteção de bens e recursos ambientais.

Segundo o ilustre magistrado paulista:

Inúmeros são os exemplos que, pela sua gravidade, acarretam conflitos importantes, os quais, com frequência cada vez maior, chegam aos tribunais. Ilustram bem essa realidade os seguintes casos: a) a poluição de rios e corpos d’água pelo lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais sem o devido tratamento; b) a degradação de ecossistemas e áreas naturais de relevância ecológica; c) o depósito e a destinação final inadequados de lixo urbano; d) o abandono de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro.³⁷⁷

Em casos tais, pode e deve o Ministério Público lançar mão da ação civil pública (se por acaso não alcançada a solução extrajudicial, sempre preferível, para o problema), objetivando compelir a administração pública a cumprir o dever de não poluir. Wallace Paiva Martins Júnior, a propósito, expõe com precisão:

Compelir o Município a obrigação de não fazer consistente na cessação da atividade nociva à qualidade de vida, de despejo de efluentes ou esgotos domésticos *in natura* nas águas, ou de obrigação de fazer consistente na prestação de atividade devida, de efetuar o lançamento desses esgotos submetidos ao prévio tratamento e na conformidade dos padrões ambientais estabelecidos é, em última análise, impor-lhe o dever de cumprimento da lei, de preservação do ambiente e de combate a prevenção à poluição para cessar atividade nociva ao meio ambiente e prestar atividade devida decorrente de lei.

Depara-se a questão diante do poder-dever vinculado, não de uma opção administrativa discricionária porque o ordenamento jurídico é enfático ao exigir da administração pública a realização de um dado ato, de conteúdo (objeto) explícito na norma, seja por prestação negativa (abster-se de poluir), seja por prestação positiva (submeter a prévio tratamento), que, em resumo, fundem-se numa única e prioritária preocupação material de evitar a poluição das águas.³⁷⁸

Outra não é a posição de Érika Bechara, a qual sustenta que o artifício da discricionariedade seria admissível se houvesse duas ou mais maneiras de se impedir poluição por esgoto *in natura* e o poder público optasse por uma delas. Mas esse não é o caso, já que as opções são: impedir que o esgoto seja produzido ou tratar o esgoto produzido e impedir a poluição. Daí por que impedir a poluição dos cursos d’água pelo lançamento de esgoto *in natura* é um poder-dever do poder público, é um ato vinculado³⁷⁹.

No âmbito de nossos Tribunais, essas lições doutrinárias têm encontrado costureira guarida, como se depreende dos seguintes julgados:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE CAUSADO PELO ESTADO. SE O ESTADO EDIFICA OBRA PÚBLICA – NO CASO, UM PRESÍDIO - SEM DOTÁ-LA DE UM SISTEMA DE ESGOTO SANITÁRIO ADEQUADO, CAUSANDO PREJUÍZOS AO MEIO AMBIENTE, A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E, SIM, A VIA PRÓPRIA PARA OBRIGÁ-LO AS CONSTRUÇÕES NECESSÁRIAS À ELIMINAÇÃO DOS DANOS; SUJEITO TAMBÉM ÀS LEIS, O ESTADO TEM, NESSE ÂMBITO, AS MESMAS RESPONSABILIDADES DOS PARTICULARES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (STJ – RESP 88776 - Rel. Min. Ari Pargendler . J. 19/05/1997)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. PRAZOS PARA PROJETO E IMPLANTAÇÃO DE REDE COLETORA E ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO Mantém-se os prazos fixados pelo decisum dizendo com a apresentação de projeto e início da implantação de rede coletora e de estação de tratamento de esgoto mostrando-se razoáveis. Os altos níveis de poluição, a ausência de medidas eficazes da municipalidade e do serviço público de saneamento básico, bem como a falta de sistema de coleta e de tratamento do esgoto sanitário, exigem interferência judicial para defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (TRF 4ª Região – AI 200404010207990 – SC – j. 05/04/2006 – Rel. Des. Amaury chaves de Athayde)

CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. No microsistema da tutela ambiental impõe-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do Poder Judiciário, de forma a evitar o dano ao meio ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil ou impossível reparação. Por tal motivo que, nas ações que envolvam o meio-ambiente, o

³⁷⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2 ed., atualizada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

³⁷⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Despoluição das Águas**. v. 720 São Paulo: RT. p. 58-72.

³⁷⁹ BECHARA, Érika. Tratamento do esgoto doméstico pelo Poder Público: discricionariedade ou vinculação? **Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental**, v. I, São Paulo.

uso da tutela antecipada se legitima ainda mais. A omissão do Município de Luz em tratar adequadamente do lançamento de esgotos e derivados, no Córrego do Açudinho, importa em flagrante violação ao meio ambiente e, por conseqüência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O meio ambiente, como um bem extraordinariamente relevante ao ser humano, é tutelado pela Constituição Federal. Assim, é dever inafastável do Estado empreender todos os esforços para a sua tutela e preservação, sob pena de violação ao art. 225 da CF. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante a preservação do meio ambiente, sob pena de não o fazer, compactuar com a degradação ambiental e com piora da qualidade de vida de toda sociedade. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Luz de preservar o meio ambiente. Assim, este caso não se aplica à cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Luz, seja porque a pretensão social de um meio ambiente equilibrado, preservado e protegido se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial. (TJMG - AGRAVO Nº 1.0388.04.004682-2/001 – REL. DESª. MARIA ELZA – J. 21/10/2004)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. CONDENAÇÃO DA COPASA E DO MUNICÍPIO DE CORAÇÃO DE JESUS ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER. APELAÇÃO DA COPASA, NO QUE TANGE À OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER (NÃO LANÇAR O ESGOTO NO CÓRREGO CANABRAVA, ANTES DE TOMAR AS DEVIDAS PRECAUÇÕES). APELANTE ALEGA IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR O LANÇAMENTO EM OUTRO LOCAL, ANTES DE SER CRIADA A ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO. É INEGÁVEL O DANO AMBIENTAL SE A REDE COLETORA CONTINUAR FUNCIONANDO SEM A CONSTRUÇÃO DA ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO - ETE. A COPASA E O MUNICÍPIO SÃO RESPONSÁVEIS PELA IMPLANTAÇÃO DE UM CORRETO SISTEMA DE ESGOTAMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.337425-3/000 –REL. DES. RONEY OLIVEIRA – J. 20/11/2003)

Como já dito, além de cessar a atividade poluidora e de prestar a atividade ambientalmente devida, há ainda o dever do poluidor de reparar os danos ambientais já consumados (contaminação do solo, das águas superficiais e subterrâneas etc.), uma vez que o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 é enfático:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente³⁸⁰

A doutrina de Walace Paiva Martins Filho é elucidativa:

É inconcusso que a omissão da administração leu o meio ambiente nos termos do art. 3º, III, a e da Lei Federal nº 6.938/81 e dos arts. 2º e 4º da Lei Estadual 997/76 e seu decreto regulamentador, pois o lançamento de esgotos domésticos sem prévio tratamento e desconforme os padrões ambientais estabelecidos gerou degradação da qualidade das águas causando dano ao curso d'água, à saúde e ao bem-estar da coletividade.

Exsurgem daí os deveres de restauração do ambiente degradado e de reparação dos danos causados nos termos do art. 225, § 1º, I, e § 4º da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei Federal nº 6.938/81, satisfazendo para o acolhimento da pretensão o simples estabelecimento do nexo etiológico da conduta comissiva ou omissiva com a eclosão da lesão ou dano, sem necessidade de aferição de culpa ou dolo, liquidáveis mediante simples perícia na fase de conhecimento ou execução.³⁸⁰

Em âmbito jurisprudencial, colhe-se idêntico entendimento consoante se deduzem das seguintes decisões:

Dano ao meio ambiente. Águas contaminadas – Lançamento de poluentes industriais sem tratamento por empresa – Comprovação através de perícia – Responsabilidade objetiva – Indenização devida – Sentença mantida – Recurso improvido – Inteligência do art. 14 da Lei nº 6.938/81 (TJSP – Rel. Des. Ney Almada - RT 693/130).

Meio Ambiente – Dano – Contaminação de terras e águas – Empresa química – Despejo de resíduos tóxicos em áreas de Município – Afetação do ecossistema local e de ocupação humana na região – Obrigações cominatórias e indenizatórias impostas cumulativamente – Admissibilidade – Ação Civil Pública procedente – Recurso não provido (TJSP – JTJ 212/126 – Rel. Vallim de Toledo)

³⁸⁰ op. cit. p. 70.

Ainda sob o ponto de vista cível, importante ressaltar que não se mostra lícita a cobrança de remuneração a título de serviços de coleta e tratamento de esgotos a usuários, se esses serviços não são efetivamente prestados de forma adequada.

Esse entendimento vem sendo sufragado pela jurisprudência pátria, como se depreende do seguinte julgado:

ESGOTAMENTO SANITÁRIO. CEDAE. NÃO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. COBRANÇA INDEVIDA. Se a CEDAE não cumpre o seu dever precípuo de prestação de serviço de tratamento de esgoto objetivando a não-poluição de lagoas, canais e rios, no propósito de tutela ao meio ambiente saudável, na perspectiva da regra de ouro: mais vale prevenir do que remediar, não pode cobrar por serviço público que não prestou nem colocou à disposição do consumidor. Inaplicável, por isso, a norma do art. 9º do Decreto nº 22.872/96, porquanto se o autor não se utiliza do sistema público de esgotamento sanitário, visto que inexistente tal prestação de serviço, não há fato gerador do preço da tarifa que lhe seria correspondente. Desprovemento do recurso. (TJRJ – Ap. Civ. 2003.001.30227 – Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva - Julgamento: 11/05/2004). **AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR INDEFERIDA - COBRANÇA DE "TARIFA" DE ESGOTO - TAXA - CONTRAPRESTAÇÃO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.** "A denominação de taxa ou tarifa, embora de conceituação diferentes, tem cabida se, efetivamente, o serviço é prestado, porquanto, mostra-se injusta a arrecadação de qualquer tributo, se inacontece a satisfação integral da prestação dos serviços para todos os habitantes da cidade". (TJMG - 1.0040.07.054645-8/001(1) – j. 19/02/2008 – Rel. Alvim Soares)

Sob a ótica da responsabilidade administrativa, vale ressaltar que o Decreto nº 3.179/99 tipifica, no art. 41, a infração administrativa relativa à poluição, prevendo como sanção multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), ou multa diária.

Tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, de direito público ou privado, que derem causa à poluição podem ser responsabilizadas administrativamente por tal fato.

Nesse sentido:

Meio Ambiente – Proibição de lançamento de esgoto nos rios sem o devido tratamento – Multa por infração ao meio ambiente – Constitucionalidade e legalidade – Mandado de segurança denegado – Recurso não provido (Apelação Cível nº 104211-5 – São Manuel – Rel. Dês. Luiz Tâmbara – j. 19/09/2000).
MULTA - Poluição - Município - Admissibilidade - Ausência de quebra de autonomia constitucional - Pessoa jurídica de direito público interno que não está imune ou isenta do cumprimento da lei - Recursos não providos. A municipalidade

não é imune às sanções previstas na legislação que cuida do meio ambiente, e imposta por outra entidade de direito público. Aliás, o art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81 define a figura do poluidor como sendo pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental. (Tribunal de Justiça de São Paulo - Relator: Hermes Pinotti - Apelação Cível n. 228.078 -2 - Itanhaém – 05/04/1994).

Por derradeiro, lembre-se que a Lei nº 9.433/97, que trata da Política Nacional de Recursos Hídricos, exige em seu art. 12, III, outorga para o *lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final*. Essa exigência foi expressamente reiterada pelo parágrafo único do art. 4º da Lei nº 11.445/07. Assim, aquele que não dispuser de outorga para tal fim e utilizar recursos hídricos para o lançamento de efluentes estará incurso na infração administrativa prevista no art. 49, II, da Lei nº 9.433/97, ficando sujeito a sanções que variam entre advertência, multa e embargo de atividades.

6.9.4 – CONCLUSÕES

- O lançamento de esgotos *in natura* nas coleções hídricas brasileiras tem-se mostrado um grave e preocupante problema, gerando conseqüências desastrosas para o meio ambiente e para a saúde de nossa população.
- O ordenamento jurídico vigente não concebe a poluição das águas brasileiras pelo lançamento de esgotos sem prévio tratamento.
- O Ministério Público e os demais órgãos responsáveis pela tutela da qualidade ambiental e da saúde pública têm o dever de lançar mão de todos os instrumentos necessários para a responsabilização dos degradadores e para a cessação das atividades que implicam a poluição de nossos recursos hídricos pelo lançamento de esgotos *in natura*.

6.9.5 – ROTEIRO SIMPLIFICADO DE ATUAÇÃO MINISTERIAL

Chegando ao conhecimento do Promotor de Justiça a ocorrência de lançamento pelo poder público de esgotos em cursos hídricos, sem prévio tratamento, deverá o órgão do Ministério Público:

- Instaurar, por portaria, inquérito civil a fim de verificar se o Município dispõe de sistema de tratamento de seus efluentes sanitários, determinando o cumprimento das seguintes diligências:
 - Oficiar o Município requisitando o envio de informações sobre o atual sistema de coleta e tratamento de esgotos, inclusive cópia de eventual legislação municipal pertinente e de contrato de concessão dos serviços públicos, se existente;
 - Notificar o Prefeito municipal e tomar por termo as suas declarações sobre o tema em apuração.

- Oficiar ao órgão técnico que tenha condições de analisar a situação do sistema de coleta e tratamento dos dejetos mediante resposta à quesitação específica (modelo abaixo).³⁸¹
2. Detectada a ausência ou a deficiência de sistema de coleta ou tratamento de efluentes líquidos e os danos ambientais pela perícia técnica a que alude o item *supra*, o Promotor de Justiça deverá tomar as medidas que lhe competem para a responsabilização do agente degradador, mediante a assinatura de termo de ajustamento de conduta³⁸² (solução sempre preferível) ou de ação civil pública.
3. Os fatos ilícitos apurados devem ser comunicados aos órgãos ambientais competentes (FEAM, IGAM, IEF, ANA etc.) para adoção das medidas administrativas pertinentes.
4. No que diz respeito à responsabilidade penal por crime ambiental, caberá ao órgão local do Ministério Público expedir ofício à Procuradoria de Crimes de Prefeitos Municipais para cientificá-la da prática de crime (Lei nº 9.605/98, art. 54) pelo chefe do Poder Executivo municipal, encaminhando as peças correlatas. Não sendo o caso de agente com foro por prerrogativa de função, o Ministério Público de primeiro grau deverá oferecer denúncia. Ressalte-se que mesmo as pessoas jurídicas de direito privado responsáveis pela degradação (concessionárias, por exemplo) poderão ser denunciadas, nas hipóteses do art. 3º da Lei nº 9.605/98.

Modelo de Quesitos

1. Existe no Município de ____ rede pública de coleta de esgoto? Se positivo, tal rede atende toda a população?
2. Quem é o responsável pela efetiva operação do sistema de esgotamento sanitário na sede do Município e demais localidades? Em caso de haver concessão a terceiros, qual a duração da concessão e em que termos ela se dá? Juntar contrato.
3. Existe tratamento do esgoto produzido no Município como determinado pela Lei estadual nº 2.126, de 20 de janeiro de 1960, e pelo art. 49 da Lei estadual nº 13.317/99? Especifique todo o processo de tratamento, se existente.
4. Qual o volume de esgoto tratado e não tratado no Município em m³/dia?
5. Existe licenciamento ambiental para tratamento de esgoto do Município, expedido pelo órgão ambiental competente (FEAM)? Em caso afirmativo, juntar cópia da licença.

³⁸¹ Quando a COPASA não for a concessionária do serviço público, ela poderá realizar a perícia para o Ministério público, conforme convênio com a Procuradoria-Geral de Justiça. Nos demais casos, a Divisão de Saneamento da FEAM, o IGAM, instituições conveniadas ou a CEAT poderão ser acionados.

³⁸² A celebração de ajuste não eximirá os agentes públicos municipais da responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, nos termos do § 3º do art. 225 da Constituição da República c/c art. 14 da Lei nº 6.938/81, e pelos eventuais atos de improbidade administrativa perpetrados (Lei nº 8.429/92).

6. No caso de haver tratamento do esgoto, tal processo atende toda a população? Qual o percentual de localidades não atendidas?
7. Onde é lançado o esgoto, com ou sem tratamento? Especifique qual rio ou curso d'água, canal, lagoa ou solo e se há outorga concedida para tanto.
8. Qual a classificação, o enquadramento e a condição do(s) corpo(s) receptor(es)?
9. Há lançamento de esgotos em galerias e rede de águas pluviais?
10. Os efluentes lançados no corpo receptor atendem às exigências e aos padrões estabelecidos pela Deliberação Normativa COPAM nº 10/86, pela Resolução CONAMA nº 357/2005 e pelas demais normas pertinentes?
11. Quais os principais usos a jusante do principal corpo receptor? (captação para consumo, recreação, irrigação etc.)?
12. Como e onde se dá o lançamento dos efluentes líquidos produzidos em indústrias, abatedouros, laticínios, hotéis, hospitais e comércio na rede de esgoto?
13. Quais os principais riscos e danos gerados em desfavor do meio ambiente e da saúde pública que foram constatados?
14. Existe cobrança pelo serviço de esgotamento? Em caso positivo, como é feita a cobrança? Juntar, se possível, cópia de documento comprovando a cobrança.
15. Outros esclarecimentos julgados necessários.

6.10 – O MINISTÉRIO PÚBLICO E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Promotora de Justiça Luciana Imaculada de Paula

*Uma coisa está certa quando tende a preservar a integridade, estabilidade e beleza da comunidade bioética. Está errada quando tende a fazer o contrário.*³⁸³

6.10.1 – INTRODUÇÃO

Em dias atuais, em que muitos problemas ambientais atingiram níveis transfronteiriços e alarmantes, destacando-se a destruição da camada de ozônio, o aquecimento global, a poluição das águas doces (superficiais e subterrâneas) e dos mares, o desmatamento e a perda de biodiversidade de plantas e animais, o grande desafio da humanidade tem consistido em compreender proteção ambiental e desenvolvimento como metas compatíveis e necessárias, em superação ao entendimento de que o homem é um ser separado da natureza e que defender um significa sacrificar o outro ³⁸⁴. Nesse cenário, em virtude de seu cunho fortemente preven-

³⁸³ LEOPOLD, Aldo. A ética da Terra. In: MEADOWS, Donella H. **Conceitos para se fazer educação ambiental**. 2. ed. Tradução e adaptação de Maria Julieta A. C. Penteado. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, 1997. p. 45.

³⁸⁴ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. **Geo Year book 2004/5**. Disponível em: <http://www.unep.org/geo/yearbook/yb2004/>. Acesso em: 20 set. 2006.

tivo, o licenciamento ambiental destaca-se como instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente na busca pela compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, I, da Lei nº 6.938/1981).

Entretantes, em território nacional, a divulgação de grandes projetos de infra-estrutura pelo governo federal vem provocando o acirramento de debates sobre o tema, em meio aos quais o licenciamento tem sido aclamado como o maior entrave para o desenvolvimento econômico do país. Nesse contexto, em que recrudescem os esperados conflitos entre os interesses econômicos, sociais e ambientais, a atuação do Ministério Público nesta seara tem sido cada vez mais requisitada. Seja como integrante da estrutura licenciadora, numa atuação de inegável expressão preventiva, seja como fiscal do devido procedimento legal da regularização administrativa ambiental, ou mesmo no período pós-licenciamento, a atuação ministerial nessa seara revela-se necessária e expressiva.

Os desafios para o desenvolvimento dessas atribuições são grandes. A inicial dificuldade consiste em compreender as peculiaridades técnicas que envolvem cada empreendimento. Também não tem sido tarefa fácil assimilar a intrincada estrutura normativa que rege a matéria, composta por um sem número de portarias, deliberações normativas, decretos, leis, resoluções, que emanam em profusão de todas as esferas legislativas.

Em amparo ao exercício dessa atribuição, mas sem a pretensão de esgotar o tema, o presente trabalho buscará definir o cenário da regularização administrativa ambiental especialmente em âmbito estadual, bem como identificar os seus pontos mais vulneráveis.

6.10.2 – NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL

A incursão no tema exige, antes de tudo, que se faça uma análise da essência dessa figura jurídica tão controversa. A discussão não é desprovida de importância prática, pois como pondera Daniel Fink:

[...] conforme a conclusão a que se chegue sobre a natureza jurídica, se vislumbram conseqüências diversas: se o órgão competente pode ou não recusar a licença; em que circunstância poderia recusá-la, a duração dessa licença; se pode haver a retirada do ato administrativo, sob que formas e em que condições, e as conseqüências jurídicas e econômicas dessa retirada.³⁸⁵

Há tempos que a configuração da natureza jurídica da licença ambiental vem gerando debates acalora-

dos na doutrina, que busca definir se se trata mesmo de licença, de autorização ou de permissão, segundo conceitos estabelecidos pelo Direito administrativo. Deve ser alertado, no entanto, que a legislação ambiental faz uso dos termos *licença* e *autorização* inadvertidamente, sem nenhum compromisso com o sentido técnico dos vocábulos. Cite-se, à guisa de exemplo, a previsão do art. 14 da Lei nº 5.197/1967, que permite a concessão a cientistas pertencentes a instituições científicas licença especial para a coleta de material da fauna silvestre destinado a fins científicos, em qualquer época. A utilização do termo *licença* pode ser considerada imprópria, visto que se a fauna, seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades da União, sendo seu recolhimento considerado proscrito pelo ordenamento jurídico. Logo, não há que se falar em direito subjetivo à coleta desses materiais, de sorte que o exercício da atividade deverá ser autorizado e não, licenciada, porque a autorização é ato discricionário e, em regra, precário, não pressupondo direito subjetivo a ser exercitado. A respeito, pontuou José Afonso da Silva:

O direito ao exercício da atividade autorizada nasce com a outorga da autorização. Ao contrário, ela pressupõe uma proibição geral, expressa ou decorrente do sistema, ao exercício da atividade. Sua outorga consiste, assim, em remover esse obstáculo em favor de alguém, por razões de conveniência ou de mera liberalidade da Administração.

Em sede doutrinária, três posicionamentos a respeito da natureza jurídica da licença ambiental destacam-se. Para alguns estudiosos, dentre os quais pode ser citado Paulo Affonso Leme Machado³⁸⁶ a Constituição da República, em seu art. 170, parágrafo único, estabeleceu um sistema de licenciamento ambiental com características peculiares ao regime das autorizações. Nessa perspectiva:

Não há na licença ambiental o caráter de ato administrativo definitivo; e, portanto, com tranqüilidade, pode-se afirmar que o conceito de *licença*, tal como o conhecemos no Direito Administrativo brasileiro, não está presente na expressão *licença ambiental*.³⁸⁷

O posicionamento em comento foi acolhido julgado do TJSP que segue transcrito abaixo:

O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o § 1º de seu art. 10 fala em pedido de renovação

³⁸⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 249.

³⁸⁷ No mesmo sentido: MUKAI, Toshio, **Direito Ambiental Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 81; FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba, Juruá, 1993, p. 63; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996. p. 88; OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **O Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Iglu, 1999. p. 37-275. In: MACHADO, 2002, p. 249.

³⁸⁵ Fink, Daniel Roberto; Jr., Hamilton Alonso; Dawalibi, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 10.

de licença, indicando, assim, que se trata de autorização, pois se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação. [...] Querer o contrário é postular que o Judiciário confira à empresa um cheque em branco, permitindo-lhe que, com base em licenças concedidas anos atrás, cause toda e qualquer degradação ambiental.³⁸⁸

Deve ser salientado que a própria legislação infra-constitucional, sem embargo das reiteradas impropriedades conceituais, não descarta dessa linha de raciocínio. E a maior demonstração desse posicionamento é a determinação de prazos para renovação e revisão da licença ambiental³⁸⁹.

Em sentido contrário, posicionam-se José Afonso da Silva,³⁹⁰ Édis Milaré³⁹¹ e Daniel Fink, para quem “[...] a licença ambiental tem natureza jurídica mesmo de licença, no sentido que o direito administrativo lhe atribui”. Para o primeiro autor, a licença ambiental resulta de um direito subjetivo do interessado que, para seu exercício, deverá demonstrar o cumprimento cabal de todas as exigências legais pertinentes e, ao fazê-lo, a administração não poderá negar concessão.³⁹²

Uma terceira proposta surge com Lúcia Valle Figueiredo³⁹³, para quem o exercício do direito subjetivo advindo com a licença ambiental submetete-se à cláusula *rebus sic stantibus*. Nessa perspectiva, a relação jurídica instituída pela licença ambiental somente prevalecerá se mantidas as condições prevalentes à época de sua expedição. Vale dizer: havendo modificações nas condições iniciais da licença, estaria autorizada a sua alteração ou retirada.

6.10.3 - COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

6.10.3.1 - COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Competência é o poder de ação e de atuação, envolvendo, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas, bem como os meios de ação necessários para a sua efetivação. Dentro de um Estado soberano, a distribuição de competência

pode ocorrer de forma centralizada, ou mediante modelos que contemplem a descentralização política, como no sistema federativo, no qual ocorre a divisão de atribuições entre os entes no espaço territorial.

De acordo com a doutrina clássica, Estado Federal é aquele que tem seus alicerces calcados na premissa de descentralização política, caracterizando-se pela existência de dois níveis de poder, o central, representado pela União, e o poder federado, pelos Estados-membros. Para M. Mouskheli, o que caracteriza o Estado Federal é a existência, no mesmo território, de dois grupos de governantes: os centrais e os locais, correspondendo os primeiros ao Estado Federal, e os segundos, aos Estados-membros. Define-os do seguinte modo:

O Estado federal é um Estado que se caracteriza por uma descentralização de forma especial e de grau elevado que se compõe de coletividades-membros dominadas por ele, mas que possuem autonomia constitucional bem como participam da formação da vontade federal, distinguindo-se desta maneira de todas as demais coletividades públicas inferiores.³⁹⁴

O Estado Federal brasileiro, desprezando a técnica pura do federalismo, está constitucionalmente cunhado como a união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º). Como se infere do texto constitucional, restou estabelecido um terceiro nível de poder representado pelos municípios. Para José Afonso da Silva, no entanto, *o Município é um componente da federação, mas não entidade federativa*.³⁹⁵

O quadro de competência desenhado pela Constituição da República define as atribuições conferidas a cada ente federado, com ênfase no que se convencionou chamar de *federalismo cooperativo*. Observada tal premissa, a Carta Magna distinguiu as competências dos entes federativos.

No tema meio ambiente, foram distribuídas competências administrativas comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, CF/88) e competências legislativas concorrentes à União, aos Estados e Distrito Federal (art. 24, CF/88). Deve ser observado, no entanto, que a previsão do art. 30 da Constituição Federal, que atribui competência legislativa aos Municípios para disciplinar assuntos de interesse local, termina por criar uma hipótese de competência concorrente ou residual, conforme o caso. Recorde-se ainda que os Municípios podem suplementar a legislação federal e estadual (art. 30, II, CF/88).

³⁸⁸ TJSP, 7ª C., AR de Ação Civil Pública 178.554-1-6, rel. Dês. Lei Cintra, j. 12/05/1993 (Revista de Direito Ambiental 1/200-203, janeiro-março de 1996).

³⁸⁹ Vide art. 18 da Resolução Conama nº 237/1997.

³⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 278.

³⁹¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 204. p. 484.485.

³⁹² FINK, 2002, p. 10.

³⁹³ FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 168.

³⁹⁴ MOUSKHELI, M. **Teoria jurídica do Estado Federal**. Trad. Do original francês por Armando Lázaro y Ros, México, Nacional, 1981, p. 149; apud MUKAI, Tostio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 14.

³⁹⁵ SILVA, 2000, p.106.

6.10.3.2 - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA AMBIENTAL

Nessa ordem de idéias, a Constituição Federal atribui competência legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para questões relativas ao meio ambiente natural e cultural (art. 24, VI e VII, CF/88). Assim é que, no âmbito da legislação concorrente, cabe à União traçar as normas gerais (art. 24, § 1º, CF/88), enquanto os Estados e o Distrito Federal cuidarão de suplementar essas normas gerais. Não havendo lei federal sobre normas gerais, os Estados poderão exercer competência legislativa plena, para atender suas peculiaridades (art. 24, § 3º, CF/88).

Como lembra Lúcia Valle de Figueiredo,

[...] quanto à competência concorrente da União para legislar sobre certas matérias, discriminadas no art. 24, dúvidas podem assaltar no tocante à expressa disposição de legislar sobre normas gerais (§ 1º do art. 24).³⁹⁶

Para a mesma autora, a solução é que União discipline somente normas gerais, estritamente dentro do campo do interesse nacional. É evidente a dificuldade de se delimitar o alcance das *normas gerais*. Não sendo objetivo deste trabalho a análise mais acurada das controvérsias sobre este tema específico, será suficiente transcrever as considerações da Prof.^a Lúcia Valle de Figueiredo:

As normas gerais, para nós, possuem características diferenciadas das normas, com hierarquia normativa inibitória ao legislador ordinário, se estadual ou municipal, de disporem de forma diferente. E as matérias, que devam ser objeto de normas gerais, não podem ser legisladas por outros entes políticos, a não ser, nas hipóteses constitucionais de suplementação (art. 24, § 2º, da Constituição).³⁹⁷

Nessa orientação, pode-se afirmar que a *hierarquia normativa inibitória* das normas gerais incidirá precipuamente para impedir que o legislador estadual ou municipal, no exercício de sua competência legislativa suplementar, venha estabelecer normas menos protetivas ao bem ambiental. Vejamos o entendimento autorizado de Fiorillo:

Dessa forma, podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um *teto* de proteção. Com isso, oportuno frisar que os Estados e Municípios *jamais poderão legislar*, de modo a oferecer *menos proteção* ao meio ambiente do que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumpre, tão-só, fixar regras gerais.³⁹⁸

Compreende-se, portanto, que a competência legislativa em matéria ambiental sempre visará à maior e mais efetiva preservação do meio ambiente, independentemente do ente político que a execute, porquanto todos receberam da Carta Constitucional aludida competência (arts. 24, V, VI e VII, e 30, II).

6.10.3.3 - COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Se o regramento constitucional sobre a competência legislativa em matéria ambiental, inteiramente disciplinado na Carta Maior, possibilita controvérsias, a repartição da competência administrativa ambiental³⁹⁹ ainda provoca maiores contendas. Isto se deve, sobretudo, à ausência de regulamentação do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal⁴⁰⁰, que determina a fixação, por meio de lei complementar, de normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações de proteção do meio ambiente.

Nos termos do regramento atual, portanto, até que seja editada a lei complementar, existe uma verdadeira gestão compartilhada e solidária entre os entes federativos, que impõe a cada um o dever de exercer plenamente a competência constitucional de proteção (art. 23, VI, CF/88). Ocorre que essa gestão compartilhada não vem sendo conduzida de maneira suficientemente harmoniosa pelos entes federativos. Desse desacerto decorrem evidentes prejuízos ao meio ambiente, provocados especialmente pela ausência de um programa eficiente de fiscalização e controle. Observa-se que, na prática, a função de controle é exercitada por puro casuísmo, sendo comum o completo esquecimento de setores econômicos ou, por vezes, a fiscalização intensa de outras atividades.

Noutro pólo, a legislação infraconstitucional veda a sobreposição de instâncias em sede de licenciamento ambiental. Na dicção dos arts. 10 da Lei nº 6.938/81 e 7º da Resolução CONAMA nº 237/97, o licenciamento ambiental tramitará perante um único nível de governo, sendo proscrito mais de um licenciamento para o mesmo empreendimento. Neste caso, a dificuldade tem sido definir, no caso

62.

³⁹⁹ Esclareça-se que dentre as competências de execução ou implementadoras inserem-se as funções administrativas de regularização ambiental, aí compreendidas as atribuições de licenciamento, controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras.

⁴⁰⁰ No ano de 2006, a então Ministra do Meio Ambiente Marina Silva apresentou ao Presidente da República uma minuta de lei complementar estabelecendo a regulamentação do parágrafo único do art. 23 da CF/88. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/projetos/EXPMOTIV/MMA/2007/62.html>. Acesso em: 07 jun. 2008.

³⁹⁶ FIGUEIREDO, 2003, p. 07.

³⁹⁷ FIGUEIREDO, 2003, p. 12.

³⁹⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.

concreto, qual o ente federativo responsável pelo licenciamento ambiental de certa obra ou atividade. Como saída para o problema, a maior parte da doutrina propõe a aplicabilidade do princípio geral da predominância do interesse como critério seguro para a determinação da competência material⁴⁰¹. Porém, como a indicação do interesse não ocorre pela área de implantação ou operação do empreendimento, mas sim pelo raio de influência ambiental do projeto, a dificuldade tende a remanescer, porque, como lembra Paulo de Bessa Antunes, a

[...] definição da área de influência é uma das tarefas mais inglórias em matéria de estudos ambientais. A enorme inter-relação entre todos os componentes da biosfera faz com que os atos praticados localmente repercutam globalmente.⁴⁰²

Nesse quadro, como é de se esperar, a todo o momento surgem conflitos entre os entes federativos, que a cada momento reivindicam para si ou julgam-se incompetentes para exercer a função licenciadora.

Para encerrar a questão, consideraremos, em termos práticos, que as regras infraconstitucionais indicam responsabilidade principal dos Estados federativos pelo licenciamento ambiental, restando à União e aos Municípios uma função meramente residual. Seguindo essa orientação, fica estabelecida a seguinte sistematização:

- a) O Estado Federativo é responsável pela maior parte das atividades de adequação ambiental, especialmente obrigando-se a licenciar empreendimentos e atividades localizadas ou desenvolvidas em mais de um Município ou em unidades de domínio estadual, localizados em florestas e áreas de preservação permanente, ou cujos impactos diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais municípios, além de outras quaisquer que tenham sido delegadas pela União (arts. 5º e 10º da Resolução CONAMA nº 237/97).
- b) A atividade licenciadora do Ibama está restrita a atividades e obras com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, assim considerado o projeto que afetar mais de um Estado da Federação (art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938/81 e art. 10 da Resolução CONAMA nº 237/97), salvo quanto ao licenciamento de usinas nucleares, que exerce com exclusividade (art. 21, XXIII, CF/88).
- c) O Município poderá promover licenciamento ambiental somente de obras de atividades que gerem interesse predominantemente local (art. 6º da Resolução CONAMA nº 237/97).

⁴⁰¹ O projeto de lei complementar para regulamentação do art. 23 da CF/88 adota vários critérios definidores da competência administrativa ambiental, dentre eles, o da titularidade da área a ser executado o empreendimento, o raio de influência ambiental e a natureza da atividade.

⁴⁰² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7 ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 329.

6.10.4 – O LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM MINAS GERAIS

6.10.4.1 - O CONSELHO ESTADUAL DE POLÍTICA AMBIENTAL (COPAM)

No Estado de Minas Gerais, a competência para os atos de licenciamento ambiental foi atribuída ao Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM), órgão criado pelo Decreto Estadual nº 18.466/77 como Comissão Estadual de Política Ambiental. Atualmente, a estruturação e funcionamento do COPAM estão disciplinados pelo Decreto nº 44.667/07 e pela Lei Delegada nº 178/07.

O COPAM é um órgão colegiado, normativo, consultivo e deliberativo, que se subordina à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD). A sua estrutura, fundamentada em um sistema colegiado, consagrou a fórmula do gerenciamento participativo, inovando a forma de organização de conselhos governamentais.

Com a edição do Decreto Estadual nº 26.516/87, a Procuradoria-Geral de Justiça ganhou assento permanente no referido Conselho. Porém, foi desde a recente reformulação do Sistema Estadual de Meio Ambiente que a PGJ obteve representatividade em todas as instâncias julgadoras do Copam, passando a integrar completamente a estrutura licenciadora do Estado, com oportunidade de participar da análise e julgamento dos requerimentos de licença ambiental.

Trata-se de uma atribuição extremamente desafiadora por exigir que o exercício das funções inerentes ao Conselho seja compatibilizado com as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, CF/88). A realidade é que a assunção dos riscos tem mostrado ser vantajosa, tendo em vista inúmeras possibilidades de atuação preventiva de dano no licenciamento ambiental.

6.10.4.2 - ESTRUTURA E MODO DE FUNCIONAMENTO DO COPAM

A estrutura administrativa do COPAM foi recentemente modificada e encontra-se definida no art. 6º do Decreto nº 44.667/07. Compõe-se o Copam da Presidência, Plenário, Câmara Normativa e Recursal, cinco Câmaras Temáticas, Secretaria Executiva e Unidades Regionais Colegiadas (URCs).⁴⁰³

Os pedidos de licença ambiental para a implantação e funcionamento de quaisquer empreendimentos, independentemente de seu porte ou potencial poluidor⁴⁰⁴ são apreciados e decididos no âmbito

⁴⁰³ Dentre outras modificações, a edição do Decreto nº 44.667/07 revogou tacitamente o art. 2º do Decreto nº 44.309/06.

⁴⁰⁴ Na sistemática anterior, o licenciamento ambiental dos empreendimentos de classe cinco e seis tramitava perante

das Unidades Regionais Colegiadas (URCs), em sessões plenárias itinerantes, que se realizam mensalmente, cada vez em um Município de circunscrição da URC⁴⁰⁵. O assessoramento técnico e jurídico das URCs é feito pela SEMAD, por meio das Superintendências Regionais de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, as SUPRAMs, consideradas órgãos seccionais de apoio ao COPAM.⁴⁰⁶

Esclareça-se que atualmente são dez as URCs no Estado de Minas Gerais, sendo que sede e circunscrição de cada uma estão estabelecidas no anexo do mencionado Decreto. Além disso, cada URC é composta por, no máximo, vinte membros designados pelo Presidente do COPAM, observado o critério paritário de representações.

6.10.4.3 - O COPAM E O DIREITO DO AMBIENTE NEGOCIADO

O COPAM representa uma inovação no cenário da política ambiental no país e orgulha-se de ter servido como paradigma para a construção da política ambiental da União. Tal fato deve-se precipuamente ao seu propalado caráter aberto e democrático, supostamente garantido pela composição colegiada e paritária, que agrega setores diversos da sociedade, como setor produtivo, poder público e representantes da sociedade civil organizada.

No entanto, uma análise mais acurada dessa realidade levar-nos-á a duvidar da pureza do sistema. O desequilíbrio representativo, os óbices ao ingresso no Conselho e mesmo o grau de preparo e comprometimento de parte dos conselheiros são realidades inegáveis que impedem a efetiva democratização da participação no COPAM. Além disso, o Copam apresenta uma tendência à formação de padrões e concepções que retiram a objetividade dos julgamentos.

A primeira dessas posturas foi denominada por Eder Jurandir Carneiro como oligarquização, que determina a formação de pequenos núcleos de

a Unidade Central do Copam, por meio das Câmaras Técnicas Especializadas, com sede em Belo Horizonte. Cabia às URC's a análise e julgamento de projetos de até classe quatro. A alteração da estrutura orgânica dos órgãos e entidades da área de meio ambiente ocorreu por meio da Lei Estadual nº 15.972/2006, regulamentada pelo Decreto nº 44.309/06. Posteriormente, sobre o mesmo tema foram editadas as seguintes Leis Delegadas nº 125/07, que dispõe sobre a estrutura básica da SEMAD, nº 156/07, que dispõe sobre a estrutura da FEAM; nº 157/07, que dispõe sobre a estrutura do IGAM nº 158/07, que dispõe sobre a estrutura do IEF; nº 178/2007, que dispõe sobre a reorganização do COPAM. O organograma atual da SEMAD está disponível em <http://www.semad.mg.gov.br>. Acesso em 07/06/2008.

⁴⁰⁵ O regramento dessas reuniões encontra-se definido na DN COPAM nº 30/1998.

⁴⁰⁶ O mapa das SUPRAMs está disponível em: <<http://www.semad.mg.gov.br>>. Acesso em: 07 de jun. 2008.

conselheiros que dominam o Conselho por longos períodos, processo que contribui para o desenvolvimento e estabilização de consensos no campo das decisões.⁴⁰⁷ A aguda percepção do autor é bastante interessante e nos permite observar, no âmbito do Conselho, o desenvolvimento de um padrão denominado por *Osby* de *unanimismo de fachada* (todos amigos do meio ambiente), em face do qual *uniformalizam todos os interesses, miraculosamente conciliados numa ou outra fórmula mágica*.⁴⁰⁸

Como se verá, as evidências do padrão são facilmente identificáveis no relato que se segue. Segundo informado, os debates acalorados do início da formação do Copam foram arrefecidos pela aproximação de agentes que, momentos antes, assumiam posicionamentos antagônicos. Constatou-se ainda que a mudança de padrão nas reuniões do Copam ocorreu simultaneamente à instalação do processo de globalização e a saturação dos mercados internacionais, que provocou o acirramento de disputas entre empresas. Nesse processo, os grandes produtores dos países desenvolvidos pressionam seus governos a adotarem mecanismos de proteção, dentre os quais se destacam as *barreiras ecológicas*.

Para superar essas *barreiras comerciais não tarifárias*, o empresariado mineiro, especialmente siderúrgico e de celulose, evoluiu para uma postura que denota preocupação com a boa conduta ambiental e se externaliza pela adoção de padrões mais limpos de produção. Como se observa, a opção pela adoção de padrões mais limpos de produção não reflete necessariamente preocupação com o equilíbrio dos bens planetários. Antes, tem origem na exigência do mercado internacional para a emissão de certificações que permitem o acesso mais restrito a consumidores. Certo, porém, que a implantação e manutenção desse sistema de gestão demandaram o aporte de recursos financeiros consideráveis, de sorte que, para evitar a *concorrência desleal*, o próprio setor produtivo passa a cobrar que os órgãos ambientais exijam de seus concorrentes a efetivação dos mesmos investimentos, contando com o natural apoio dos ambientalistas. Essa *reorientação* das grandes empresas mineiras permitiu a aproximação entre elas e os ambientalistas do Copam, sensibilizados pela mudança de postura dos empreendedores.

O texto autoral não prossegue com a análise da postura do órgão ambiental nessa parte da história do Copam, mas a edição da DN nº 49/01 fala por

⁴⁰⁷ CARNEIRO, Eder Jurandir. A oligarquização da "política ambiental" mineira. In: **A insustentável leveza da política ambiental** – desenvolvimento e conflitos socioambientais. ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens; PEREIRA, Doralice Barros (org.). Belo Horizonte: Autêntica, 2005. p. 77-80.

⁴⁰⁸ OST, François. **A natureza à margem da lei**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.149.

si mesma. Parece que o órgão ambiental também aderiu a essa perspectiva, que lhe possibilitou, sem maiores atritos, observar todo um setor econômico movimentando-se pela adoção de padrões mínimos de controle, explicitados na norma exaustivamente negociada.⁴⁰⁹

Uma outra concepção em desenvolvimento no âmbito do Copam revela a tendência à superação do padrão de análise da viabilidade ambiental de projetos, que se concentra em verificar a *finalidade do empreendimento vis-a-vis com os seguimentos sociais beneficiados, os potenciais ecológicos de produção do lugar e as condições sociais e culturais das populações envolvidas*⁴¹⁰, para dar lugar ao paradigma da adaptação, que propõe a superação de *problemas* ambientais e sociais que dificultam a consecução de interesses econômicos por meio da adoção de medidas mitigadoras e compensatórias. Sob essa perspectiva, todos os projetos são viáveis, desde que sejam propostas as alternativas técnicas adequadas para a mitigação e compensação dos danos ambientais.

O discurso tem seduzido a *bancada ambientalista* do Copam que, desanimada pelas sucessivas derrotas do tempo do *tudo ou nada*, sente-se agora confortável pelos inegáveis ganhos ambientais propiciados pelas medidas compensatórias, de compensação e de controle impostas ao empreendedor. Não se deve, porém, duvidar dos riscos da adoção desse padrão. Recorde-se advertência do Prof. Michel Prieur:

A idéia de *compensar* as conseqüências prejudiciais é interessante, mas perigosa. A compensação pode ser técnica ou financeira. Pode ser a instalação de uma cortina de árvores para esconder uma fábrica e atenuar o atentado à paisagem, o financiamento de uma represa, de um criadouro de peixes, de uma reserva natural para compensar a destruição de um espaço frágil ecologicamente. Há então uma espécie de comércio, que consiste em oferecer às populações concernentes uma contrapartida, para fazê-la psicologicamente aceitar o projeto. É nisto que a compensação é perigosa. A proteção do ambiente aí raramente encontra seu valor e o procedimento passa a ser mais um meio de comprar o direito de poluir ou destruir o ecossistema. Dessa forma, poder-se-á justificar qualquer projeto, mesmo aquele que mais destrua o meio natural, porque será sempre possível compensar noutro lugar ou de outra maneira.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Cite-se, por exemplo, a DN COPAM nº 49/2001.

⁴¹⁰ ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens; PEREIRA, Doralice Barros. Desenvolvimento, sustentabilidade e conflitos socioambientais. In: **A insustentável leveza da política ambiental** – desenvolvimento e conflitos socioambientais. ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens; PEREIRA, Doralice Barros (org.). Belo Horizonte: Autêntica, 2005. p.17.

⁴¹¹ PRIEUR, Michel e Henriot, Guy-Claude. **Droit de l'Environnement**. 3 ed. Paris: Dalloz, 1984, 1991, 1996

Tudo isso deixa claro o maior desafio do Ministério Público como ente integrante do COPAM: fazer parte de sua estrutura administrativa, mas sem se deixar cooptar por suas tendências e padrões.

6.10.5 – MUNICÍPIO E LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Como destacado anteriormente, os municípios poderão promover o licenciamento ambiental de obras e atividades de impacto local (art. 6º da Resolução CONAMA nº 237/97). Para tanto, deverão os municípios atender a dois requisitos, um de ordem material e outro de natureza formal.

O requisito material encontra previsão nos arts. 3º e 4º da DN nº 102/2006 do Copam e consiste na disposição de um sistema de gestão ambiental local, que deverá compor-se, dentre outros, da implementação de política municipal de meio ambiente, conselho de meio ambiente normativo, colegiado, consultivo e deliberativo, órgão técnico-administrativo com atribuições em meio ambiente e sistema de licenciamento ambiental.⁴¹² A exigência formal preconiza a necessidade da celebração de convênio de cooperação técnica e administrativa com o Estado federativo, cujas diretrizes encontram-se traçadas na mesma DN nº 102/2006.

As classes de atividades cujo controle e fiscalização ficarão a cargo do Município serão estabelecidas no âmbito do referido convênio, com base na classificação prevista no anexo único da DN COPAM nº 74/2004. Vale mencionar que as exigências materiais são diferenciadas conforme se pretenda licenciar classes um e dois ou classes três e quatro, conforme se depreende dos arts. 3º e 4º da Deliberação em comento.

Esclareça-se, desde logo, ser vedado aos municípios o licenciamento ambiental de projetos enquadrados em classe 5 ou 6, sendo restrita sua atribuição para empreendimentos de classes 1, 2, 3 ou 4. Essa restrição mostra-se bastante pertinente, visto que a influência da implantação e funcionamento dos maiores empreendimentos, em virtude de seu porte e potencial poluidor, certamente ultrapassa limites territoriais do Município licenciador. A situação contrária terminaria por provocar uma incursão indevida na autonomia do Município afetado, que não poderia ser obrigado a submeter-se ao regime de outro.

Além disso, a implantação de um empreendimento de grande porte representa, na maioria das vezes, a maior iniciativa econômica existente na localidade. Desta sorte, não há dúvida de que os órgãos locais, em virtude da proximidade com o empresariado,

apud MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.215.

⁴¹² Vide arts. 3º e 4º da DN COPAM nº 102/06.

estariam mais sujeitos a pressões naturais da atividade, o que poderia comprometer a seriedade da fiscalização e controle. Não se pode olvidar que o caráter transfronteiriço da questão ambiental exige tratamento uniforme e coordenado, incompatível com as fronteiras políticas dos municípios.

Por fim, a permissão não faria sentido diante de toda a recente reformulação do sistema de gestão ambiental mineiro, destinada francamente a propiciar condições para que o Estado dedique-se prioritariamente à fiscalização de obras e atividades de porte significativo. Nos termos da legislação atual, portanto, caberá aos municípios o licenciamento ambiental de empreendimentos enquadrados até em classe 4, desde que preenchidos os requisitos mencionados anteriormente.

Ocorre que grande parte dos municípios mineiros não reúne condições materiais para a celebração do convênio de cooperação com o Estado, condição indispensável para o início de atividades de licenciamento ambiental. Na verdade, em termos de gestão ambiental, a situação dos municípios de Minas Gerais não difere muito da realidade constatada no restante do país pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁴¹³. Segundo apurado, no ano de 2002, somente 6% dos municípios possuía secretarias encarregadas exclusivamente do meio ambiente. A pesquisa revelou ainda que, na maioria dos municípios brasileiros, o quadro institucional exclusivo para cuidar do meio ambiente é frágil, com escassos órgãos exclusivamente dedicados à área, raras leis específicas sobre o tema, composto de um pequeno e pouco qualificado conjunto de servidores para tratar do assunto e poucos recursos empenhados.

6.10.6 – EMPREENDIMENTOS PASSÍVEIS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Toda atividade humana provoca, em maior ou menor intensidade, alterações nas qualidades ambientais. Certo, porém, que somente parte dessas iniciativas deverá submeter-se ao licenciamento ambiental. Nos termos do art. 10 da Lei nº 6.938/81, três espécies de obras ou serviços estão sujeitas ao licenciamento ambiental, a saber: a) utilizam recursos ambientais, b) são considerados efetiva e potencialmente poluidores; c) são capazes de causar degradação ambiental.

Sem pretender esgotar a lista de atividades com as características apontadas pela Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, o CONAMA especificou algumas que devem sujeitar-se ao licenciamento, conforme previsão do Anexo I da Resolução nº 237/97, cujo rol é meramente exemplificativo.

O órgão ambiental estadual definiu, por meio da DN COPAM nº 74/2004, os critérios de exigibilidade, detalhamento e complementação do Anexo I da mencionada Resolução,⁴¹⁴ levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade. Segundo o regramento estadual, empreendimentos e atividades passíveis de licenciamento ambiental são distribuídos em seis classes, conforme exame conjugado de seu porte e potencial poluidor. O potencial degradador do empreendimento é considerado pequeno (P), médio (M) ou grande (G), em função das características intrínsecas da atividade, ou seja, de seu poder impactador sobre as variáveis ambientais: ar, água e solo. Por questões práticas, incluíram-se no potencial poluidor sobre o ar os efeitos de poluição sonora, e sobre o solo os efeitos nos meios bióticos e socioeconômicos. O porte do empreendimento, por sua vez, também é considerado pequeno (P), médio (M) ou Grande (G), conforme os limites fixados para indicadores variados, como produção, vazão, área útil do empreendimento e número de empregados.

A conjugação desses dois parâmetros (porte e potencial poluidor) indicará a classe do empreendimento (1,2,3,4,5,6), ficando assim definido:⁴¹⁵

- Classe 1**
pequeno porte e pequeno ou médio potencial poluidor
- Classe 2**
médio porte e pequeno potencial poluidor
- Classe 3**
pequeno porte e grande potencial poluidor ou médio porte e médio potencial poluidor
- Classe 4**
grande porte e pequeno potencial poluidor
- Classe 5**
grande porte e médio potencial poluidor ou médio porte e grande potencial poluidor
- Classe 6**
grande porte e grande potencial poluidor

6.10.7 – DEFINIÇÃO DO POTENCIAL DEGRADADOR

Uma das questões mais relevantes no curso da regularização administrativa ambiental talvez seja alcançar a definição correta do potencial degradador que alguma atividade humana poderá causar sobre os meios físico, social e biótico. Para o Prof. Luis Enrique Sánchez a determinação do potencial de uma obra ou ação humana sobre o meio ambiente depende da valoração conjugada de duas ordens de fatores, a saber:⁴¹⁶

⁴¹⁴ Vide § 2º do art. 2º da Resolução CONAMA nº 237/1997.

⁴¹⁵ Fonte: SEMAD. Acesso em: 07 jun. 2008. Disponível em: <http://www.semاد.mg.gov.br>

⁴¹⁶ SANCHÉZ, Luis Enrique. **Avaliação de Impacto Ambiental**: conceitos e métodos. São Paulo: Oficina de Tex-

⁴¹³ Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/meio_ambiente_2002/meio_ambiente_2002.pdf. Acesso em: 28 maio 2008.

- a) a sobrecarga imposta ao ecossistema pela obra ou ação humana;
- b) a vulnerabilidade do meio.

Segundo o mesmo autor, a

[...] confrontação da solicitação (ou pressão) imposta pelo projeto com a vulnerabilidade do ambiente definirá a resposta do meio. Projetos que impliquem uma grande solicitação sobre um ambiente de alta vulnerabilidade (ou baixa capacidade de suporte) representarão um alto potencial de impactos significativos.⁴¹⁷

E, concluindo:

Assim, o potencial de impacto ambiental resulta de uma combinação entre a solicitação (característica inerente ao projeto e seus processos tecnológicos) e a vulnerabilidade do meio. Tal combinação se dá em uma relação direta, [...], quanto maior a solicitação e maior a vulnerabilidade, maior o potencial de impactos. Inversamente, quanto maior a solicitação e maior a resiliência do ambiente, menor o potencial de impactos. Não é o potencial de impacto que é inerente ao projeto e sim a solicitação ou pressão que ele pode exercer sobre os recursos ambientais.

Não obstante a clareza do citado professor, a caracterização do potencial degradador no curso do procedimento de licenciamento ambiental nem sempre é feita com facilidade, porque, enquanto certas atividades humanas são sabidamente causadoras de degradação ambiental significativa e outras impactam o ambiente de forma insignificante, há determinados projetos que se estabelecem numa zona intermediária, o que impede que a definição de suas externalidades ambientais negativas seja feita sem uma análise técnica mais acurada.

Para maior compreensão do problema, deve-se ter em mente que a determinação do potencial de degradação de uma obra ou atividade humana é feita pelo órgão ambiental antes mesmo da apresentação dos estudos ambientais relativos à proposta. Melhor explicando: com base em informações iniciais do empreendimento prestadas pelo interessado, por meio do preenchimento do formulário integrado de caracterização do empreendimento (FCEL), o órgão ambiental expede o Formulário Integrado de Orientação Básica (FOBI), através do qual segrega a iniciativa em certo padrão e determina os documentos e estudos que devem ser apresentados para o requerimento da licença prévia.

Assim é que se o órgão ambiental entender que a obra ou atividade não possui potencial significativo de degradação ambiental exigirá a apresentação de estudos ambientais⁴¹⁸ menos complexos, como

tos, 2006. p. 112.

⁴¹⁷ SANCHÉZ, 2006, p.112.

⁴¹⁸ Estudos ambientais, na definição dada pela Resolução CONAMA nº 237/97, são todos e quaisquer estudos rela-

o Relatório de Impacto Ambiental (RCA), acompanhado do Plano de Controle Ambiental (PCA),⁴¹⁹ conforme art. 3º, parágrafo único, da Resolução CONAMA nº 237/97.

Por outro lado, o licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos de potencial insignificante de impacto ambiental poderá efetivar-se por meio de procedimento mais simplificado, conforme permissão contida no § 1º do art. 12 da Resolução nº 237/97 do CONAMA.

Por derradeiro, a definição do empreendimento como de significativo impacto ambiental acarretará a imposição de um regime muito mais gravoso, que prevê, dentre outras peculiaridades, a necessária elaboração de estudo prévio de impacto ambiental, a realização de audiência pública e o cumprimento do previsto no art. 36 da Lei nº 9.985/2000 pelo empreendedor.

Percebe-se facilmente a importância jurídica da definição correta do nível de impacto, visto que o enquadramento da atividade humana em significativa ou insignificante é que determina grande parte do regramento jurídico a que estará sujeito o procedimento de regularização ambiental, inclusive no momento posterior ao licenciamento.

Atento aos inconvenientes dessa verdadeira inversão procedimental, o Estado de São Paulo inovou no cenário nacional⁴²⁰ quando, por meio da edição da Resolução SMA nº 42/94, estabeleceu a obrigatoriedade do proponente de apresentar, juntamente com o requerimento de licença prévia, um estudo inicial denominado Relatório Ambiental Preliminar (RAP), que servirá de subsídio para a definição técnica do

tivos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

⁴¹⁹ O **Relatório de Controle Ambiental (RCA)** identifica os impactos efetivos ou potenciais decorrentes da instalação e da operação do empreendimento para o qual está sendo requerida a licença e o **Plano de Controle Ambiental (PCA)** é o documento por meio do qual o empreendedor apresenta os planos e projetos capazes de prevenir e/ou controlar os impactos ambientais decorrentes da instalação e da operação do empreendimento para o qual está sendo requerida a licença, bem como para corrigir as não conformidades identificadas.

⁴²⁰ No cenário internacional, a apresentação de estudos preliminares para o licenciamento ambiental já consta como exigência em alguns países, como Canadá e Espanha. Estudos preliminares, segundo a UNEP são como exames ambientais iniciais e podem ser conceituados como “[...] avaliações ambientais de baixo custo que usam informação já disponível”. *United Nations Environment Programme. Environmental impact assessment training resource manual*. Nairobi/Canberra: UNEP Environment and Economics Unid/Australia Environmental Protection Agency, 1996, p.237.

potencial degradador daquela atividade humana pelo órgão ambiental. Com fundamento nesses estudos, o órgão ambiental poderá: a) indeferir o pedido de licença em razão de impedimentos legais ou técnicos; b) deferir o pedido de licença, com determinação da adoção de medidas mitigadoras e condições para as demais fases do licenciamento; c) exigir a apresentação de outros estudos, como o próprio EIA/RIMA.

A dificuldade natural do tema, somada à inversão procedimental comentada, alia-se ao embaraço provocado pela ausência de critérios técnico-normativos que orientem, de forma geral, a definição do potencial de impacto sobre o meio ambiente, tendo em vista a omissão normativa por parte do CONAMA em cumprir a previsão do art. 17, § 1º, do Decreto nº 99.274/90. Todos os favores destacados têm possibilitado que as definições pautem-se mais pelo subjetivismo que por orientações técnicas. Diante disso, a definição de obra ou atividade como de potencial degradador pouco significativo ou insignificante deverá ser vista sempre com cautela pelo Promotor de Justiça, sendo de bom alvitre exigir, com fundamento no art. 3º da Resolução CONAMA 237/97, que o órgão ambiental motive o ato administrativo, por meio da apresentação de pressupostos fáticos e científicos que o justifiquem.

6.10.7.1 – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE POTENCIAL SIGNIFICATIVO DE IMPACTO AMBIENTAL

Merece ser destacado que, em alguns casos especiais, a legislação ambiental fixa o potencial degradador de uma obra ou atividade humana sobre o meio ambiente. É o caso das obras e atividades listadas na Resolução CONAMA nº 01/86, consideradas intrinsecamente como potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental.⁴²¹ Para

⁴²¹ Art. 2º - Dependência de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; II - Ferrovias; III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso 1, art. 48, do Decreto-Lei nº 32/66; V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV; VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques; VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão); IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração; X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW; XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos); XIII - Distritos

essas atividades haverá, como sustentam Paulo Affonso Leme Machado, Antônio Herman Benjamin e Sílvia Capelli, “[...] verdadeira presunção absoluta de que as atividades previstas na referida resolução são potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente”.⁴²²

A implantação e o funcionamento de empreendimentos em áreas vulneráveis também são atividades definidas pela legislação como potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental. Podem ser citados os seguintes textos normativos: a) Resolução CONAMA nº 13/90, que trata da localização de atividades em perímetro de Áreas de Proteção Ambiental (APA); b) Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que prevê proteção para áreas de ocorrência de Mata Atlântica em estágios avançado e médio de regeneração; b) Decreto Federal nº 99.556/90, específico para áreas de ocorrência de sítios espeleológicos.

É importante recordar que o licenciamento ambiental de todas essas atividades dependerá sempre da elaboração de estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal), não sendo válida sua dispensa pelo órgão ambiental.

6.10.8 – ESPÉCIES DE LICENÇA AMBIENTAL

O Decreto nº 99.274/90, que regulamenta a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, indicou em seu art. 19 as espécies de licença ambiental existentes, que são: licença prévia, licença de instalação e licença de operação. Em seguida, a Resolução CONAMA nº 237/97 cuidou de detalhar as características de cada licença ambiental, conforme transcrevemos abaixo:

a) Licença prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade. Nela são aprovadas a sua localização e concepção, de sorte que, verificada a existência de viabilidade ambiental, são estabelecidos os requisitos e condicionantes para atendimento nas fases seguintes (art. 8º, I)⁴²³. Seu prazo de validade, se-

industriais e zonas estritamente industriais - ZEI; XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental; XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes; XVI - Qualquer atividade que utilize carvão vegetal, derivados ou produtos similares, em quantidade superior a dez toneladas por dia. XVII - Projetos Agropecuários que contemplem áreas acima de 1.000 ha. ou menores, neste caso, quando se tratar de áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental, inclusive nas áreas de proteção ambiental. XVIII - nos casos de empreendimento potencialmente lesivos ao Patrimônio Espeleológico Nacional.

⁴²² MACHADO, 2002, p. 204.

⁴²³ Uma prática reiterada e extremamente nociva é a pos-

gundo o art. 18, I, será, no mínimo, o estabelecido no cronograma do projeto, que não pode ultrapassar cinco anos;⁴²⁴

b) Licença de instalação (LI) – é aquela que autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante (art. 8º, II). Seu prazo de validade, segundo o art. 18, II, será, no mínimo, aquele estabelecido no cronograma, não podendo ser superior a seis anos;

c) Licença de operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação (art. 8º, III). O prazo de validade, neste caso, considerando-se os planos de controle ambiental, terá como limites mínimo e máximo 4 e 10 anos, respectivamente.

6.10.8.1 – LICENÇA DE OPERAÇÃO CORRETIVA

Espera-se que o licenciamento ambiental preceda ao início das atividades potencialmente poluidoras, até porque o texto constitucional fala em estudo *prévio* de impacto ambiental (art. 225, § 3º, CF/88). Todavia, não raro muitos empreendimentos iniciam suas atividades e somente depois buscam sua regularização ambiental. Nesses casos, serão dispensados de licença prévia e licença de instalação, sendo cabível apenas o requerimento de licença de operação corretiva, sem prejuízo das sanções penais,⁴²⁵ administrativas e cíveis cabíveis. Deve ser ressalvado que o requerimento de regularização ambiental dessas empresas dependerá da comprovação da viabilidade ambiental do empreendimento (art. 15 do Decreto nº 44.309/2006).

6.10.8.2 – PRAZO PARA EMISSÃO DA LICENÇA AMBIENTAL

O prazo para a emissão da licença ambiental é de seis meses, contados do protocolo de requerimento até a expedição do certificado ou comunicação do indeferimento. Excetuam-se os casos de obrigatoriedade de apresentação de EIA/RIMA, que exige

tergação de providências a cargo do interessado para a fase seguinte do licenciamento ambiental, por meio da emissão de *licenças condicionadas*. Os inconvenientes da medida são evidentes, chegando ao cúmulo de se autorizar a instalação de empreendimento inviável do ponto de vista ambiental, em razão de certo estudo tem sido relegado para a fase posterior. Ou ainda, consentir com a implantação de uma obra sem prévia análise e aprovação do projeto de estrutura.

⁴²⁴ Advirta-se que na fase de licença prévia são analisadas a viabilidade e localização, que correspondem à etapa de estudo e planejamento do futuro empreendimento, na qual não se concede qualquer direito de intervenção no meio ambiente.

⁴²⁵ Vide arts. 54 e 60 da Lei nº 9.605/98.

a realização de audiência pública, para os quais o prazo será de doze meses. Suspende-se a contagem do prazo para a expedição da licença durante o período de solicitação e apresentação de informações complementares aos estudos, que não poderá exceder a quatro meses.

6.10.9 – RENOVAÇÃO DE LICENÇA DE OPERAÇÃO

Em sede de renovação de licença de operação será exigido o **Relatório de Avaliação de Desempenho Ambiental do Sistema de Controle e demais Medidas Mitigadoras (Rada)**, estudo que tem a finalidade de subsidiar a análise do requerimento de revalidação da LO (art. 3º, I, DN COPAM 17/96).

6.10.10 – ETAPAS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às etapas descritas no art. 10 da Resolução CONAMA nº 237/97, que são:

I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;

III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;

IV - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;

VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

6.10.11 – ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

De caráter ostensivamente preventivo, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, III, da Lei nº 6.938/81) com assento constitucional (art. 225, § 1º, IV, CF/88). Com efeito, nos termos

da Carta Magna, a elaboração do EIA para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente tem como escopo assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio da prevenção dos danos ambientais (art. 225, § 1º, IV, CF/88).⁴²⁶ Como destacado por Édis Milare e Antonio Herman V. Benjamin:

O objetivo central do estudo de impacto ambiental é simples: evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, se revele posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente. Valoriza-se, na plenitude, a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental, expressa no conhecido apotegma: *é melhor prevenir que remediar (mieux vaut prévenir que guérir)*.⁴²⁷

A exigência constitucional de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental foi reproduzida pelo art. 3º da Resolução CONAMA nº 237/97, sendo que tanto a previsão normativa quanto o texto constitucional estabeleceram um critério genérico como fator de determinação da exigência do EIA para instalação ou funcionamento de obra ou atividade, a saber, o potencial significativo de degradação ambiental, assim definido pelo órgão ambiental por ocasião do requerimento da licença prévia.

Sem embargo dessa orientação, algumas normas infraconstitucionais definem atividades cujo licenciamento ambiental dependa da obrigatoriedade da elaboração do EIA. Nesses casos, será inadmissível a dispensa do estudo pelo órgão ambiental, tendo em vista o estabelecimento de presunção legal de significativo potencial de degradação ambiental, que vincula a atuação do agente público.⁴²⁸ Sintetizando a questão, Herman Benjamin e Édis Milare distinguem duas situações:

[...] a primeira, que apresenta um rol de atividades onde a significância é presumida, vinculando o administrador que, preso à lei, não pode transigir. A segunda, que engloba os casos rebeldes à previsão legal específica, cuja apreciação, seja para determinar ou dispensar o estudo, fica entregue ao poder discricionário – mas não arbitrário – do órgão de gestão ambiental.

⁴²⁶ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.086-7, pronunciou a inconstitucionalidade do art. 182, § 3º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que dispensava a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, por entender que a previsão criava exceção incompatível com o art. 225, § 1º, IV, CF/88.

⁴²⁷ MILARÉ, Édis e BENJAMIN, Antonio Herman V. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental**: teoria, prática e legislação. São Paulo: RT, 1993, p. 13.

⁴²⁸ Lei nº 6.830/80; Resoluções CONAMA nº 13/90; nº 01/86; nº 11/86 e nº 10/88, Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006 e Decreto Federal nº 99.556/90.

Em ambas as situações, portanto, conforme adverte Paulo de Bessa Antunes, a licença concedida sem prévia elaboração do EIA é nula de pleno direito, cabendo ao Poder Judiciário declarar tal nulidade, se provocado por parte legitimamente interessada.⁴²⁹

6.10.11.1 – CONTEÚDO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

A regulamentação básica do EIA encontra-se definida na Resolução nº 01/86 do CONAMA, que estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais. Esclareça-se que a elaboração do EIA é de responsabilidade do empreendedor, que deve suportar todas as despesas referentes à sua realização (art. 8º da Resolução CONAMA nº 01/86). Apesar da revogação do art. 7º da citada Resolução, permanece a necessidade de habilitação legal dos profissionais encarregados do EIA e a responsabilidade deles em conjunto com o empreendedor pelas informações técnicas apresentadas, que se sujeitarão, eventualmente, a sanções administrativas, civis e penais (art. 11 da Resolução CONAMA nº 237/97).

Tendo em vista a complexidade de suas análises, o EIA deverá ser elaborado por equipe multidisciplinar, respeitadas as diretrizes traçadas no art. 5º da mesma Resolução, a saber:

- I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;
 - II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;
 - III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;
 - IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.
- Os requisitos técnicos mínimos do EIA estão definidos no art. 6º do texto normativo, podendo ser citados:

- I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando o meio físico, biológico e social;
- II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e si-

⁴²⁹ ANTUNES, 2005, p. 316.

nérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais;
III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos), indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

O detalhamento minucioso e completo da citada Resolução, contudo, não tem impedido que, de forma geral, os EIA/RIMA's sejam apresentados evitados de erros ou sejam apontados como insuficientes pelo órgão ambiental, que se vê obrigado a requisitar a apresentação de informações complementares. Como observa Andréa Zhouri, “[...] o uso da retórica técnico-científica nos EIA/RIMAs não obscurece o fato de que eles têm se apresentando freqüentemente vazios de informações básicas consistentes”.⁴³⁰

Em termos práticos, o Ministério Público Federal⁴³¹ catalogou as deficiências mais comuns do EIA/RIMA, destacando-se:

- Definição incorreta da área de influência do empreendimento;
- Concepção parcial do empreendimento;
- Diagnóstico incompleto e sua postergação, através de *condicionantes*, para fases posteriores do licenciamento, a impossibilitar a oportuna verificação da viabilidade do empreendimento;
- Desconsideração dos impactos sócio-culturais (sic.);
- Desconsideração dos impactos sinérgicos e cumulativos;
- Abordagem pontual de empreendimentos cujos impactos devem ser considerados à vista da atividade como um todo;
- Não avaliação das relações de dependência entre a sociedade local e os recursos ambientais, assim como quanto a potencial utilização futura desses recursos (Resolução CONAMA nº 01/86, art. 6º, I, “c”);
- Medidas mitigadoras ou preventivas sem eficácia comprovada;
- Medidas compensatórias insuficientes;
- Ausência de participação de outros órgãos com competências específicas (IPHAN, FUNAI, SD/IN-CRA, etc.).

Sem pretender substituir a avaliação técnica pelo órgão licenciador, em muitos casos será conveniente solicitar uma análise técnica imparcial da completude do EIA/RIMA, porque a omissão de qualquer dos itens obrigatórios poderá provocar a invalidação do EIA e, por conseguinte, do próprio licenciamento ambiental. A propósito, vejamos os apontamentos de Álvaro Luiz Valery Mirra:

⁴³⁰ Zhouri, 2005. p. 106.

⁴³¹ MPU/MPE/4aCCR. **Deficiências em Estudos de Impacto Ambiental** – Síntese de uma Experiência. Brasília: ESMU, 2004.

Nessa matéria, vale, a nosso ver, para o Brasil, a lúcida orientação da jurisprudência dos tribunais administrativos franceses: um EIA que não contempla todos os pontos mínimos do seu conteúdo, previstos na regulamentação, é um estudo *inexistente*; e um EIA que, embora contemple formalmente esses pontos, não os analisa de forma adequada e consistente, é um estudo *insuficiente*. E tanto num caso (inexistência do EIA) quanto no outro (insuficiência do EIA) o vício que essas irregularidades acarretam ao procedimento do licenciamento é de natureza substancial. Conseqüentemente, inexistente ou insuficiente o estudo de impacto não pode a obra ou atividade ser licenciada e se, por acaso, já tiver havido o licenciamento, este será inválido.

6.10.11.2 – A INFLUÊNCIA DA CONCLUSÃO DO EIA

Questão que se impõe nesse aspecto é estabelecer a influência da conclusão técnica do EIA sobre a decisão do requerimento da licença prévia. Ou seja, uma vez aprovado o estudo, a conclusão emitida pela equipe técnica que o elaborou vincula o órgão ambiental no licenciamento da obra ou atividade? Noutro giro, se a conclusão do estudo for pela inviabilidade ambiental do empreendimento, deve, necessariamente, ser negada a licença? E, por fim, se o EIA aponta alguma alternativa para o projeto, deve ela ser seguida pelo órgão ambiental?

O entendimento dominante da doutrina é no sentido de que as conclusões do EIA não vinculam o órgão administrativo ambiental. Tal é o posicionamento de Paulo Affonso Leme Machado, Antônio Herman V. Benjamin e Vladimir Passos de Freitas. Diversamente, sustentando o caráter vinculante da conclusão do EIA para o órgão ambiental, Maria Cuervo Silva Vaz Cerquinho e Paulo de Bessa Antunes.

Em linhas gerais, entende o primeiro grupo que o objetivo fundamental do EIA seja apenas orientar a decisão da administração e informá-la sobre as conseqüências ambientais de um determinado empreendimento. Segundo Mirra, o estudo de impacto atuaria basicamente no plano da motivação do ato administrativo relativo ao licenciamento.⁴³² Encerrando a posição com Leme Machado, o EIA

[...] não afasta o dever da administração pública ambiental de verificar a fundamentação desse estudo. Para acolher ou para deixar de acolher as diretrizes do EIA o órgão ambiental deverá fundamentar sua decisão. Não se exige do órgão ambiental que faça um Estudo de Impacto paralelo ou um *contra-estudo*, mas eu verifique em profundidade o Estudo de Impacto apresentado.⁴³³

⁴³² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Direito Ambiental**: O Princípio da Precaução e sua Abordagem Judicial. Revista de Direito Ambiental, Ano 6, nº 21, Jan-Mar. São Paulo: RT, 2001. p. 85.

⁴³³ MACHADO, 2002, p. 241.

Em sentido contrário, Paulo Bessa Antunes sustenta que a administração pública fica vinculada ao conteúdo dos estudos, que fixariam o limite da discricionariedade administrativa em decidir no âmbito das questões suscitadas pelo estudo de impacto. Segundo ainda o mesmo autor:

Qual o exato significado da vinculação ao conteúdo dos estudos? A expressão tem o significado de que a Administração Pública não poderá apresentar razão para justificar a implementação do projeto, ou a negativa de implementá-lo, em elementos que não constem dos autos do EIA/RIMA. Qualquer decisão a ser tomada deverá, necessariamente, ter como base os estudos elaborados pela equipe técnica.⁴³⁴

Sem embargo das autorizadas posições sobre o tema, parece-nos mais acertado concluir, tendo em vista os preceitos constitucionais a respeito do meio ambiente e da ordem econômica, que a decisão do EIA pela inviabilidade ambiental do empreendimento desautoriza o deferimento da licença prévia, salvo demonstração de erro nos estudos ou o advento de novas tecnologias que permitam compatibilizar a implantação ou desenvolvimento da atividade com a manutenção do equilíbrio ambiental. Por outro lado, tendo em conta as peculiaridades da natureza jurídica da licença ambiental, sendo o EIA conclusivo pela viabilidade ambiental do projeto, ainda assim será lícito ao órgão ambiental indeferir o requerimento de licença prévia, desde que apresente as razões fáticas e jurídicas de seu convencimento.

6.10.12 – LICENCIAMENTO AMBIENTAL E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Em atenção ao mandamento inserido no art. 225, IV, da Carta Maior, o conteúdo do EIA deverá tornar-se público, respeitado sigilo profissional (art. 11 da Resolução nº 01/86 do CONAMA). Observe-se, portanto, que somente com a conclusão dos estudos de impacto ambiental é que a população será formalmente comunicada acerca da instauração do procedimento para análise do requerimento de licença ambiental em área de seu interesse.

Acreditamos, porém, que mais que levar conhecimento sobre o projeto à comunidade, pretende o dispositivo constitucional que esse momento do licenciamento ambiental constitua-se num espaço aberto à participação social, com a incorporação das contribuições dos interessados ao procedimento. Nesse sentido, Benjamin e Milaré informam dois princípios fundamentais que se destacam no assunto: o *princípio da publicidade* e o *princípio da participação pública*. O primeiro informa o direito de qualquer cidadão de *conhecer* os atos praticados pelos seus agentes públicos. E o princípio de participação pública garante ao cidadão interes-

sado, organizado ou não, o direito de *intervir* no procedimento de tomada da decisão ambiental.⁴³⁵

Adverta-se que, em termos práticos, os princípios em destaque são apenas formalmente respeitados, com propósito evidente de conferir aparência de regularidade ao procedimento de licença. O próprio regramento pertinente ao tema não garante o acesso desembaraçado de populações a informações sobre o licenciamento, muito menos assegura sua participação na decisão sobre a implantação e funcionamento do empreendimento. As normas infraconstitucionais sobre o tema estabelecem dois momentos de publicidade ao EIA/RIMA, que são a disponibilização de cópia dos estudos na sede do órgão ambiental para consulta dos interessados (art. 11, *caput*, da Resolução CONAMA nº 01/86) e a realização de audiência pública (art. 11, § 2º).

Esclareça-se que a primeira providência deveria funcionar como uma espécie de fase preparatória para a realização da audiência pública, durante a qual a população formaria sua convicção sobre o projeto em análise. No entanto, muitas são as barreiras que dificultam a concretização desse ideal.

O primeiro óbice que se impõe é o geográfico, tendo em vista que o acatamento dos estudos ambientais é feito pelo órgão licenciador em sua sede, normalmente distante da área de influência do projeto, onde reside grande parte da população interessada. Deve ser reconhecido, no entanto, que, em Minas Gerais, houve uma mitigação do inconveniente com a regionalização do licenciamento ambiental, visto que os estudos ficam à disposição da população nas sedes das SUPRAM's regionais, mais próximas da área de influência do projeto. Em tempos de licenciamento dos grandes projetos pelas Câmaras Temáticas do COPAM, em que a análise dos estudos era feita pela FEAM, todos os documentos ficavam a maior parte do tempo na capital mineira, o que praticamente impedia o acesso da população a eles.

A superação do óbice físico, todavia, não garante acesso da população às informações sobre o licenciamento, mas apenas revela o próximo enfrentamento: decifrar as linguagens e significações técnicas adotadas nos estudos ambientais – verdadeiros enigmas para maior parte da população. Por isso é tão importante a presença de um consultor capacitado para intermediar o diálogo entre órgão licenciador e população atingida. Normalmente esses assessoramentos são promovidos por voluntários, tais como universidades e representantes de associações ambientalistas. Em alguns casos, porém, em que não há a intervenção costumeira desses agentes, a população termina por buscar o apoio do órgão ministerial da Comarca.

⁴³⁴ ANTUNES, 2005, p. 318.

⁴³⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MILARÉ, Edis, 1993, p. 308.

Sem estar convenientemente informado sobre o empreendimento, o cidadão reduz a importância de sua participação na audiência pública, limitando sua posição a de mero espectador e, pior, legítimador de uma decisão adrede tomada. Desta sorte, as audiências públicas deixam de cumprir sua importante função, que é permitir o ingresso da população interessada no licenciamento, por meio da incorporação de seus questionamentos ao procedimento de análise de viabilidade socioambiental de certo projeto. Como bem apontado por Andréa Zhouri:⁴³⁶

Entretanto, na prática, o que se verifica é que tal procedimento perde o caráter de espaço para debates, passando a configurar-se tão-somente como modo de cumprimento das normas legais.

[...]

Assim, embora a Audiência Pública, por si só, não seja condição suficiente para a aprovação ou desaprovação do projeto, apresenta-se como condição essencial, tendo em vista que, de acordo com o atual modelo institucional do licenciamento ambiental, esse é o *único* momento em que as comunidades podem conhecer as propostas do empreendimento e, por conseguinte, seus reais impactos socioambientais.

Realizada a audiência pública, encerra-se formalmente a participação do cidadão no licenciamento ambiental. Sem embargo, o órgão ambiental deverá requisitar ao empreendedor que complemente os estudos de impacto em consideração aos questionamentos surgidos durante a audiência pública (art. 11, § 2º, da Resolução CONAMA nº 01/86), não havendo previsão normativa de outro ato público para a apresentação dos esclarecimentos eventualmente apresentados, padrão já seguido em outros países, como a Alemanha.

6.10.12.1 – A AUDIÊNCIA PÚBLICA E O EIA/RIMA

A Resolução CONAMA 01/86 estabeleceu que o objetivo da audiência pública seja apresentar à população informações sobre o projeto, destacando seus impactos ambientais, bem como possibilitar discussões sobre o RIMA. No mesmo sentido, o art. 1º da Resolução nº 09/87 do CONAMA informa que a audiência pública tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do relatório de impacto ambiental (RIMA), dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito. Ocorre que o art. 225, VI, da Constituição Federal determina que se dê publicidade ao estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e não ao relatório de impacto ambiental (RIMA).

⁴³⁶ ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens; PEREIRA, Doralice Barros. Uma sociologia do licenciamento ambiental. In *A insustentável leveza da política ambiental – desenvolvimento e conflitos socioambientais*. ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens; PEREIRA, Doralice Barros (org.). Belo Horizonte: Autêntica, 2005. p. 107.

A prática administrativa de apresentação do RIMA na audiência pública foi mantida, embora a previsão normativa não tenha sido recepcionada pela Constituição de 1988. Afora os aspectos de inconstitucionalidade, o procedimento pode, mais uma vez, obstaculizar o acesso da população a informações relevantes sobre o projeto.

O regramento a respeito do RIMA encontra previsão no art. 9º da Resolução CONAMA nº 01/86 e, segundo estabelecido, deverá ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. O RIMA refletirá as conclusões do EIA e seu conteúdo mínimo exigível está descrito nos incisos do art. 9º.

Ocorre que, se nos termos da legislação vigente o RIMA deva refletir fidedignamente as conclusões do EIA, de fato a decisão sobre o seu conteúdo é do próprio empreendedor, que cuidadosamente prepara aquilo que deve ser mostrado ao público. Nas contundentes palavras do Prof. Arsênio Oswaldo Seva Filho, da Unicamp:⁴³⁷

Pudera, a Constituição exige a *publicidade* do Estudo; podemos cobrar então que *todo o EIA seja tornado público*. As empresas de estudos e consultoria, contratadas para elaborar o EIA e agenciar o licenciamento junto aos governos estaduais ou ao Ibama, fizeram do RIMA uma espécie de “compacto” do EIA. Portanto, se dá publicidade a um *resumo do estudo*, que é um recorte de próprio punho, com a delimitação e o recado arbitrado pelo próprio solicitante da licença. Em alguns casos, os *volumes completos do EIA* ficam a disposição do público em locais públicos, em datas e horários determinados; em outros casos, só os Promotores e Procuradores na área ambiental requisitam e conseguem cópias. Em outros, nem isto.

Isto se deve, em grande parte, à atual sistemática legislativa que permite a contratação direta da equipe técnica responsável pelos estudos pelo empreendedor (art. 8º da Resolução CONAMA 01/86). No modelo anterior, vigorava o art. 7º da Resolução 01/86 segundo o qual a equipe multidisciplinar responsável pelo estudo de impacto ambiental não poderia guardar relação de dependência direta ou indireta com o proponente do projeto. Essa proibição vigorou até a edição da *Resolução CONAMA nº 237/97*, que revogou o art. 7º da primeira Resolução. A alteração ora explicitada foi considerada por Paulo Affonso Leme Machado como “um grave retrocesso na legislação ambiental brasileira”.⁴³⁸

Não há dúvidas de que a primeira sistemática garantia relativa isenção de avaliação imparcial sobre

⁴³⁷ SEVÁ FILHO, Arsênio Oswaldo. Desfiguração do licenciamento ambiental de grandes investimentos. Acesso em 12/03/2008. Disponível em: http://www.fem.unicamp.br/~seva/anppas04_textoSeva_desfigura_licen_pdf2.pdf

⁴³⁸ MACHADO, 2002, p. 221.

a viabilidade ambiental do empreendimento, embora a independência da equipe multidisciplinar nunca tenha sido total em face do proponente do projeto. O fato é que o modelo atual contribui para a criação de fortes laços de dependência entre consultores e setor produtivo, pois a sobrevivência dos primeiros no mercado de trabalho é garantida quando atendem satisfatoriamente as demandas do segundo. No mesmo sentido é a percepção da Prof^a Andréa Zhouri, que assim explicita:

Os consultores, financeiramente dependentes dos empreendedores, tendem a elaborar estudos que concluem pela viabilidade ambiental dos projetos, evitando, assim, riscos a possíveis futuras contratações. Dessa forma, o vínculo entre empreendedor e consultoria ambiental insere-se na lógica do mercado, ou seja, o EIA/RIMA é uma mercadoria que será adquirida pelo empreendedor, cujo objetivo é ter seu projeto aprovado pelos órgãos licenciadores.⁴³⁹

Nesse cenário, afigura-se pertinente exigir que não somente cópias do RIMA sejam disponibilizadas à população mas também reproduções do EIA. Requisitar ainda ao órgão ambiental que certifique a fidedignidade do RIMA quanto às conclusões do EIA e ao cumprimento do art. 9º da Resolução CO-NAMA nº 01/86.

6.10.12.2 – PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA EM MINAS GERAIS

Em Minas Gerais, as previsões relativas à audiência pública encontram-se na DN COPAM nº 12/94. Segundo estabelecido, a iniciativa para o ato caberá ao Secretário Executivo do COPAM, ou por determinação do Presidente do Conselho, do Plenário ou de Câmara Especializada, bem como por solicitação:

- a) do Poder Público Estadual ou Municipal, do Estado de Minas Gerais;
- b) do Ministério Público Federal ou do Estado de Minas Gerais;
- c) de entidade civil sem fins lucrativos, constituída há mais de um ano e que tenha por finalidade social a defesa de interesse econômico, social, cultural ou ambiental, que possa ser afetado pela obra ou atividade objeto do respectivo EIA e RIMA;
- d) de grupo de cinquenta ou mais cidadãos que tenham legítimo interesse que possa ser afetado pela obra ou atividade, com indicação de representante no respectivo requerimento.

Cumprida à Secretaria Executiva do COPAM, a partir da data do recebimento do EIA e RIMA, fixar em edital e anunciar pela imprensa a abertura do prazo para solicitação de audiência pública, que será de no mínimo quarenta e cinco dias. Ainda de acordo com a norma em destaque, a audiência pública deverá ser realizada durante o processo de análise e

tramitação do Estudo de Impacto Ambiental e antes da apresentação ao COPAM do Parecer Técnico.

O local da audiência pública será o Município de localização ou da área de influência da obra, atividade, tendo prioridade para escolha o Município onde os impactos ambientais forem mais significativos. Esclareça-se que, caso a área de influência da obra ou atividade abranja dois ou mais municípios, a audiência pública deverá realizar-se em ambos, tendo em vista as normas constitucionais sobre a questão.

6.10.13 – O CARÁTER COMPLEXO DO PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Embora o procedimento de concessão de licença ambiental deva processar-se perante um único ente federativo, não raro será necessária a integração de vontades de diversos órgãos para a expedição da licença válida. O delineamento dessa perspectiva ocorrerá, na maioria das vezes, com a definição da área de influência da obra ou atividade. Em casos tais haverá a incidência de um regramento específico, peculiar às áreas de interesse, que deverá ser considerado decisivamente durante a análise do procedimento de licença.

Contudo, nem sempre essas peculiaridades são observadas pelo órgão licenciador, o que contribui para o nascimento e consolidação de cenários absurdamente conflitivos. Podem ser trazidos à memória diversos exemplos, dentre os quais destacamos o espantoso resultado de levantamento efetivado pela Central de Apoio Técnico do Ministério Público de Minas Gerais, segundo o qual pelo menos 150 títulos minerários foram concedidos pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para o exercício de atividades em áreas situadas no interior de unidades de conservação de proteção integral criadas no âmbito das Bacias dos Rios das Velhas e Paraopeba. Nesse caso específico, foi expedida recomendação à Autarquia Federal, pugnando pela invalidação dos títulos concedidos.

Diante disso, será sempre conveniente conferir se todos os órgãos que deveriam concorrer para a expedição da licença tiveram participação material no feito, ou seja, se realmente foram cientificados da existência do requerimento de regularização ambiental, se lhes foi oportunizada participação no feito e se as considerações apresentadas foram consideradas para efeito de deferimento ou indeferimento do pedido. Não basta, portanto, mera cientificação da existência do requerimento de licença ambiental ao ente competente desacompanhada de oportunidade de manifestação. Várias são as hipóteses legais que determinam concorrência de competência no procedimento de análise e concessão de licença ambiental. Passaremos a destacar algumas mais recorrentes.

⁴³⁹ ZHOURI, 2005. p. 104.

6.10.13.1 – PARTICIPAÇÃO DE MUNICÍPIOS EM LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM TRÂMITE EM OUTRO NÍVEL FEDERATIVO

O Município no qual se situa o empreendimento a ser licenciado deverá ser ouvido no curso de qualquer requerimento de licença ambiental em curso perante o Estado Federado ou a União. A participação do ente será necessária para certificar a adequação do empreendimento às normas e regulamentos locais. Nesse sentido, é a previsão contida no art. 10, § 1º, da Resolução CONAMA nº 237/97:

§ 1º - No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

Na esfera estadual, o art. 2º, alínea “a”, da Resolução COPAM nº 01/92 determina que a licença prévia possa ser concedida pelo COPAM mediante requerimento do interessado, o qual conste em anexo, dentre outros documentos, a declaração da Prefeitura informando que o local e o tipo de instalação estão conforme as leis e regulamentos administrativos do Município.

Como se percebe, a previsão contida na norma federal é menos exigente que o conteúdo da Resolução COPAM nº 01/92, que exige a confrontação do empreendimento a ser licenciado com todas as normas e regulamentos administrativos municipais. Como destacado, a Resolução CONAMA nº 237/97 estabelece a avaliação de conformidade do local e o tipo de empreendimento ou atividade somente em face da legislação de uso e ocupação do solo. Escusado dizer que a norma mais restritiva, no caso a estadual, deverá ser aplicada.

A certificação de regularidade é ato administrativo vinculado, cabendo ao poder público municipal tão-somente avaliar a conformidade do local e tipo de atividade com as leis e regulamentos administrativos do Município, não sendo cabível invocar argumentos de conveniência ou oportunidade para negar ou conceder a declaração. É bom lembrar, a respeito, a insuperável lição de Seabra Fagundes:⁴⁴⁰

[...] quando a Administração exerce competência estrita, ou seja, quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador. O Administrador apenas torna efetiva a solução pré-assentada.

Vale lembrar que, como todo ato administrativo, a declaração deverá ser motivada, ou seja, acompanhada dos elementos fáticos e jurídicos que a justifiquem. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:⁴⁴¹

Discute-se se a motivação é ou não obrigatória. Para alguns, ela é obrigatória quando se trata de ato vinculado, pois, nesse caso, a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente é obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faz mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.

A motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

Ademais, cabe mencionar que a Constituição do Estado de Minas Gerais determina, em seu art. 13, § 2º, que o agente público motive o ato administrativo que praticar, competindo-lhe explicitar, de forma clara, suficiente e coerente, o fundamento legal, o fático e a finalidade do ato administrativo. Cite-se:

Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e da entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e razoabilidade.

§ 2º - O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade.

Compreende-se mais facilmente a importância crucial da oitiva do Município no procedimento de licença ambiental quando as normas locais estabelecerem regras ambientais mais restritivas, que afastarão eventuais normas estaduais ou federais. Cite-se, à guisa de exemplo, o art. 172, § 10º, da Lei Orgânica do Município de Conceição do Mato Dentro que prevê a obrigatoriedade de depósito de caução ou a constituição de seguro suficiente como condição para exploração de recursos minerais naquele Município, como forma de garantir a recuperação do ambiente degradado (art. 225, § 1º, II, da Constituição Federal). A previsão – extremamente benéfica aos interesses ambientais, não encontra similar na legislação estadual ou federal.⁴⁴² Nesse

⁴⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 175.

⁴⁴² Registre-se que está em tramitação na Assembléia Legislativa de Minas Gerais o Projeto de Lei nº 265/07, de autoria do Deputado Pe. João, que dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação de garantia real, por parte de empreendimentos econômicos, nas hipóteses de risco iminente ao meio ambiente e à população. Segundo a proposta legislativa, o licenciamento de empreendimentos considerados potencialmente nocivos ao meio

⁴⁴⁰ FAGUNDES, Seabra. **Conceito de Mérito no Direito Administrativo**. São Paulo: RDA, 23:6-7.

caso, a certidão municipal apenas poderá ser emitida com a comprovação cabal da securitização ou caucionamento prévio das atividades. Verificando-se que a declaração foi emitida sem a observância esmerada de todas as normas e regulamentos administrativos municipais, deverá ser buscada a declaração de sua invalidade, por vício em seu motivo. Por conseguinte, sendo nula a declaração municipal, os demais atos que porventura a sucedem no curso do procedimento administrativo de licença ambiental também deverão ser declarados nulos. A respeito, veja-se o magistral ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Nos procedimentos administrativos, os atos previstos como anteriores são condições indispensáveis à produção dos subseqüentes, de tal modo que estes últimos não podem validamente ser expedidos sem antes se completar a fase precedente. Além disso, o vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida em que haja entre ambos um relacionamento lógico incindível.⁴⁴³

6.10.13.2 – PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS GESTORES DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

A implantação e o funcionamento de obra ou atividade no entorno de unidades de conservação, em seus mosaicos ou corredores ecológicos, exige prévia autorização dos órgãos gestores. Recorde-se, a princípio, a previsão da Lei nº 9.985/2000, que trata do Sistema Nacional de Unidades de Conservação:

Art. 29. Cada unidade de conservação do grupo de Proteção Integral disporá de um Conselho Consultivo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil, por proprietários de terras localizadas em Refúgio de Vida Silvestre ou Monumento Natural,

ambiente e à população dependerá da comprovação, por parte do empreendedor, de sua idoneidade econômico-financeira para arcar com os custos decorrentes da obrigação de recuperar ou reabilitar áreas degradadas, assim como aqueles decorrentes de eventuais danos pessoais e materiais causados à população e ao patrimônio público, facultada sua substituição por instrumentos de garantia, tais como garantia real, carta de fiança bancária ou seguro de responsabilidade civil. Prevê ainda que poderá o poder público, de ofício ou mediante requerimento, nas hipóteses de risco iminente à vida ou à saúde da população, à integridade do meio ambiente ou à de recursos econômicos, exigir do empreendedor, independente da idoneidade econômico-financeira desse, qualquer instrumento de garantia, cabendo ao órgão responsável pelo licenciamento ambiental definir o valor da garantia e o prazo para seu oferecimento. Disponível em: [http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nphbrs?d=MATE&co1=e&p=3&u=http://www.almg.gov.br/mate/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT6=BLANK&SECT7=LINKON&l=20&r=0&f=S&s1=12205.matr.+e+\(pl+ou+plc+ou+pec+ou+pre+ou+rqn\).prop.+e+@publ+%3E+=+20070201&s2=trami+tao+ou+remissivo&SECT8=TODAPROP](http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nphbrs?d=MATE&co1=e&p=3&u=http://www.almg.gov.br/mate/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT6=BLANK&SECT7=LINKON&l=20&r=0&f=S&s1=12205.matr.+e+(pl+ou+plc+ou+pec+ou+pre+ou+rqn).prop.+e+@publ+%3E+=+20070201&s2=trami+tao+ou+remissivo&SECT8=TODAPROP)>. Acesso em: 29 de janeiro de 2008.

⁴⁴³ MELLO, 2004, op cit, p.406.

quando for o caso, e, na hipótese prevista no § 2º do art. 42, das populações tradicionais residentes, conforme se dispuser em regulamento e no ato de criação da unidade.

Regulamentando tal dispositivo, o art. 20, VIII, do Decreto Federal nº 4.340/2002, por seu turno, disciplina que compete ao conselho de unidade de conservação manifestar-se sobre obra ou atividade potencialmente causadora de impacto na unidade de conservação, em sua zona de amortecimento, mosaicos ou corredores ecológicos.

A Resolução CONAMA nº 013/90⁴⁴⁴, por sua vez, estabeleceu:

Art. 2º - Nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota, deverá ser obrigatoriamente licenciada pelo órgão ambiental competente.

Parágrafo Único - O licenciamento a que se refere o caput deste artigo só será concedido mediante autorização do responsável pela administração da Unidade de Conservação.

A propósito, citem-se ainda as disposições específicas para o licenciamento ambiental de atividades e obras a serem desenvolvidas no interior, nas Áreas de Proteção Ambiental (APAs) previstas na Resolução CONAMA nº 10/88:

Art. 6º - Não são permitidas nas APAs as atividades de terraplanagem, mineração, dragagem e escavação que venham a causar danos ou degradação do meio ambiente e/ou perigo para pessoas ou para a biota.

Parágrafo único - As atividades acima referidas, num raio mínimo de mil metros no entorno de cavernas, corredeiras, cachoeiras, monumentos naturais, testemunhos geológicos e outras situações semelhantes, dependerão de prévia aprovação de estudos de impacto ambiental e de licenciamento especial, pela entidade administradora da APA.

Art. 7º - Qualquer atividade industrial potencialmente capaz de causar poluição, além da licença ambiental prevista na Lei nº 6.938/81, deverá também ter uma licença especial emitida pela entidade administradora da APA.

6.10.13.3 – TERRAS INDÍGENAS

Segundo regramento constitucional, o aproveitamento dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só poderão ser efetivados com autorização prévia do Congresso Nacional (art. 231, § 3º, CF/88).

⁴⁴⁴ O art. 27 do Decreto Federal nº 99.274/90, regulamentando a Lei Federal nº 6.938/81, prescreve que nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota ficará subordinada às normas editadas pelo Conama.

6.10.13.4 – IMPLANTAÇÃO DE HIDRELÉTRICA

Tratando-se de empreendimentos hidrelétricos, verificar a observância à Lei nº 7.542/86, à Portaria Interministerial nº 69/79 c/c Lei nº 3.924/61, e à Portaria IPHAN nº 28/2003.

6.10.13.5 – OITIVA DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Observar se foram identificadas áreas tombadas, inventariadas etc. nos âmbitos federal, estadual e municipal, bem como os sítios arqueológicos (Lei nº 3.924/61 e Portarias IPHAN nº 07/88; nº 230/2002 e nº 28/2003). A Portaria nº 07/88 (IPHAN) estabelece os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisas e escavações arqueológicas previstas na Lei nº 3.924/61. A Portaria nº 230/2002 trata dos levantamentos arqueológicos que devem ser realizados para a obtenção de licenças ambientais junto aos órgãos competentes. A Portaria nº 28/2003, por derradeiro, trata dos estudos arqueológicos que devem ser realizados previamente à instalação de usinas hidrelétricas.

6.10.14 – A REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL DE ATIVIDADES DE POTENCIAL PEQUENO POTENCIAL DEGRADADOR

Com a edição da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, os Estados tornaram-se responsáveis por exercer o controle ambiental da maior parte dos empreendimentos em território nacional. Todavia, a assunção dessa atividade pelos entes federativos não se fez acompanhar de um planejamento administrativo eficiente que os permitisse atender as crescentes demandas por regularização ambiental. Devido a isso, duas décadas depois da publicação da Lei nº 6.938/81, os sistemas ambientais dos Estados encontravam-se inviabilizados em dar prosseguimento aos requerimentos de licença ambiental e ainda exercer atividades de controle e fiscalização. Em razão disso, os Estados passaram a simplificar os procedimentos de licenciamento ambiental, adotando ritos céleres, muitas vezes incompatíveis com a complexidade do projeto em análise.

Ademais, sob o argumento de priorizar a análise dos projetos de maior potencial degradador, verdadeiros atalhos ao licenciamento ambiental foram criados por alguns Estados da Federação,⁴⁴⁵ que

⁴⁴⁵ A propósito, cite-se a nota de Seva Filho: “No Paraná e no Rio Grande do Sul ficaram conhecidas desde 1995, as ‘vias rápidas’ de licenciamento percorridas pelas montadoras de veículos que foram atraídas pelos governadores Jaime Lerner (Chrysler, Audi-VW e Renault) e Antônio Brito (GM), respectivamente. Em abril de 2004, o Presidente Lula foi à cidade eco turística de Bonito, MS, para inaugurar seu aeroporto, com pista de 2000 mil metros, cuja obra foi dispensada de elaboração de EIA pelo governo estadual.” SEVÁ FILHO, Arsenio Oswaldo. Desfiguração do licenciamento ambiental de grandes investimentos. Acesso em:

buscaram amparo na concessão do § 1º do art. 12 da Resolução nº 237/97 do CONAMA, que permite a adoção de procedimento mais simplificado para o licenciamento de atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental. O mais conhecido desses atalhos é a autorização ambiental, adotada nos Estados de Minas Gerais, Amapá, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Pará, Pernambuco, Roraima, Sergipe e no Distrito Federal.

Em Minas Gerais, a autorização ambiental de funcionamento (AAF) foi criada por meio da DN nº 74/2004 e é exigível para a implantação e funcionamento dos empreendimentos considerados de impacto ambiental não significativo (classes um e dois).⁴⁴⁶ A autorização ambiental dispensa a elaboração e análise de quaisquer estudos e planos de controle e efetiva-se por meio de certificado próprio, com validade de quatro anos (art. 2º da DN COPAM nº 77/2004). Porém sua concessão não é feita pela URC, mas sim pelo Presidente do COPAM ou por quem ele delegar competência – usualmente o superintendente da SUPRAM competente para o controle ambiental da atividade⁴⁴⁷.

Nos termos do regramento estadual, a concessão da AAF exige somente a comprovação de regularidade do empreendimento em razão das exigências de Autorização Ambiental para Exploração Florestal (APEF), a cargo do Instituto Estadual de Florestas, e de Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos, pelo Instituto Mineiro de Gestão de Águas (IGAM),⁴⁴⁸ sendo dispensada a apresentação de quaisquer estudos ou planos de controle ambiental.

A ausência quase completa de controle prévio para a regularização ambiental por meio da AAF por si só justificaria a implantação de uma política de fiscalização eficiente. Contudo, não é o que se verifica na prática. Segundo constatou Maurício Boratto⁴⁴⁹ em sua pesquisa para a dissertação de mestrado, praticamente não existe atividade fiscalizatória por parte das SUPRAMs, a respeito das condições de funcionamento dos empreendimentos formalmente regularizados por meio da AAF:

12 de março de 2008. Disponível em: http://fem.unicamp.br/~seva/anppas04-textoSeva_desfigura_licen_pdf2.pdf

⁴⁴⁶ Empreendimentos de impacto não significativo, conforme estabelecido na DN Copam nº 74/04 são aqueles que, de acordo com a conjugação de seu porte e potencial poluidor, enquadram-se nas classes 1 e 2.

⁴⁴⁷ Vide parágrafo único do art. 1º da DN COPAM nº 77/2004.

⁴⁴⁸ Vide § 1º do art. 2º da DN COPAM nº 74/2004.

⁴⁴⁹ VIANA, Maurício Boratto. **Licenciamento ambiental de minerações em Minas Gerais**: novas abordagens de gestão. Brasília, 2007. p. 231. Dissertação de Mestrado. Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília.

A despeito disso, a emissão de AAFs pelas SUPRAMs já vem superando em muito a concessão de licenças, com média três a cinco vezes superiores, chegando ao total de pouco mais de 300 em uma das Regionais (dados acumulados até fevereiro de 2007). Todavia, a vistoria posterior a essa emissão quase não tem ocorrido, uma vez que, no âmbito da SUPRAM que mais vistoriou empreendimentos minerários detentores de AAF, esse número chegou a apenas 13, durante os três anos de funcionamento dessa Regional. E há ainda casos de SUPRAMs em que não havia sido feita nenhuma vistoria após a emissão de AAF por elas próprias para os empreendimentos minerários em sua região de atuação.

A adoção dessa sistemática deliberadamente irresponsável produziu o resultado esperado, que é transformar a regularização por meio da AAF em mera providência burocrática, absolutamente incapaz de produzir o mínimo avanço ambiental. Assim, não é de se estranhar que atividades e obras formalmente regularizadas perante os órgãos ambientais reúnam as mesmas condições lastimáveis de funcionamento de empresas irregulares. Além disso, a sabida deficiência nas atividades de controle e fiscalização tem servido como elemento motivador para práticas fraudulentas por parte de empreendedores, que buscam, a todo o custo, a dispensa do licenciamento ambiental, com seqüente enquadramento no regime da AAF.

Uma iniciativa fraudulenta bastante comum é o requerimento de AAF para partes fracionadas do empreendimento, como se elas fossem unidades independentes.

Outros empreendedores, num esforço para enquadrar seu empreendimento em classes um ou dois, falseiam os dados sobre a empresa. Assim, não raro são constatadas informações inverídicas sobre o número de empregados, produtividade da empresa, área do empreendimento, que são parâmetros para definição de potencial e porte poluidor, conforme definido na DN COPAM nº 74/2004.

No entanto, a mais recorrente de todas as manobras é a entrega de declaração falsa de regularidade ambiental do empreendimento no ato de requerimento da AAF. Melhor explicando, esse termo de responsabilidade⁴⁵⁰ é documento imprescindível ao requerimento da AAF. Deve ser firmado pelo empreendedor e seu responsável técnico dando conta que as instalações do empreendimento estão aptas a operar de acordo com todas as condições e parâmetros ambientais legalmente vigentes, dispondo de todos os sistemas de gerenciamento dos aspectos ambientais, incluindo o controle de ruídos, de emissões atmosféricas, de efluentes líquidos e de resíduos sólidos, bem como a reabilitação de áreas degradadas.

⁴⁵⁰ Esse termo de responsabilidade possui um modelo padronizado pelo órgão ambiental disponível em: <http://www.semad.mg.gov.br>. Acesso em: 7 fev. 2007.

Situação diversa da regularidade impede o requerimento da AAF, que não admite a vinculação de condicionantes⁴⁵¹. Porém, como não há fiscalização *in loco* para averiguação da veracidade das informações do termo de responsabilidade, grande parte, senão a totalidade dos empreendedores, firma o documento sabendo que a declaração não corresponde à realidade, quando na verdade deveriam expressar a situação real da empresa ao órgão ambiental, a quem caberia promover a convocação ao licenciamento.

A atenção com a AAF, portanto, deve ser máxima. Observando que o empreendimento detentor da AAF não possui controle eficiente de seus impactos negativos, deve-se, desde logo, suspeitar de apresentação de documentos ou informações falsas ao órgão ambiental. Constatada a falsidade, sem embargo das providências na esfera penal e medidas para cessação da atividade nociva, sugere-se a expedição de recomendação ao ente licenciador para a invalidação da AAF e convocação do empreendimento ao licenciamento ambiental.

Situação bastante recorrente também é a outorga da AAF para implantação e funcionamento de projetos em área de entorno de unidades de conservação. Nesses espaços, em razão de sua própria finalidade⁴⁵², qualquer atividade deverá ser obrigatoriamente licenciada pelo órgão ambiental competente, sendo exigível inclusive a elaboração prévia do EIA/RIMA, conforme disciplinado pelas Resoluções CONAMA nº 10/88 e nº 13/90. A propósito, cite-se o posicionamento de Ricardo Manuel de Castro:⁴⁵³

Se a norma federal impõe a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, não é lícito ao Poder Público Estadual ou Municipal, direta ou indiretamente, dispensa-lo. [...] Exigi-lo ou não, longe de ser mera faculdade do administrador, constitui dever inafastável para o licenciamento das atividades modificadoras do meio ambiente.

⁴⁵¹ O empreendimento detentor da AAF deverá possuir em funcionamento todos os sistemas de controle ambiental necessários. A constatação de realidade diversa, como poluição atmosférica ou hídrica, salvo em caso de causa superveniente à regularização ambiental, deve ser considerado como indício de apresentação de documentos ou informações falsas ao órgão ambiental.

⁴⁵² No que tange a atividades minerárias nas zonas de amortecimento de Unidades de Conservação de Proteção Integral, o próprio Departamento Nacional de Produção Mineral, por meio do PARECER/PROGE nº 145/06-CCE-JMO, aprovado pelo Diretor-Geral Miguel Antonio Cedraz Nery, em 14 de julho de 2006, reconhece que nessas unidades apenas o uso indireto dos atributos naturais é admitido, o que nos leva à conclusão de haver impossibilidade do desenvolvimento de atividades ligadas à mineração nos espaços geográficos correspondentes às Unidades de Proteção Integral e nas respectivas zonas de amortecimento.

⁴⁵³ Caracteriza ato de improbidade administrativa a dispensa de apresentação de EIA/RIMA em obras potencialmente degradadoras do meio ambiente. Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. 24 a 27 de agosto de 2005. v. 1, São Paulo, 2006. p. 285

Deve ser observado, por fim, que não podem obter regularização ambiental por meio da AAF a instalação ou funcionamento de obras e atividades situadas em áreas vulneráveis (Resolução CONAMA nº 13/90, Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006 e Decreto Federal nº 99.556/90) ou intrinsecamente consideradas como potencialmente causadoras de potencial significativo de degradação ambiental (Resolução CONAMA nº 01/86), independentemente de seu porte ou potencial poluidor, uma vez que para aquelas persiste a exigência de elaboração de estudo prévio de impacto ambiental, providência incompatível com o rito célere da AAF.

Não obstante a vedação normativa, um sem número de empresas vêm obtendo suposta regularização ambiental por meio do instrumento. Esse procedimento é inadmissível, visto representar clara afronta à previsão do art. 225, IV, da Constituição da República e desrespeito ao art. 10 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Nesses casos, sugere-se a expedição de recomendação ao órgão ambiental para que, nos termos do art. 8º do Decreto Estadual nº 44.309/2006, convoque o empreendimento ao licenciamento ambiental, inclusive com apresentação de EIA/RIMA. Persistindo a omissão, deverá ser proposta a competente ação civil pública, requerendo que o Judiciário determine tal providência.

O malsinado instrumento, por não se fazer acompanhar de um sistema sério de monitoramento, serve apenas para dar ares de regularidade ambiental ao empreendimento e contribui para a manutenção de um verdadeiro estado de *irresponsabilidade organizada*, definido por Morato Leite, com supedâneo em Beck, como “[...] um compromisso com a irresponsabilidade”, em que há “[...] a manutenção de uma falsa sensação de normalidade, capaz de desviar os protestos que poderiam advir do conhecimento da realidade”.⁴⁵⁴

6.10.15 – A REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL COMO PROCESSO CONTÍNUO

Em dias atuais, a regularização administrativa ambiental comprova-se formalmente pela exibição do certificado de licença ambiental ou de AAF. Não há dúvidas, porém, de que materialmente a regularização ambiental de um empreendimento não termina com a obtenção da licença ou autorização ambiental, trata-se de processo contínuo que perdura durante todo o período de operação do empreendimento e, por vezes, até à fase posterior ao encerramento da atividade, quando, por exemplo, há necessidade de recuperação de áreas degradadas ou monitoramento de locais contaminados.

Como destacado alhures, na regularização por AAF não existe a previsão para o estabelecimento de medidas de monitoramento e controle (condicionantes típicas), tampouco uma rotina fiscalizatória das condições de funcionamento da atividade por parte do órgão ambiental. O licenciamento ambiental, por seu turno, impõe ao empreendedor a execução de planos de controle, que propõem a adoção de medidas contínuas de mitigação dos impactos negativos, que se estendem para o período posterior à emissão do certificado de licença. A implantação das medidas previstas no PCA deve ser comprovada por meio da apresentação do RCA ou RADA, que normalmente é conferido *in loco* pelo órgão ambiental, embora nem sempre com a eficiência esperada.

Além disso, a licença ambiental faz-se acompanhar de condicionantes que prevêm a apresentação de relatórios periódicos de monitoramento das emissões atmosféricas, qualidade dos efluentes e disposição de resíduos sólidos. Ocorre que a SUPRAM e a FEAM ainda não possuem estrutura logística e de pessoal que lhes permita auditar, ainda que por amostragem, os resultados apresentados. Ou seja, não há a formalização de uma contra-prova ao resultado do monitoramento, limitando-se o órgão ambiental a certifi-cá-lo confiante na responsabilidade do profissional contratado pelo empreendedor para sua realização.

Todas essas realidades favorecem o crescimento do número de empresas nocivas ao meio ambiente embora formalmente regularizadas, tornando cada vez mais evidente que a apresentação do certificado de regularização ambiental representa apenas o cumprimento de uma exigência legal, mas não certifica a adequação material da obra ou atividade frente às normas ambientais. Nesse aspecto, não se pode perder de memória o regramento constitucional sobre a responsabilidade civil ambiental, que não deixa dúvidas sobre a possibilidade de responsabilização por danos ao meio ambiente do empreendimento formalmente regularizado, ainda que operando estritamente nos parâmetros estabelecidos na licença.

Não se pode olvidar também que o cumprimento da tríplice responsabilidade para o causador de dano ambiental (art. 225, § 3º, CF/88) somente será plenamente alcançado com a atuação ministerial, que poderá valer-se tanto de instrumentos cíveis quanto criminais para buscar a cessação das atividades nocivas ao meio ambiente, assim como a reparação dos danos constatados e a compensação dos danos considerados tecnicamente irreversíveis. Logo, agindo desse modo, não estará o Ministério Público substituindo a ação administrativa estatal – como freqüentemente propalado, mas tão-somente exercendo suas funções constitucionais de defensor dos direitos da sociedade enquanto comunidade.

⁴⁵⁴ MORATO LEITE, José Rubens. **Licenciamento ambiental e estudo prévio de impacto ambiental de grandes hidrelétricas e hidrovias**: da preservação à precaução e as tendências da jurisprudência. Congresso Internacional de Direito Ambiental. Direito, água e vida. Org. Antônio Herman Benjamin. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. p. 630.

6.10.16 – CONCLUSÕES

1 - Proteção ambiental e desenvolvimento devem ser entendidos como metas compatíveis e necessárias, em superação ao entendimento de que o homem é um ser separado da natureza e que, defender um significa sacrificar o outro.

2 - O licenciamento ambiental atua como instrumento preventivo de controle das atividades produtivas capazes de interferir no equilíbrio dos recursos naturais.

3 - A regularização ambiental de um empreendimento não termina com a obtenção do certificado de licença ambiental ou AAF, mas trata-se de um processo contínuo que perdura durante todo o período de operação do empreendimento e, por vezes, até a fase posterior ao encerramento da atividade.

4 - A regularização administrativa ambiental não afasta eventual responsabilidade civil e/ou criminal por danos causados ao meio ambiente.

5 - Cabe ao Ministério Público, no exercício de sua atribuição de defensor dos interesses difusos, dentre os quais figura o meio ambiente por excelência, manejar os instrumentos judiciais e extrajudiciais para sanar eventuais irregularidades ou insuficiências observadas no processo de licenciamento ambiental, bem como exigir o cumprimento de normas ambientais por ele não contempladas.

6.11 - GLOSSÁRIO DE SIGLAS – LICENCIAMENTO AMBIENTAL

AAF – Autorização Ambiental de Funcionamento
 CONAMA – Conselho Nacional de Meio Ambiente
 COPAM – Conselho Estadual de Política Ambiental
 DN – Deliberação Normativa
 EIA – Estudo de Impacto Ambiental
 FCEI – Formulário Integrado de Caracterização do Empreendimento
 FOBI – Formulário Integrado de Orientação Básica
 FEAM – Fundação Estadual de Meio Ambiente
 FUNAI – Fundação Nacional do Índio
 IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente
 IEF – Instituto Estadual de Florestas
 IGAM – Instituto Mineiro de Gestão das Águas
 IEPHA – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais
 IPHAN – Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
 LP – Licença Prévia
 LI – Licença de Instalação
 LO – Licença de Operação
 PCA – Plano de Controle Ambiental
 RCA – Relatório de Controle Ambiental
 RADA – Relatório de Avaliação de Desempenho Ambiental do Sistema de Controle e demais Medidas Mitigadoras
 RIMA – Relatório de Impacto Ambiental
 SEMAD – Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável

6.12 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

CF/88 – arts. 182 e 183, 170, 225;

Lei Federal nº 4.771/1965 – Código Florestal;

Lei Federal nº 9.605/1998 – Leis dos Crimes Ambientais;

Lei Federal nº 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente;

Lei Estadual nº 14.309/2002 – Dispõe sobre a política florestal e de proteção à biodiversidade do Estado;

Resolução CONAMA nº 369/2006 – Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente (APP).

MINERAÇÃO

Decreto-Lei nº 227/67 (Código de Mineração), alterado pela Lei nº 8.901/94, pela Lei nº 9.784/96, pela Lei nº 9.827/99, etc.

Decreto nº 62.934/68 (Regulamento do Código de Mineração)

Lei nº 6.567/78 (regime especial para exploração e aproveitamento de substâncias minerais)

Lei nº 7.805/89 (cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, etc.)

Decreto-Lei nº 7.841/45, alterado pela Lei nº 6.726/79 (Código de Águas Minerais)

Lei nº 6.634/79 (dispõe sobre a Faixa de Fronteira e dá outras providências)

Lei nº 7.990/89 (institui a CFEM e dá outras providências)

Lei nº 8.001/90 (define os percentuais de distribuição da CFEM)

A DEFESA DA ORDEM URBANÍSTICA

CF/1988 – arts. 182 a 184

Lei Federal nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade

USO E OCUPAÇÃO DO SOLO: PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

CF/1988 – arts. 182 e 183, 225;

Lei Federal nº 6.766/79 - Dispõe sobre parcelamento do solo para fins urbanos;

Lei Federal nº 6.938/81 – Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente;

Código de Processo Penal;

Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública;

Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor;

Lei nº 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais;

Lei nº 11.428/06 – Lei da Mata Atlântica;

Lei nº 11.445/07 – Lei Nacional do Saneamento;

Resolução CONAMA nº 237/97 – Dispõe sobre procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental;

Resolução CONAMA nº 357/05 – Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes e dá outras providências;

Resolução CONAMA nº 369/06 - Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente (PP)”;

Resolução CONAMA nº 377/06;

Resolução CONAMA nº 388/07;

Deliberação Normativa COPAM nº 10/86 – Estabelece normas e padrões para qualidade das águas, lançamento de efluentes nas coleções de águas e dá outras providências;

Deliberação Normativa COPAM nº 58/02 – Estabelece normas para o licenciamento ambiental de loteamentos do solo urbano para fins exclusiva ou predominantemente residenciais e dá outras providências;

Deliberação Normativa COPAM nº 74/04 – Estabelece critérios para classificação segundo o porte e o potencial poluidor de empreendimentos e atividades modificadoras do meio ambiente passíveis de autorização ou de licenciamento ambiental no nível estadual e dá outras providências;

Lei Estadual nº 10.793/92 – Dispõe sobre a proteção de mananciais destinados ao abastecimento público do Estado;

Lei Estadual nº 13.199/99 – Dispõe sobre a política estadual de recursos hídricos e dá outras providências;

Lei nº 14.309/02 – Dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado.

6.13 - ROTEIRO BÁSICO PARA ATUAÇÃO DOS PROMOTORES DE JUSTIÇA NO CONSELHO ESTADUAL DE POLÍTICA AMBIENTAL (COPAM)

6.13.1 - LEGISLAÇÃO BÁSICA APLICÁVEL

6.13.1.1 - LEGISLAÇÃO FEDERAL

- a) Lei Federal nº 4.771/1965 – Código Florestal
- b) Lei Federal nº 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente
- c) Lei Federal nº 9.605/1998 – Crimes e Infrações Ambientais
- d) Lei Federal nº 9.795/1999 – Política Nacional de Educação Ambiental
- e) Lei Federal nº 9.985/2000 – Sistema Nacional das Unidades de Conservação - SNUC
- f) Lei Federal nº 11.284/2006 – Gestão de Florestas Públicas
- g) Lei Federal nº 11.428/2006 – Utilização e Proteção da Mata Atlântica
- h) Decreto nº 99.274/1990 – Política Nacional do

Meio Ambiente, Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental

i) Decreto nº 99.556/1990 – Proteção das Cavidades Naturais Subterrâneas

j) Decreto nº 3.179/1999 – Crimes e Infrações Ambientais

k) Decreto nº 4.281/2002 – Política Nacional de Educação Ambiental

l) Decreto nº 4.340/2002 – Sistema Nacional das Unidades de Conservação

6.13.1.2 - RESOLUÇÕES CONAMA

a) Resolução CONAMA nº 01/1986 – define Impacto Ambiental

b) Resolução CONAMA nº 10/1988 – Regulamentação das Áreas de Proteção Ambiental

c) Resolução CONAMA nº 13/90 – Área Circundante das Unidades de Conservação

d) Resolução CONAMA nº 237/1997 – Licenciamento Ambiental

e) Resolução CONAMA nº 302/2002 – Áreas de Preservação Permanente de Reservatórios Artificiais

f) Resolução CONAMA nº 303/2002 – Áreas de Preservação Permanente

g) Resolução CONAMA nº 347/2004 – Proteção do Patrimônio Espeleológico

h) Resolução CONAMA nº 357/2005 – Classificação dos corpos d’água

i) Resolução CONAMA nº 369/2006 – Casos Excepcionais de Intervenção em Áreas de Preservação Permanente

j) Resolução CONAMA nº 392/2007 – definição de Vegetação Primária e Secundária de Regeneração da Mata Atlântica no Estado de Minas Gerais

6.13.1.3 - LEGISLAÇÃO ESTADUAL

a) Lei Estadual nº 7.772/ 1980 – Proteção, Conservação e Melhoria do Meio Ambiente

b) Lei Estadual nº 10.793/1992 – Proteção de Mananciais

c) Lei Estadual nº 13.199/1999 – Política Estadual de Recursos Hídricos

d) Lei Estadual nº 13.771/2002 – Águas Subterrâneas

e) Lei Estadual nº 14.309/2002 – Políticas Florestal e de Proteção à Biodiversidade

f) Lei Delegada nº 125/2007 – Estrutura SEMAD

g) Lei Delegada nº 156/2007 – Estrutura FEAM

h) Lei Delegada nº 157/2007 – Estrutura IGAM

i) Lei Delegada nº 158/2007 – Estrutura SEMAD

j) Lei Delegada nº 178/2007 – Reorganização COPAM

k) Decreto Estadual nº 43.710/2004 – Regulamento da Lei de Políticas Florestal e de Proteção à Biodiversidade

l) Decreto Estadual nº 44.667/2007 – Reorganização do COPAM

m) Decreto Estadual nº 44.844/2008 – Licenciamento, AAF e Infrações

n) Decreto Estadual nº 45.175/2009 – Metodologia para fixação e aplicação da compensação ambiental

6.13.1.4 - DELIBERAÇÕES NORMATIVAS COPAM

- a) Deliberação Normativa COPAM nº 11/1986 – Normas e Padrões para Emissão de Poluentes
- b) Deliberação Normativa COPAM nº 12/1994 – Convocação e Realização de Audiências Públicas
- c) Deliberação Normativa COPAM nº 17/1996 – Prazo de Validade e Revalidação das Licenças Ambientais
- d) Deliberação Normativa COPAM nº 27/1998 – Gradação das multas administrativas
- e) Deliberação Normativa COPAM nº 30/1998 – Regimento Interno do COPAM
- f) Deliberação Normativa COPAM nº 50/2001 – Licenciamento Ambiental de Postos Revendedores e Postos de Abastecimento
- g) Deliberação Normativa COPAM nº 55/2002 – Normas para Conservação da Biodiversidade de Minas Gerais, com base no documento: “Biodiversidade em Minas Gerais: um Atlas para sua conservação”
- h) Deliberação Normativa COPAM nº 58/2002 – Licenciamento Ambiental de Loteamentos do Solo Urbano para fins exclusiva ou predominantemente residenciais
- i) Deliberação Normativa COPAM nº 62/2002 – Critérios de Classificação de Barragens de Contenção de Rejeitos, de Resíduos e de Reservatório de Água
- j) Deliberação Normativa COPAM nº 74/2004 – Critérios para Classificação, segundo porte e potencial poluidor, de empreendimentos e Atividades modificadoras do Meio Ambiente

6.13.2 - CONSIDERAÇÕES GERAIS

2.1 Verificar se a pauta da reunião foi publicada no Diário Oficial - Minas Gerais, com antecedência de 10 (dez) dias da reunião. O art. 37 da Deliberação Normativa COPAM nº 30/1998 prevê o prazo de 5 (cinco) dias; entretanto, houve compromisso da Secretaria Executiva do COPAM de publicação com antecedência de 10 (dez) dias.

2.2 Os pareceres técnico e jurídico devem ser encaminhados aos Conselheiros com antecedência de 10 (dez) dias. O art. 45, III, da Deliberação Normativa COPAM nº 30/1998 estabelecia o prazo de 5 (cinco) dias, todavia, houve compromisso da Secretaria do COPAM, na forma sobredita, de envio do material aos Conselheiros com antecedência de 10 (dez) dias. Para melhor acompanhamento das discussões que ocorrerão nas reuniões das URC/COPAM, sugere-se que os pareceres encaminhados pela Secretaria Executiva do referido órgão sejam lidos antes da realização dessas.

2.3 Sugere-se que seja mantido contato com o representante do Ministério Público com atribuição no município em que se instalará o empreendimento a fim de verificar a existência de inquérito civil ou procedimento administrativo sobre o mesmo fato, bem como se houve assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou propositura de Ação Civil Pública.

Orientação: caso identificada a existência de IC, justificar a abstenção do seu voto ainda que verificada a assinatura de TAC.

2.4 Utilizar o pedido de vista sempre que verificar a ausência de informações importantes ou haja dúvida fundada de algum ponto abordado no parecer técnico, para análise mais completa do procedimento (art. 26, da DN COPAM nº 30/1998).⁴⁵⁵

Importante: Sempre que possível, no pedido de vista, encaminhar parecer escrito aos demais Conselheiros com as justificativas para a inclusão de condicionantes.

2.5 No julgamento de processos de licença ambiental ou infrações administrativas, havendo dúvidas ou questionamentos relativos a documentos/estudos não analisados pelo órgão seccional de apoio ao COPAM, sugere-se ao Conselheiro solicitar que o processo seja baixado em diligência. O procedimento permitirá nova análise pelo órgão seccional, com a elaboração de adendo ao(s) parecer(es) já elaborado(s).

2.6 Após a realização da reunião da URC/COPAM, verificada a existência de informações relevantes para a complementação das investigações de eventual IC, bem como identificada alguma atividade ilícita violadora das normas ambientais, encaminhar cópia do parecer técnico e/ou jurídico ao representante do MP com atribuição para a defesa do meio ambiente do local em que o empreendimento pretende se instalar.

2.7 Verificar a legalidade, razoabilidade e proporcionalidade das condicionantes apresentadas.

2.8 Exigir a identificação e motivação dos votos dos conselheiros em caso de posicionamento contrário aos pareceres técnico e/ou jurídico, assim como quando identificada ilegalidade.

2.9 O membro do MP deve pugnar para que as medidas de controle ambiental constantes no parecer técnico e nos estudos elaborados pelo empreendedor tornem-se condicionantes do licenciamento ambiental e não apenas de orientações.

Sugestão de condicionante: “executar/cumprir as medidas apontadas no EIA/RIMA ou nos estudos ambientais”.

⁴⁵⁵ Art. 26. É facultado a qualquer membro do Plenário requerer vista, devidamente justificada, por prazo fixado pelo Presidente, não superior ao prazo concedido ao relator, de matéria ainda não julgada, ou ainda, solicitar a retirada de pauta, de matéria de sua autoria.

§ 1º Quando mais de um membro do Plenário pedir vista, o prazo deverá ser utilizado conjuntamente pelos mesmos. § 2º A matéria retirada para vista ou por iniciativa de seu autor, deverá ser entregue à Secretaria Executiva acompanhada do parecer, e colocada em pauta, e reapresentada na reunião seguinte, com o parecer, para decisão do Conselho.

2.10 Atentar para que as condicionantes que contenham a obrigação de apresentação de projetos técnicos sejam sempre acompanhadas da exigência de sua aprovação e execução.

2.11 Em caso de constatação de dano ambiental relatado no parecer técnico, exigir a lavratura de auto de infração, caso ainda não tenha sido lavrado, advertindo-se sobre a prática do crime previsto no art. 68 da Lei nº 9.605/1998 pelo funcionário público.

2.12 Observar se os empreendimentos a serem licenciados utilizam matéria-prima mineral em seus processos produtivos. Caso positivo, deve ser exigida condicionante prevendo que somente seja adquirida matéria-prima mineral de quem esteja devidamente licenciado, sob pena de ocorrência do crime do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.176/1991⁴⁵⁶.

2.13 Se o empreendimento a ser licenciado localizar-se em zona de amortecimento de unidade de conservação, será necessária a autorização do órgão responsável por sua administração (art. 36, §3º, da Lei do SNUC e Resolução CONAMA nº 13/90).

2.14 No caso de o julgamento de autos de infração atentar para requerimento por parte do infrator de alteração de tipo de penalidade em virtude de modificação da legislação. A infração deve ser julgada conforme caracterização à época do fato⁴⁵⁷. A conveniência da celebração de termo de compromisso para redução do valor das multas deve ser objeto de análise do órgão ambiental e não dos conselheiros da URC/COPAM.

2.15 Observar a proposta de redução da multa, pois o legislador previu a redução em até 50% (cinquenta por cento). No entanto, não houve delimitação dos parâmetros a serem seguidos.

2.16 O representante do MP, nos casos de voto divergente, deve solicitar sua expressa identificação para fins de individualização na ata de reunião.

2.17 Em face das decisões de pedidos de licenciamento e penalidades aplicadas pelas SUPRAMs, é cabível recurso interposto mediante requerimento subscrito por, no mínimo, 5 (cinco) membros do Plenário à Câmara Normativa e Recursal (art. 10 do Decreto Estadual nº 44.667/2007 c/c art. 48, §1º, da DN COPAM nº 30/1998).

2.18 É permitido ao conselheiro apresentar proposição de moções, contendo matérias que sejam de

interesse do COPAM que, aprovadas pela maioria, serão levadas ao conhecimento dos órgãos do SI-SEMA ou outra entidade com interesse na matéria. A moção pode consistir em recomendação, posicionamento, solicitação de informações ou ações.

2.19 Caso o Conselheiro entenda necessário, os estudos ambientais e pareceres da SUPRAM relativos a processos de licenciamento ambiental de maior complexidade; poderão ser submetidos à análise técnica do Núcleo de Apoio à Atuação no Licenciamento Ambiental (NALA)⁴⁵⁸.

6.13.3 - COMPENSAÇÃO AMBIENTAL (LEI DO SNUC; LEI Nº 11.428/2006; LEI ESTADUAL Nº 14.309/2002 E RESOLUÇÃO CONAMA Nº369/2006)

3.1 Atentar para as medidas compensatórias previstas no art. 36, da Lei nº 9.985/2000; no art. 36 da Lei Estadual nº 14.309/2006; no art. 5º da Resolução CONAMA nº 369/2006 e arts. 17 e 32, inc. II, da Lei nº 11.428/2006.

3.2 Verificar a exigência de compensação ambiental nos procedimentos de renovação de licença de operação para empreendimentos anteriores à Lei do SNUC (Lei nº 9.985/2000).

3.3 Nos casos em que o EIA/RIMA for omissivo quanto à proposta de aplicação da medida compensatória prevista no art. 36 da Lei do SNUC, para apoiar a criação, implantação ou manutenção de unidade de conservação do grupo de proteção integral, obrigatoriamente, na bacia hidrográfica, na sua microrregião e, preferencialmente, no município onde está instalado o empreendimento, o Conselheiro deve solicitar a inclusão de condicionante nesse sentido.

Sugestão de condicionante: Apresentar proposta de destinação da medida compensatória prevista no art. 36 da Lei nº 9.985/2000 em complementação ao EIA.

3.4 Verificar se, no parecer, consta justificativa para a não inclusão de medida compensatória, ou seja, se há constatação expressa de que não ocorrerão impactos ambientais significativos.

6.13.4 - RESERVA LEGAL E ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

4.1 A exigência de reserva legal deve ser observada em todos os empreendimentos localizados em área rural.

4.2 O percentual de reserva legal refere-se ao tamanho total da propriedade rural e não à área útil do empreendimento.

4.3 A condicionante de exigência da averbação da

⁴⁵⁶ Parecer da Advocacia-Geral do Estado disponível na página eletrônica do CAOMA em: COPAM/Material de Apoio.

⁴⁵⁷ Nesse sentido, há parecer da Advocacia-Geral do Estado: "O princípio 'tempus regit actum' informa o fato ou o ato a ser apreciado e considerado juridicamente segundo a norma vigente ao tempo em que aconteceu. Portanto, se a norma vigente ao tempo do fato o tipifica como infração, é assim que deve ser considerado [...]".

⁴⁵⁸ O Núcleo de Apoio à Atuação no Licenciamento Ambiental foi instituído por meio da Resolução PGJ nº 65/2009 na estrutura do CAOMA.

reserva legal deve ser acrescida da recomposição da área, caso necessário.

4.4 Se o empreendimento a ser licenciado estiver localizado em área de expansão urbana, também será exigível a área de reserva legal.⁴⁵⁹

4.5 A averbação da área de reserva legal deve preceder ao licenciamento ambiental e não ser condicionante daquele.

4.6 Em caso de posse em imóvel rural deve constar condicionante prevendo a celebração de Termo de Compromisso com o Instituto Estadual de Florestas, e posterior registro no Cartório de Títulos e Documentos. Se houver registro do imóvel, a condicionante deverá prever a averbação do referido TC no Cartório de Registro de Imóveis.

4.7 No que se refere à compensação da reserva legal, deve ser observado o disposto no art. 44, III, §4º, ou seja, havendo impossibilidade de compensação dentro da mesma microbacia, o órgão ambiental deve aplicar o critério de maior proximidade possível entre a propriedade desprovida de reserva legal e a área escolhida para a compensação, desde que na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado, atendido, quando houver, o respectivo Plano de Bacia Hidrográfica. A área escolhida deve ser equivalente em importância ecológica e extensão e pertencer ao mesmo ecossistema.⁴⁶⁰

6.13.5 - EIA/RIMA

5.1 A Resolução CONAMA nº 01/1986 definiu o rol exemplificativo das atividades modificadoras do meio ambiente que devem apresentar EIA/RIMA para obter o licenciamento ambiental.

5.2 Em todos os processos de licenciamento ambiental em que não for exigida a apresentação do EIA/RIMA, deve constar no parecer técnico, se o empreendimento é causador ou não de significativo impacto ambiental (se não foi exigido EIA/RIMA, o órgão ambiental deverá atestar que inexistente significativo impacto ambiental – Princípio da Motivação dos atos administrativos⁴⁶¹).

6.13.6 - MATERIAL DE APOIO PARA ATUAÇÃO

⁴⁵⁹ Há parecer da PJSF neste sentido. Disponível na página eletrônica do CAOMA em Material de Apoio por Temas de Atuação/Reserva Legal/Parecer da PJSF – RL em Área de Expansão Urbana.

⁴⁶⁰ Registre-se que os incisos V, VI, VII, do art. 17, da Lei Estadual nº 14.309/2002 foram declarados inconstitucionais pela decisão da ADI nº 1.0000.07.456.706-6.001.

⁴⁶¹ Resolução Conama nº 237/1997, art. 3º, parágrafo único: “O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.”

6.1 Apostila: “Formação de Conselheiros das Unidades Regionais Colegiadas do COPAM”, elaborada pelo Sistema Estadual de Meio Ambiente, disponível em versão impressa no CAOMA, que pode disponibilizar cópia mediante solicitação do membro do *Parquet*.

6.2 Guia Prático de Requisição de Informações Ambientais, elaborado pelo CAOMA, disponível em sua página eletrônica.

6.3 Roteiro para Atuação do Ministério Público Federal em Licenciamento Ambiental.

6.4 Páginas eletrônicas:
www.semad.mg.gov.br
www.siam.mg.gov.br
www.mma.gov.br

6.13.7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. Livros:

BECHARA, Erika. **Licenciamento e compensação ambiental**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRAGA FILHO, Edson de Oliveira. **O licenciamento ambiental: uma visão realista**. 1. ed. São Luís: Fiúza, 2007.

DESTEFENNI, Marcos. **Direito penal e licenciamento ambiental**. 1. ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JÚNIOR, H.; DA-WALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FONTENELLE, Miriam; AMENDOLA, Cynthia Marques. **Licenciamento ambiental do petróleo e gás natural**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GODDOY, André Vanoni. **Eficácia do licenciamento ambiental como um instrumento público de gestão do meio ambiente**. 1. ed. Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

REZENDE, Leonardo Pereira. **Avanços e contradições do licenciamento ambiental de barragens hidrelétricas**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 171p.

ROSA, Patrícia Silveira da. **O licenciamento ambiental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Dano moral & licenciamento ambiental de barragens hidrelétricas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence D. **Licenciamento ambiental**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2007.

II. Artigo

VIANA, Eder Cristiano et al. Análise técnico-jurídica do licenciamento ambiental e sua interface com a certificação ambiental. *Revista Árvore*, Viçosa, v.27, n. 4, p.587-595, 2003.

6.14 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Promotor de Justiça Carlos Eduardo Ferreira Pinto

Lei de Improbidade Administrativa e o procedimento de licenciamento ambiental

6.14.1 - INTRODUÇÃO

No que concerne à responsabilidade dos agentes públicos pelos atos praticados no procedimento de licenciamento ambiental, necessária se faz a aplicação dos princípios e finalidades do Direito Ambiental brasileiro.

Na medida em que o tema enfoca a responsabilidade do agente público dentro do procedimento de licenciamento ambiental, a análise será direcionada àqueles que exercem suas funções perante a Administração Pública ambiental federal, estadual e municipal.

O SISNAMA⁴⁶² conta com aproximadamente 24.000 (vinte e quatro mil) agentes públicos, vinculados aos órgãos federais e estaduais, sem computar os órgãos municipais, o que aumenta a importância do estudo acerca da responsabilidade do agente público.

No entanto, apesar da competência concorrente dos entes federados, na maioria dos casos, o licenciamento ambiental é realizado no âmbito estadual. Em Minas Gerais, as licenças ambientais são concedidas pelas Unidades Regionais Colegiadas (URCs) do Conselho Estadual de Política Ambiental – Copam.

Com a participação do Ministério Público de Minas Gerais no Conselho Estadual de Política Ambiental, foi possível verificar a necessidade de criação de um mecanismo de controle eficaz dos atos dos agentes integrantes desses órgãos licenciadores, sobretudo em razão dos grandes interesses envolvidos nos julgamentos.

⁴⁶² PAIXÃO. Marcos Valentim Pinheiro. **Improbidade Ambiental no Direito Brasileiro**. Dissertação sob a orientação da Prof. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2004. p. 44.

6.14.2 - LICENCIAMENTO

Entre os instrumentos previstos na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento ambiental é um dos mais importantes, sendo corolário do princípio da prevenção.

Entretanto, para que o Estado aplique com eficiência o princípio da prevenção, faz-se necessário que o licenciamento seja conduzido com respeito à legalidade a fim de garantir a sustentabilidade ambiental na autorização de empreendimentos potencialmente causadores de significativo impacto ambiental.

Importante registrar que as medidas preventivas, reparatórias, mitigadoras e compensatórias são estabelecidas no licenciamento ambiental. Portanto, com o estabelecimento desse mecanismo de controle sobre os mais diversos tipos de intervenção no ambiente, tendo por referência normas e padrões ambientais mínimos, o que se busca é garantir o chamado desenvolvimento sustentável.

Licenciamento ambiental é o

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental (art. 1º, I, da Resolução CONAMA 237/97).

Licença ambiental, por sua vez, é o

ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física e jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental (art. 1º, II, da resolução citada).

Assim, o procedimento do licenciamento ambiental, como medida de controle administrativo sobre as atividades que interferem nas condições ambientais, deve sempre anteceder o início dessas atividades, daí a sua perfeita sintonia com o princípio da prevenção.

Nesse contexto, torna-se imprescindível para a preservação ambiental que a licença concedida esteja fundamentada técnica e juridicamente na legislação vigente, vinculando os agentes licenciadores aos ditames legais.

6.14.3 - ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

Ressalta-se que não é qualquer atividade que demanda a licença ambiental; somente aquelas que tenham potencial de causar poluição ou degradação ambiental, ou ainda, aqueles que utilizam recursos naturais.

Dentre os estudos ambientais inseridos no licenciamento, destaca-se o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório – EIA/RIMA, instrumento previsto na Constituição Federal e personagem principal do modelo de prevenção de danos ao meio ambiente.

Esse instrumento, que deve ser prévio à implantação do empreendimento e ao início da atividade, instrui o pedido de licença ambiental nos casos de atividade ou empreendimento que causem significativa degradação ambiental.

A exigência do Estudo de Impacto Ambiental para atividades de significativo impacto se fundamenta no artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, que incumbe ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito consagrado:

Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Por outro lado, a Resolução CONAMA n. 001/86, no seu artigo 2º, estipula:

Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e da SEMA em caráter supletivo, o licenciamento das atividades modificadoras do meio ambiente, tais como. (grifo nosso)

A primeira conclusão que se extrai é que as atividades previstas no artigo 2º acima mencionado foram mencionadas exemplificativamente, o que se denota, inclusive, da expressão “tais como”.

Segundo Álvaro Luiz Valery Mirra:

A Resolução 01/86 do CONAMA, na realidade estabeleceu um mínimo obrigatório, que pode ser ampliado, mas jamais reduzido. Para Antônio Herman Benjamin, Paulo Affonso Leme Machado e Sílvia Capelli, há verdadeira presunção absoluta de que as atividades previstas na referida resolução são potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente.⁴⁶³

A definição de impacto ambiental vem descrita no artigo 1º da Resolução CONAMA 01/86, *in verbis*:

Considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas, que direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II – as atividades sociais e econômicas; III – a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais.

A Resolução CONAMA 237/97, em seu art. 3º menciona que:

A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente dependerá de prévio Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento. (grifo nosso)

A Resolução 237/97 revogou expressamente os artigos 3º e 7º da Resolução 01/86, mas não o artigo 2º. Portanto, continuam sujeitadas todas as atividades especificadas na Resolução 01/86 à elaboração do EIA, bem como as atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente.

Por outro lado, concernente à repartição de competências para o licenciamento, o critério definido pelo CONAMA, na Resolução nº 237/97, foi o da predominância do interesse, conforme se verifica da leitura de vários dispositivos e, em especial, do art. 6º, que reconhece a competência municipal para o licenciamento e especifica:

Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento ou convênio.

Portanto, não há liberdade de escolha para o empreendedor quanto ao órgão licenciador de sua obra ou atividade. A competência é vinculada! Assim, qualquer ato praticado por órgão incompetente para determinado licenciamento é inválido, não podendo servir de fundamento para a dispensa de EIA.

O princípio da legalidade, que rege a atuação da Administração Pública, impõe que sua vontade decorra exclusivamente da lei, ou seja, só poderá fazer o que a lei permite.

⁴⁶³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Malheiros. p. 214.

Não há determinação ou permissivo legal para que seja concedida licença para atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente sem prévio estudo de impacto ambiental.

Portanto, não há dúvidas que deveres públicos emergem da legislação ambiental, a qual projeta suas normas no âmbito administrativo. Nesse contexto, surge o chamado dever de probidade ambiental, traduzindo exigências de honestidade profissional e de eficiência funcional mínima na gestão ambiental, gestão pública que implica a prática de atos administrativos.

O dever de probidade ambiental implica deveres de abstenção de condutas lesivas ao meio ambiente e, mais ainda, impõe deveres positivos de proteção ambiental, sob pena de improbidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa se aplica a todos os agentes públicos que, enquadrados como sujeitos ativos, praticarem condutas típicas previstas na legislação; basta que haja uso indevido de poderes públicos e a violação ao dever de probidade administrativa ambiental.

6.14.4 - AGENTE PÚBLICO

Primeiramente, cumpre observar que a expressão 'servidores públicos' acaba restringindo o universo das pessoas localizadas dentro da Administração Pública, por excluir diversas categorias da sua incidência.

Como bem elucida Celso Antonio Bandeira de Melo,⁴⁶⁴ a expressão "agentes públicos":

é a ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas de maneira ocasional ou episodicamente.

Assim quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isso, a noção abarca tanto os chefes do Poder Executivo (em quaisquer esferas), os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargo ou empregos públicos da administração direta dos três poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

A expressão "agente público" também inclui os particulares em colaboração com o Estado, vale dizer, aqueles que, mesmo não ocupando cargos ou empregos na estrutura da Administração Pública,

incluem-se na categoria de agentes, por estarem, ainda em caráter transitório, exercendo serviços públicos.

6.14.5 - RESPONSABILIDADE POR DANOS AO MEIO AMBIENTE – PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Na responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, aplica-se a tríplice penalização, ou seja, aquele que causar danos ao meio ambiente poderá ser responsabilizado nas esferas penal, administrativa e civil.

Nesse sentido a previsão do § 3º do art. 225 da Constituição Federal, *verbis*:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Apesar da prevalência do aspecto preventivo, esta nem sempre se mostra possível. Assim, diversas são as situações em que nos deparamos com danos ambientais já materializados, não raro de maneira irreversível.

Com efeito, na seara ambiental, há duas formas de composição do dano: a recuperação do meio ambiente lesado (aspecto reparatório) ou a percepção de indenização.

Apesar de ambas serem possíveis, entre elas há inequívoca hierarquia, decorrente da relevância do bem jurídico tutelado.

Portanto, no mesmo sentido em que a prevenção prefere à composição, o aspecto reparatório deve sempre predominar em relação ao ressarcitório, já que a indenização, evidentemente, não tem o condão de recuperar o dano social causado.

Mais uma vez, vale a pena trazer à baila a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado:

*não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios ou a boa formação do feto.*⁴⁶⁵

Desta forma, são objetivos do direito ambiental em ordem decrescente de importância, a prevenção do dano, sua reparação e a obtenção de indenização.

Consoante as lições de Fiorillo⁴⁶⁶ quanto à aplicação do princípio da prevenção por parte da Administração, temos que o agente público exerce o

⁴⁶⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Malheiros. p. 232.

⁴⁶⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 37.

⁴⁶⁴ MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 175.

[...] princípio da prevenção por intermédio das licenças, das sanções administrativas, da fiscalização e das autorizações, entre outros atos do Poder Público, determinantes da sua função ambiental de tutela do meio ambiente.

6.14.5.1 - RESPONSABILIDADE CIVIL

De maneira geral, a responsabilidade civil em sede de direito ambiental é tratada pelo art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). Preceitua o dispositivo ser

o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Dá-se, portanto, a responsabilidade objetiva, que pressupõe a existência concomitante de três requisitos: ação ou omissão, resultado lesivo e nexo de causalidade ligando-os entre si, e sem dúvida o agente público está inserido nessa previsão.

No entanto, para que seja responsabilizado civilmente por um dano ambiental, o agente público deve ter concorrido para o resultado danoso, quer omissiva quer comissivamente. Nesse sentido Heraldo Garcia Vitta:⁴⁶⁷

Trata-se de responsabilidade objetiva e solidária de todos os que concorreram para o resultado, ressalvada, entre eles, a via regressiva. A dicção do art. 225, § 3º, da Constituição Federal permite esse entendimento. A responsabilidade é de todos os infratores, ou seja, os que cometeram danos ao meio ambiente. Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, evidentemente a responsabilização deverá ser solidária: pessoas físicas, jurídicas, particulares e Estado.

6.14.5.2 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal dispõe no § 4º do artigo 37 que

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

A Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa – traz em sua ementa que irá dispor

[...] sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Com efeito, a referida lei traz as condutas que considera como sendo atos de improbidade administrativa e as separa em três modalidades: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

Certo é que o Poder Público tem o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (*caput* do art. 225 da CF).

No entanto, pode ser que o mesmo Estado e/ou seus agentes públicos sejam os próprios causadores de danos ambientais, isto é, além de não preservarem, ainda degradam.

Nesses casos, além de sua responsabilização pelo dano causado, o agente poderá sofrer as penas trazidas pela Lei de Improbidade, desde que sua conduta assim esteja configurada.

De modo geral registra a doutrina ser a probidade espécie do gênero moralidade administrativa a que se refere o art. 37 da CF. Salienta Marcelo Figueiredo que:

O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa. Assim, ofensas aos princípios da lealdade, da boa-fé, da boa administração, estão igualmente contidos na lei, ao lado das situações lá descritas como ensejadoras de punição. É dizer, a lei, quando alude à 'probidade', determina ao intérprete sacar seu conteúdo da Constituição e da Lei.⁴⁶⁸

A aplicação das penalidades da Lei de Improbidade Administrativa em decorrência de danos ao meio ambiente vem sendo, felizmente, cada vez mais utilizada, quer seja mediante ação autônoma quer seja em sede de cumulação de pedidos nos termos do art. 292 do Código de Processo Civil.

A responsabilização do dano causado ao meio ambiente com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa surge em decorrência de atos atentatórios aos princípios da administração pública ambiental.

Vale lembrar que a ação de improbidade não busca reparar o dano causado e sim punir o agente público caso sua conduta se enquadre nas hipóteses

⁴⁶⁷ VITTA, Heraldo Geraldo. **O Meio Ambiente e a Ação Popular**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 27.

⁴⁶⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**, São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21-22.

caracterizadoras dos atos de improbidade previstos na lei.

Na maioria dos casos, o agente público será obrigado a reparar e/ou compensar o dano causado, uma vez que a responsabilidade é objetiva, mas que, em nenhum momento, ficou configurada uma das hipóteses da Lei de Improbidade. Assim, não se pode admitir a aplicação da responsabilidade objetiva para a incidência das penalidades de improbidade.

Assim sendo, a aplicação da Lei de Improbidade demanda análise dos elementos subjetivos, sendo certo que os dispositivos que determinam a responsabilidade objetiva são aplicados apenas no que concerne à reparação do dano.

No entanto, isso não impede que ambos os pedidos sejam cumulados na mesma ação, dada a natureza civil, contudo a análise da reparação deverá ser objetiva e da improbidade subjetiva.

Estabelece o art. 17 da Lei de Improbidade que a ação principal será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. O texto legal não é explícito quanto à modalidade da ação principal.

Marcelo Figueiredo sustenta ser inviável o uso da ação civil pública. No mesmo sentido são as lições de João Batista de Almeida⁴⁶⁹:

Cremos, ainda, que não se mostra viável naquelas ações (popular ou civil pública) veicular pedido de ressarcimento de dano por ato de improbidade administrativa que cause dano ao erário público (art. 10), diante da previsão específica da presente lei, que contempla e inaugura uma nova ação, a 'ação civil de reparação de dano' causado pela improbidade.

Por outro lado, Wallace Paiva Jr.⁴⁷⁰ sustenta opinião contrária, a saber, a adequação da ação civil pública, *verbis*:

Nos termos do art. 17 da Lei Federal n. 8.429/92 têm legitimidade ativa para postular em juízo a aplicação dessas sanções, independentemente das sanções criminais, civis, administrativas, e até eleitorais, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, pela via da ação civil pública, instrumento processual destinado à proteção dos interesses supra-individuais, como a moralidade, a probidade, a gestão honesta da coisa pública.

A seu turno, a jurisprudência tem admitido a ação civil pública para o combate à improbidade administrativa.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 60.

⁴⁷⁰ MARTINS JR., Wallace Paiva. Alguns meios de Investigação... **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, v.727, maio 1996, p. 327-328.

⁴⁷¹ TRF 1ª Reg., 4ª T., AC 1997.01.00.016669-3/RO, Rel. Juíza Eliana Calmon, j. 27.04.1999, v.u., publ. DJ 27.08.1999;

6.14.5.3 - RESPONSABILIDADE PENAL

Não obstante a possibilidade de responsabilização civil do agente público em decorrência de conduta e atividades lesivas ao meio ambiente, é de ser consignado que esse poderá ser responsabilizado penalmente por todos os crimes tipificados no Código Penal e em outras legislações esparsas, podendo, inclusive, sofrer responsabilização pelos chamados crimes funcionais.

A Lei nº 9.605/98, nos artigos 66 a 69, criou tipos penais específicos que protegem a administração ambiental. As condutas descritas também se caracterizam como atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.

O crime previsto no art. 66 da Lei de Crimes Ambientais pune o funcionário público que faz afirmação falsa ou enganosa, ou que omite a verdade, sonega informações ou dados técnico-científicos, em procedimento de autorização ou de licenciamento ambiental.

O crime do artigo 67 pune a conduta do funcionário público que concede licença, autorização ou permissão, em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do poder público.

O art. 68 da Lei nº 9.605/98 responsabiliza aquele que, possuindo o dever legal ou contratual, deixa de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental.

Todas as licenças são concedidas mediante o estabelecimento de condicionantes que prevêm restrições e medidas de controle e mitigação dos impactos ambientais negativos, que devem ser rigorosamente cumpridas pelo empreendedor.

As condicionantes e recomendações estipuladas no licenciamento devem ser consideradas obrigações de relevante interesse ambiental, de forma que o não atendimento a elas ou a ausência de fiscalização de seu cumprimento pode configurar o crime previsto no art. 68 da Lei nº 9.605/98.

Recente alteração legislativa ocorreu com o advento do art. 82 da Lei nº 11.284/2006, que acrescentou o art. 69-A à Lei nº 9.605/98, *in verbis*:

Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Se o crime

STJ, 1ª T., REsp 154.128/SC, rel. Min. Demócrito Reinaldo, rel. p/ o acórdão Min. Milton Luiz Pereira, j. 11.05.1988, v.m., publ. DJ 18.12.1998; STJ, 1ª T., REsp 213.714/MG, rel. Min. Garcia Vieira, j. 05.08.1999, v.u., publ. DJ 06.09.1999.

é culposo: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.

6.14.6 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, acerca da responsabilidade do agente público pelo dano e prevenção ao meio ambiente, propõem-se como orientações aos órgãos de execução do Ministério Público os enunciados a seguir colacionados:

- 1) A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa como meio de tutela ambiental se fundamenta no princípio da prevenção.
- 2) Agente público é toda pessoa física ou jurídica que exerce atividade estatal, sujeitando-se à triplíce responsabilização pelo dano ambiental.
- 3) O EPIA deve ser exigido sempre que presente a potencialidade de significativa degradação do meio ambiente. O que a Resolução n. 01/86 fez foi listar, de maneira exemplificativa, hipóteses em que esta significativa degradação é presumida de maneira absoluta (art. 2º da Resolução Conama 01/86).
- 4) Os técnicos responsáveis pelos laudos ou relatórios ambientais que fundamentam a concessão da licença podem ser acionados por improbidade administrativa, inclusive de forma autônoma, quando incorrerem em intoleráveis equívocos funcionais sejam eles em razão de erros grosseiros ou culpa grave. (art. 2º da LIA).
- 5) Os tipos sancionadores da improbidade são abertos, compondo-se de elementos normativos vagos. Trata-se de normas em branco, que se complementam por outras normas.
- 6) O fato de a licença ambiental ser ato discricionário não quer significar a livre concessão de poderes ao agente, porque mesmo neste caso há a obrigação de atentar para os limites legais e os princípios do Direito Administrativo (da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência), além da Razoabilidade, Proporcionalidade, Supremacia do Interesse Público e Motivação, bem como para os princípios do Direito Ambiental.
- 7) No que concerne à esfera civil, por força do art. 37, § 6º, da CF, o Estado responderá pelos danos causados pelo agente público e lhe é assegurado o direito de regresso no caso de dolo e culpa do agente;
- 8) A responsabilidade objetiva prevista no art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, recepcionado pela Constituição Federal, refere-se à reparação do dano, tendo em vista a relevância do bem tutelado e não poderá ser aplicada para a caracterização das hipóteses de atos de improbidade administrativa, que exige a análise de elemento subjetivo (dolo ou culpa).
- 9) A responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa se insere no princípio da reparação integral do dano.
- 10) A ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 17 da LIA) é uma

espécie do gênero ação civil pública (ACP), nos termos da Lei nº 7.347/85, da Lei nº 8.078/90, além do art. 129, II e III, da CF.

11) Os pedidos de reparação do dano (responsabilidade objetiva) e de aplicação das penalidades de improbidade administrativa (responsabilidade subjetiva) poderão ser realizados na mesma ação, em respeito aos princípios da celeridade e economia processual.

12) No caso de cumulação de pedidos, a petição inicial deverá distinguir as pretensões decorrentes da reparação do dano ambiental e as da Lei de Improbidade Administrativa, pois o produto da reparação do dano em razão do ato de improbidade deve ser revertido à própria entidade lesada, enquanto que o decorrente da reparação do dano ambiental deve ser revertido ao Fundo de Interesses Difusos Lesados previsto na Lei nº 7.347/85.

13) Identificada uma situação relacionada com as atribuições da Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, cumulada com a prática de atos de improbidade, deve prevalecer a atribuição do Promotor de Justiça do meio ambiente por ser mais especializada.

14) Caso o ato de improbidade tenha-se consumado em comarca distinta daquela em que ocorreu o dano ambiental, torna-se inviável a cumulação de pedidos.

15) Se o agente público, por inescusável desconhecimento de normas técnicas, concede licenças para atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, deve suportar a plena incidência do art. 11 da LIA, uma vez que violado o dever de lealdade institucional.

16) O desconhecimento de normas técnicas é problema a ser analisado no campo do erro de proibição, tese defensiva cujo ônus não cabe ao Ministério Público.

17) Para a caracterização probatória dos atos de improbidade administrativa, o Promotor deve utilizar-se do instituto da recomendação, inclusive verbal, nos termos do art. 27, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.

18) Se os agentes públicos destinatários das recomendações não cumprirem seus deveres funcionais, haverá inequívoco suporte probatório para a configuração da improbidade administrativa ambiental.

19) O descumprimento, sem justa causa, das requisições ministeriais destinadas à defesa do meio ambiente configura improbidade omissiva enquadrável no art. 11, II, da LIA.

20) Nos compromissos de ajustamento de condutas, poderá ser incluída cláusula que preveja a responsabilidade pessoal do administrador em caso de descumprimento do pactuado, bem como poderá constar cláusula que o descumprimento das obrigações previstas importará em ato de improbidade previsto no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92.

21) Os crimes previstos nos arts. 66 e 67 da Lei nº 9.605/98 são considerados próprios, pois exigem especial qualidade do sujeito ativo: ser funcionário

público, nos termos do art. 79 da Lei nº 9.605/98 c.c art. 327 do CP.

22) Os crimes previstos nos arts. 68, 69 e 69, "a", são comuns, ou seja, podem ser praticados por qualquer pessoa.

23) Em qualquer fase do licenciamento ambiental, pode ser constatada uma afirmação falsa ou enganosa, ou omissão da verdade ou sonegação de informações e/ou dados técnico-científicos, restando configurado o crime do art. 66 da Lei nº 9.605/98.

24) Para a tipificação do crime previsto no art. 66 da Lei nº 9.605/98, a omissão da verdade ou a sonegação de informações pode ser praticada por técnicos contratados pelo empreendedor (art. 11, Resolução Conama nº 237).

25) Os crimes dos arts. 66, 67, 68, 69 e 69A da Lei nº 9.605/98 se consomem com a ação ou a omissão, independentemente do resultado. Não é necessário que haja o prejuízo efetivo, bastando a potencialidade do dano ao meio ambiente.

26) No caso de emissão de licença, com fundamento em informação falsa ou enganosa, o Promotor de defesa do meio ambiente deve agir rapidamente por meio de ACP para suspender, liminarmente, os efeitos do ato e, ao final, para declarar a sua nulidade, bem como para aplicar ao agente público as sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

6.14.7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. Improbidade Administrativa em relação à Administração Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 3, n. 12, out./dez.

BARROS FILHO, Ney de Bello. Aplicabilidade da Lei improbidade administrativa à atuação da administração ambiental brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 5, n. 18, abr./jun. 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

D'ANGELO, Élcio; D'ANGELO, Suzi. **O princípio da probidade administrativa e a atuação do Ministério Público**. 2. ed. Campinas: LZN, 2004.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DESTEFENNI, Marcos. **Direito Penal e Licenciamento Ambiental**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**. 3. ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2003.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR. Hamilton; DA-WALIBI, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a Natureza**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3. ed. Lumen Juris, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle de Patrimônio Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

PAIXÃO, Marcos Valentim Pinheiro. **Improbidade Ambiental no Direito Brasileiro**. Dissertação apresentada na PUC/SP sob a orientação da Profa. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, 2004, p.44.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 4. ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2009.

_____. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 5, n. 17, jan./mar. 2000.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa: Reflexões sobre a Lei n. 8.429/92**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando. **Direito Ambiental: Na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

6.15 - AGROTÓXICOS

Promotor de Justiça Carlos Eduardo Ferreira Pinto

Se existe um emblema adequado à fase histórica em que vivemos, este é o descartável. O descartável foi promovido a categoria metafísica, o que significa que ele está entranhado em nossa própria realidade. Pois hoje tudo é descartável, as coisas, os valores, as idéias, os projetos, a memória, o meio ambiente, as pessoas.⁴⁷²

6.16 - INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é traçar um panorama doutrinário e jurisprudencial da recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça referente à responsabilidade das empresas produtoras e comercializadoras e a destinação final das embalagens vazias de agrotóxicos, em sede de recurso em mandado de segurança (n. 25.399 –MS – 2007/0241609-7), tendo como relatora a Ministra Denise Arruda.

No mencionado *decisum* o STJ delimitou que o responsável pelo destino final das embalagens vazias de agrotóxicos é o seu fabricante ou, quando não for fabricado no país, o importador nos termos da Lei nº 7.802/89 e do Decreto nº 4.074/2002.

Por outro lado, reconheceu o Instituto Nacional de Processamento de Embalagens Vazias (INPEV) como verdadeiro mandatário das empresas produtoras e comercializadoras de agrotóxicos.

Assim, o STJ considerou legítima a exigência de termo de compromisso com o INPEV como condição para a concessão de licença de operação a empresa que pretenda atuar na atividade de reciclagem de embalagens vazias de agrotóxicos, *in verbis*:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECI-CLAGEM DE EMBALAGENS VAZIAS DE AGROTÓXICOS. RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PRODUTORAS E COMERCIALIZADORAS.

1. Hipótese em que a impetrante pretender atuar na atividade de reciclagem de embalagens vazias de agrotóxicos. Pugna pelo deferimento da licença ambiental independentemente da celebração de um termo de compromisso com o Instituto Nacional de Processamento de Embalagens Vazias - INPEV.

2. De acordo com o § 5º do art. 6º da Lei 7.802/89, incluído pela Lei 9.974/2000, 'as empresas produtoras e comercializadoras de agrotóxicos, seus componentes e afins, são responsáveis pela destinação das embalagens vazias dos produtos por elas fabricados e comercializados, após a devolução pelos usuários, e pela dos produtos apreendidos pela ação fiscalizatória e dos impróprios para

utilização ou em desuso, com vistas à sua reutilização, reciclagem ou inutilização, obedecidas as normas e instruções dos órgãos registrantes e sanitário-ambientais competentes'.

3. O responsável pelo destino final das embalagens vazias de agrotóxicos é o seu fabricante, ou, quando o produto não for fabricado no país, o importador.

4. No exercício dessa obrigação, as empresas produtoras e comercializadoras de agrotóxicos são representadas, atualmente, pelo Instituto Nacional de Processamento de Embalagens Vazias - INPEV, que possui, em seu rol de associados, 99% das empresas fabricantes de defensivos agrícolas do Brasil e as sete principais entidades de classe do setor.

5. Diante desse contexto, é possível afirmar que o INPEV atua como verdadeiro mandatário das empresas produtoras e comercializadoras de agrotóxicos, que são as únicas responsáveis pela destinação final das embalagens vazias.

6. Assim, se essas empresas serão responsabilizadas por eventual dano ao meio ambiente decorrente da reciclagem de embalagens vazias de agrotóxicos, é justo que elas tenham a prerrogativa de firmar parcerias de acordo com suas conveniências.

7. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido.

6.17 - AGROTÓXICOS E O MEIO AMBIENTE

Os agrotóxicos são considerados um dos mais graves problemas de poluição causada por produtos químicos. A utilização desenfreada contamina os alimentos e, por conseqüência, os seres humanos que os ingerem. Assim, a saúde humana fica exposta a sérios riscos, seja pelos próprios agrotóxicos (preparo, aplicação ou manuseio) ou pelo contato com alimentos contaminados.

Como se não bastasse, os efeitos para os seres humanos decorrentes da contaminação por agrotóxicos são extremamente graves e se classificam, resumidamente, como teratogênicos (nascimento com más-formações), mutagênicos (alterações genéticas) e carcinogênicos (surgimento de várias espécies de câncer).⁴⁷³

O uso dos agrotóxicos na agricultura tem determinado a poluição de todo o meio ambiente natural, na medida em que se reflete na água, no solo e no ar. Além disso, ao extinguir as pragas, morrem animais e vegetais, reduzindo-se a biodiversidade e desestabilizando-se os ecossistemas.

É cediço que, atualmente, a produção de gêneros alimentícios sem agrotóxicos é apenas uma espe-

⁴⁷² KUJAWSKI, Gilberto de Mello. O Ocidente e sua sombra. Brasília: Letraviva Editorial Ltda., 2002.

⁴⁷³ RIO GRANDE DO SUL, Governo do. Secretaria de Saúde – Fundação Estadual de Produção e Pesquisa da Saúde – Centro de Informação Toxicológica. Manual de diagnóstico e tratamento de acidentes com agrotóxicos, Porto Alegre, 2000. p. 2-7.

rança. Destaca com propriedade Paulo de Bessa Antunes:⁴⁷⁴

[...] não se logrou até aqui, uma produção agrícola isenta de produtos químicos que seja o suficiente para suprir as necessidades básicas da humanidade. Por tal motivo o controle de agrotóxicos é uma matéria de imensa relevância para todos.

6.18 - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

6.18.1 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, V, tratou de maneira abrangente o tema relativo ao controle de agrotóxico, impondo obrigações ao Poder Público, *in verbis*: “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Nesse diapasão, verifica-se que o Texto Constitucional autorizou o emprego de agrotóxicos, mas impôs ao Poder Público a obrigação de controlar as atividades, a fim de garantir uma proteção eficiente ao meio ambiente. Dessa forma, compete à Administração Pública a realizar o controle e a fiscalização dos agrotóxicos, não permitindo a livre negociação entre produtores e consumidores.

Ademais, pretendendo restringir a difusão de propaganda referente aos agrotóxicos, o legislador constitucional estabeleceu no art. 220, § 4º, que

A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (grifo nosso).

Por outro lado, o art. 24, inc. V, da Constituição Federal prevê a competência para legislar sobre produção e consumo de maneira concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal. Assim, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, restando aos Estados a competência suplementar. Inexistindo as primeiras, os Estados exercerão competência legislativa plena, caso em que a lei estadual terá a sua eficácia suspensa com a superveniência de lei federal, no que lhe for contrário.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 705.

⁴⁷⁵ Nesse sentido julgado do STF: “Repr. 1.153, em AgrG em AI 158.479-RS, agravante Sandoz S/A, que não julgou inconstitucional artigo da Lei 7.742/82, do Estado do Rio Grande do Sul, que condiciona o prévio cadastramento o produto agrotóxico e outros biocidas no Departamento de Meio Ambiente da Secretaria Estadual de Saúde e Meio Ambiente”. (J. 13.2.96, Lex 213105-109, ano 18 (rel. Min. Maurício Corrêa).

Destaca Paulo Affonso Leme Machado que

[...] controlar adequada e permanentemente não pode ser uma efêmera plataforma política de uma Administração Federal ou Estadual e nem é assunto que possa ser deixado à livre negociação entre produtores e consumidores. O Poder Público, Federal e Estadual, se auto-obrigou constitucionalmente a estar presente nessa árdua atividade de controle.⁴⁷⁶

6.18.2 - LEGISLAÇÃO FEDERAL

No âmbito federal o instrumento normativo em vigência disciplinando a matéria é a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que

Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins.⁴⁷⁷

A Lei mencionada, entretanto, já sofreu alterações, introduzidas pela Lei nº 9.974/2000, que tratou, especialmente, do destino final dos resíduos e embalagens de agrotóxicos, com repercussão na responsabilidade administrativa, civil e penal.

No que concerne à propaganda comercial de agrotóxicos, houve a regulamentação pela Lei nº 9.294/96, com as alterações realizadas pela Lei nº 10.167/2000, que dispõe sobre “as restrições ao uso e a propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas” (grifo nosso).

A Lei nº 7.802/89 foi regulamentada pelo Decreto nº 98.816, de 11/01/1990, posteriormente alterado e com dispositivos acrescentados pelos Decretos números 99.657, de 26/10/1990; 991, de 24/11/1993; 3.550, de 27/07/2000; 3.694, de 21/12/2000, e 3.828, de 31/05/2001. Todos eles foram expressamente revogados pelo Decreto nº 4.074, de 04/01/2002 (art. 98), que passou a regulamentar mencionada lei.

Ainda, na seara federal, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), editou a Resolução nº 334, de 3 de abril de 2003, que disciplina os requisitos e critérios técnicos mínimos necessários para o licenciamento ambiental, pelos órgãos competentes, de unidades de recebimento de embalagens vazias de agrotóxicos.

⁴⁷⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10 ed. Malheiros. p. 545.

⁴⁷⁷ A Lei nº 7.802/1989 revogou, tacitamente, o Decreto nº 24.114/1934, que aprovou o regulamento de defesa sanitária vegetal, na parte que se refere à “fiscalização de inseticidas e fungicidas com aplicação na lavoura”.

6.19 - CONCEITO

Os agrotóxicos, terminologia mais adequada, em detrimento de defensivos agrícolas, utilizados pelos fabricantes e que, segundo Paulo Affonso Leme Machado⁴⁷⁸ distorce o conceito e foge da terminologia internacional, “são produtos químicos biocidas, utilizados no combate às pragas e às doenças das plantas”,⁴⁷⁹ tendo sido desenvolvidos a partir da tecnologia e pesquisa de armas de guerra.

A Lei nº 7.802/89, que regula a matéria, definiu agrotóxico, em seu art. 2º, I, *a* e *b*, como

I – agrotóxicos e afins: a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos; b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento.⁴⁸⁰

6.20 - PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

É fato inequívoco que a utilização de agrotóxicos gera degradação ambiental e repercute na saúde humana. Assim, a necessidade de prevenir os riscos ambientais, causados pelo uso intensivo e inadequado de agrotóxicos, remete-nos ao princípio da prevenção, que consagra a premissa de que enquanto existir possibilidade de se evitar o dano, esse objetivo deverá ser perseguido como se fosse o único. Logo, o aspecto preventivo se sobrepõe ao repressivo.

O Princípio da Prevenção, atualmente, é considerado fundamental para a proteção do meio ambiente, revelado pela aplicação dos instrumentos de defesa, como as licenças e estudo de impacto ambiental, que assumem fundamental importância contemporaneamente.

Consoante ensinamento de Paulo de Bessa Antunes

O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informações sobre eles. É o princípio

⁴⁷⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 545.

⁴⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL, Governo do Estado do. Conselho Estadual de Saúde – A Saúde no trabalho/A exposição a Agrotóxicos. 2. ed. Porto Alegre, 2000. p. 2. apud Paulo da Silva Cirne, in A destinação final das embalagens de agrotóxicos: recentes modificações – Revista de Direito Ambiental n.º 23 – Editora RT, p. 308.

⁴⁸⁰ O Decreto nº 4.074/2002, que regulamentou a Lei de Agrotóxicos, traz em seu artigo 1º a definição de “princípios ativos” (inciso XVII), “produto técnico” (inciso XXXVII), “matéria-prima” (inciso XXIV), “ingredientes inertes” (inciso XVIII) e “aditivos” (inciso I), além de outros conceitos.

da prevenção que informa tanto o licenciamento ambiental como os próprios estudos de impacto ambiental.⁴⁸¹

Neste sentido, a legislação de agrotóxico procura reduzir os efeitos causados ao meio ambiente e à saúde humana, dispondo o art. 20 do Decreto nº 4.074/2002 que

O registro para o novo produto agrotóxico, seus componentes e afins será concedido se a sua ação tóxica sobre o ser humano e o meio ambiente for comprovadamente igual ou menor de que a daqueles já registrados para a mesma finalidade.

A seu turno, preceitua o art. 3º, § 6º, da Lei nº 7.802/89, *in verbis*:

Art. 3º, § 6º - Fica proibido o registro de agrotóxico, seus componentes e afins: a) para os quais o Brasil não disponha de métodos para desativação de seus componentes, de modo a impedir que os resíduos remanescentes provoquem riscos ao meio ambiente e à saúde pública; b) para os quais não haja antídoto ou tratamento eficaz no Brasil; c) que revelem características teratogênicas, carcinogênicas, ou mutagênicas, de acordo com os resultados atualizados de experiências da comunidade científica; [...]”.

Desde seu registro a lei aceita o caráter impactante do agrotóxico, por admitir que a substância agrotóxica necessite de antídoto ou tratamento eficaz, bem como que ela pode ter características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas.

Portanto, referidos dispositivos demonstram o caráter preventivo do procedimento do registro no que tange à proteção ao meio ambiente e à saúde humana. Escrevem a propósito Ana Carolina Papacosta e Inês Virgínia Prado:

Já que se não se estivesse frente a um produto altamente impactante ao meio ambiente, se não existisse ameaças de danos ambientais apenas com o registro de substâncias agrotóxicas, não haveria sentido tal exigência.⁴⁸²

6.21 - REGISTRO

A Lei nº 7.802/89, em seu art. 3º, estabelece como requisito essencial para a produção, exportação, importação, comercialização e utilização de agrotóxicos o prévio registro dos produtos nos órgãos federais do Ministério da Saúde (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); do Meio Ambiente (Ibama) e do Ministério da Agricultura (Secretaria Nacional de Defesa Agropecuária).

⁴⁸¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit. p. 37.

⁴⁸² CONTE, Ana Carolina Papacosta; PRADO, Inês Virgínia. “in Registro de agrotóxicos e controle social”. Boletim Científico, ESPMU, ano I, n. I, p. 15.

Pontifica Paulo Affonso Leme Machado: “para cada uma das fases mencionadas – produção, comercialização, exportação, importação e utilização –, isoladas ou relacionadas entre si, exige-se o prévio registro do agrotóxico”.⁴⁸³

Esclarece o Procurador da República Aurélio Virgílio Veiga Rios:

O registro é a análise do potencial intrínseco do produto em causar danos à saúde ou ao meio ambiente. Por sua vez, o licenciamento visa detalhar muito mais do que a capacidade daquele produto causar dano quando está sendo utilizado sob as condições ‘a’ ou ‘b’. Por exemplo, o produto agrotóxico ‘X’ pode ser seguro quando utilizado em uma região de clima temperado, mas pode causar danos quando utilizado em condições de um clima semi-árido ou tropical.⁴⁸⁴

No Brasil, o registro de agrotóxico é ato complexo⁴⁸⁵ que possibilita minuciosa análise e posterior concordância de todos os órgãos responsáveis pelo registro. Assim, não são permitidas a produção, comercialização e consumo de agrotóxicos sem a autorização dos órgãos competentes – Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente e da Agricultura.

A Lei nº 7.802/89 e o Decreto nº 4.074/02 estabelecem ser privativo da esfera federal o registro, entretanto, não se pode retirar a competência suplementar dos Estados, conforme enfatiza Paulo Affonso Leme Machado: “Os Estados poderão exigir mais, e nunca menos, do que a legislação federal, suplementando aquela que existir, ou inovar nas áreas em que a legislação federal for inexistente ou lacunosa”.⁴⁸⁶

Prevê o § 3º do art. 5º da Lei nº 7.802/89⁴⁸⁷ e o art. 14 do Decreto nº 4.074/02⁴⁸⁸ a exigência de publi-

⁴⁸³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 549.

⁴⁸⁴ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. O mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução. Revista de Direito Ambiental n. 28, p. 53.

⁴⁸⁵ Segundo Maria Sylvia Zanella di Prieto ato complexo é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um único ato (in Direito Administrativo. 15. ed. Atlas, p. 215).

⁴⁸⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 550.

⁴⁸⁷ O art. 5º, § 3º da Lei nº 7.802/89 dispõe que “Protocolado o pedido de registro, será publicado no Diário Oficial da União um resumo do mesmo”.

⁴⁸⁸ Decreto nº 4.074/02, art. 14: “O órgão registrante do agrotóxico, componente ou afim deverá publicar no Diário Oficial da União, no prazo de até 30 dias da data do protocolo do pedido e da data da concessão do indeferimento do registro, resumo contendo: I – do pedido: a) nome do requerente; b) marca comercial do produto; c) nome químico e comum do ingrediente ativo; d) nome científico no caso de agente biológico; e) motivo da solicitação; e f) indicação de uso pretendido; II – da concessão

ou indeferimento do registro, bem como da concessão ou indeferimento do registro.

Cumprir frisar que a ausência da publicação ou dos elementos exigidos por lei, bem como o atraso na publicação, acarretam a nulidade no procedimento do registro.

Trago à colação o magistério de Paulo Affonso Leme Machado, *in verbis*:

O servidor público ou servidores públicos – em co-autoria – que deixarem de atentar para a exigência de publicação prévia no procedimento de registro cometem o crime do art. 15, § 2º, da Lei 6.938/81, com a redação dada pela Lei 7.802/89. No plano civil a ação civil pública é instrumento idôneo para se exigir o cumprimento da obrigação de fazer a publicação, assim como a ação popular é meio adequado para buscar judicialmente a nulificação do registro efetuado sem publicação prévia ou defeituosa.⁴⁸⁹

Ressalta-se que compete ao registrante o fornecimento de informações que comprovem a adequação e segurança do produto. Não cabe à Administração Pública a prova de que seus componentes são inadequados e perigosos.

No entanto, o dever do registrante de produzir prova da adequação do produto não retira dos órgãos públicos o direito-dever de exigir contraprova (art. 21 do Decreto nº 4.074/02). Ademais, no caso de o registrante prestar informações inverídicas, por si só, já caracteriza infração administrativa (art. 85, III, do Decreto nº 4.074/02).

Portanto, não resta dúvida de que o licenciamento ambiental para agrotóxicos é formado por fases distintas e interligadas, que compõem o processo de licenciamento, indispensável ao registro da substância.

De outro lado, é possível a reavaliação do registro, a qualquer tempo, sendo imprescindível a participação social no processo de decisão. No mesmo sentido Paulo Affonso Leme Machado:

Com a abolição da renovação obrigatória do registro de agrotóxicos, a Administração Federal concedeu um salvo-conduto perene para o produto. A possível reavaliação, a ser determinada pelos órgãos federais, na prática, ocorrerá somente quando danos à saúde pública e ao meio ambiente já tiverem ocorrido e tais danos tenham sido noticiados. Se os fatos não vierem a público, teremos a omissão do Poder Público Federal, na reavaliação

ou indeferimento do registro: a) nome do requerente ou titular; b) marca comercial do produto; c) resultado do pedido e, se indeferido, o motivo; d) fabricante (s) formulador (es); e) nome químico e comum do ingrediente ativo; f) nome científico, no caso de agente biológico; g) indicação de uso aprovada; h) classificação toxicológica; e i) classificação do potencial de periculosidade ambiental”.

⁴⁸⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 552.

periódica desses produtos. Se depender da rotina administrativa, sem que haja solicitação fora dos quadros da Administração, não ocorrerá a chamada reavaliação do registro de agrotóxicos, mesmo porque as pressões econômicas serão no sentido eternização do registro”.⁴⁹⁰

Cumpra-se destacar que, mesmo após o deferimento pela União do registro do produto perante o Ministério competente, não há direito adquirido ao registro, sendo prudente, sempre que possível, a renovação periódica ou a impugnação do produto, no caso de suspeita de ocorrência de efeitos prejudiciais à saúde humana ou ao meio ambiente não observados no decorrer do procedimento de registro.⁴⁹¹

Dessa sorte, o Ministério Público é detentor da legitimidade para a impugnação ou reavaliação do registro de um agrotóxico que tenha seu grau de toxicidade ou de persistência no solo incompatível com a sadia qualidade de vida.

É importante ressaltar que as entidades de classe representativas do setor produtivo e também dos trabalhadores rurais, os partidos políticos, o Ministério Público e as entidades legalmente constituídas para a defesa do consumidor, da saúde humana e do meio ambiente, são legitimadas para requerer [...] o cancelamento ou a impugnação, em nome próprio, do registro de agrotóxicos e afins, arguindo prejuízos ao meio ambiente (art. 5º da Lei nº 7.802/89).

Não obstante, na esteira do ensinamento de Paulo Affonso Leme Machado,

*A ação civil pública, através daquela que estão legitimados pela Lei 7.347, de 24.7.85, pode ser proposta visando aos mesmos objetivos da ação popular, como também para a observância dos preceitos da Lei 7.802/89 relativos à impugnação ou cancelamento do registro. De outro lado, essa ação pode ser proveitosamente usada contra o fabricante, o comerciante, o importador, o exportador, o prestador de serviço e o usuário para que não utilizem de agrotóxico não registrado ou em desacordo com o registro.*⁴⁹²

6.22 - COMERCIALIZAÇÃO

Nos termos do art. 1º, VI, do Decreto nº 4.074/02, a comercialização de agrotóxicos e afins é a operação de comprar, vender ou permutar.

Dispõe o art. 13 da Lei nº 7.802/89:

A venda de agrotóxicos e afins aos usuários será feita através de receituário próprio, prescrito por

⁴⁹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 600.

⁴⁹¹ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Op. cit., p. 56.

⁴⁹² MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 567.

profissionais legalmente habilitados, salvo casos excepcionais que forem previstos na regulamentação desta Lei.

Preceitua ainda o art. 14 do mesmo diploma legal que:

As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, a comercialização, a utilização e o transporte não cumprirem o disposto nesta lei, na sua regulamentação e nas legislações municipais, cabem: [...] c) ao comerciante, quando efetuar venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita.

Salienta-se que a venda de agrotóxicos de comerciante para comerciante, também registrado, está subordinada a receituário.

Portanto, a regra geral é a exigência de receita, salvo as exceções previstas no regulamento, nos termos do mencionado art. 13 da Lei nº 7.802/89.

Ocorre que o decreto que regulamenta a Lei omitiu-se em estabelecer os casos em que a dispensa do receituário pode ser admitida.⁴⁹³ Assim, outro decreto deverá ser editado a fim de explicitar os casos de dispensa.

Por outro lado, os comerciantes de agrotóxicos e afins são obrigados a efetuar o registro perante os órgãos competentes do Estado e do Município.⁴⁹⁴

A ausência de registro da pessoa física ou jurídica que comercialize agrotóxico, as sujeita à apreensão cautelar dos produtos comercializados e à interdição temporária e/ou definitiva do estabelecimento.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Art. 67 do Decreto nº 4.074/02 - Os órgãos responsáveis pelos setores de agricultura, saúde e meio ambiente poderão dispensar, com base no art. 13 da Lei nº 7.802, de 1989, a exigência do receituário para produtos agrotóxicos e afins considerados de baixa periculosidade, conforme critérios a serem estabelecidos em regulamento.

Parágrafo único. A dispensa da receita constará do rótulo e da bula do produto, podendo neles ser acrescidas eventuais recomendações julgadas necessárias pelos órgãos competentes mencionados no caput.

⁴⁹⁴ Art. 4º da Lei nº 7.802/89 - As pessoas físicas e jurídicas que sejam prestadoras de serviços na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, ou que os produzam, importem, exportem ou comercializem, ficam obrigadas a promover os seus registros nos órgãos competentes, do Estado ou do Município, atendidas as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis que atuam nas áreas da saúde, do meio ambiente e da agricultura.

⁴⁹⁵ Art. 17 da Lei nº 7.802/89 - Sem prejuízo das responsabilidades civil e penal cabíveis, a infração de disposições desta Lei acarretará, isolada ou cumulativamente, nos termos previstos em regulamento, independente das medidas cautelares de estabelecimento e apreensão do produto ou alimentos contaminados, a aplicação das seguintes sanções: VII - interdição temporária ou definitiva de estabelecimento.

6.23 - RESPONSABILIDADE DO USUÁRIO

Como se não bastassem às dificuldades com relação ao controle e fiscalização do uso, comércio, transporte etc, dos agrotóxicos, após a utilização do produto surge à questão da destinação final das embalagens vazias. Isto porque, sem a tríplex lavagem, as embalagens mantêm resquícios das substâncias, sendo grande fonte de contaminação.

No mesmo sentido, as lições de Paulo Afonso Brum Vaz:

depois de utilizado o agrotóxico, as embalagens rígidas normalmente retêm quantidades de produto em seu interior, variáveis de acordo com a sua superfície interna, formato e a formulação. A quantidade média estimada de resíduos no interior da embalagem é de 0,3% do volume da mesma após o seu esvaziamento, consoante atestam pesquisas realizadas. Daí a importância fundamental para o meio ambiente e para a saúde humana da tríplex lavagem.⁴⁹⁶

A Lei nº 7.802/89 foi alterada pela Lei nº 9.974/00, no que se refere à gestão das embalagens vazias.

Assim, o art. 6º, com a inclusão do § 2º, prescreve que o usuário passa a ter a obrigação de

efetuar a devolução das embalagens vazias dos produtos aos estabelecimentos comerciais em que foram adquiridos, de acordo com as instruções previstas nas respectivas bulas, no prazo de até um ano, contado da data da compra, ou prazo superior, se autorizado pelo órgão registrante, podendo a devolução ser intermediada por postos ou centros de recolhimento, desde que autorizados e fiscalizados pelo órgão competente.

Portanto, consoante determinação legal, o usuário não pode dar ou vender qualquer embalagem vazia, restando somente devolvê-la ao vendedor ou ao produtor do agrotóxico.

Porém, caso o comerciante ou produtor se recusem a receber as embalagens vazias apresentadas pelo usuário, poderão ser responsabilizados civil e penalmente.

6.24 - RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PRODUTORAS E COMERCIALIZADORAS

A Lei nº 7.802/89, em seu art. 6º, §5º, impõe as empresas produtoras e comercializadoras de agrotóxicos à responsabilidade pela destinação final das embalagens vazias após a sua devolução pelo usuário nos locais devidamente licenciados nos termos da Resolução Conama n. 334/2003, nestes termos:

As empresas produtoras e comercializadoras de

agrotóxicos, seus componentes e afins, são responsáveis pela destinação das embalagens vazias dos produtos por elas fabricados e comercializados, após a devolução pelos usuários, e pela dos produtos apreendidos pela ação fiscalizatória e dos impróprios para a utilização ou em desuso, com vistas à sua reutilização, reciclagem ou inutilização, obedecidas as normas e instruções dos órgãos registrantes e sanitário-ambientais competentes.

Diz o art. 57 do Decreto nº 407402, que

as empresas titulares de registro, produtoras e comercializadoras de agrotóxicos, seus componentes e afins, são responsáveis pelo recolhimento, pelo transporte e pela destinação final das embalagens vazias, devolvidas pelos usuários aos estabelecimentos comerciais ou aos postos de recebimento, bem como dos produtos por elas fabricados e comercializados.

Assim, visando preservar o meio ambiente, a lei estabeleceu um sistema de responsabilidade compartilhada entre usuários, comerciantes e fabricantes de agrotóxicos no que se refere à destinação final das embalagens vazias.

Portanto, dentro do sistema de compartilhamento de responsabilidades, compete ao usuário executar a tríplex lavagem das embalagens e levá-las aos locais de devolução devidamente licenciados, cuja estrutura e instalações devem ser mantidas pelos estabelecimentos comerciais e pelos fabricantes, que são responsáveis pela sua destinação final (reciclagem ou incineração).

Dentro desse contexto, não há ilegalidade ou abusividade na imposição de condicionante referente ao termo de compromisso com o INPEV no licenciamento ambiental de atividades relacionadas à destinação das embalagens vazias de agrotóxicos.

6.25 - CONCLUSÃO

A exploração agrícola com a utilização de agrotóxicos é uma atividade causadora de forte impacto ambiental e por isso deve ser realizada de maneira adequada e racional.

Os cuidados com a comercialização, receita agrônômica, proteção do aplicador, período de carência e destino final das embalagens vazias de agrotóxicos são ações obrigatórias no cotidiano daqueles que manipulam agrotóxicos.

Inegável, destarte, que a Lei nº 7.802/89 e, posteriormente, o Decreto nº 4.074/02, representam relevantes instrumentos de proteção ao meio ambiente e à saúde humana, na medida em que disciplinaram grande parte das situações envolvendo agrotóxicos.

⁴⁹⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. O Direito Ambiental e os Agrotóxicos. Livraria do Advogado Editora. p.87

Contudo, malgrado os avanços produzidos pela Lei nº 7.802/89, evidentemente não se pode esquecer do processo de degradação ambiental que assola o meio ambiente e a saúde pública, causado pelo uso inadequado e desregrado de agrotóxicos.

Não se pode olvidar que, atualmente, é inafastável o uso de agrotóxicos, em razão da necessidade de se aumentar a produção de alimentos. Porém, seu uso não deve ser de maneira desmedida, encontrando limites na necessária preservação do meio ambiente.

Os órgãos públicos competentes devem fomentar o trabalho de orientação, desde as questões primárias, como a limpeza em separado das roupas utilizadas na aplicação, até a espécie e quantidade de produto a ser utilizado. Por outro lado, deve haver incentivo maior aos núcleos de agricultura natural ou orgânica (sem o uso de agrotóxicos).

Esse trabalho deve ser alvo de acompanhamento do Ministério Público, conforme ensina Paulo da Silva Cirne:

questionando os entes responsáveis para que informem, nas cidades situadas no âmbito de atuação de cada Promotor de Justiça, o que está sendo feito para orientação e apoio aos usuários. Também é possível ajustar que sejam efetuados levantamentos da espécie e da quantidade média de agrotóxicos utilizada em cada município, cobrando medidas preventivas para buscar a adequação do uso a um limite ao menos razoável, se houver excessos.⁴⁹⁷

Visando facilitar a devolução de embalagens vazias de agrotóxicos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais celebrou termos de ajustamento de conduta com 71 revendedores para a construção e manutenção de postos de recebimento, contando com a interveniência do Instituto Nacional Processamento de Embalagens Vazias – INPEV, do Instituto Mineiro de Agropecuária – IMA, e da Associação dos Distribuidores de Defensivos Agrícolas e Veterinários – ANDAV.

Assim, a decisão proferida pelo STJ consagra a destinação ambientalmente adequada de embalagens vazias de agrotóxicos, contemplando a responsabilidade compartilhada entre indústria, distribuidores, produtores e poder público.

6.26 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2003.

CONTE, Ana Carolina Papacosta; PRADO, Inês Virgínia. **Registro de agrotóxicos e controle social**. Boletim Científico, ESMPU, ano I, n. 1.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Agrotóxicos no Sistema Legal Brasileiro**. In: Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 2, v.8, p. 139 - 164, out. / dez. 1997.

CIRNE, Paulo da Silva. **A destinação final das embalagens de agrotóxicos: recentes modificações**. In: Revista de Direito Ambiental, n.º 23 – Editora RT.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes Contra a Natureza**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **O Ocidente e sua sombra**. Brasília: Letraviva Editorial Ltda., 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PRADO, Luis Regis. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RIO GRANDE DO SUL, Governo do. Secretaria de Saúde – Fundação Estadual de Produção e Pesquisa da Saúde – Centro de Informação Toxicológica. **Manual de diagnóstico e tratamento de acidentes com agrotóxicos**, Porto Alegre, 2000.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. **O mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução**. Revista de Direito Ambiental, v.7, n.28, p.41-57, out. / dez. 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Vaz, Paulo Afonso Brum. **O Direito Ambiental e os Agrotóxicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

⁴⁹⁷ CIRNE, Paulo da Silva. in “A destinação final das embalagens de agrotóxicos: recentes modificações” – Revista de Direito Ambiental n.º 23 – Editora RT, pág. 311.

6.27 - JURISPRUDÊNCIA**MINERAÇÃO**

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei. 2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no art. 225, § 1º, § 2º e 3º da Carta Magna. 3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficiária. 4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta denexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local. 5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento “abuso de direito”; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da disregard doctrine não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação. 6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de

responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária. 7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível. 8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte (STJ, REsp 647493 – Santa Catarina. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Acórdão 22 maio 2007, DJ, 22 out. 2007).

ADMINISTRATIVO. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PARA A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS - CFEM. CRITÉRIOS DE CÁLCULO. LEI Nº 7.799/89, LEI Nº 8.001/90 E DECRETO Nº 01/91. INSTRUÇÕES NORMATIVAS Nº 6, 7 E 8/2000 DO DIRETOR-GERAL DO DNPM. 1. Não pode ser conhecido o recurso quanto à matéria relativa à Instrução Normativa nº 7/2000, por não indicar adequadamente a questão controvertida, com informações sobre o modo como teria ocorrido violação ao dispositivo de lei federal (Súmula 284/STF). 2. Ao estabelecer a base de cálculo da “contribuição financeira para a exploração de recursos minerais - CFEM”, o legislador adotou como parâmetro o faturamento líquido correspondente às “receitas de venda do produto mineral”. Nos termos do art. 2º da Lei nº 8.001/90 e do art. 14, II, do Decreto nº 1/91, a CFEM corresponde a 3% das receitas de vendas do produto mineral, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização, bem como as despesas de transporte e de seguro do produto mineral. 3. São legítimas as disposições da Instrução Normativa nº 8/2000, que, ao regulamentar a forma de fiscalização do recolhimento da CFEM, não extrapolou os limites e a competência fixados pelo legislador (Lei nº 8.876/94, art. 3º, IX; Lei nº 7.805/89, art. 9º, § 2º). 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (STJ, REsp 756530 – Distrito Federal. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Acórdão 12 jun. 2007. DJ, 21 jun. 2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - LEGITIMIDADE E OBRIGAÇÃO DE QUEM ASSINA O TERMO E ASSUME O COMPROMISSO - EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA EMPRESA CAUSADORA DO DANO - LEGITIMIDADE. Aquele que assina Termo de Ajustamento de Conduta comprometendo-se a ressarcir os danos materiais

e morais causados às vítimas de acidente causado por uma das rés é parte legítima para responder a processo de cobrança de tais danos, em caso de descumprimento injustificado do compromisso assumido. É admissível a integração no pólo passivo das ações que objetivam o cumprimento das obrigações da empresa do mesmo grupo econômico daquela que se obrigou para com o autor. V.v. A pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos sócios, tendo personalidade jurídica própria e existência distinta da dos seus membros. O fato de empresas integrarem o mesmo grupo econômico não implica responsabilidade solidária entre elas (Processo 1.0439.07.068971-6/001(1). Rel. Desembargador Elias Camilo. Acórdão 14 nov. 2007. DJ, 28 nov. 2007).

DIREITO FINANCEIRO / DIREITO MINERÁRIO - COMPENSAÇÃO FINANCEIRA LEI nº 7.990/89- LEGITIMIDADE - DECRETO nº 1/91: LEGALIDADE-IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Ante a devolutividade recursal, incontroversa a legitimidade da compensação financeira positivada na Lei nº 7.990/89. 2. Com relação ao afirmado excedimento regulamentador, alvo do apelo e do reexame, reúne toda a suficiente luz o v. voto adiante compilado, o qual acertadamente extrai compatibilidade vertical do preceito encartado no parágrafo único do art. 15 do Decreto nº 1/91 em relação ao diploma de lei do qual emana e ao Texto Supremo, § 1º, art. 20. 3. Ambas as normas, constitucional e legal, aqui quanto ao art. 6º, da Lei nº 7.990/89, buscam impor ao explorador dos recursos minerais compensação financeira, em razão de seu resultado. 4. Veemente que a figura encartada no parágrafo único do art. 15, Decreto nº 1/91, posiciona-se dentro da abrangência da própria norma legal e do comando constitucional correlato, pois objetivamente a ter também seu proveito, seu ganho, aquele que usa ou consome substância mineral no processo produtivo em sua área física de atuação: feliz, aliás, o próprio caso concreto do v. julgado antes destacado e à frente coligido, no qual a afirmar o particular não sujeito à compensação porque, exatamente consumindo os minerais no processo produtivo, transforma-os em cimento. 5. Suficientemente se põe a legitimidade da normação regulamentadora atacada também nestes autos, vez que, repita-se, lógica a decorrência de um preceito de lei e de norma constitucional a imporem compensação financeira em razão da exploração dos recursos naturais. 6. Põe-se limpidamente abrangido o combatido texto regulamentador pela norma de lei e pelo preceito constitucional, ademais assim se constatando observada a legalidade dos atos administrativos, caput do art. 37, CF, suficiente ao âmbito financista da controvérsia, inconfundível com a cerrada e estrita legalidade tributária, própria a outro âmbito distinto dos autos, o Direito Tributário. Precedentes. 7. Provimento à remessa oficial e à apelação. Prejudicado o apelo do autor. Improcedência ao pedido (Apelação Cível 374379 / Processo 97.03.034539-5.

Relator: Juiz Silva Neto. Acórdão 10 abr. 2008. DJU, 17 abr. 2008).

PENAL. CRIME AMBIENTAL. EXTRAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS SEM A COMPETENTE AUTORIZAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. 1. O Alvará de Pesquisa não é suficiente para permitir a lavra do recurso mineral consistente no “conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas” (art. 36), sendo necessária a autorização do Ministro das Minas e Energia, conforme disposto no art. 43 do Código de mineração. Materialidade comprovada. 2. Prática do delito confessada. Contrato social da empresa comprova que o réu, à época da ocorrência dos fatos, ocupava o cargo de sócio responsável pela administração da empresa, cuja principal atividade econômica é a extração e o comércio de areia. Autoria comprovada. 3. Conduta tipificada no art. 55 da Lei nº 9.605/98. Condenação mantida. 4. Pena-base fixada acima do mínimo legal. A culpabilidade da conduta do agente, a sua personalidade e as conseqüências nocivas ao meio ambiente justificam o aumento da pena-base em 09 (nove) meses. 6. Mantida a majoração da pena em virtude da agravante prevista no art. 15, inciso II, alínea a, da Lei nº 9.605/98. 7. Mantida a pena de multa. 8. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito consistente na prestação pecuniária na quantia de dois salários mínimos que, entretanto, deve ser revertida para o Fundo Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 45, §1º, do Código Penal e do art. 73 da Lei nº 9.605/98. 9. Apelação improvida (Apelação Criminal 18633 / Processo 2001.61.05.002522-8. Rel. Juíza Vesna Kolmar. Acórdão 29 jan. 2008. DJU, 08 fev. 2008).

6.28 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A DEFESA DA ORDEM URBANÍSTICA

BRASIL, L.F. Alguns Tópicos sobre Planos Diretores. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina>. Acesso em: 26 fev. 2007.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Guia do Estatuto da Cidade**. Disponível em: <http://www.cidades.br>. Acesso em: 23 mai. 2007.

CAPELLI, S.; LAVRATTI, P.C. **Breves Comentários aos Aspectos Ambientais do Estatuto da Cidade**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina>. Acesso em: 26 fev. 2007.

DALLARI, A. A et all. **Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIORILLO, Celso Pacheco Antônio. **Estatuto da Cidade Comentado**. 2 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, J.C. **Plano Diretor como Instrumento da Política Urbana**. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/Orgaos/PromoJ/Prourb/pl_dir_instr_pol_urb.htm>. Acesso em: 26 fev. 2007.

FREITAS, José Carlos de. Estatuto da Cidade e Improbidade Administrativa. In: **Temas de Direito Urbanístico** 4. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p.271-290.

GASPARINI, Diogenes. Aspectos Jurídicos do Plano Diretor. In: **Temas de Direito Urbanístico** 4. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p.79-108.

GENZ, K. S. (a). **Improbidade no Estatuto da Cidade**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina>>. Acesso em: 26 fev. 2007.

GENZ, K.S. (b). **O Plano Diretor como Instrumento de Política Urbana**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina>. Acesso em: 26 fev. 2007.

MACHADO, Antônio Alberto e SILVA, Juliana Araújo Lemos da. Ministério Público na Defesa das Cidades e dos Cidadãos. In: **Temas de Direito Urbanístico**. 4 ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p.291-320.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**, 9 ed. São Paulo: RT, 2004.

MELEIRO, Maricelma Rita. Princípio da Democracia Participativa e o Plano Diretor. In: **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999. p.85-102.

OLIVEIRA, G.B. **A improbidade administrativa pela não aprovação do plano diretor no prazo quinquenal previsto no art. 50 do Estatuto da Cidade**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 24 mai. 2007.

SALEME, E. R; SILVA, E. A. **Crime de prefeitos pela não promulgação do plano diretor no prazo assinalado em lei**. Disponível em: <http://www.conpedi.org>. Acesso em: 23 mai. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINERAÇÃO

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ARMELIN, Priscila Kutne. **Crime de poluição por atividade minerária**. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: 19 maio 2008.

FREIRE, William. **Código de mineração anotado e legislação complementar mineral e ambiental em vigor**. 2.ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

USO E OCUPAÇÃO DO SOLO: PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Parcelamento do Solo em áreas de proteção ecológica: a tentativa de burla à legislação urbanística através da instituição do condomínio ordinário. In: **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: Imprensa Oficial/Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999.

BERÉ, Cláudia Maria. O papel do Ministério Público no parcelamento do solo urbano. In: **Temas de Direito Urbanístico**. 3. ed. São Paulo: Imprensa Oficial/Ministério Público do Estado de São Paulo, 2001.

CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Parcelamentos Irregulares e Clandestinos e Responsabilidade Civil. In **Manual Prático da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo**. São Paulo: Imprensa Oficial/Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

COSTA, Roberto Elias. Dissolução de Associações Habitacionais pelo Ministério Público. In **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: Imprensa Oficial/Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999.

FREITAS, José Carlos de. Loteamentos Clandestinos e suas modalidades fraudulentas: Atuação Preventiva dos Agentes Públicos, In **Manual Prático da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo**. São Paulo: Imprensa Oficial/Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **O Município e o Parcelamento do Solo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

JELINEK, Rochelle. **A ocupação e o parcelamento do solo** Disponível em <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: maio 2008

JELINEK, Rochelle. **Disciplina do Parcelamento do Solo** Disponível em <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: maio 2008

JELINEK, Rochelle. **Licenciamento Ambiental e urbanístico para o parcelamento do solo**. Disponível em <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: maio 2008

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MONTEIRO DOS SANTOS, Marcus V. Loteamentos Irregulares Clandestinos – A Improbidade Administrativa decorrente da Omissão da Atuação dos Agentes Públicos. In: **Temas de Direito Urbanístico**. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial/ MPSR, 2000.

MUKAI, Toshio. **Direito e Legislação Urbanística no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PINTO, Yves Atahualpa Pinto. Constituições fraudulentas de associações habitacionais para promoção de loteamentos ilegais. In **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: Imprensa Oficial/ Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999.

SAMBURGO, Beatriz Augusta Pinheiro. Dos Crimes da Lei de Parcelamento do Solo para fins urbanos: Lei nº 6.766/79. In: **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: Imprensa Oficial/Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

STAURENGHI, Rosângela. Regularização de Parcelamentos Ilegais. In: **Manual Prático da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo**. São Paulo: Imprensa Oficial/ Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. Apontamentos acerca da aplicação do Código Florestal em áreas urbanas e seu reflexo no parcelamento do solo. In: **Temas de Direito Urbanístico 2**. São Paulo, Imprensa Oficial/ Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

JELINEK, Rochelle. **A delimitação e a proteção das áreas de preservação permanente e seus reflexos no parcelamento do solo urbano**. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: maio 2008.

JELINEK, Rochelle. **As áreas de preservação permanente no perímetro urbano**. Disponível em: www.mp.mg.gov.br. Acesso em: maio 2008.

SANTIAGO, Alex Fernandes Santiago. **Ocupação Urbana, áreas de preservação permanente, operações urbanas consorciadas e o Ministério Público**. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: maio 2008.

XI

Promotorias de Justiça Atuação Especializada Parte 2



1 – ATUAÇÃO ESPECIALIZADA EM FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL

Procurador de Justiça Tomáz de Aquino Resende
Promotor de Justiça Marcelo Oliveira Costa

1.1 - INTRODUÇÃO

Entidades de interesse social, integrantes do denominado terceiro setor¹, consistem em pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos, cumpridoras de objetivos de natureza social ou assistencial. Nesse gênero, incluem-se associações e fundações de direito privado, restando abolidas as sociedades civis sem fins lucrativos previstas no Código Civil revogado (Lei nº 3.071/16).

A vedação à finalidade lucrativa, bom dizer, não impede que as entidades de interesse social comercializem bens e serviços, obtendo lucro (superávit) com tais atividades. Veda-se, tão-somente, a distribuição de dividendos ou excedentes operacionais – independentemente da denominação que se lhes dê – entre os sócios, associados, dirigentes, conselheiros, doadores ou empregados. Impõe-se, em outras palavras, que toda receita auferida por instituições sem fins econômicos seja revertida aos objetivos benemerentes a que se proponham.²

A não-distribuição de qualquer parcela de seu patrimônio ou rendas, a qualquer título, erige-se, ademais, em requisito para o gozo de imunidade fiscal (art. 14, I, Lei nº 5.172/66), bem como para a obtenção de qualificações e títulos conferidos por entes públicos (*v. g.*, art. 2º, “d”, Decreto nº 50.517/61; art. 3º, VI, Decreto nº 2.536/93; art. 2º, I, “h”, Lei nº 9.637/98; art. 1º, § 1º, Lei nº 9.790/99).

Feitas tais considerações iniciais, passa-se à análise individualizada de cada uma das espécies de entidades de interesse social.

1.2 - ASSOCIAÇÕES

Por definição legal (art. 53, Código Civil), “constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”.

¹ A par do primeiro setor, composto por pessoas jurídicas de direito público encarregadas de funções públicas essenciais e indelegáveis ao particular, e do segundo setor, constituído por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado voltadas à produção e comercialização de bens e serviços, com finalidade lucrativa.

² A Lei nº 9.790/99 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs) bem define o significado das expressões “*não lucrativo*” e “*não econômico*” ao dispor, em seu art. 1º, § 1º: “[...] considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”.

Trata-se, portanto, de modelo organizacional pelo qual pessoas naturais ou jurídicas se unem em busca de objetivos caros à coletividade, não atrelados à lucratividade. Dada a sua índole congressional, o formato associativo decorre, exclusivamente, de ato *inter vivos*.

O direito de se reunir associativamente para fins lícitos insere-se – como não poderia deixar de ser num Estado que se intitule democrático – entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XVII a XXI, Constituição da República), restando expressamente proibida qualquer interferência estatal nos atos ordinários de gestão (art. 5º, XVIII).

1.2.1 - EXISTÊNCIA LEGAL

A existência legal das associações, como a de todas as pessoas jurídicas de direito privado, consolida-se com a inscrição de seus atos constitutivos no serviço registral competente (arts. 45, Código Civil, 114 e 119, Lei nº 6.015/73 – Lei de Registro Público) – no caso específico, Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Em determinadas áreas de atuação, exige-se, além do registro, autorização estatal para a criação de tais entes (arts. 45, *caput*, e 51, *caput*, Código Civil).

1.2.2 - ATOS CONSTITUTIVOS

As associações constituem-se mediante vontade congregada, orientada à consecução de fins lícitos, determinados e socialmente relevantes, a qual deve se exprimir com observância das seguintes diretrizes:

- i) reunião em que se deliberar pela criação da entidade haverá de ser transcrita em ata, da qual constarão: local e data de realização; qualificação, com nome, estado civil e endereço, bem como as assinaturas de todos os participantes; especificação dos objetivos institucionais; designação de cargos de administração e fiscalização; indicação dos responsáveis pelos demais atos necessários à aquisição de personalidade jurídica;
- ii) os instituidores deverão estipular, em estatuto, as regras para o funcionamento da entidade. A lei estabelece regramento mínimo, sem o qual o ato não será registrado ou, se o for, será tido como nulo (cf. item II.c). É o que se extrai dos arts. 54 do Código Civil e 120 da Lei nº 6.015/73, sem prejuízo de outros condicionamentos contidos em atos normativos específicos. Por força do art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, o documento deverá ser subscrito por advogado devidamente habilitado junto à Ordem dos Advogados do Brasil;
- iii) os atos constitutivos (ata, eventuais procurações, estatuto) deverão ser inscritos no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas da comarca em que terá sede a pessoa jurídica;
- iv) Imperioso, por fim, que os instituidores e administradores, se pessoas naturais, sejam plenamente

capazes e, se pessoas jurídicas, possuam representatividade legitimada na forma do estatuto.

1.2.3 - DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS OBRIGATÓRIAS

Sendo a faculdade associativa direito fundamental do cidadão, a ser exercido sem ingerência estatal (art. 5º, XVIII, CR/88), podem os associados, em termos gerais, adotar o modelo estatutário que lhes pareça mais adequado.

Devem, porém, ser observados preceitos básicos, necessários à garantia da ordem pública e da convivência harmoniosa das corporações, de modo a resguardar a esfera de liberdade de cada qual.³ São eles: denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver; nome e qualificação dos fundadores e dos diretores; modelo administrativo e forma de representação (ativa e passiva, judicial e extrajudicial); se os membros respondem subsidiariamente pelas obrigações da entidade; se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração; hipóteses de extinção e destino do patrimônio remanescente (arts. 46 do Código Civil e 120 da Lei nº 6.015/73). Afóra os apontamentos legais, impõe-se menção aos direitos dos associados e aos requisitos para a admissão e exclusão deles; às fontes de receita da entidade e ao modo de constituição e funcionamento dos respectivos órgãos.⁴

1.2.4 - CONTROLE EXERCIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Por vocação constitucional, incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses maiores da coletividade – ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

No campo dos direitos sociais, destaca-se a atuação das instituições do terceiro setor (gênero em que se incluem as associações), com expressiva repercussão no plexo de interesses da coletividade. Imanente, pois, a atribuição do *Parquet* de acompanhar e fiscalizar tais entidades, promovendo as medidas (judiciais e extrajudiciais) necessárias para preservar-lhes a integridade patrimonial, moral e finalística.

A atribuição do Ministério Público, não bastasse escorada em previsão constitucional⁵, encontra am-

³ Princípio da convivência das liberdades, que não “*permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias*” (GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Nulidades no Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo: RT, p. 127).

⁴ Ressalte-se a prescrição do art. 2.031 do Código Civil, modificado pela Lei nº 11.127/2005, o qual fixa o dia 11/01/2007 como termo final para a adequação das disposições estatutárias às novas regras introduzidas pelo diploma.

⁵ Art. 127, *caput* – “*defesa ... dos interesses sociais*”.

paro, em seara infraconstitucional, no Decreto-Lei nº 41/66, que, consoante magistério doutrinário⁶, aplica-se, indistintamente, às entidades sem fins econômicos. A relevância do mencionado texto normativo justifica a sua integral transcrição:

Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966 (dispõe sobre a dissolução de sociedades civis de fins assistenciais)

Art. 1º. Toda sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e forma previstos neste decreto-lei.

Art. 2º. A sociedade será dissolvida se:

I. deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina;

II. aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais;

III. ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores.

Art. 3º. Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade.

Parágrafo único. O processo de dissolução e da liquidação reger-se-á pelos arts. 655 e seguintes do Código de Processo Civil.⁷

Art. 4º. A sanção prevista neste decreto-lei não exclui a aplicação de quaisquer outras, porventura cabíveis, contra os responsáveis pelas irregularidades ocorridas.

Art. 5º. Este decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. (grifo nosso).

Ora, se o Ministério Público pode (mais, deve) instaurar inquérito civil e propor a ação civil pública à vista de ilícitos ou desvios perpetrados em prejuízo de associações, pode, igualmente, adotar medidas preventivas, com o propósito de evitar a consumação de tais males.

Compete-lhe, destarte, exercer o controle social de ditas entidades⁸, no sentido de garantir o cum-

⁶ PAES, José Eduardo Sabo, *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis, Trabalhistas e Tributários*, 6ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 526.

⁷ Código de Processo Civil de 1939. No atual, art. 1.218, 7

⁸ Entendido o controle social como “o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo”. (BOBBIO, Norberto, MATTEUCI Nicola, PASQUINO, Dicionário de Política, trad. Carmem C. Varriale et al., 4 ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1992, p. 283).

primário da lei e dos mandamentos estatutários, jamais interferindo na gestão ordinária. Cumpre-lhe, em outras palavras, assegurar o direito de livre associativismo para finals lícitos.

1.2.5 - EXTINÇÃO

As associações extinguem-se por deliberação dos associados, por ação do Ministério Público ou de qualquer interessado, podendo o desfazimento processar-se administrativa ou judicialmente. De toda sorte, o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica somente se opera após encerrada a liquidação desta (art. 51, Código Civil).

Dissolvida a associação, o patrimônio remanescente reverter-se-á a entidade sem finalidade econômica designada no estatuto ou, omissa esta, a instituição municipal, estadual ou federal de fins idênticos ou semelhantes, a ser definida pelos associados (art. 61, *caput*, Código Civil).⁹

Dúvida pode surgir quanto à validade de cláusula estatutária que estabeleça, em caso de extinção, a destinação do patrimônio remanescente a entidade com fins econômicos. Quer-nos parecer que dispositivo assim formulado padeceria de nulidade, uma vez que redundaria na disposição de patrimônio por natureza indisponível, porque vinculado ao atendimento de demanda social. Sob essa ótica, a dotação patrimonial deve, necessariamente, reverter-se a entidade de fins igualmente filantrópicos.

1.3 - FUNDAÇÕES

1.3.1 - DEFINIÇÃO

Prescreve o Código Civil:

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo Único. A fundação somente poderá constituir-se para finals religiosos, morais, culturais ou de assistência. (grifo nosso)

Da dicção normativa, depreendem-se, como elementos qualificadores das fundações, o fim preestabelecido, o patrimônio e o interesse coletivo.

À luz de tais caracteres, conceituam-se as fundações como patrimônio transfigurado pela ideia que o põe a serviço de um determinado fim¹⁰ de caráter

social. São, em outras palavras, pessoas jurídicas patrimoniais vocacionadas ao interesse público.

1.3.2 - NATUREZA JURÍDICA

As fundações, a depender da qualificação dos instituidores e do regime jurídico a que sujeitas, podem assumir natureza de pessoa jurídica de direito privado, quando instituídas conforme os preceitos civilistas, ou de pessoa jurídica de direito público, quando criadas e mantidas pelo Poder Público, nos moldes da disciplina administrativa.

Induvidoso, portanto, que as fundações instituídas por pessoas naturais ou entidades privadas dotam-se de natureza jurídica de direito privado.

Certa controvérsia surge com relação às fundações criadas por entes públicos, havendo respeitáveis vozes a proclamar que revestidas, ainda assim, de natureza jurídica de direito privado e outras tantas a apregoar a possibilidade de assumirem tanto personalidade jurídica de direito privado quanto de direito público.

Sob a égide da vigente ordem constitucional, não persiste, a nosso sentir, dúvida quanto à coexistência de fundações públicas – porque instituídas pelo Poder Público – de direito público e de direito privado.

Basta, para assim inferir, atentar-se ao fato de que a Constituição da República refere-se, alternadamente, a fundações públicas¹¹ e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público¹². Com esteio na regra exegética de que a lei (quanto mais a Lei Maior) não possui palavras inúteis¹³, forçosa a ilação de que as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público podem assumir personalidade jurídica de direito público ou privado – se assim não fosse, não haveria razão para a distinção terminológica engendrada pelo legislador constituinte.

As considerações ora tecidas cingem-se às fundações instituídas pelo Poder Público federal, nada havendo a obstar que, nas demais esferas administrativas, sejam introduzidas restrições à natureza jurídica das fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público.

É o que se verifica, a título ilustrativo, na Constituição do Estado de Minas Gerais, que, em seu art. 14, § 5º, preceitua: “*ao Estado somente é permitido instituir ou manter fundação com natureza de pessoa jurídica de direito público*”.

⁹Art. 61, § 2º, Código Civil: “Não existindo, no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer de seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União”.

¹⁰BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, v. I, p. 233.

¹¹Arts. 37, XIX (redação original) e 39, *caput*, bem como art. 19, *caput*, ADCT.

¹²Arts. 70, II e III, 150, § 2º, 157, I, 158, I, 165, § 5º, I e III, 167, VII, 169, § 1º

¹³*Verba cum effectu, sunt accipienda*.

Desde que inexistente vedação expressa na Constituição estadual ou na Lei Orgânica municipal, a qualificação de determinada fundação instituída e/ou mantida com recursos públicos – se de direito público ou privado – demandará análise do caso concreto, servindo de norte os seguintes pontos distintivos:

- i) fundações públicas de direito público: fazem parte da administração indireta, integrando a espécie “*autarquia fundacional*”¹⁴, são criadas por lei e regulamentadas por decreto, que substitui o estatuto; seus funcionários são servidores públicos, admitidos mediante concurso; são instituídas exclusivamente com recursos públicos e têm suas receitas oriundas, ainda que parcialmente, do orçamento público; gozam de imunidade tributária (intergovernamental recíproca); os atos de seus administradores podem ser atacados por mandado de segurança; sujeitam-se ao controle do Tribunal de Contas e à Lei de Licitações; seus administradores são ocupantes de cargos de confiança do Poder Executivo; extinguem-se por lei ou por decreto do instituidor;
- ii) fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público (ou fundações públicas de direito privado): são criadas em virtude de autorização legislativa; têm seus atos de instituição lavrados em Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas; regem-se por estatuto, que deve ser elaborado de acordo com as diretrizes contidas na lei autorizativa; submetem-se ao velamento do Ministério Público e seus empregados são contratados pelo regime celetista.

1.3.3 - ARCABUÇO PRINCIPOLÓGICO

Ainda que as fundações de direito privado não integrem a Administração Pública, atrelam-se, intrinsecamente, à consecução de finalidades públicas e sociais (art. 62, parágrafo único, Código Civil), tal qual os entes administrativos.

A confluência de escopos justifica a sujeição das entidades de interesse social ao regime jurídico-administrativo, especialmente aos princípios talhados no art. 37, *caput*, da Constituição da República, os quais nada mais representam do que parâmetros básicos para o desenvolvimento de gestão eficiente e proba. A respeito do tema, colhe-se pacífica doutrina:

¹⁴ “[...] Trata-se de fundação de direito público que se qualifica como entidade governamental dotada de capacidade administrativa, integrante da Administração Pública descentralizada da União, subsumindo-se, no plano de sua organização institucional, ao conceito de típica autarquia fundacional, como tem sido reiteradamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive para o efeito de reconhecer, nas causas em que essa instituição intervém ou atua, a caracterização da competência jurisdicional da Justiça Federal (RTJ 126/103 - RTJ 127/426 - RTJ 134/88 - RTJ 136/92 - RTJ 139/131). [...]”. (STF, RE nº 183.188/MS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/02/1997).

A legalidade e a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a economicidade e a eficiência, que mais do que princípios legais, são princípios constitucionais e devem nortear as atividades de uma fundação que, senão pública, tem fins públicos e sociais [...].¹⁵

Pelas características de uma fundação privada, sobretudo por lidar com um patrimônio vinculado a uma finalidade social, é possível dizer que a administração da entidade está adstrita aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência [...]. A economicidade e a eficiência andam juntas, esta inclusive guiando aquela. Por economicidade, entende-se a regra básica de oneração mínima do ativo patrimonial com passivos assumidos pela administração da entidade. Os gastos devem se cingir ao estritamente necessário [...].¹⁶

1.3.4 - INSTITUIDOR

O instituidor – seja pessoa natural ou jurídica – deve ter plena capacidade civil, requisito para a transmissão patrimonial por ato unilateral de vontade.

Exceção à regra encontra-se no art. 1.860, parágrafo único, do Código Civil que confere ao menor, desde que relativamente capaz, o direito de testar, podendo, em suas últimas declarações de vontade, destinar bens para a instituição de fundação.

Não existe impedimento a que o instituidor seja uma só ou um grupo de pessoas que, unidas por manifestação de vontade convergente, confirmem destinação social a determinado patrimônio.

No caso de disponente pessoa jurídica, a deliberação deverá obedecer aos regulamentos que a norteiam e ser registrada em ata.

1.3.5 - ATOS CONSTITUTIVOS

A instituição de fundações de direito privado efetiva-se por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, observados os seguintes requisitos:

- i) patrimônio composto de bens livres e desembaraçados (art. 62, *caput*, Código Civil). No escólio de Gustavo Saad Diniz,

patrimônio é o conjunto de relações jurídicas passíveis de apreciação econômica agregados a uma pessoa, sujeito de direitos e obrigações, à qual correspondem. [...].

Para a constituição de fundação,

é exigência normativa cogente [...] que essa dotação de relações jurídicas e os bens delas resultantes sejam livres de quaisquer ônus ou gravames

¹⁵ PAES, op. cit., p. 412.

¹⁶ DINIZ, Gustavo Saad, p. 330/331.

que prejudiquem o livre exercício da finalidade predestinada. [...] O dispositivo (art. 62, Código Civil) deve ser interpretado extensivamente como relações jurídicas patrimoniais livres de ônus e encargos e não simplesmente bens livres.¹⁷

- ii) declaração solene da vontade do instituidor, manifestada por meio de escritura pública ou testamento (fundações privadas) ou, ainda, lei autorizativa, quando instituída por ente público (fundação pública de direito privado);
- iii) especificação minuciosa do fim a que vinculada e da forma de administração;
- iv) estatuto que regulamente o seu funcionamento, o qual deverá coadunar-se com as premissas assentadas pelo disponente;
- v) registro no cartório competente (Registro Civil de Pessoas Jurídicas), com prévia aprovação dos atos de constituição pelo Ministério Público (arts. 119, parágrafo único, Lei nº 6.015/73 e 7º, Resolução PGJ nº 126/01).¹⁸ Controverte-se quanto à necessidade de que seja o estatuto fundacional visado por advogado, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.906/94. Entendemos, em companhia de José Eduardo Sabo Paes¹⁹, ser dispensável a diligência, dado que os atos constitutivos das fundações de direito privado já se submetem à aprovação do *Parquet*, não se justificando a duplicidade de controle.

1.3.6 - VONTADE DO INSTITUIDOR

Sobreleva, em matéria fundacional, a vontade do instituidor, a qual o levou a conceber a criação de uma pessoa jurídica, desfazendo-se de parte de seu patrimônio para atender a um fim de interesse social, lícito e possível (tanto no plano material quanto jurídico):

O impulso à criação da fundação, isto é, a determinação do fim e dos meios econômicos para atuá-lo, é dada pela vontade da pessoa (natural ou

¹⁷ *Direito das Fundações Privadas – Teoria Geral e Exercício de Atividades Econômicas*, 2 ed., Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 71/72.

¹⁸ “AÇÃO DE NULIDADE E DESCONSTITUIÇÃO DE REGISTRO - AUSÊNCIA DE REQUISITOS - IRREGULARIDADES - ARTIGOS 24 E 27 DO CCB - ARTIGO 1.200 DO CPC - USO INDEVIDO DA DENOMINAÇÃO FUNDAÇÃO. São requisitos para a constituição de uma FUNDAÇÃO sua realização mediante escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres especificando o fim para o qual se destina e, facultativamente, a declaração da maneira pela qual será administrada. Cabe ao MINISTÉRIO PÚBLICO, como curador de Fundações, fiscalizar a constituição regular destas e aprovar seu estatuto, devendo alertar para as irregularidades e nulidades existentes. Não sendo observada a forma legalmente prescrita, não há como subsistir a constituição da FUNDAÇÃO, pois eivada de nulidades. O uso indevido da denominação fundação por entidade que não possui esta natureza, somente traria instabilidade e insegurança a terceiros, não podendo ser aceito”. (TJMG, Proc. 2.0000.00.351956-2/000, rel. Des. Armando Freire, MG 11/09/2002).

¹⁹ Op. cit., p. 280/283.

jurídica), que destina um complexo de bens a uma dada finalidade, instituindo uma pessoa jurídica autônoma.²⁰

É a “*vontade transcendente do instituidor*”²¹ que define, inarredavelmente, as diretivas a serem observadas na gestão da entidade e os fins a serem perseguidos. Esse é, a propósito, um dos aspectos diferenciadores da forma fundacional em comparação com a associativa, a saber, a ideia de perenidade existente naquela espécie organizacional, reforçada pela vedação à modificação dos objetivos a que vinculado o patrimônio (art. 67, II, Código Civil).

A finalidade da fundação, consignada no ato de instituição, pode voltar-se a qualquer área de atuação, desde que lícita, não-econômica e de interesse transindividual²², nos termos do art. 62, parágrafo único, do Código Civil.²³

1.3.7 - ESTATUTO

Estatuto é a lei orgânica ou regulamento de qualquer entidade, servindo para orientar-lhe o funcionamento. Sujeita-se, em linha gerais, ao regimento aplicável às associações (cf. Item 2. c), distinguindo-se, porém, quanto aos atos precedentes, quais sejam:

- i) escritura pública (ato *inter vivos*), testamento (*causa mortis*) ou lei autorizativa (fundação pública de direito privado – cf. Item 3. b): trata-se de formalidade essencial (*ad substantiam*), sem a qual o ato será tido como inexistente. Nela, deverá o instituidor especificar a dotação inicial, os fins a serem implementados e a forma de administração da fundação;
- ii) estudo de viabilidade ou sustentabilidade (Resolução PGJ nº 126/01 – MG 27/12/2001), pelo qual o disponente especificará as atividades a serem exercidas, bem como de que forma será a fundação mantida e administrada em curto, médio e longo

²⁰ BARASSI *apud* SANTOS, J. M. Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969, p. 404.

²¹ DINIZ, Maria Helena, *in* DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 98.

²² Entre nós, os fins da fundação devem coligar-se ao interesse coletivo *lato sensu* (o que se confirma pelo conteúdo do art. 11 do Decreto-Lei nº 4.657/42), diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos, em que se admitem fundações para atendimento de objetivos particulares

²³ Com a expressão “*fins de assistência*”, pretendeu o legislador consignar que somente se admitem fundações com o fim de, nos mais variados campos do interesse coletivo (*lato sensu*), colaborar, apoiar, proteger e amparar. E colaborar, apoiar, proteger, amparar, enfim, prestar assistência não apenas no segmento da assistência social, podendo se expressar em qualquer das áreas de interesse coletivo, tais como educação, saúde, religião, arte e cultura, investigação científica, proteção ao patrimônio cultural, defesa de meio ambiente, defesa do consumidor etc.

prazos. Do estudo deverão constar: a) “*exposição de motivos – justificativa da motivação, necessidade e pretensões envolvendo a instituição da fundação*” (art. 3º, I); b) “*descrição pormenorizada dos objetivos da fundação e forma de alcançá-los – informações sobre as atividades que devem ser desenvolvidas para alcançar cada um desses objetivos*” (art. 3º, II); c) “*descrição detalhada da dotação inicial, das formas de acréscimo do patrimônio, das fontes de rendas e receitas, bem como comprovação de serem as mesmas bastantes à instituição da fundação, ao início de suas atividades mínimas e ao total implemento, em momento posterior, de suas atividades, no sentido de cumprir todos os objetivos elencados em seu estatuto*” (art. 3º, III); d) “*dados técnico-administrativos – descrição e quantificação da estrutura física mínima necessária para abrigar a fundação (casa, sala, loja, galpão, lote, fax, computador, telefone, móveis, maquinário, etc.) e dos recursos humanos necessários ao início do desenvolvimento das atividades (secretária, voluntários, motorista, etc.), bem como dos referidos dados quando a fundação estiver em plena atividade*” (art. 3º, IV); e) “*dados econômicos – descrição dos valores unitários de cada um dos componentes descritos no inciso anterior; do montante de recursos necessários para o início das atividades; da estimativa do montante necessário para o custeio mensal das atividades da fundação em seu início e quando do cumprimento integral de seus objetivos; do montante disponível no momento de instituição da fundação; do montante a ser obtido logo após a instituição da fundação; das formas de obtenção regular de recursos financeiros; das atividades e do montante dos recursos a serem gerados como forma de auto-sustentação da fundação*” (art. 3º, V); f) “*ações estratégicas que devem ser desenvolvidas – descrição das ações que devem ser desenvolvidas em curto e médio prazos, visando ao desenvolvimento inicial e posterior das atividades meio e fim da fundação*” (art. 3º, VI); g) “*outros esclarecimentos relevantes, a critério dos instituidores*” (art. 3º, VII).

iii) resolução ou portaria (art. 65, Código Civil): ato administrativo pelo qual o Promotor de Justiça incumbido da Tutela de Fundações declara haver verificado a documentação e concluído pela viabilidade da fundação a ser instituída, autorizando, por consequência, seu registro junto ao cartório competente.

A alteração estatutária somente se processa mediante deliberação de dois terços dos membros competentes para gerir e representar a fundação (art. 67, I, Código Civil), restringindo-se, materialmente, aos limites delineados pelo instituidor (art. 67, II). Condiciona-se, ainda, à aprovação do Ministério Público (art. 67, III), que deverá, caso a votação não seja unânime, dar ciência à minoria vencida, para impugná-la (art. 68).

1.3.8 - PATRIMÔNIO, SUA CONSTITUIÇÃO E UTILIZAÇÃO

Já se disse que o ente fundacional não contém um patrimônio, mas se personifica num patrimônio a serviço de escopo de interesse transindividual. Fundação é, portanto, diferentemente das demais pessoas jurídicas, patrimônio vinculado à finalidade, o qual, por força de lei, adquire personalidade jurídica.

Assim que consolidada a existência jurídica da fundação (arts. 45, Código Civil, 114 e 119, Lei nº 6.015/73), os bens integrantes da dotação inicial desprendem-se do patrimônio do instituidor, passando a vincular-se, indissociavelmente, à finalidade que lhe foi reservada.

Realizada a transcrição em cartório do ato de instituição, o disponente obriga-se a transferir, em favor da fundação, os bens integrantes da dotação inicial, não mais se lhe facultando desistir do ato de liberalidade.²⁴ A alienação (*lato sensu*) se efetua sob a forma de doação.

Firmado o instrumento de doação, o ato perderá efeito se a donatária não vier a ser criada no prazo de dois anos a contar da publicação da liberalidade (art. 554, Código Civil).

Não havendo restrição legal, a dotação inicial pode compor-se de bens de qualquer natureza, desde que providos de valor econômico:

[...] quando a lei fala em dotação de bens livres, não se refere, apenas, a bens corpóreos móveis ou imóveis, em sentido estrito, mas a todos os valores patrimoniais, inclusive aos direitos desta natureza que no sentido genérico da expressão ‘bens’ se compreendem [...].²⁵

O parâmetro é, portanto, a suficiência do patrimônio para atender aos objetivos preestabelecidos, não nos parecendo razoável a fixação de patamar mínimo, como tem sido ditado em algumas unidades da Federação. Afinal, não se mostra razoável obstruir a instituição de entidade que, embora dotada de patrimônio pouco expressivo, se habilite a produzir resultados de alcance social.

Lincoln Antônio de Castro bem elucida o ponto:

Merece especial exame o aspecto da suficiência da dotação inicial do instituidor. Todavia, há de se tomar como referência, na apreciação da suficiência

²⁴ Art. 64. “Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial”.

²⁵ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v. 2, t. 2, São Paulo: RT, p. 250.

patrimonial, não apenas o valor numérico da doação inicial, mas principalmente a viabilidade de se concretizar a consecução dos fins fundacionais através dos serviços ou esforços comprometidos, ou ainda mediante acréscimo, posteriormente, de recursos advindos inclusive de outras fontes.²⁶

A suficiência do patrimônio dotado será aferida com base em estudo de viabilidade do empreendimento, a cargo do disponente (cf. item III.f.ii).

Na eventualidade de serem os bens insuficientes à concretização das finalidades aspiradas, o patrimônio será destinado a uma entidade congênere, salvo se diversamente dispuser o instituidor (art. 63, Código Civil).

1.3.9 - NATUREZA RELATIVAMENTE INALIENÁVEL DO PATRIMÔNIO FUNDACIONAL

Porquanto estreitamente vinculado ao interesse social – por natureza indisponível –, entende-se como relativamente inalienável o patrimônio das fundações, somente se admitindo a disposição por imperiosa necessidade ou pelas condições manifestamente vantajosas do negócio, caso em que o produto da venda deverá ser empregado na aquisição de novos bens:

[...] o fenômeno da indisponibilidade é algo inerente a toda fundação, uma vez que esta não contém um patrimônio, mas é um patrimônio personalizado indisponível a serviço de um escopo qualquer.²⁷

Os bens da fundação são normalmente inalienáveis, porque representam a concretização dos fins preestabelecidos pelos respectivos instituidores, não tendo os seus administradores qualidade para alterar o imperativo da vontade daqueles (RT 252/661). Note-se, porém, que essa inalienabilidade é simplesmente relativa, não tendo caráter absoluto. [...] Caso os mesmos sejam vendidos, exigem os tribunais a aplicação do preço na aquisição de outros bens, que deverão ser igualmente destinados ao mesmo fim. (cf. RT 116/650, 138/18, 149/580, 169/127 e 242/232).²⁸

[...] os bens das fundações, por afetados a um destino certo, são, de sua natureza, inalienáveis. Sua inalienabilidade é, sem dúvida, relativa e comporta a substituição por outros bens, mediante sub-rogação processada em juízo com audiência e fiscalização do Ministério Público.²⁹

Partindo da premissa da relativa indisponibilidade, a alienação de bens da fundação se condiciona à prévia autorização do órgão de execução ministe-

rial incumbido do velamento, consoante prescrição do art. 18, VIII, da Resolução PGJ nº 126/01:

Art. 18. No velamento das fundações, o respectivo órgão do Ministério Público deverá: [...] VIII. avaliar e manifestar-se, através de resolução, sobre a necessidade de alienação, permuta ou gravação de bens pertencentes à fundação; [...]

A somar-se à aludida regra de proteção, parcela significativa da doutrina e jurisprudência tem exigido alvará judicial para o aperfeiçoamento da alienação:

A princípio, o patrimônio dotado à fundação privada é inalienável. Qualquer ato jurídico que importe em alienação do patrimônio, portanto, é nulo, e o Ministério Público deverá atuar de acordo com o art. 168 do CC/2002 [...]. Entretanto, existem ressalvas que a própria existência da entidade permite colocar. Provando-se interesse na continuidade dos fins fundacionais, poderá haver requisição fundamentada para que o juízo das fundações, após prévia manifestação do Ministério Público, autorize a venda de parcela do patrimônio.³⁰

Data venia, afigura-se desnecessário, ao nosso sentir, o duplo controle estatal, bastando, para a preservação dos interesses da fundação, o velamento exercido pelo *Parquet*. Acrescente-se, como reforço de argumento, que a extinção administrativa de fundações processa-se sob o velamento do Ministério Público, sem a intervenção do Poder Judiciário. Ora, se o ato de que resulta a transferência total do patrimônio fundacional aperfeiçoa-se sem a chancela judicial, evidente que, de igual forma, pode se processar a transferência parcial do patrimônio.

1.3.10 - FUNDAÇÕES DE APOIO

Segundo lição de José Eduardo Sabo Paes³¹, fundações de apoio consistem em pessoas jurídicas de direito privado instituídas com o objetivo de auxiliar e fomentar projetos de pesquisa, ensino e extensão das universidades federais e das demais instituições de ensino superior, públicas ou privadas.

Nas palavras de Francisco Assis Alves:

[...] as fundações de apoio são hoje reconhecidas como aquelas entidades cuja atuação serve de base para que as idéias desenvolvidas na Universidade possam se transformar em projetos com resultados imediatos, produtivos, levando a Universidade para além de sua função primordial, que, em poucas palavras, é a produção de conhecimentos e inteligências.³²

A Lei Federal nº 8.958/94, regulamentada pelo Decreto nº 5.205/2004, disciplina as relações entre as

²⁶ O Ministério Público e as Fundações de Direito Privado, Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1995. p. 42.

²⁷ COSTA, Antônio Cláudio, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. p. 269.

²⁸ PAES, op. cit., p. 325.

²⁹ RÃO, op. cit., p. 250.

³⁰ DINIZ, op. cit., p. 75/76.

³¹ Op. cit., p. 227.

³² *Apud* PAES, p. 228.

instituições federais de ensino superior e as fundações de apoio, permitindo àqueles entes educacionais contratar, sem a observação estrita das regras do direito administrativo, pessoas jurídicas de direito privado criadas sob a formatação jurídica de fundações (art. 24, XIII, Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94).

Deflui, ainda, da Lei nº 8.958/94, especificamente de seu art. 3º, a sujeição das fundações de apoio, “na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos”, à observância da “legislação federal que institui regras para licitações e contratos da administração pública” (I), à prestação de contas aos órgãos públicos financiadores (II), ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da instituição federal de ensino ou similar da entidade contratante (III), bem como à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente (IV).

1.3.11 - FUNDAÇÕES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

As entidades de previdência privada (ou complementar), atualmente regidas pela Lei Complementar nº 109/2001, compreendem entidades prestadoras de planos privados para a concessão, mediante prévia autorização do Poder Público (arts. 6º, 33 e 38), de pecúlio e rendas e de benefícios complementares semelhantes aos feitos pela previdência social, resultantes de contribuições dos próprios beneficiários, de seus empregadores ou de ambos.

Tais instituições categorizam-se em fechadas³³ e abertas³⁴, sendo que somente a primeira modalidade assume a forma fundacional (art. 31, § 1º), devendo as entidades abertas, por expressa prescrição legal (art. 36), constituir-se sob a moldura de sociedade anônima.

Como consectário do discrimen normativo, não podem as entidades fechadas, pela própria natureza fundacional, visar à lucratividade, enquanto o fim econômico é insito à forma societária das abertas.

Incompreensivelmente, a lei de regência (LC nº 109/2001), em seu art. 72, reiterando, na essência, disposição constante da revogada Lei nº 6.435/77 (art. 5º, II), afastou as fundações de seguridade do velamento exercido pelo Ministério Público, delegando o múnus ao Ministério da Previdência e Assistência Social:

Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.

³³ Formadas, exclusivamente, pelos empregados de uma ou de um grupo de empresas chamadas de patrocinadoras – art. 31, LC nº 109/01.

³⁴ Não restringem a participação – art. 26, LC nº 109/01.

Pensamos, pedindo vênias aos partidários de entendimento diverso, que o preceito em questão representa flagrante e inadmissível afronta à ordem constitucional, que não condescende com qualquer tentativa de cercear a atuação do *Parquet* no sentido de defender a ordem jurídica, o regime democrático e – o que por ora importa – os interesses sociais e individuais homogêneos.³⁵

1.3.12 - FUNDAÇÕES PARTIDÁRIAS

O Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução nº 22.121/2005, estabeleceu que “os entes criados pelos partidos políticos para pesquisa, doutrinação e educação política devem ter a forma de fundações de direito privado” (art. 1º, *caput*), estatuindo, ademais, que os “entes criados sob a forma de instituto, associação ou sociedade civil devem ser convertidos em fundação de direito privado, nos termos e prazos da lei civil (arts. 2.031 e 2.032 do Código Civil de 2002)”.

Em 14/05/2008, foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução nº 22.746/2008, que acrescentou e alterou dispositivos da Resolução nº 22.121/2005, adequando-os às especificidades das entidades partidárias, mas reiterando o velamento a ser exercido pelo *Parquet* (art. 4º do diploma primitivo).

1.3.13 - VELAMENTO

O art. 66 do Código Civil confia ao Ministério Público do Estado onde situadas o velamento das fundações de direito privado.³⁶

A atribuição de tal múnus, como já se destacou, conforma-se com o disposto no art. 127, *caput*, da Constituição da República e justifica-se pela repercussão coletiva (*lato sensu*) dos interesses versados. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

³⁵ Em sentido contrário: “CIVIL. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (FECHADA). VALIA – FUNDAÇÃO VALE DO RIO DOCE DE SEGURIDADE SOCIAL. SEGURADO. DESLIGAMENTO. CONTRIBUIÇÕES. DEVOLUÇÃO. DIFERENÇAS. COBRANÇA JUDICIAL. INTERVENÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCABIMENTO. 1 - Nas causas em que se discutem diferenças de contribuições de entidade de previdência privada (fechada), conforme acontece in casu, onde figura como ré na demanda a VALIA - FUNDAÇÃO VALE DO RIO DOCE DE SEGURIDADE SOCIAL, não se viabiliza a intervenção do Ministério Público, dada a inexistência de qualquer das hipóteses do art. 82 do CPC. 2 - Não incidência do art. 26 do Código Civil, porque revogado pelo art. 82 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, no que tange, especificamente, à fiscalização das fundações de previdência privada. 3 - Recurso especial não conhecido”. (STJ, REsp nº 262.673/MG, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 29/03/2004).

³⁶ As fundações públicas (de direito público) sujeitam-se a um regime diferenciado de controle, sem escapar, evidentemente, da fiscalização do Ministério Público, nesse tocante exercida em concurso com o Tribunal de Contas e tendente à preservação do patrimônio público, à defesa da legalidade, da impessoalidade, da transparência, da eficiência e da probidade administrativas.

Por envolver interesse social, o Curador de Fundações fiscaliza a atuação da entidade fundacional, velando por ela. É o seu órgão fiscalizador, a quem, por isso, deverão ser submetidos os estatutos para sua aprovação e reforma, os atos dos administradores e as contas de suas gestões, através do balanço, para que possa tomar providências, praticando atos necessários para preservar a sua finalidade filantrópica e promover a anulação de tudo que for feito com inobservância das disposições legais e estatutárias.³⁷

Na mesma vertente, o magistério de J. M. de Carvalho Santos:

Fiscalização por parte do Estado. Fácil é justificá-la. A fundação é na essência uma doação feita ao povo, ou a uma parte mais ou menos determinada dele. É justo, pois, que o Estado, em nome desse populus, exerça a devida fiscalização, para que a administração não arruine a instituição, com uma má orientação, assim como no desempenho de sua missão de defesa dos interesses sociais vele pelos interesses da instituição que pro bono publico foi criada.³⁸

O alcance da atribuição em referência – velamento – extrapola os limites da mera fiscalização. Velar “*significa interessar-se grandemente, com zelo vigilante, pela consecução dos objetivos e pela preservação do patrimônio das entidades funcionais*”³⁹. Significa “*estar atento, estar alerta, estar de sentinela, cuidar; [...] proteger; patrocinar*”⁴⁰, no que se inclui, evidentemente, adotar as medidas necessárias – tanto em órbita administrativa quanto judicial – para inteirar-se de fatos que repercutam na esfera de interesse dos entes sob velamento e conformar eventuais irregularidades constatadas.⁴¹

Incumbe, enfim, ao Ministério Público assegurar a proveitosa gerência da entidade, em respeito à vontade do instituidor.⁴²

³⁷ *Direito Fundacional*, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 33/34.

³⁸ *apud* RESENDE, Tomás de Aquino, *Roteiro do Terceiro Setor – Associações e Fundações*, 3ª ed., Belo Horizonte: Prax, 2006, p. 197.

³⁹ CASTRO, Lincoln Antônio, *O Ministério Público e as Fundações de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1995, p. 13.

⁴⁰ STF, 2ª Turma, 1976, rel. Min. Moreira Alves, *Jurisprudência Brasileira*, 52/50-4.

⁴¹ Antônio Cláudio da Costa Machado assinala, com propriedade, que, no poder-fim de velar pelas fundações, encontra-se implícito, logicamente, o poder-meio de promover todas as medidas cabíveis a bem da administração e dos escopos fundacionais (*A Intervenção do Ministério Público*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 273/274).

⁴² STF, RE 44.384-SP, citado no REsp nº 162.114/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 26/10/1998.

1.3.14 - INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO CURADOR DE FUNDAÇÕES

No plano administrativo – seara em que se atende, idealmente, ao propósito do Ministério Público resolutivo⁴³ –, dispõe o Curador de Fundações de relevantes instrumentos para desincumbir-se eficazmente do velamento, dentre os quais sobressaem:

- i) intimação: ato pelo qual o órgão de execução ministerial dá ciência de fato relevante à parte interessada;
- ii) notificação: ato pelo qual determinada pessoa é instada a tomar providência necessária ao regular cumprimento dos mandamentos estatutários ou convocada a prestar depoimento ou esclarecimento. Fundamento: arts. 129, VI, Constituição Federal, 120, V, Constituição do Estado de Minas Gerais, 26, I, “a”, Lei nº 8.625/93, art. 67, I, “a”, Lei Complementar Estadual nº 34/94;
- iii) requisição: ato pelo qual se exige a prestação de informações ou a apresentação de documentos, bem como o cumprimento de diligências necessárias à instrução de procedimento administrativo. Fundamento: arts. 129, VI e VIII, Constituição Federal, 120, V e VI, Constituição do Estado de Minas Gerais, 26, I, “b”, II, III e IV, Lei nº 8.625/93, art. 67, I, “b”, Lei Complementar Estadual nº 34/94;
- vi) parecer: ato pelo qual o Curador de Fundações emite, de forma fundamentada, entendimento a respeito de questão suscitada em procedimento de sua competência;
- v) atestado: por meio do qual o Curador de Fundações testifica a lidimidade da conduta dos dirigentes ou a autenticidade de fato relevante;
- vi) recomendação: ato pelo qual os dirigentes são orientados a sanar desvios procedimentais perpetrados em prejuízo da entidade. Fundamento: arts. 129, II, *in fine*, Constituição Federal, 120, II, *in fine*, Constituição do Estado de Minas Gerais, 24, IV, Lei nº 8.625/93, 67, IV, Lei Complementar Estadual nº 34/94;
- vii) resolução: ato pelo qual o Curador de Fundações manifesta-se a respeito de pedido que lhe foi dirigido (por exemplo, aprovação de atos de instituição de fundação – art. 65, Código Civil – e autorização de alienação, permuta ou oneração de bens pertencentes à fundação – art. 18, VIII, Resolução PGJ nº 126/2001).

Outro relevante instrumento de averiguação da integridade funcional e patrimonial das fundações consiste na vistoria, a ser realizada pelo órgão de execução ministerial em periodicidade não inferior à anual (Resolução PGJ nº 126/201):

Art. 18. No velamento das fundações, o respectivo órgão do Ministério Público deverá: [...]
V. visitar a fundação pelo menos uma vez por ano, ou sempre que entender necessário;

⁴³ ALMEIDA, Gregório Assagra, *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um Novo Ramo do Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 512.

Em âmbito judicial, o Ministério Público, na defesa dos interesses das entidades sob velamento, pode figurar tanto como autor quanto como *custos juris* (art. 82, III, Código de Processo Civil), sendo-lhe assegurado, independentemente da posição assumida na relação jurídico-procedimental, valer-se de toda e qualquer faculdade processual necessária ao desempenho do múnus:

O Ministério Público, para a fiscalização efetiva das fundações, objetivando os fins que o fundador teve em mira e os meios de alcançá-los, pode tudo... Não poderia ser de outra forma, não se compreenderia a ação de vigilância do Ministério Público. Ilusória seria sua atribuição de velar pela finalidade da fundação se o Direito não lhe desse meios para tornar físico, corpóreo, eficiente seu dever de controle [...].⁴⁴

[...] só se viabiliza um controle administrativo efetivo se a lei entregar ao órgão fiscalizador, concomitantemente, os remédios processuais adequados à realização judicial de suas pretensões, o que, in casu, é feito pelo próprio art. 26 da lei civil (1916). [...] A legitimação ativa ad causam, portanto, resulta diretamente desta regra genérica do art. 26 do Código Civil (1916) que, do contrário, não teria nenhuma eficácia concreta. Destarte, no poder-fim de velar pelas fundações encontra-se implícito, logicamente, o poder-meio de promover todas as medidas judiciais cabíveis a bem da administração e dos escopos fundacionais. [...] A intervenção assistencial do curador de fundações deve ocorrer em qualquer tipo de processo de que figure como autora, ré ou interveniente uma fundação [...]. De mais a mais, consigne-se esta decisão: o representante do Ministério Público tem o direito de recorrer das decisões que considere prejudiciais às fundações (RT 422/162).⁴⁵

1.3.15 - PRESTAÇÃO DE CONTAS

Devem as fundações de direito privado prestar ao Ministério Público, anualmente, contas do exercício financeiro findo:

O direito do Ministério Público de exigir contas constitui ponto insuscetível de sérias dúvidas em face do que dispõe os arts. 26 do CC (1916) e 653 do CPC (1939). Constituindo dever funcional do Ministério Público velar pelas fundações e fiscalizar os atos de seus administradores, só poderia cumprir a tarefa a ele atribuída através do poder legal de pedir contas sobre o modo como vem sendo gerida a fundação.⁴⁶

Em Minas Gerais, a prestação de contas se faz através do Sistema de Cadastro e Prestação de Contas – SICAP (art. 19, Resolução PGJ nº 126/2001), de-

⁴⁴ *apud* PAES, op. cit., p. 558.

⁴⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 273/274.

⁴⁶ TJSP Proc. nº 168.361, rel. Des. Lafayette Salles, RT 399/167.

vendo ser encaminhada nos seis meses seguintes ao término do exercício financeiro.

Cabe ao Curador de Fundações aprovar ou não as contas, arquivando o procedimento ou adotando providências judiciais e extrajudiciais que julgar pertinentes diante dos relatórios técnicos obtidos (art. 23, Resolução PGJ nº 126/2001).

Em caso de mora no encaminhamento de prestação de contas, deverá o Promotor de Justiça requisitar à entidade que o faça no prazo de 30 (trinta) dias (art. 24, *caput*); persistindo a inércia, deverá postular judicialmente a prestação de contas, sem prejuízo da responsabilização dos administradores desidiosos (parágrafo único).

1.3.16 - EXTINÇÃO

Em face do paralelismo das formas, a extinção subordina-se às mesmas solenidades impostas à instituição da pessoa jurídica. Ou seja, assim como o “nascimento”, a “morte” de uma entidade privada somente se consuma com o registro no cartório competente.

As hipóteses de extinção das fundações de direito privado vêm previstas nos códigos Civil e de Processo Civil, nos quais se lê:

Código Civil

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

Código de Processo Civil

Art. 1.204. Qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público promoverá a extinção da fundação quando:

- I. se tornar ilícito o seu objeto;
 - II. for impossível a sua manutenção;
- se vencer o prazo de sua existência.

Incomum, mas possível de ocorrer a hipótese de tornar-se ilícito o fim perseguido por fundação (impossibilidade jurídica). Exemplo é o de entidade predestinada ao amparo de pessoas envolvidas com o denominado “jogo do bicho”, antes de a lei penal tratar como contravenção referida atividade. Ao tipificar-se a conduta, o que, na origem, se reputava lícito deixou de sê-lo.

Torna-se impossível a manutenção de uma fundação quando acéfala⁴⁷ ou inativa por largo período,

⁴⁷ A extinção por acéfalia (falta dos órgãos de administração) somente deve se efetivar se frustrada ou, na prática, inviável a solução alvitrada pelo art. 49 do Código Civil: “Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório”.

se não entra em efetivo funcionamento, não presta contas de suas atividades ao Ministério Público, enfim, não cumpre os objetivos para os quais foi instituída (impossibilidade fática).

A última hipótese de extinção é o vencimento do prazo de sua existência, circunstância que deve, obrigatoriamente, constar do ato de instituição, sendo raríssimos os casos de fundações temporárias.

A extinção opera-se administrativa ou judicialmente e se processa na forma do art. 51 do Código Civil:

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º. Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º. As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º. Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Extinta a fundação, o patrimônio remanescente deverá destinar-se a outra fundação, vedada, a nosso juízo, a reversão a associação. E assim se entende por duas razões. A uma, porque, embora associações e fundações sejam entidades de interesse social, distinguem-se ontologicamente, bastando lembrar que as primeiras são reuniões de pessoas e as outras patrimônios personificados – daí não se poder falar em congneridade (art. 69, Código Civil), que pressupõe identidade, similitude. A duas, porque, a se admitir a destinação do patrimônio de uma fundação a uma associação, permitir-se-ia que os associados lhe reservassem fim diferente do desejado pelo instituidor, já que prevalente, nas corporações, a vontade dos associados:

A associação é governada por uma vontade imanente, isto é, que está e permanece nela própria, ao passo que a fundação é dirigida por uma vontade transcendente, a vontade do fundador, estranha, superior e inacessível, uma vez lançada a obra na órbita dos seus destinos.⁴⁸

Outra não pode ser, ao que nos parece, a exegese dos arts. 63 e 69 do Código Civil, conforme vem proclamando a jurisprudência, a nosso sentir, mais abalizada:

Fundação – Inexistência de Atividades – Contrariedade ao Estatuto – Extinção. Permitem o art. 30 do Código Civil (1916) e 1.204, II, do de Processo Civil a extinção da fundação quando nociva ou impossível a sua manutenção, com a incorporação de seu patrimônio a outras fundações, que se proponham a fins semelhantes. E dão os referidos dispositivos legais legitimidade ao Ministério Público

para requerer a extinção. Manutenção da sentença que decretou a extinção da fundação, de há muito inativa, contrariando seu estatuto e finalidades.⁴⁹ (grifo nosso).

1.3.17 - EXPOSIÇÃO SINTÉTICA DAS ATRIBUIÇÕES DO CURADOR DE FUNDAÇÕES

No cumprimento do múnus outorgado pelo art. 66 do Código Civil, o Promotor de Justiça incumbido da Tutela de Fundações deverá:

i) analisar, antes da lavratura no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, as minutas de escritura (em se tratando de instituição *inter vivos*) e de estatuto, sugerindo as modificações necessárias para a adequação dos referidos instrumentos aos parâmetros normativos, atentando, em especial, aos seguintes pontos:

i.a) se os instituidores detêm capacidade e legitimidade para transmitir patrimônio, bem como se estão devidamente qualificados (nome, estado civil, naturalidade, profissão, endereços comercial e residencial, número de identidade e CPF);

i.b) se os fins são lícitos, não econômicos (vedada a distribuição de lucros e dividendos) e de interesse coletivo (assim compreendidas as prestações de natureza assistencial – *lato sensu* –, religiosa ou cultural, que tenham como beneficiários pessoas indeterminadas);

i.c) se as finalidades estão bem delineadas, não bastando a alusão a enunciados genéricos como “filantropia” e “educacional”. Por exemplo, se voltada à assistência educacional, deverão os atos constitutivos minudenciar os cursos a serem oferecidos e os benefícios a serem concedidos, os requisitos para concessão dos benefícios etc.

i.d) a composição dos órgãos da entidade, sendo os termos “sócios”, “associados” e “assembleia geral” incompatíveis com a estrutura fundacional (cf. item IV);

i.e) se a dotação é suficiente para a consecução das finalidades talhadas pelo instituidor e se as formas de acréscimo patrimonial e de captação de recursos permitirão a manutenção e o funcionamento da fundação, exigindo-se, para tal análise, a elaboração de estudo de viabilidade (cf. item III.f.ii). É imprescindível que os bens dotados estejam livres e desimpedidos no momento da instituição, não se permitindo a criação sem destinação de patrimônio, com argumento de posterior aporte de bens. Quando a proposta de dotação se fizer em pecúnia – o que não é vedado, mas desaconselhado – devem ser os instituidores esclarecidos de que os valores aportados, após a instituição da fundação, serão tidos por relativamente indisponíveis, condicionando-se a movimentação à aprovação do Curador de Fundações e, segundo alguns, à autorização judicial (cf. item III.h);

i.f) se os bens dotados estão perfeitamente descritos e caracterizados, inclusive com a declaração de

⁴⁸ GIERKE *apud* CAETANO, Marcello. *Das Fundações: Subsídios para a Interpretação e Reforma da Legislação Portuguesa*, São Paulo: Ática, 1961. p. 81.

⁴⁹ TJDF, Proc. 48.856/98, *in* DINIZ, op. cit., p. 359.

seus valores, comprovação de propriedade e da inexistência de ônus ou gravame. Deverá ser avaliada, ainda, a necessidade de se contratar seguro para o patrimônio;

i.g) se há previsão, em caso de extinção da entidade, de destinação do patrimônio para entidade congênera. Não se permite que o patrimônio seja reincorporado pelo instituidor, exceto se se cuidar de entidade sem fins lucrativos com objetivos coincidentes com os da instituída;

ii) aprovar, sugerir ou negar autorização para registro dos atos de instituição em cartório, mediante resolução ou portaria;

iii) requisitar ao presidente que, após a lavratura dos atos constitutivos em cartório, remeta à Promotoria de Justiça certidão de inteiro teor do registro e comprovação de transferência da dotação inicial em favor da fundação, devendo os referidos documentos ser registrados em pasta própria;

iv) intervir em todos os feitos judiciais ou administrativos em que houver interesse de fundação de direito privado (autora, ré, assistente). Discute-se se relações jurídicas meramente obrigacionais dão ensejo à intervenção processual do *Parquet*, defrontando-se com manifestações judiciais em ambos os sentidos.⁵⁰ Caberá ao órgão de execução oficiante analisar, no caso específico, a existência de interesse fundacional primário a justificar a sua atuação como *custos juris*, sustentando, em caso afirmativo, a sua legitimidade pela simples alegação de direito coletivo (princípio da presunção constitucional de legitimidade pela afirmação de direito⁵¹);

v) propor, autorizar ou negar modificação estatutária, fixando, em caso de aprovação, prazo para encaminhamento de comprovante de averbação do ato.⁵² Sublinhe-se que expirou em 11/01/2007 o prazo para conformação das disposições estatutárias à disciplina do Código Civil vigente (art. 2.031, com a redação dada pela Lei nº 11.127/2005), devendo o Curador de Fundações recomendar aos dirigentes morosos que procedam às alterações necessárias (cf. subitem x);

⁵⁰ Entendendo obrigatória a intervenção ministerial: “EMBARGOS DO DEVEDOR - FUNDAÇÃO - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NECESSIDADE. Nas demandas em que figure como parte uma FUNDAÇÃO é imprescindível a intervenção do Parquet”. (TJMG, Proc. nº 2.0000.00.471230-1/000, rel.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida, MG 17/06/2005). Reputando-a dispensável quando a lide circir-se a relação negocial: “[...] Cuidando a espécie de discussão acerca de direito obrigacional, o simples fato de ser a ré fundação não implica em intervenção do Ministério Público, na medida em que não é a presença da entidade que impõe tal intervenção (art. 82, III, CPC) e, sim, a existência de interesse público relevante, o que não existe nos autos. [...]”. (TJMG, Proc. nº 1.0223.04.155877-4/001, rel. Des. Eduardo Marine da Cunha, MG 22/09/2005).

⁵¹ ALMEIDA, op. cit., p. 516.

⁵² O registro ou averbação em cartório de ato de interesse de fundação deverá, necessariamente, contar com a prévia manifestação do Curador de Fundações, devendo a inobervância de tal exigência pelos oficiais cartorários ser objeto de representação perante o órgão correccional próprio, sem prejuízo das demais providências cabíveis.

vi) requisitar, anualmente, prestação de contas apresentando balanço contábil, relatório de atividades, cópia de ata de eleição dos componentes da estrutura organizacional e de outros documentos considerados importantes na vida da fundação;

vii) visitar as fundações sob velamento pelo menos uma vez ao ano;

viii) providenciar o preenchimento dos órgãos da fundação em caso de acefalia ou, desde que inviável a solução extrajudicial, provocar a intervenção judicial;

ix) manifestar-se sobre a necessidade de alienação, permuta ou instituição de gravame sobre bens pertencentes à fundação, sendo que os imóveis e os bens de grande valor somente poderão ser alienados com avaliação prévia e justificativa convincente;

x) elaborar, no caso de declaração de última vontade ou ante a omissão das pessoas a tanto legitimadas, estatuto fundacional e as reformas supervenientes impostas por alteração legislativa ou pelo interesse do ente;

xi) deduzir, em favor de fundação de direito privado, pretensão de qualquer natureza, independentemente da aquiescência dos administradores;

x) propor judicialmente a extinção, exigindo prestação de contas e indicando outra fundação para absorver o patrimônio, sempre que a fundação quedar-se acéfala, inativa ou não cumprir suas finalidades e desde que não haja meios de promover o restabelecimento da entidade ou proceder à extinção pela via administrativa.

1.4 - ESTRUTURA ORGÂNICA DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

1.4.1 - INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico não contém regra específica no que toca à composição dos órgãos das entidades de interesse social ou mesmo quanto às respectivas atribuições. Todavia, dispositivos esparsos pinçados do Código Civil, da Lei de Registros Públicos e das leis de regência das sociedades empresariais, aplicáveis analogicamente, servem de base para o disciplinamento da matéria.

Destarte, buscando inspiração no direito societário, devem as organizações sem fins lucrativos estruturar-se em, no mínimo, três níveis: deliberativo, executivo e controle interno.

As fundações, por sua própria natureza, não comportam, diferentemente das associações, a figura de sócios ou associados. Nada impede, contudo, que se inaugurem, em âmbito fundacional, órgãos propensos a atender à corriqueira necessidade de agregar, à estrutura orgânica, próceres e contribuintes da causa.⁵³

⁵³ Normalmente designados “Conselho de Notáveis” ou “Conselho Honorífico”, nada havendo a desaconselhá-los.

1.4.2 - ÓRGÃO DELIBERATIVO

O órgão deliberativo, normalmente denominado Assembleia Geral nas associações e Conselho Curador nas fundações, é, no seio da entidade, soberano, competindo-lhe, em regra: zelar pelo patrimônio e garantir a observância dos preceitos estatutários, além de eleger os integrantes dos demais órgãos, definir as regras básicas de funcionamento da pessoa jurídica, delinear as estratégias e programas a serem desenvolvidos, tomar e analisar contas e decidir, em última instância, sobre os fatos mais importantes da vida da entidade.

A prática recomenda que o órgão superior de deliberação se reúna, ordinariamente, pelo menos duas vezes ao ano, no início e no final de cada exercício financeiro, quando deliberará sobre os resultados alcançados no período e sobre propostas – inclusive orçamentária – para o exercício subsequente.

1.4.3 - ÓRGÃO EXECUTIVO

O órgão executivo, geralmente intitulado Diretoria ou Conselho Diretor, encarrega-se de prover a execução dos projetos da entidade, representando-a, elaborando seus regimentos, contratando e demitindo empregados, dirigindo e supervisionando, enfim, suas atividades.

A composição mínima (e talvez ideal⁵⁴) do órgão é de três pessoas⁵⁵, sendo um presidente, um secretário e um tesoureiro, cabendo ao primeiro representar e dirigir a organização; ao segundo, substituir, na ausência ou impedimento, o primeiro e manter a escrita da entidade; ao terceiro, guardar e movimentar os recursos financeiros.

Admissível que membros do órgão deliberativo, até o limite de um terço, sejam eleitos para cargos de direção⁵⁶, sendo, porém, desejável, para a manutenção da autonomia de cada uma das alçadas, que o mesmo dirigente não acumule a presidência dos órgãos.

1.4.4 - ÓRGÃO DE CONTROLE INTERNO

O órgão de controle interno ou Conselho Fiscal é composto de, no mínimo, três pessoas⁵⁷, que se incumbem de exercer vigilância sobre o patrimônio, a escrituração, a movimentação financeira e zelar pelo cumprimento dos ditames estatutários e legais. Recomenda-se, para preservar a isenção do órgão, que seus membros não mantenham vínculo com o

instituidor ou com administradores, sendo, preferivelmente, integrado por especialistas nas áreas de contabilidade, administração, economia ou direito.

1.4.5 - REMUNERAÇÃO DE DIRIGENTES E DOS REFLEXOS NO GOZO DE IMUNIDADE FISCAL

As entidades de interesse social adotam, quase à unanimidade, a regra da não-remuneração de seus dirigentes, fazendo-o por três razões básicas, expandidas, com precisão, por José Eduardo Sabo Paes:

A primeira decorre da própria natureza jurídica dessas instituições, das finalidades lícitas e sociais que perseguem e da ausência de lucro em suas atividades. A segunda, em razão da forma protagonizada pelas pessoas que, voluntária e gratuitamente, dedicam seu tempo e talento a essas entidades como associados, dirigentes ou conselheiros. A terceira, porque existe vedação expressa, contida nas exigências para concessão do título de utilidade pública, àquelas sociedades civis (abolidas pelo Código Civil vigente), associações e fundações que sirvam desinteressadamente à comunidade [...], cujos diretores não sejam remunerados nem recebam vantagens.⁵⁸

Não há, conforme preleciona o ilustre jurista, vedação legal à remuneração de administradores de organizações sociais⁵⁹, resultando, contudo, de tal prática óbice à obtenção de título de utilidade pública (arts. 1º, “c”, Lei nº 91/35 e 2º, “d”, Decreto nº 50.517/61) e de certificado de entidade de assistência social (CEBAS), de que é pressuposto (art. 3º, VIII e XI, Decreto nº 2.536/98).

Muito se discute quanto à imprescindibilidade de tais qualificações para o gozo do benefício imunitório previsto no art. 195, § 7º, da Constituição da República.

Verificam-se, de fato, substanciais pronunciamentos judiciais a condicionar o reconhecimento de determinada entidade como beneficente de assistência social, para fins imunitórios, à detenção de CEBAS:

[...] 2. Havendo dúvida, inclusive em razão de precedentes divergentes entre si do STF, sobre se o § 7º do art. 195 da CF/88 deve ser regulamentado por lei ordinária ou por lei complementar, deve-se interpretar tal dispositivo à luz do princípio da especialidade, de modo que, se nele foi instituída imunidade, e não isenção, consoante precedentes da mesma Excelsa Corte, mas a ser gozada pelas

⁵⁴ A prática tem demonstrado que órgãos executivos com composição alargada tendem a burocratizar e dificultar os atos de gestão.

⁵⁵ Art. 140, *caput*, Lei nº 6.404/76, aplicável analogicamente à espécie.

⁵⁶ Art. 143, § 1º, Lei nº 6.404/76.

⁵⁷ Art. 161, § 1º, Lei nº 6.404/76.

⁵⁸ Op. cit., p. 363.

⁵⁹ Ao contrário, a Lei nº 9.790/99 admite, de forma expressa, a remuneração de dirigentes de entidades qualificadas como OSCIP que “atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação” (art. 4º, VI).

entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei', deve-se entender bastante a lei ordinária, e, nesse caso, está ele regulamentado, atualmente, pelo art. 55 da Lei 8.212/91, em sua redação anterior à da Lei 9.732, de 11.12.98, em face da suspensão, na ADI 2028/DF, das alterações por ela introduzidas. [...].⁶⁰

TRIBUTÁRIO, CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO – EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL PARA GOZO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – CABIMENTO. 1. O mandado de segurança é remédio de natureza constitucional que visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e, por ter rito processual célere, não comporta dilação probatória. 2. Sem a apresentação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social não se comprova direito líquido e certo ao reconhecimento de imunidade tributária. 3. Além do mais, o mandado de segurança não se presta a demonstrar a existência dos requisitos necessários ao reconhecimento da imunidade tributária, pois isso requer dilação probatória, que é incabível em sede de mandado de segurança. 4. O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é previsto no art. 55, II, da Lei n. 8.212/91 e encontra-se em consonância com os ditames constitucionais, como já decidiu o STF no RE-AgR 428815/AM, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, publicado no DJ de 24.6.2005. [...].⁶¹

Em sentido diametralmente oposto – professando que limitações constitucionais ao poder de tributar somente podem ser reguladas por lei complementar, natureza de que não se revestem os atos normativos de que deriva a exigência do CEBAS (arts. 55 da Lei n.º 8.212/91, 3.º do Decreto n.º 2.536/98 e 206 do Decreto n.º 3.048/99) – orienta-se a doutrina amplamente majoritária, além de respeitável jurisprudência:

A referida lei só pode ser complementar (nunca ordinária), justamente porque vai regular uma imunidade tributária, que é uma limitação constitucional ao poder de tributar. Ora, com já vimos, as limitações constitucionais ao poder de tributar, nos termos do artigo 146, II, da Constituição Federal, somente podem ser reguladas por meio de lei complementar.⁶²

⁶⁰ TRF 1ª R., AI 200601000208256, 7ª T., rel. Des. Antônio Ezequiel da Silva, DJ 28/03/2008. Em idêntico sentido, Súmula n.º 144 da jurisprudência predominante do extinto Tribunal Federal de Recursos, editada em 22/11/1983: “Para que faça jus a isenção da quota patronal relativa as contribuições previdenciárias, e indispensável comprove a entidade filantrópica ter sido declarada de utilidade pública por Decreto federal”.

⁶¹ STJ, RMS 22.237/DF, 1ª S., rel. Min. Humberto Martins, DJ 05/05/2008.

⁶² CARRAZZA, Roque Antônio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 766.

IMUNIDADE. ARTIGO 195, PARÁGRFO 7º DA CARTA MAGNA/88. REQUISITOS. ARTIGO 14 DO CTN. HONORÁRIOS. Embora o parágrafo 7º do artigo 195 da CF/88 mencione isenção, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn n.º 2.028-5, de 14.07.1999, reconheceu como verdadeira ‘imunidade’ o benefício ali previsto. O comando previsto no parágrafo 7º, artigo 195 da CF/88 remete à lei o estabelecimento das exigências legais para a concessão do benefício da imunidade. A imunidade só pode ser concedida pela Constituição, sendo exigido, para o estabelecimento dos requisitos à sua concessão, lei complementar, como estatuído no artigo 146 da Carta Política, pois a ela cabe regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (CF, art. 146, II). Desta forma, os requisitos estabelecidos para a fruição da imunidade não são aqueles dispostos no artigo 55 da Lei n.º 8.212, de 1991, mas sim no Código Tributário Nacional, artigo 14, porquanto o mesmo possui força de lei complementar.⁶³

Independentemente da posição que se adote⁶⁴, inegáveis os inconvenientes a serem suportados pela entidade caso venha a remunerar seus dirigentes – na mais otimista das visões, ver-se-á impelida a buscar, judicialmente, o reconhecimento da prerrogativa imunitária⁶⁵, haja vista a tendência da autoridade fazendária de adotar o entendimento restritivo quanto ao gozo da imunidade.

1.5 - RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES

Por força do art. 46, V, do Código Civil e do art. 120, IV, da Lei n.º 6.015/73, deverá o estatuto indicar se os dirigentes da pessoa jurídica de direito privado respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações da entidade, sendo, em geral, estatuído o não-comprometimento do patrimônio pessoal dos gestores.

No entanto, ainda que assim disponha o estatuto, não se escusam os dirigentes de responder pelos atos praticados em prejuízo do patrimônio da entidade gerida ou que venham a afetar danosamente os objetivos institucionais. Afinal, o encargo em que investidos impõe-lhes os deveres de diligência e probidade.

A responsabilidade repercute nas searas administrativa, civil e criminal.

Em esfera administrativa, incidem as penalidades previstas nos estatutos ou judicialmente declaradas, por exemplo, perda ou afastamento temporário do cargo, apresentação compulsória de contas,

⁶³ TRF 4ª R., Ap. Cív. 2000.04.01.027274-4/RS, rel. Des. Vilson Darós, DJ 08/11/2000.

⁶⁴ Pessoalmente, perfilhamos a segunda vertente.

⁶⁵ Os riscos inerentes a toda querela forense majoram-se, *in casu*, diante da controvérsia jurisprudencial acerca do tema.

livros etc. Em se tratando de organização destinatária de subvenção, benefício ou incentivo do Poder Público, sujeitam-se os respectivos dirigentes, ainda, à disciplina da Lei de Improbidade Administrativa (art. 1º, parágrafo único, Lei nº 8.429/92):

Por derradeiro, as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público, qualquer que seja o montante, poderão ser igualmente atingidas pelos atos de improbidade administrativa. Trata-se de dispositivo amplo, ao qual deve ser dispensada interpretação condizente com a inafastável necessidade de se proteger o erário, devendo abranger as entidades beneficentes que recebem isenções fiscais [...].⁶⁶

Civilmente, serão os administradores responsabilizados pelos danos a que derem causa por culpa ou dolo ou, ainda, por violação de lei ou estatuto, consoante prescrição do art. 158, Lei nº 6.404/76, aplicável analogicamente à espécie, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal.

1.6 - TÍTULOS, CERTIFICADOS E QUALIFICAÇÕES

As entidades sem fins lucrativos (associações ou fundações) podem pleitear, perante Poder Público, desde que cumpridos os requisitos a tanto impostos, a expedição de qualificações ou títulos específicos, com os quais se credenciam ao desfrute de determinados benefícios (subvenções, auxílios e isenções fiscais).

Em âmbito federal, têm-se os seguintes certificados e/ou qualificações: título de utilidade pública, criado pela Lei nº 91/35, por seu turno regulamentada pelo Decreto nº 50.517/61; certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS), criado pela Lei nº 8.742/93, regulamentada pelo Decreto nº 2.536/98; organização social (OS), criada pela Lei nº 9.637/98; organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), criada pela Lei nº 9.790/99, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99.

Na esfera estadual, destacam-se o título de utilidade pública e a OSCIP estaduais, regidas, em Minas Gerais, pelas Leis nºs 12.972/98 e 14.870/03, respectivamente.

Em seara municipal, sobressai o título de utilidade pública, sendo, ainda, possível o reconhecimento como OSCIP municipal.

Em termos gerais, OSCIP consiste em qualificação atribuída a pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos, instituídas por iniciativa de particulares e habilitadas perante o Ministério da Justiça para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder

Público, mediante vínculo jurídico decursivo de termo de parceria.⁶⁷

Organização social corresponde a qualificação reservada a pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos, instituídas para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, com o qual mantém contrato de gestão, supervisionado mediante controle de resultado.⁶⁸

As mencionadas qualificações são assim discernidas por Paulo Haus Martins:

[...] as OSCIP's seriam, a princípio, iniciativas privadas que se aproximam do Poder Público e suas regras. São entidades privadas que atuam em áreas típicas do setor público, e o interesse social que despertam merece ser, eventualmente, financiado para que suportem iniciativas sem retorno econômico. Já as OS's seriam, a princípio, entidades privadas sem fins lucrativos, criadas [...] à sua feição (do Poder Público), para gerir patrimônio que continuará público. Calcule que isso possa ser feito, por exemplo, com alguma universidade federal, o patrimônio dela sendo gerido por uma entidade privada sem fins lucrativos. Dessa forma o Estado está sem dúvida alguma tentando ganhar maior agilidade ao fugir de sua própria burocracia, sem correr o risco de perder o poder sobre seu patrimônio.⁶⁹

Do título de utilidade pública federal, nada obstante a prescrição do art. 3º da Lei nº 91/35, resultam os seguintes benefícios:

- i) acesso a subvenções e auxílios da União Federal e suas autarquias;
- ii) possibilidade de receber bens móveis considerados irrecuperáveis – Decreto nº 99.658/90;
- iii) autorização para realizar sorteios;
- iv) possibilidade de receber doações de pessoas jurídicas, dedutíveis até o limite de 2% do lucro operacional – Lei nº 9.249/95;
- v) é um dos requisitos para a obtenção de CEBAS – Decreto nº 2.536/98;
- vi) possibilidade de receber receitas das loterias federais;
- vii) possibilidade de receber bens apreendidos, abandonados ou disponíveis administrados pela Secretaria da Receita Federal – Portaria SRF nº 100/2002.

Por fim, o certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS), concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), confere, além dos benefícios decorrentes do título de utilidade pública federal – um dos requisitos da concessão do CEBAS –, imunidade quanto às

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 422-423.

⁶⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 419.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.rits.org.br/legislacao_teste/ig_testes/ig_tmtes_out99.cf> Acesso em: 14 maio 2008.

⁶⁶ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 200.

contribuições sociais (ao menos do ponto de vista prático – cf. item V) e acesso, em condições diferenciadas, a convênios com o Poder Público.

1.7 - COLETÂNEA JURISPRUDENCIAL

1.7.1 - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. COMPROVAÇÃO DE DIFICULDADE FINANCEIRA. DESNECESSIDADE. I - Os benefícios da gratuidade de Justiça às pessoas jurídicas vêm sendo reconhecidos pelos nossos tribunais, devendo, porém, ser demonstrado, nos autos, o estado de hipossuficiência, a justificar a demanda em juízo sob o pálio da Justiça gratuita. II - A todo modo, em se tratando de entidade filantrópica, como na hipótese dos autos, em face do seu caráter assistencial, sem fins lucrativos, presume-se o estado de hipossuficiência, dispensando-se, assim, a prova da dificuldade financeira para obter o benefício. III - Apelação desprovida.⁷⁰

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - FUNDAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS - FINALIDADE ASSISTENCIAL NOTÓRIA CONSTANTE DOS SEUS ESTATUTOS - AUSÊNCIA DE PROVA CONTRÁRIA - SUPRIMENTO DA AUSÊNCIA DE VERACIDADE DA AFIRMAÇÃO DO ESTADO DE POBREZA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO. Não obstante a Constituição Federal não estenda em benefício da pessoa jurídica em geral a presunção relativa da veracidade da afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício da Assistência Judiciária gratuita, como o faz em relação à pessoa natural, tal benefício deve ser concedido à fundação sem fins lucrativos, cuja finalidade assistencial constante dos seus estatutos é notória, tendo-se como suprida a necessidade de comprovação da necessidade decorrente da ausência de tal presunção, para conceder-se-lhe, em grau de recurso, o benefício negado em primeira instância.⁷¹

1.7.2 - SUPRIMENTO JUDICIAL PARA APROVAÇÃO DE REFORMA ESTATUTÁRIA DENEGADA PELO *PARQUET*

Fundação. Estatutos. Pedido de suprimento de aprovação de alteração e renovação, denegado pelo órgão do Ministério Público. Improcedência. Déficit patrimonial e inatividade, a revelar não haver firmeza nos propósitos que motivaram a instituição da fundação. Sentença Mantida. Apelação não provida.⁷²

⁷⁰ TRF 1ª R., AC nº 200533000185085, 6ª T., rel. Des. Souza Prudente, DJ 13/08/2007.

⁷¹ TJMG, Proc. nº 2.0000.00.347988-5/000, rel. Des. Fernando Bráulio, MG 22/12/2001.

⁷² TJSP, AC nº 473.161-4/4-00.

1.7.3 - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPVA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. CF, art. 150, VI, c. SÚMULA 279-STF. I. - O acórdão entendeu que a parte agravada faz jus à imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição a partir do exame do conjunto fático-probatório trazido aos autos. Incidência, no caso, da Súmula 279-STF. II. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade. Precedentes. III. - Agravo não provido.⁷³

IPVA – Fundação de direito privado, sem fins lucrativos, de natureza filantrópica, voltada para a educação, à promoção de pesquisas científicas e tecnológicas, a manutenção da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo – Imunidade tributária – Art. 150, VI, alínea 'c', da Constituição Federal e art. 14 do Código Tributário Nacional – Direito à imunidade reconhecido – Recurso provido.⁷⁴

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. FUNDAÇÃO CESGRANRIO. ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 150, VI, C, DA CF/88 E ART. 14 DO CTN. 1.A PREVISÃO ESTATUTÁRIA É SUFICIENTE À COMPROVAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, VI, 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. REFERENTES À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS. 2.PRESUME-SE A OBSERVÂNCIA DO ESTATUTO DA FUNDAÇÃO, APROVADO, INCLUSIVE, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUJEITO À FISCALIZAÇÃO. EVENTUAL DESVIO NA GESTÃO DA ENTIDADE POR PARTE DE SEUS ADMINISTRADORES DEVE SER APURADO PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES. 3.APELO DA IMPETRANTE PROVIDO. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA. APELO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO.⁷⁵

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - SOCIEDADE EDUCACIONAL E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - EXIGÊNCIAS DO ARTIGO 150, VI, 'C' DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - OBSERVÂNCIA - IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA DESTINADA A FINALIDADE INSTITUCIONAL - ICMS - NÃO INCIDÊNCIA - Deve ser reconhecida a imunidade tributária à sociedade educacional e de assistência social que preenche as exigências do art. 14 do CTN e do art. 150, VI, 'c', da Constituição Federal. Não incide ICMS na

⁷³ STF, AI-Agr nº 481.586/MG, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/02/2006.

⁷⁴ TJSP, AC nº 389.765.5/7-00, 10ª Câmara.

⁷⁵ TJDF, AC nº 2004011098369, rel.ª Des.ª Nídia Corrêa Lima, DJ 09/11/2006.

entrada de mercadoria proveniente do exterior, adquirida por instituição de assistência social e ensino, sem fins lucrativos, beneficiada pela imunidade, quando o respectivo bem integra o patrimônio da sociedade e é destinado à finalidade institucional. Confirma-se a sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso de apelação.⁷⁶

TRIBUTÁRIO - FUNDAÇÃO EDUCACIONAL COM FINS FILANTRÓPICOS - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA IMPOSTOS - ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. A Fundação Cultural de Belo Horizonte é merecedora da imunidade consagrada pela Constituição Federal, sem que lhe possa ser imposta qualquer restrição. O imóvel da apelada, objeto do lançamento fiscal, utilizado para locação, mesmo que forneça alguma renda, passa a integrar o próprio patrimônio não tributável. Os elementos utilizados para a base de cálculo da taxa de limpeza pública não podem tomar em conta base de cálculo de impostos, principalmente, como no caso específico, do IPTU. O serviço, para que ela possa ser cobrada, deve ser específico e divisível.⁷⁷

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - IPTU - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE. A entidade comprovadamente assistencial faz jus à imunidade estabelecida no art. 150, inciso VI, alínea 'c' da CF/88, razão pela qual não se sujeita à incidência do IPTU. A taxa de serviços urbanos é inconstitucional, vez que incompatível com a sistemática definida para a instituição deste tributo.⁷⁸

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. IMUNIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE DO ART. 3º, VI, DO DECRETO 2.536/98. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL DE 20% DE GRATUIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A jurisprudência mais recente do STJ assentou o entendimento de que (a) inexistiu direito adquirido a regime jurídico-fiscal, de modo que a isenção (que, a rigor, é imunidade) da contribuição previdenciária patronal assegurada às entidades filantrópicas, prevista no art. 195, § 7º da Constituição, tem sua manutenção subordinada ao atendimento das condições previstas na legislação superveniente; e de que (b) é legítima a exigência prevista no art. 3º, VI, do Decreto 2.536/98, no que se refere à demonstração de aplicação de um mínimo de 20% da receita bruta anual em gratuidade (MS 10.558/DF, 1ª Seção, Min. José Delgado, julgado em 11.10.2006; MS 10.758/DF, relator designado para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado

em 25.10.2006, MS 11.394/DF, Min. Luiz Fux, DJ de 02.04.2007). 2. Por demandar produção adicional de prova, não é cabível, na via do mandado de segurança, dirimir matéria de fato controvertida entre as partes, a respeito de ter a impetrante efetivamente aplicado o mínimo de 20% de suas receitas em gratuidade. 3. Segurança denegada.⁷⁹

1.7.4 - AFASTAMENTO DE DIRIGENTES

FUNDAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTAS NÃO PRESTADAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO - AFASTAMENTO LIMINAR DOS DIRIGENTES E CONSELHOS - CABIMENTO. O art. 26 do CC confere ao Ministério Público não só a atribuição como a obrigação de velar pelas fundações, o que inclui a possibilidade de requerer a intervenção quando não lhe são prestadas as devidas contas, para que possa ter condições de apurar se está o patrimônio sendo utilizado para os fins estatutários.⁸⁰

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FUNDAÇÕES - FISCALIZAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - DESTITUIÇÃO DA DIRETORIA E CONSELHOS - PREVISÃO LEGAL - AFASTAMENTO DEFINITIVO - PERPETUIDADE - INCOMPATÍVEL COM ORDENAMENTO JURÍDICO. Cabe ao Ministério Público a atribuição fiscalizatória sobre as fundações instituídas e disciplinadas segundo os ditames do Código Civil, as quais deverão obrigatoriamente, por força de lei, a ele prestar contas. Desde que verificada a incapacidade ou a inconveniência dos curadores e administradores, entende-se razoável que os interessados ou o Ministério Público possam promover as ações judiciais cabíveis para o afastamento dos mesmos. O ordenamento jurídico pátrio desconhece condenações sem limitação temporal de eficácia, de caráter perpétuo, razão pela qual deve ser excluída da r. sentença a palavra 'definitiva'.⁸¹

1.7.5 - RESPONSABILIZAÇÃO DE DIRIGENTES

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DE EX-DIRIGENTES DE FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. 1. O Ministério Público Estadual detém legitimidade para a propositura de ação civil pública, objetivando a responsabilização de ex-dirigentes de fundação de direito privado, instituída para a execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes. 2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 3. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no con-

⁷⁶ TJMG, Proc. n.º 1.0000.00.212870/000, rel. Des. Kildare Carvalho, MG 01/02/2002.

⁷⁷ TJMG, Proc. n.º 1.0000.00.314211-4/000, rel. Des. Schaller Ventura, MG 22/08/2003.

⁷⁸ TJMG, Proc. n.º 1.0024.05.736361-6/001, rel. Des. Mauro Soares de Freitas, MG 24/04/2008.

⁷⁹ STJ, MS n.º 9.210/DF, 1ª S., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13/08/2007.

⁸⁰ TJMG, AI n.º 2.0000.00.315444-1/000, rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, MG 11/11/2000.

⁸¹ TJMG, Proc. n.º 2.0000.00.516838-1/000, rel. Des. Osmando Almeida, MG 22/07/2006.

trole dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 5. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face de ex-dirigentes de fundação privada de assistência à criança, fundado na prática de inúmeras irregularidades, apuradas em auditoria interna, especialmente, uso indevido de verbas, além da apropriação indébita de recursos da referida entidade, no importe de R\$ 81.192,47), consoante se infere dos autos. 6. In casu, o estatuto da fundação (fls. 49/61) revela estreme de dúvidas a sua vocação protetiva e assistencial, especialmente, pelo auxílio e assistência às crianças e famílias desamparadas, sem distinção de raça, cor, sexo e idéias políticas ou religiosas. 7. O controle engendrado pelo Ministério Público, consoante prevê os arts. 26 do Código Civil/2002 e o arts. 1.199 a 1.204 do CPC, realiza-se mediante exame do balanço anual, recebido dos órgãos diretivos das Fundações, o qual possibilita, com considerável precisão, a aferição acerca da vida patrimonial, econômica e financeira da instituição fiscalizada. 8. A consecução dos objetivos finalísticos da Fundação é acompanhada pela Curadoria, a quem incumbe velar, na acepção mais ampla da palavra, qual seja, proteger, zelar e cuidar, a fim de que a fundação cumpra de forma eficiente os seus desígnios. 9. Consectariamente, a ampliação conceitual do vocábulo 'velar', inserto no art. 26 do Código Civil de 1916 e reproduzido no art. 66 do novel Código Civil de 2002, justifica-se pela proporcionalidade entre os encargos atribuídos e os meios postos à disposição para a consecução daqueles, sob pena de inocuidade do 'dever-poder' atribuído ao Ministério Público no exercício de tão importante mister. 10. À luz da legislação atinente à matéria, afere-se anomalia na administração da fundação, revela-se razoável que os interessados e, especialmente, o Ministério Público, no exercício de seu mister, sejam legitimados à propositura de ações judiciais aptas a coibir eventuais ingerências, possibilitando à fundação o cumprimento de sua finalidade precípua, consoante a lei e seus estatutos, máxime pela expressa previsão de fiscalização das mencionadas entidades, inserta no art. 95 do Estatuto da Criança do Adolescente, verbis: 'As entidades governamentais e não-governamentais referidas no art. 90 serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares [...]'. 11. Ad argumentandum tantum, o direito insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e

do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 12. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chioyenda como 'substituição processual', senão vejamos: 'Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.' 'Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica.' 'Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;' 13. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público Estadual.⁸²

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL A DEFICIENTES. DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS. LEI NÚMERO 7853/89, ART. TERCEIRO. LUCROS SOCIAIS CESSANTES. I - Com o advento da Constituição Federal de 1988, a atuação do Ministério Público na promoção do inquérito civil e da ação civil pública não mais encontra limites no art. primeiro da Lei número 7347/85, senão no art. 129, inciso III da Carta Magna. II - As provas coligidas nos autos, mesmo em prestadas de inquérito civil público, mostram-se indenes, uma vez que impugnações desarrazoadas e sem apontamentos objetivos e específicos, quanto à sua veracidade, não infirmam o valor probante do inquérito civil, do qual os réus tiveram ciência do transcurso e no qual se fizeram representar, regularmente, por profissional habilitado. Irregularidades diversas comprovadas, implicando o reconhecimento da autoria e responsabilidade do presidente da instituição beneficiada (Associação dos Deficientes Físicos de Brasília - ADFB) com recursos advindos de órgãos públicos federais e distritais, a título de convênios e subvenções. III - Demonstrado o desvio das subvenções da Fundação do Serviço Social, a qual se destinaria à aquisição de leite tipo 'c', objetivando, inicialmente, a atenuação de problemas estomacais decorrentes do uso de medicamentos por pessoas portadoras de deficiências, cabível é a condenação das pessoas envolvidas em lucros sociais cessantes, e ao ressarcimento daquelas verbas não revertidas em favor dos deficientes. Benefícios e melhoria de saúde que deixaram de ser auferidos, projetando-se no bem-estar dos deficientes físicos da ADFB.⁸³

⁸² STJ, REsp n.º 776.549/MG, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJ 31/05/2007.

⁸³ TJDF, AC n.º 3719495, rel.ª Des.ª Nancy Andrighi, DJ 29/05/1996.

1.7.6 - EXTINÇÃO DE FUNDAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXTINÇÃO DE FUNDAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE INTEGRALIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO E DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO - IRREGULARIDADES - UTILIZAÇÃO DA FUNDAÇÃO PARA PRÁTICA DE ILÍCITOS - FLAGRANTE DESVIO DE FINALIDADE - PEDIDO PROCEDENTE - APELO DESPROVIDO.

[...] Restando demonstrado, nos autos, que a fundação ré, desde sua instituição, não desempenhou sua finalidade de disponibilização de programas educativos e culturais para pessoas de baixa renda mas, ao contrário, foi utilizada como subterfúgio para a prática de condutas ilícitas e imorais, em flagrante desvio de finalidade, impõe-se o provimento da presente ação extintiva ajuizada pelo Ministério Público.⁸⁴

EXTINÇÃO DE FUNDAÇÃO - PRESTAÇÃO DE CONTAS - DESCUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS. - Descumprindo a Fundação os objetivos constantes de seu estatuto, bem como deixando de prestar contas de seus atos e balancetes ao Ministério Público, há que ser decretada a sua extinção, destinando-se ao seu patrimônio a uma entidade congênera. - Recurso não provido.⁸⁵

FUNDAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADES. CONTRARIEDADE AO ESTATUTO. EXTINÇÃO. PERMITEM O ART. 30, DO CÓDIGO CIVIL, E 1.204, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A EXTINÇÃO DA FUNDAÇÃO, QUANDO NOCIVA OU IMPOSSÍVEL A SUA MANUTENÇÃO, COM A INCORPORAÇÃO DO SEU PATRIMÔNIO A OUTRAS FUNDAÇÕES, QUE SE PROPONHAM A FINS SEMELHANTES. E DÃO OS REFERIDOS DISPOSITIVOS LEGAIS LEGITIMIDADE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER A EXTINÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DA FUNDAÇÃO, DE HÁ MUITO INATIVA, CONTRARIANDO SEU ESTATUTO E FINALIDADES.⁸⁶

CIVIL. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. FUNDAÇÃO. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO POSTULADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SENTENÇA MANTIDA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Constatada a falta de condições para atendimento às finalidades para que foi constituída, assim como irregularidades na administração, tem-se por justificadas a dissolução e liquidação da fundação. 2. Apelo improvido. Unânime.⁸⁷

CIVIL - PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO EXTINGUIR FUNDAÇÕES - EXCLUSÃO DE BEM CONSTITUTIVO DE PATRIMÔNIO - IMPOSSIBILIDADE - IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. EXTINTA A FUNDAÇÃO, SEU PATRIMÔNIO SE TRANSFERE A ENTIDADE DE IGUAIS OU ASSEMBLADOS OBJETIVOS, SENDO INVIÁVEL A EXCLUSÃO DE ALGUM BEM SEM RAZÃO JURÍDICA QUE A JUSTIFIQUE. 2. APELO IMPROVIDO.⁸⁸

1.7.7 - MINISTÉRIO PÚBLICO COMO *CUSTOS JURIS*

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FUNDAÇÃO PRIVADA. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. Tratando-se de execução fiscal ajuizada contra fundação privada e evidenciado o interesse público na causa, há previsão legal no sentido do Ministério Público ser intimado a acompanhar o processo. A ausência dessa intimação é vício grave cuja sanção a declaração da nulidade do processo a partir do momento que o órgão deveria ter sido intimado.⁸⁹

AÇÃO PROPOSTA POR FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO - INTERVENÇÃO MINISTERIAL EM TODAS AS INSTÂNCIAS - OBRIGATORIEDADE - PROCESSO ANULADO EM PARTE. A intervenção do Ministério Público em causas em que há interesse Público, evidenciada pela qualidade da parte, é imperativa, não sendo a nulidade sanada pela intervenção do Ministério Público somente na fase recursal.⁹⁰

[...] Desnecessária a intervenção do Ministério Público nos feitos em que, embora fundações estejam integradas à lide, a relação jurídica discutida seja de direito privado, puramente negocial, não havendo que se falar em nulidade absoluta pela sua não-intervenção, como ocorreu nesta seara. [...].⁹¹

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FUNDAÇÃO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO AUTORAL. CO-PROPRIEDADE DO EMPREGADO COM O EMPREGADOR. OBRA PRODUZIDA DURANTE A RELAÇÃO DE TRABALHO E POR DIVERSAS PESSOAS. EM SE TRATANDO DE QUESTÃO ENVOLVENDO RELAÇÃO NEGOCIAL DESENVOLVIDA POR FUNDAÇÃO, SEM QUALQUER IMPLICAÇÃO, AINDA QUE REMOTA OU IMPLÍCITA, EM SUA ESTRUTURA OU NA FILOSOFIA DE SUA RAZÃO FINALÍSTICA, E BASTANTE A CIÊNCIA FEITA AO MINISTÉRIO PÚBLICO, SENDO DISPENSÁVEL A PARTICIPAÇÃO DO CURADOR DE FUNDAÇÕES. [...].⁹²

⁸⁸ TJDF, AC nº 2000015000742, rel. Des. Estevam Maia, DJ 31/10/2001.

⁸⁹ TJMG, AC nº 1.0024.99.015965-9/001, rel.ª Des.ª Maria Elza, MG 18/07/2006.

⁹⁰ TJMG, Proc. nº 2.0000.00.302004-2/000, rel. Des. Nepomuceno Silva, MG 23/09/2000.

⁹¹ TJMG, Proc. nº 1.0024.05.729686-5/001, rel. Des. Luciano Pinto, MG 07/09/2006.

⁹² STJ, Resp nº 7.757/SP, 1ª T., rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 12/12/1994.

⁸⁴ TJMG, AC nº 1.0647.02.022280-6/001, rel. Des. Eduardo Marine da Cunha, MG 21/08/2007.

⁸⁵ TJMG, Proc. nº 2.0000.00.364787-2/000, rel. Des. Edival José de Moraes, MG 10/05/2003.

⁸⁶ TJDF, AC nº 4885698, rel. Des. Mário Machado, DJ 18/11/1998.

⁸⁷ TJDF, Proc. nº 2001.07.1011353-9, rel. Des. Estevam Maia, DJ 17/12/2008.

1.7.8 - INVALIDAÇÃO DE ATO JURÍDICO

Ação anulatória de escritura pública de compra e venda. Alienação de imóvel de fundação. Retorno de imóvel antes doado para o patrimônio do originário doador por procuração *in rem suam* e posterior alienação a terceiro. Impossibilidade. Ausência de autorização judicial. - A procuração *in rem suam* não encerra conteúdo de mandato, não mantendo apenas a aparência de procuração autorizativa de representação. Caracteriza-se, em verdade, como negócio jurídico dispositivo, translativo de direitos que dispensa prestação de contas, tem caráter irrevogável e confere poderes gerais, no exclusivo interesse do outorgado. A irrevogabilidade lhe é ínsita justamente por ser seu objeto a transferência de direitos gratuita ou onerosa. - Para a validade da alienação do patrimônio da fundação é imprescindível a autorização judicial com a participação do órgão ministerial, formalidade que se suprimida acarreta a nulidade do ato negocial, pois a tutela do Poder Público - sob a forma de participação do Estado-juiz, mediante autorização judicial -, é de ser exigida.⁹³

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE NEGÓCIO JURÍDICO - CLÁUSULA PREJUDICIAL A INTERESSE DE FUNDAÇÃO PAC-TUADA SEM A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE. É de se manter a antecipação de tutela concedida em primeira instância quando a decisão agravada determinou a suspensão dos efeitos de um negócio jurídico entabulado em aparente prejuízo ao patrimônio de fundação sem a devida e necessária participação do Ministério Público.⁹⁴

1.7.9 - INDISPONIBILIDADE RELATIVA DO PATRIMÔNIO FUNDACIONAL

FUNDAÇÃO. BENS. ALIENAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS. 1. OS BENS DA FUNDAÇÃO QUE NÃO SEJAM OS DESTINADOS A VENDA, SÃO INALIENÁVEIS, SOMENTE ADMITIDA A SUA ALIENAÇÃO MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. 2. A ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS ASSIM OBTIDOS, E SUA APLICAÇÃO AOS FINS PROPOSTOS, E DA COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DIRETIVOS DA FUNDAÇÃO, SOB A FISCALIZAÇÃO DA MP. A ATIVIDADE JUDICIAL SE ESGOTA COM A AUTORIZAÇÃO DA VENDA, DEVENDO RECEBER, OPORTUNAMENTE, A PROVA DA CORRETA APLICAÇÃO DOS RECURSOS. 3. CABE AOS ADMINISTRADORES DA FUNDAÇÃO A ESCOLHA DA MELHOR APLICAÇÃO FINANCEIRA A FAZER COM OS SEUS RECURSOS.⁹⁵ APELAÇÃO CÍVEL. FUNDAÇÃO. ALVARÁ PARA A

OUTORGA DE ESCRITURA DEFINITIVA. Tratando-se de imóveis alienados por fundação, com autorização de sua mesa administrativa, necessária a autorização judicial para a outorga de escritura definitiva de compra e venda. Realizada prova da regularidade das alienações, com anuência do Ministério Público, viável o acolhimento do pedido para a expedição dos competentes alvarás para a outorga das escrituras definitivas dos imóveis alienados.⁹⁶

1.7.10 - PODER REQUISITÓRIO E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO EXIBITÓRIA

[...] 1. O Ministério Público, nos termos dos arts. 129, VI, da Constituição Federal e 26, I, b, da Lei 8.625/93, detém a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de *dominus litis*. [...] 3. Na medida em que o paciente não forneceu os documentos requisitados, tem o Ministério Público interesse para ajuizar ação cautelar de exibição de documentos públicos, considerados indispensáveis à formação da *opinio delicti* e à proposição de eventual ação penal. [...].⁹⁷

1.7.11 - DESCABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DESAPROVAÇÃO DE CONTAS

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA DE FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL - PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE - PROCESSO EXTINTO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 01. DÚVIDA NÃO HÁ QUE SE TRATA DE UMA EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR, COM CONTEÚDO DECISÓRIO DE REPROVAÇÃO DAS CONTAS APRESENTADAS. TAL FATO, PORÉM, NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE A JUSTIFICAR O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, EIS QUE PARA DEMOSTRAR O DESACERTO DA CONCLUSÃO DO PARECER, SERIA NECESSÁRIO A DILAÇÃO PROBATÓRIA, INCABÍVEL NA ESTREITA VIA DO MANDAMUS. [...].⁹⁸

⁹³ STJ, REsp nº 303.707/MG, 3ª T., rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, DJ 15/04/2002.

⁹⁴ TJMG, AI nº 1.0105.06.201401-1/001, rel. Des. Adilson Lamounier, MG 24/08/2007.

⁹⁵ STJ, RMS nº 7.441/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 11/11/1996.

⁹⁶ TJRS, AC nº 70020351482, 18ª CC, rel. Des. Nelson José Gonzaga, DJ 05/05/2008.

⁹⁷ STJ, HC nº 53.818/BA, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 05/02/2008.

⁹⁸ TJDF, AC nº 20000110797583, 5ª T., rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJ 08/09/2005.

1.8 - MODELO DE ESTATUTO

ESTATUTO DA FUNDAÇÃO (nome)

CAPÍTULO I

DA DENOMINAÇÃO, REGIME JURÍDICO, DURAÇÃO E SEDE

Art. 1º. A Fundação (nome) é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, filantrópica, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, regendo-se pelo presente Estatuto e pela legislação que lhe for aplicável.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, as denominações Fundação (nome) e Fundação equivalem-se no texto do presente Estatuto.

Art. 2º. O prazo de duração da Fundação (nome) é indeterminado.

Art. 3º. A Fundação tem sede na cidade de _____, Estado de _____.

CAPÍTULO II

DAS FINALIDADES

Art.4º. Inserir o rol observando as seguintes orientações:

As finalidades da Fundação estão especificadas na escritura de constituição. Em regra, não podem ser alteradas, sequer distorcidas, por representarem a vontade transcendente do instituidor.

Conforme o caso concreto, admite-se a alteração estatutária das finalidades da fundação, mas apenas “para uma melhor especificação, definição ou abrangência no rol das finalidades originariamente concebidas pelo(s) instituidor(s)”.⁹⁹

Portanto, os fins de uma fundação são imutáveis em sua essência e qualquer alteração não deve contrariar os fins originalmente estabelecidos.

Art. 5º. A Fundação organizar-se-á em tantas unidades de trabalho ou órgãos que se fizerem necessários à consecução de suas finalidades, as quais serão disciplinadas por regimentos internos específicos.

Art. 6º. A Fundação, com vistas a atingir seus objetivos, poderá firmar convênios e/ou contratos e articular-se, pela forma conveniente, com órgãos ou entidades públicas ou privadas.

Art. 7º. No desenvolvimento de suas atividades, a Fundação obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, transparência, publicidade, economicidade, razoabilidade e eficiência.

CAPÍTULO III

DO PATRIMÔNIO E DAS RECEITAS

Art. 8º. O patrimônio da Fundação é constituído pela dotação inicial, pelos bens obtidos por aquisição regular e por todos os bens corpóreos ou incorpóreos que vier a adquirir a título gratuito ou oneroso.

Parágrafo único - Dependirão de aprovação do Conselho Curador e de autorização do Ministério Público (Curadoria de Fundações) os seguintes atos:

- a) aceitação de doações e legados com encargo;
- b) contratação de empréstimos e financiamentos;
- c) alienação, oneração ou permuta de bens imóveis, para aquisição de outros mais rentáveis ou mais adequados à consecução de suas finalidades.

Art. 9º. Constituem rendas da Fundação:

I - rendas provenientes dos resultados de suas atividades;

II - usufrutos e fideicomissos que lhe forem constituídos;

III - rendas provenientes dos títulos, ações ou ativos financeiros de sua propriedade ou operações de crédito;

⁹⁹ PAES, op. cit., p. 349.

- IV - juros bancários e outras receitas de capital;
- V - contribuições de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras;
- VI - subvenções, dotações, contribuições e outros auxílios estipulados em favor da Fundação pela Administração Pública direta e indireta;
- VII - rendimentos próprios dos imóveis que possuir;
- VIII - doações e legados;
- IX - outras rendas eventuais.

§1º - A Fundação aplicará integralmente suas rendas, recursos e eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais, em território nacional.

§2º - É vedada a distribuição de qualquer parcela do patrimônio ou dos rendimentos da Fundação, sob qualquer forma, a título de lucro ou participação no seu resultado.

§3º - Os bens pertencentes à Fundação não poderão ter destinação que contrarie os objetivos estatutários.

CAPÍTULO IV

DA ESTRUTURA ORGÂNICA

Art. 10. A Fundação tem como órgãos deliberativo, administrativo e de controle interno, respectivamente, o Conselho Curador, o Conselho Diretor e o Conselho Fiscal.

Art. 11. Os integrantes dos Conselhos Curador, Diretor e Fiscal não serão remunerados, nem gozarão de nenhuma vantagem ou benefício em decorrência do cargo ou função desempenhado.

§1º - Os integrantes dos Conselhos Curador, Diretor e Fiscal não responderão pelas obrigações da Fundação, exceto quando agirem com culpa ou dolo ou, ainda, com violação da lei ou do estatuto.

§2º - Responderão, ainda, solidariamente, por todos os atos praticados pelo órgão que integram, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em documento próprio.

Art. 12. É permitido o exercício cumulativo das funções de integrante dos Conselhos Curador e Diretor, limitado a 1/3 do número de componentes do Conselho Diretor.

CAPÍTULO V

DO CONSELHO CURADOR

Art. 13. O Conselho Curador, órgão superior de deliberação da entidade, será constituído por (indicar número) integrantes, escolhidos dentre pessoas de ilibada reputação e identificadas com as finalidades da Fundação, com mandato de 4 (quatro) anos, permitida uma reeleição.

§1º - Os conselheiros serão eleitos pela maioria absoluta dos membros remanescentes, em caso de vacância, ou dos membros a serem substituídos, em caso de término de mandato.

§2º - O Presidente do Conselho Curador será eleito dentre e por seus pares, na reunião que der posse aos conselheiros, cabendo-lhe, além de seu voto, o de qualidade em caso de empate, assim como a indicação de secretário para as reuniões do órgão. Na ausência ou impedimento do Presidente titular, os conselheiros elegerão, dentre eles, um Presidente ad hoc.

§3º - Em caso de vacância, o cargo vago será provido no prazo máximo de 30 (trinta) dias, observado o quorum definido no §1º.

§4º - Os novos integrantes do Conselho Curador serão eleitos com antecedência mínima de 30 (trinta) dias a contar da expiração dos mandatos anteriores, observado o quorum definido no §1º.

§5º - Perderá automaticamente o mandato o integrante do Conselho Curador que faltar a três reuniões consecutivas ou a cinco alternadas sem se justificar no prazo de 5 (cinco) dias, procedendo-se à sua substituição na forma prevista no §3º.

§6º - A destituição de qualquer membro do Conselho Curador ocorrerá, a qualquer tempo, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus integrantes, observados os postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Art. 14. Compete ao Conselho Curador:

- I - eleger, dentre cidadãos de ilibada reputação e identificados com as finalidades da Fundação, seus próprios membros e Presidente, bem como os integrantes dos Conselhos Diretor e Fiscal;
- II - deliberar sobre o orçamento anual e sobre o programa de trabalho elaborado pelo Conselho Diretor, ouvido previamente quanto àquele o Conselho Fiscal;
- III - examinar o relatório do Conselho Diretor e deliberar sobre o balanço e as contas, após parecer do Conselho Fiscal;
- IV - deliberar sobre a destituição de seus membros;
- V - destituir, por voto de 2/3 (dois terços) de seus membros, integrantes de quaisquer dos órgãos componentes da estrutura orgânica da Fundação;
- VI - pronunciar sobre o planejamento estratégico da Fundação, bem como sobre os programas específicos a serem desenvolvidos;
- VII - deliberar sobre propostas de empréstimos;
- VIII - deliberar sobre a conveniência de aquisição, alienação a qualquer título, arrendamento ou oneração dos bens móveis e imóveis da Fundação, após parecer do Conselho Fiscal;
- IX - deliberar sobre proposta de incorporação, fusão, cisão ou transformação da Fundação;
- X - aprovar a realização de convênios, acordos, ajustes e contratos, bem como estabelecer normas pertinentes;
- XI - apreciar e aprovar a criação e extinção das unidades de que trata o artigo 5º;
- XII - aprovar o quadro de pessoal e suas alterações, bem como as diretrizes de salários, vantagens e outras compensações;
- XIII - aprovar o Regimento Interno da Fundação e suas alterações, observada a legislação vigente;
- XIV - deliberar sobre quaisquer assuntos de interesse da Fundação que lhe forem submetidos;
- XV - deliberar, em conjunto com o Conselho Diretor:
 - a) sobre as reformas estatutárias;
 - b) sobre a extinção da Fundação;
- XVI - contratar a realização de auditoria para adequada aferição da situação financeiro-patrimonial da entidade;
- XVII - convocar reunião do Conselho Fiscal e do Conselho Diretor;
- XVIII - resolver os casos omissos deste Estatuto e do Regimento com base na analogia, equidade e nos princípios gerais do Direito.

Art. 15. São atribuições do Presidente do Conselho Curador:

- I - convocar e presidir o Conselho Curador;
- II - fazer a interlocução do colegiado com a instância executiva da Fundação.

Art. 16. O Conselho Curador reunir-se-á, ordinariamente, 2 (duas) vezes por ano, uma vez em cada semestre, para:

- I - deliberar sobre a dotação orçamentária da Fundação;
- II - definir a política e estratégia institucionais a serem adotadas no ano subsequente;
- III - tomar conhecimento do relatório das atividades e julgar a prestação de contas do ano findo, após parecer do Conselho Fiscal;
- IV - eleger seus próprios integrantes e Presidente, bem como os integrantes dos Conselhos Diretor e Fiscal, quando for o caso.

Parágrafo único. As reuniões ordinárias instalar-se-ão, em primeira convocação, com 1/3 (um terço) dos integrantes do Conselho Curador e, em segunda convocação, 30 (trinta) minutos após a primeira, independentemente do número de presentes.

Art. 17. O Conselho Curador reunir-se-á, extraordinariamente, quando convocado:

- I - por seu Presidente;
- II - por 1/3 de seus integrantes;
- III - pela maioria absoluta dos integrantes dos Conselhos Diretor ou Fiscal.

Parágrafo único. As reuniões extraordinárias instalar-se-ão, em primeira convocação, com 2/3 (dois terços) dos integrantes do Conselho Curador e, em segunda convocação, 30 (trinta) minutos após a primeira, com a presença da maioria absoluta de seus integrantes.

Art. 18. As convocações para as reuniões ordinárias e extraordinárias serão feitas com antecedência mínima de 05 (cinco) dias, mediante correspondência pessoal, fax, e-mail ou por outro sistema de transmissão de dados, com indicação da pauta a ser tratada.

Art. 19 - As decisões do Conselho Curador, ressalvados os casos expressos em lei, neste Estatuto ou no Regimento Interno, serão tomadas pelo voto da maioria simples dos integrantes presentes.

CAPÍTULO VI

DO CONSELHO DIRETOR

Art. 20. O Conselho Diretor, órgão de administração e execução, é composto de:

- I - Diretor Presidente;
 - II - Diretor Vice-Presidente;
 - III - Diretor Administrativo-Financeiro.
- §1º - O Diretor Presidente é o Presidente da Fundação.

§2º - Os integrantes do Conselho Diretor serão eleitos e empossados pelo Conselho Curador, para um mandato de 4 (quatro) anos, permitida uma recondução.

§3º - Em caso de vacância no Conselho Diretor, o Conselho Curador reunir-se-á, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para eleger o substituto, que preencherá a vaga pelo tempo restante de mandato.

§4º - Caberá ao Diretor Vice-Presidente substituir o Diretor Presidente em caso de ausência e, enquanto não se realizar a eleição de que trata o §3º, em caso de vacância.

§5º - Os novos integrantes do Conselho Diretor serão eleitos com antecedência mínima de 30 (trinta) dias a contar da expiração dos mandatos anteriores.

§6º - Perderá automaticamente o mandato, o integrante do Conselho Diretor que faltar a 03 (três) reuniões consecutivas ou a 05 (cinco) alternadas sem se justificar no prazo de 05 (cinco) dias, procedendo-se à sua substituição na forma prevista no §3º.

§7º - A destituição de qualquer membro do Conselho Diretor ocorrerá, a qualquer tempo, por decisão de 2/3 (dois terços) dos integrantes do Conselho Curador, observados os postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Art. 21. O Conselho Diretor reunir-se-á sempre que convocado pelo Presidente, pela maioria de seus integrantes ou, ainda, pelo Conselho Curador ou pelo Conselho Fiscal, sendo as suas decisões, ressalvados os casos expressos em Lei, neste Estatuto ou no Regimento Interno, tomadas por voto da maioria simples.

Parágrafo único. A convocação para as reuniões do Conselho Diretor será feita com antecedência mínima de 2 (dois) dias, mediante correspondência pessoal, fax, e-mail ou por outro sistema de transmissão de dados, com especificação da pauta a ser tratada.

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

- I - elaborar e executar o programa anual de atividades, o planejamento estratégico e programas a serem desenvolvidos pela Fundação;
- II - elaborar e propor alterações no Estatuto e no Regimento Interno da Fundação, submetendo-as à aprovação do Conselho Curador;
- III - cumprir e fazer cumprir o Estatuto, o Regimento Interno e as normas e deliberações do Conselho Curador;
- IV - realizar convênios, acordos, ajustes e contratos, ouvido o Conselho Curador;
- V - elaborar e apresentar ao Conselho Curador relatório anual e o demonstrativo de resultados do exercício findo, bem como balancetes semestrais para acompanhamento da situação financeiro-patrimonial da entidade;
- VI - elaborar o orçamento anual, submetendo-o à aprovação do Conselho Curador;
- VII - entrosar-se com instituições públicas e privadas, tanto no País como no exterior, para mútua colaboração em atividades de interesse comum;
- VIII - elaborar e remeter ao Ministério Público (Curadoria de Fundações), anualmente, dentro do prazo de seis (06) meses a contar do término do exercício financeiro, suas contas e balanços, bem como relatórios circunstanciados da atividade e da situação da entidade no respectivo exercício;
- IX - propor ao Conselho Curador a criação ou extinção das unidades de que trata o art. 5º.
- X - propiciar aos Conselhos Curador e Fiscal as informações e os meios necessários ao efetivo desempenho de suas atribuições;

- XI - propor e submeter à aprovação do Conselho Curador o quadro de pessoal e suas alterações, bem como fixar as diretrizes de salários, vantagens e outras compensações do pessoal;
- XII - expedir normas operacionais e administrativas necessárias às atividades da Fundação;
- XIII - convocar reuniões do Conselho Curador e Conselho Fiscal;
- XIV - em conjunto com o Conselho Curador, deliberar:
 - a) sobre as reformas estatutárias;
 - b) sobre a extinção da Fundação.

Art. 23. Compete ao Diretor-Presidente:

- I - representar a Fundação, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
- II - orientar, dirigir e supervisionar as atividades da Fundação;
- III - convocar e presidir as reuniões do Conselho Diretor;
- IV - assinar, juntamente com o Diretor Administrativo-Financeiro cheques e ordens de pagamento, bem como quaisquer documentos relativos às operações ativas, inclusive a movimentação bancária e outras aplicações financeiras da Fundação;
- V - assinar convênios, acordos, ajustes e contratos com entidades públicas e privadas ou com pessoas físicas, com o intuito de assegurar a plena realização dos objetivos da Fundação, observado o disposto no art. 8º, §1º, bem como a orientação estabelecida pelo Conselho Curador;
- VI - manter contatos e desenvolver ações junto a entidades públicas privadas para obtenção de recursos, doações, empréstimos e estabelecimento de acordos e convênios que beneficiem a Fundação;
- VII - admitir, promover, transferir e dispensar funcionários da Fundação;
- VIII - elaborar e apresentar ao Conselho Curador o relatório anual e as demonstrações financeiras do exercício findo.

Art. 24. Compete ao Diretor Vice-Presidente:

- I - colaborar com o Diretor Presidente e substituí-lo em suas faltas ou impedimentos;
- II - assumir o mandato do Diretor Presidente, em caso de vacância, até o seu término.

Art. 25. Compete ao Diretor Administrativo-Financeiro:

- I - supervisionar a elaboração do relatório anual de atividades, o planejamento estratégico e os programas a serem desenvolvidos pela Fundação;
- II - assinar, juntamente com o Diretor-Presidente, cheques e ordens de pagamento, bem como quaisquer documentos relativos às operações ativas, inclusive movimentação bancária e outras aplicações financeiras da Fundação;
- III - supervisionar e controlar receitas, despesas e aplicações financeiras da Fundação;
- IV - dirigir e fiscalizar a contabilidade da Fundação;
- V - supervisionar a prestação anual de contas e a elaboração de balanço geral da Fundação;
- VI - supervisionar a elaboração da proposta orçamentária para cada exercício, referente ao custeio da estrutura e administração da Fundação.

CAPÍTULO VII

DO CONSELHO FISCAL

Art. 26. O Conselho Fiscal, órgão de fiscalização e controle interno, será composto de 3 (três) integrantes titulares e 3 (três) suplentes, eleitos pelo Conselho Curador, com mandato de 4 (quatro) anos, permitida uma recondução.

Parágrafo único. Os integrantes efetivos do Conselho Fiscal elegerão, entre si, o Presidente do órgão.

Art. 27. O conselheiro suplente substituirá o efetivo nas reuniões a que este não puder comparecer, cabendo-lhe, ainda, ocupar o cargo em caso de vacância, completando o tempo de mandato do substituído.

Art. 28. Ocorrendo vaga na suplência do Conselho Fiscal, o Conselho Curador se reunirá, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para eleger o novo suplente.

Art. 29. O Conselho Fiscal reunir-se-á sempre que convocado por seu Presidente, pela maioria de seus integrantes ou, ainda, pelo Conselho Curador ou pelo Conselho Diretor e as suas decisões serão tomadas por maioria simples de votos, ressalvados os casos expressos em Lei, neste Estatuto ou no Regimento Interno.

Parágrafo único - A convocação para as reuniões do Conselho Fiscal será feita com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, mediante correspondência pessoal, fax, e-mail ou por outro meio de transmissão de dados, com indicação da pauta a ser tratada.

Art. 30. Perderá o mandato, o integrante do Conselho Fiscal que faltar a três reuniões consecutivas ou a cinco alternadas sem se justificar no prazo de 5 (cinco) dias, procedendo-se à sua substituição na forma prevista no art. 27.

Art. 31. Compete ao Conselho Fiscal:

I - examinar os livros contábeis, a documentação de receitas e despesas, o estado do caixa e os valores em depósito, com livre acesso aos serviços administrativos, facultando-se-lhe, ainda, requisitar e compulsar documentos;

II - emitir parecer sobre os aspectos econômico-financeiros e patrimoniais, do relatório anual de atividades apresentado pelo Conselho Diretor da Fundação, bem como sobre a prestação de contas e o balanço patrimonial, encaminhando cópia ao Conselho Curador no prazo de 05 (cinco) dias a contar da elaboração;

III - emitir parecer sobre as questões que lhe foram submetidas pelos demais órgãos da Fundação;

IV - convocar, por voto da maioria absoluta de seus integrantes e justificadamente, reuniões do Conselho Curador ou do Conselho Diretor;

V - requisitar livros, documentos, contratos, convênios e quaisquer dados sobre a vida da Fundação, verificando se conformes a este Estatuto e revestidos das formalidades legais;

VI - propor ao Conselho Curador a contratação de auditoria externa e independente, quando necessária;

VII - denunciar a existência de irregularidades ao Conselho Curador.

CAPÍTULO VIII

DO EXERCÍCIO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO

Art. 32. O exercício financeiro da Fundação (nome da fundação) coincidirá com o ano civil.

Art. 33. O Conselho Diretor apresentará ao Conselho Curador, até 31 de agosto do ano anterior, a proposta orçamentária para o ano subsequente.

§1º - A proposta orçamentária será anual e compreenderá:

I - estimativa de receita, discriminada por fontes de recurso;

II - fixação da despesa, com discriminação analítica.

§2º - O Conselho Curador deverá, até o dia 30 de dezembro de cada ano, discutir, emendar e aprovar a proposta orçamentária do ano subsequente, não podendo majorar despesas sem consignar os respectivos recursos.

§3º - Aprovada a proposta orçamentária ou transcorrido o prazo previsto no parágrafo anterior sem que se tenha verificado a sua aprovação, fica o Conselho Diretor autorizado a realizar as despesas previstas.

§4º - Depois de apreciada pelo Conselho Curador, a proposta orçamentária será encaminhada ao órgão competente do Ministério Público.

Art. 34. A prestação anual de contas, a ser submetida à apreciação do Conselho Curador, basear-se-á em demonstrativos contábeis encerrados em 31 de dezembro do ano findo e deverá efetivar-se em consonância com os princípios fundamentais e as normas brasileiras de contabilidade.

§1º - A prestação anual de contas conterá, dentre outros, os seguintes elementos:

I - relatório circunstanciado de atividades;

II - balanço patrimonial;

III - demonstração de resultados do exercício;

IV - demonstração das origens e aplicações de recursos;

V - relatório e parecer de auditoria externa;

VI - quadro comparativo entre a despesa fixada e a realizada;

VII - parecer do Conselho Fiscal.

§2º - Depois de apreciada pelo Conselho Curador, a prestação de contas será encaminhada ao órgão competente do Ministério Público.

CAPÍTULO IX

DA ALTERAÇÃO DO ESTATUTO

Art. 35. O estatuto da fundação poderá ser alterado ou reformado por proposta do Presidente do Conselho Curador, do Diretor-Presidente ou de, pelo menos, $1/3$ (um terço) integrantes de seus Conselhos Curador e Diretor, desde que:

I - a alteração ou reforma seja discutida em reunião conjunta dos integrantes de seus Conselhos Curador e Diretor, presidida pelo presidente do primeiro, e aprovada por, no mínimo, $2/3$ (dois terços) dos votos da totalidade de seus integrantes;

II - a alteração ou reforma não contrarie ou desvirtue as finalidades da Fundação;

III - seja a reforma aprovada pelo órgão competente do Ministério Público.

CAPÍTULO X

DA EXTINÇÃO DA FUNDAÇÃO

Art. 36. A Fundação extinguir-se-á por deliberação fundamentada de seus Conselhos Curador e Diretor, aprovada no mínimo por $2/3$ (dois terços) dos votos da totalidade de seus integrantes em reunião conjunta, presidida pelo presidente do primeiro, quando se verificar, alternativamente:

I - a impossibilidade de sua manutenção;

II - a ilicitude ou a inutilidade dos seus fins.

Art. 37. Encerrado o processo, o patrimônio residual da Fundação será revertido, integralmente, para fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.

Parágrafo único. O órgão competente do Ministério Público deverá ser notificado pessoalmente de todas as fases do procedimento de extinção da Fundação.

CAPÍTULO XI

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 38. O corpo de empregados da Fundação será admitido mediante processo de seleção, sob o regime preconizado pela Consolidação das Leis do Trabalho, complementada pelas normas internas da instituição.

Art. 39. O órgão competente do Ministério Público, na hipótese de fundados indícios de irregularidades, poderá determinar, por ato devidamente fundamentado, a contratação de serviço de auditoria independente pela Fundação, para apuração dos fatos.

Art. 40. Ao órgão competente do Ministério Público é assegurado assistir às reuniões dos conselhos da Fundação, com direito de discutir as matérias em pauta, nas condições que tal direito se reconhecer aos integrantes da estrutura da Fundação.

Parágrafo único. A Fundação dará ciência ao órgão competente do Ministério Público, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, do dia, hora e local designados para suas sessões ordinárias e extraordinárias.

Art. 41. As reuniões dos órgãos da Fundação serão atermadas em livros próprios, devendo ser remetidas cópias ao Ministério Público (Curadoria de Fundações) no prazo de 15 (quinze) dias e, após visto, levadas a registro.

Art. 42. A Fundação manterá a escrituração contábil e fiscal em livros próprios, revestidos das formalidades legais e capazes de assegurar a sua exatidão.

Art. 43. A Fundação poderá ser identificada por um símbolo ou logomarca à escolha da maioria do Conselho Curador.

1.9 - BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

DINIZ, Gustavo Saad, *Direito das Fundações Privadas: Teoria Geral e Exercício de Atividades Econômicas*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

GARCIA, Rafael Marcos, CHAVES, Bruno de Castro Costa, *Manual de Fundações*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2003.

GRAZZIOLI, Airton, RAFAEL, Edson José, *Fundações Privadas: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO FILHO, José Celso de. Notas sobre as fundações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, n. 537, p. 29-35, jul. 1980.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis, Trabalhistas e Tributários*. 6 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

PANTALEÃO, Leonardo. (Org.). *Fundações Educacionais*. São Paulo: Atlas, 2003.

RESENDE, Tomáz de Aquino, *Roteiro do Terceiro Setor: Associações e Fundações*. 3.ed. Belo Horizonte: Prax, 2006.

SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

2 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA SAÚDE PÚBLICA¹⁰⁰

Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandes Neto
Promotor de Justiça Gilmar de Assis

2.1 - INTRODUÇÃO

2.1.1 - MARCO LEGAL

A saúde, como direito, foi incluída na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10.12.1948, nos seguintes termos:

Art. XXV, 1 - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Depois, por meio da Resolução nº 2.200-A (XXI), de 16.12.1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que o Brasil subscreveu em 24.01.1992. A saúde figura assim:

¹⁰⁰ Na 1ª edição desta obra o autor desta seção foi o Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandes Neto

Art. 12 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças.
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
- d) A criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

A Constituição da República tratou da saúde no art. 6º, como Direito Social, e lhe dedicou uma seção no capítulo que trata da Seguridade Social, sob o título *Da Ordem Social*.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A ordem jurídica sanitária começa a ser detalhada na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

A Constituição de Minas Gerais arrola a saúde como um dos objetivos prioritários do Estado (art. 2º, VII) e impõe a ele a obrigação de implementar políticas visando a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 186 - A saúde é direito de todos, e a assistência a ela é dever do Estado, assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem à eliminação do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único - O direito à saúde implica a garantia de:

I - condições dignas de trabalho, moradia, alimentação, educação, transporte, lazer e saneamento básico;

II - acesso às informações de interesse para a saúde, obrigado o Poder Público a manter a população informada sobre os riscos e danos à saúde e sobre as medidas de prevenção e controle;

III - dignidade, gratuidade e boa qualidade no atendimento e no tratamento de saúde;

IV - participação da sociedade, por intermédio de entidades representativas, na elaboração de políticas, na definição de estratégias de implementação e no controle das atividades com impacto sobre a saúde.

2.1.2 - HISTÓRICO

Infância e juventude, meio ambiente, patrimônio público e defesa do consumidor foram as locomotivas que conduziram o Ministério Público na implementação das novas funções que lhe foram outorgadas pela Constituição. A saúde veio depois, crescendo a demanda à medida que o próprio SUS começou a tornar-se realidade. Os expoentes do Movimento Sanitário, responsáveis pela concepção e pelo processo de mobilização e luta que resultou em nosso modelo constitucional para a saúde, foram grandes incentivadores da criação das Promotorias de Saúde. As dificuldades enfrentadas pelos membros dos Conselhos Municipais de Saúde, e mesmo pelos gestores, na implementação de uma nova ordem sanitária levaram-nos a bater nas portas da promotoria rogando auxílio para enfrentar as enormes barreiras que ainda se opõem à idéia de um sistema universal e gratuito, com cuidado integral na promoção, na prevenção e na recuperação da saúde.

A incipiente atuação do Ministério Público brasileiro em relação ao SUS provocou a forte manifestação inserida no relatório final da X Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília entre os dias 2 e 6 de setembro de 1996. O apelo visando a uma ação institucional mais efetiva na saúde foi vocalizado pelos 1.260 delegados, escolhidos em Conferências Estaduais realizadas após quase 3.000 Conferências Municipais de Saúde, que se reuniram em torno da idéia de *Saúde, cidadania e políticas públicas*. Entendeu-se que os gestores do SUS e os

Conselhos de Saúde deveriam exigir do Ministério Público a defesa do SUS e das demais políticas que atuam na ampliação e na manutenção da qualidade de vida da população bem como a criação de Promotorias de Saúde, sugerindo algumas linhas para a ação institucional. O texto foi aprovado nos seguintes termos:

Os Gestores do SUS e os Conselhos de Saúde devem exigir do Ministério Público a defesa do SUS e das demais políticas que atuam na ampliação e manutenção da qualidade de vida da população. Para isso, os participantes da 10ª CNS deliberaram por: 10.1 Defender que o Ministério Público exerça seu papel constitucional e social (conforme prevêem os arts. 129 e 197 da Constituição Federal), com a democratização do acesso a ele, a garantia da informação e o compromisso deste com a defesa dos interesses dos cidadãos;

10.2 defender que o Ministério Público seja o tutor da legislação em saúde, da Assistência Social e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fiscalizando sua implantação e sua execução nos setores público e privado, e tomando as providências cabíveis no caso de descumprimento do texto legal;

10.3 responsabilizar o Conselho Nacional de Saúde por cobrar da Procuradoria Geral da República que exerça seu papel constitucional em relação ao Inquérito Civil Público nº 08100.005215/94-81, sobre o financiamento do SUS e ao Inquérito Civil Público nº 08100.007014/94-09, sobre a implantação e funcionamento do SUS, devendo divulgar os resultados parciais, encaminhar as medidas legais cabíveis e continuar com as apurações referentes aos mesmos;

10.4 responsabilizar os Conselhos de Saúde por encaminhar a todos os membros do Ministério Público Federal e Estaduais, as Resoluções das Conferências Nacionais de Saúde (3ª, 8ª, 9ª e 10ª CNS), Normas Operacionais Básicas, Portarias, Instruções e Leis Complementares relativas ao SUS, bem como as resoluções dos Conselhos de Saúde, para que o Ministério Público fiscalize seu cumprimento;

10.5 reivindicar ao Ministério Público a criação de Curadorias de Saúde (setor específico para cuidar das questões de saúde);

10.6 propor ao Ministério Público a inclusão da legislação do SUS nos cursos preparatórios e exames de seleção de Procuradores e Promotores.

No *Parquet* mineiro, a história das ações visando à implementação do SUS pode ser dividida em três fases. Na primeira, iniciada com a abertura democrática e a promulgação da Constituição Federal, coube aos expoentes do movimento pela Reforma Sanitária Brasileira o papel de atrair a atenção dos Promotores de Justiça para os problemas da saúde e as naturais dificuldades de implantação de um sistema universal e gratuito; formavam-se, assim, os Conselhos Municipais de Saúde. A necessidade de ampliação do controle social determinou a aproximação entre os tradicionais atores do sistema de saúde e os membros do Ministério Público.

Avolumando-se, gradativamente, tais relações, uma segunda fase tem início com a edição da Resolução PGJ nº 11, de 10 de abril de 1997, que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público de Minas Gerais na fiscalização do Sistema Único de Saúde, nos termos dos arts. 129, II, e 197 da Constituição Federal e da Lei nº 8.080/90. Do seio da Promotoria do Cidadão, que há muito cuidava das questões envolvendo a qualidade dos serviços médicos por meio de ações pioneiras na seara da responsabilidade profissional, de iniciativa dos Promotores da área de Direitos Humanos, nasceram as Promotorias de Saúde.

Vivemos hoje um terceiro movimento, marcado pela rápida ampliação da demanda do cidadão em relação ao direito às ações de assistência à saúde. Forçoso é reconhecer que quanto mais se aperfeiçoa o sistema de saúde pública, maior sua credibilidade e, em conseqüência, maior a demanda. O brasileiro hoje acredita que tem direito subjetivo público às ações e aos serviços de saúde e pede que o Ministério Público lhe garanta o acesso a esse direito, com qualidade e presteza. Podemos definir como marco e símbolo desta terceira fase a publicação da Resolução PGJ nº 100, de 18 de outubro de 2002, que criou o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde, o CAO-Saúde.

Em sintonia com o Ministério Público brasileiro – da União (Federal, Militar e do Trabalho) e dos Estados –, o MPE mineiro está comprometido com a execução do Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em saúde, aprovado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ) em 2006. O conteúdo do Plano foi ratificado em dezembro de 2007 pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos e constitui prioridade para a atuação no biênio 2008/2009. A meta nacional é a melhoria da atenção primária em todos os Municípios.

2.1.3 - INSTITUIÇÕES

A definição do papel do Ministério Público na saúde se dá em função das relações que a Instituição mantém com os demais atores do campo saúde, que não são poucos. A identificação desses atores e seu relacionamento com os vários órgãos do Ministério Público constituem um dos principais elementos que compõem o Plano Nacional de Atuação elaborado pelo CNPJ. A solução dos problemas exige permanente contato com a gestão do SUS, a rede de assistência, os fornecedores de produtos e serviços de interesse da saúde, os usuários, organizados ou não em associações, os trabalhadores e sua estrutura sindical, o parlamento, o Poder Judiciário e os órgãos do Ministério Público Federal e do Trabalho.

O Plano sublinha que Ministério Público, como um todo, percebe que a atuação em relação à saúde

exige maior articulação entre seus vários *braços* – Estadual, Federal, Militar e do Trabalho – e constata que a atual sistemática de abordagem, tanto judicial quanto administrativa, *tende à fragmentação e a resolução pontual de conflitos*, mostrando-se urgente a revisão crítica das ações desenvolvidas e a avaliação permanente de seu impacto sobre os *indicadores socioambientais de cada Município, Estado e União*.

O Plano atribui ao Procurador-Geral de Justiça a tarefa de promover a integração entre seus vários órgãos de execução, ou seja, articular-se internamente em torno de uma política de atuação para a saúde bem como estimular e facilitar o diálogo permanente dos Promotores de Justiça com os membros do Poder Judiciário, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, *com os demais entes que tenham atribuição na área e com representações da sociedade civil*.

A Comissão Permanente de Defesa da Saúde, instituída pelo CNPJ, ficou encarregada de manter relações com o Conselho Nacional de Saúde (CNS), Tribunal de Contas da União (TCU), a OAB, os Conselhos Éticos, as entidades da sociedade civil organizada, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), *compartilhando o conhecimento dos atos de interesse com os demais órgãos do Ministério Público*.

Para as relações com a Secretária de Estado da Saúde, o documento indica os Centros de Apoio Operacional (CAO), *ou órgãos congêneres*. Também cabe ao CAO da Saúde o acompanhamento da Comissão Intergestores Bipartite, assim integrada: Secretários Municipais de Saúde, Tribunal de Contas estadual, Conselhos Éticos de todas as categorias de profissionais da saúde e órgãos dos Poderes Legislativos estadual e municipal.

A Promotoria de Justiça é o núcleo para o qual convergem as teias de relações que se estabelecem a partir das ações do Procurador-Geral, da Copeds e do CAO-Saúde. No nível local, além do trato corrente com a Secretaria Municipal de Saúde e com os serviços de saúde, o Promotor de Justiça mantém relações institucionais com os Conselhos de Saúde, o Poder Legislativo e as entidades da sociedade civil organizada.

2.1.4 - CAMPO DE ATUAÇÃO

Não há como definir de forma apriorística o campo de atuação das Promotorias de Saúde. Mais adequado é reconhecer a forte necessidade de integração entre a saúde e as demais promotorias especializadas e buscar, conforme recomenda o Plano Nacional de Atuação em Saúde, *convergências de ação e não reservas de atuação*. O tema da saúde relaciona-se a vários outros: danos ambientais são

potenciais causadores de agravos à saúde humana; a qualidade dos alimentos e medicamentos oferecidos ao consumidor interessa à saúde; a regularidade dos contratos em que as Secretarias de Saúde figuram como parte interessa tanto àqueles que zelam pela probidade administrativa quanto à boa execução das políticas de saúde. Da mesma forma se mostram os problemas relacionados à saúde do idoso, da criança, do adolescente e do deficiente.

2.1.5 - RECURSOS HUMANOS

O sistema de saúde deve *cuidar* das pessoas. E quem cuida são pessoas. Assim, não é por acaso que as diretrizes relacionadas aos recursos humanos figuram em primeiro lugar no Plano Nacional de Atuação. Como em outras áreas de atividade, a saúde sofre com a precarização das relações trabalhistas e a conseqüente insegurança dos profissionais. É importante lembrar a necessidade de maior articulação entre os órgãos de execução para que cidadão possa ter acesso a um sistema no qual sejam respeitados os direitos dos trabalhadores. As promotorias que cuidam da probidade administrativa e o Ministério Público do Trabalho são, neste ponto, os mais importantes parceiros das Promotorias de Saúde. Foram priorizadas, no Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública, as seguintes tarefas:

5.1.1 Velar pela regularidade formal e execução de política de recursos humanos na área da saúde, que cumpra o objetivo de organizar um sistema de formação em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal (art. 27, LF nº 8.080/90);

5.1.2 Demandar pela concretização de Plano de Carreiras, Cargos e Salários por intermédio de lei, bem como fiscalizar o preenchimento dos cargos por meio de concurso público (art. 37, inciso II, CF); atentar para a regularidade do vínculo empregatício dos profissionais que atuam na área sanitária, independentemente dos programas que os mantêm; promover a responsabilização legal pelo recebimento de salários ou vencimentos por carga horária não trabalhada.

5.1.3 Reportar-se aos gestores públicos, prestadores e entidades da sociedade civil com atividade no âmbito da prestação de serviços de saúde para avaliar o cumprimento dos princípios inerentes à humanização no trato do usuário do SUS, adotando, eventualmente, as providências pertinentes.

2.2 - FINANCIAMENTO

Falta dinheiro para a saúde e os recursos disponíveis nem sempre são adequadamente empregados. Reconhecendo tal fato, as Promotorias de Saúde sempre estiveram atentas ao planejamento e à execução dos orçamentos da saúde. No atual Plano, destacam-se os seguintes pontos:

5.2.1 acompanhar a elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, Estados e Municípios, e da Lei Orçamentária, observando sua fidelidade ao respectivo Plano de Saúde e o respeito aos pisos orçamentários constitucionais relativos ao Sistema Único de Saúde, atuando, administrativa e/ou judicialmente, para garanti-los.

5.2.2 fiscalizar a concentração de todos os recursos financeiros para a execução das ações e serviços de saúde nos respectivos Fundos de Saúde.

5.2.3 fiscalizar para que o gestor de saúde seja o administrador e responsável pela movimentação dos recursos depositados no Fundo de Saúde.

2.3 - PLANEJAMENTO

A avaliação crítica das políticas de saúde no Município e na região começa pela verificação dos instrumentos de planejamento. A falta de planejamento resulta na má qualidade dos serviços prestados e em desperdício dos escassos recursos financeiros destinados às ações e aos serviços de saúde. O principal instrumento, no âmbito municipal, é o Plano de Saúde, cuja elaboração deve ser acompanhada pela Promotoria e pelos Conselhos de Saúde.

Um bom planejamento exige que se faça um fiel diagnóstico da situação de saúde da população assistida. Quais as principais doenças que afetam a população do Município e região? Quais as principais causas de morte? O sistema está planejado em função do perfil epidemiológico ou atende a interesses de grupos econômicos que exploram serviços de saúde?

Uma maneira simples de avaliar a qualidade dos sistemas de informação é verificar a quantidade de mortes decorrentes de causas mal definidas no Município. Um índice elevado indica que as pessoas nem sequer têm acesso a cuidados médicos. Morrem e não há quem saiba dizer a causa da morte.

O diagnóstico da situação de saúde permite a elaboração de prognósticos, permite planejar e executar as políticas públicas de saúde.

2.4 - FISCALIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO

Conhecida a realidade sanitária do Município e da região, e o planejamento elaborado para garantir saúde, com qualidade, para todos, a Promotoria acompanha a execução das políticas de saúde por meio da fiscalização dos instrumentos de gestão. Nesse sentido, as principais atividades consistem em acompanhar a constituição e a execução da Agenda de Saúde e dos Relatórios de Gestão, intervindo quando necessário, e fiscalizar a tempestividade e adequação de prestação de contas no âmbito do SUS (LF nº 8.689/93).

A Agenda de Saúde aponta e justifica os eixos prioritários de intervenção, os objetivos, os indicadores e as metas prioritárias da Política de Saúde em cada exercício anual. São resultantes de negociação e consenso entre gestores, Conselhos de Saúde e Comissões Intergestores. A Agenda de Saúde serve de base para os respectivos Planos de Saúde, os Quadros de Metas e os Relatórios de Gestão.

2.5 - FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA DE INFORMAÇÕES

O Ministério da Saúde e a Secretaria de Estado da Saúde dispõem de dezenas de bancos de dados para acesso público com informações sobre os indicadores de saúde dos Municípios mineiros. Tais informações se transformam em conhecimento à medida que orientam as decisões daqueles que elaboram e executam as políticas e de todos os que, de alguma forma, intervêm no funcionamento do SUS.

Conforme diretriz estabelecida pelo Plano Nacional de Atuação, o CAO-Saúde auxilia os Promotores e Procuradores de Justiça na recuperação dessas informações e estimula seu uso como fundamento para identificar insuficiências de ações e serviços de saúde no SUS e instruir o comportamento ministerial, priorizando a atenção às populações mais vulneráveis.

2.6 - CONTROLE SOCIAL

Na Constituição 1988, em relação à seguridade social como um todo e à Saúde em particular, o princípio democrático e a mais ampla participação popular são a regra. A institucionalização das Conferências e dos Conselhos de Saúde revela o claro objetivo de se garantir a todo cidadão o direito de participar do planejamento e da fiscalização do Sistema Único de Saúde. Nosso Plano Nacional de Atuação recomenda:

5.6.1 fiscalizar a regular instituição dos Conselhos de Saúde e suas condições de funcionamento, comparecendo, se possível, às suas reuniões, examinando suas atas de trabalhos e promovendo as medidas necessárias ao regular exercício de suas atribuições.

5.6.2 participação nas Conferências de Saúde, velando, quando cabível, pela observância de suas proposições de política de saúde pelos respectivos gestores. Manifestar, quando oportuno, a posição do Ministério Público.

5.6.3 contribuir para a informação e o aperfeiçoamento técnico de Conselheiros de Saúde.

2.7 - SOCIEDADE CIVIL

É importante observar que a instituição formal dos Conselhos de Saúde e a realização de conferências nem sempre é suficiente para garantir a gestão democrática e participativa do SUS. A experiência tem demonstrado que muitas vezes a existência formal de um Conselho de Saúde não garante de fato a

participação da comunidade nas decisões e na fiscalização do SUS. Os gestores do SUS exercem sua atividade sob permanente pressão dos agentes econômicos representados por prestadores de serviços de saúde, laboratórios farmacêuticos, indústria de equipamentos etc. Os sindicatos e as associações dos trabalhadores da saúde e os conselhos de fiscalização do exercício profissional também exercem sua influência. Falta, porém, o ator principal: o cidadão, usuário do SUS.

Na maior parte dos Municípios, os usuários são ainda pouco organizados e não contam com informação necessária e poder, político ou econômico, para interferir nas políticas de saúde. Por esse motivo, um dos mais importantes papéis da Promotoria de Saúde é o de garantir voz àqueles que mais necessitam do SUS, fortalecendo sua posição em relação aos demais atores. Assim, visando ao fortalecimento da sociedade civil, o Plano Nacional define como papel da Promotoria:

5.8.1 estabelecer aproximação com entidades (*lato sensu*) da sociedade civil organizada, colhendo subsídios para aprimorar e fundamentar atuação funcional.

5.8.2 realizar audiências públicas para identificar os vários segmentos de opinião da sociedade acerca de temas em que tal providência seja recomendável.

2.8 - EMENTÁRIO DE PARECERES EMITIDOS PELO CAO-SAÚDE/2009

PT 001-2009

Comarca de Pitangui. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Medicamentos Excepcionais. Spiriva 18 mg, Seretilde Diskus 50/250 mg e Duovent aerosol. Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Ausência de inclusão para CID 44.0. Responsabilidade estadual. GRS Divinópolis. ACP nº 0024.04.454.796-6 ajuizada pela PJ Saúde de Belo Horizonte. Inclusão de medicamentos para CID 44.0. Liminar deferida.

PT 002-2009

Comarca de Nanuque. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Inquérito Civil Público. Hospital Regional de Mucuri. Natureza privada. Medicamento hospitalar. Imunoglobina anti-rh (D). Procedimentos obstétricos. Fornecimento obrigatório durante internação hospitalar. Cessão pelo SUS. Ressarcimento ao patrimônio público. Necessidade. Responsabilização.

PT 003-2009

Comarca de Aiuruoca. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Política de Assistência Farmacêutica. Pesquisa-Ação (CA). Municípios integrantes da comarca. GRS Juiz de Fora. Respostas. Ausência de implantação de Comissão de Farmácia e Terapêutica. Descumprimento da Deliberação CIB-SUS/MG nº 415, de 21 de fevereiro

de 2008. Comprometimento da programação anual de medicamentos pelos municípios.

PT 004-2009

Comarca de Varginha. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Hospital Regional do Sul de Minas. Natureza Jurídica. Fundação Pública de Direito Público. Necessidade de submissão às regras de direito administrativo. Divergência. Secretaria Estadual de Saúde.

PT 005-2009

Comarca de Três Corações. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Centro de Atenção Psicossocial (CAPS). Pacientes com transtornos decorrentes do uso e dependência de substâncias psicoativas. CAPSadII. Implantação. Requisitos legais. Portarias MS/GM nº 816/2002, 1.455/2003 e 245/2005. Incentivo financeiro. Possibilidade.

PT 006-2009

Comarca de Conselheiro Lafaiete. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Tomografia computadorizada. Prestador de serviços. Dúvida quanto à exigibilidade técnica do procedimento de contraste intravenoso. Posição da radiologia. Procedimentos (códigos) unificados. Custo financeiro incluído. Ausência de prejuízo para o SUS.

PT 007-2009

Comarca de Iguatama. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Hospital Municipal São Francisco. SUS. Procedimentos Oftalmologia. Cobrança pela realização dos procedimentos médicos. Fundo Municipal de Saúde. Depósito. Violação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais da saúde. Conduta ilegal. Impossibilidade.

PT 008-2009

Comarca de Bocaiuva. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Epilepsia. Medicamentos Trileptal (oxcarbazepina) e Depakote (divalproato de sódio). Medicamentos não incluídos na Política de Assistência Farmacêutica de Atenção Básica ou de Alto Custo. Constituição Federal. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Disponibilização. Possibilidade com observância de requisitos técnicos obrigatórios.

PT 009-2009

Comarca de Manhuaçu. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Contrato Administrativo. Prestador de serviço hospitalar. Hemodiálise/Diálise. Débito com Seguridade Social. Ausência de CND. Constituição Federal (artigo 195, § 3º). Tratamento diferenciado para pessoas jurídicas hospitalares e Santas Casas. Lei Federal nº 8.870/94 (artigo 14). Regulamento da Seguridade Social (Decreto nº 3.048/99, artigo 217, § 19). Compensação. Possibilidade, com observância obrigatória de cláusulas especiais na contratualização.

PT 010-2009

Comarca de Pitangui. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Transtorno Bipolar. Transtorno de Déficit de Atenção com Hiper-Atividade (TDHA). Medicamentos Carbolitium 450mg (carbonato de lítio), Zyprexa 2.5mg (olanzapina), Alcytam 20mg (citalpran). Medicamentos de alto custo (responsabilidade estadual). Medicamento Ritalina (multifinidato) da Atenção Básica (responsabilidade municipal). Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Não inclusão. Relatório Médico. Insistência clínica. Substituição dos fármacos. Judicialização.

PT 011-2009 (Atualização)

PARECER TÉCNICO JURÍDICO Nº 011/2009

Rafael Medina Machado

Gilmar de Assis

Objeto: Consulta. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde da Comarca de Caratinga. Consórcio Intermunicipal de Saúde. Natureza privada. Lei Federal nº 11.107/2005. Decreto nº 6017/2007. Lei Estadual nº 18.036/2009. Lei Estadual nº 18.309, de 03 de agosto de 2009. Instrução Normativa TCE/MG nº 09/2008. Irregularidades.

1. Relatório

Cuida-se de consulta, elaborada pelo Promotor de Justiça da Comarca de Caratinga, para a análise das condutas praticadas pelo Consórcio Público Intermunicipal de Saúde denominado CISMIRECAR.

2. Dos Fatos

A Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Caratinga contatou este Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde – CAO-SAUDE a respeito da necessidade de se refletir sobre alguns comportamentos praticados pelo referido consórcio, apontando os seguintes:

- que o consórcio CISMIRECAR conta com a presença dos seguintes municípios: Caratinga, Entre Folhas, Santa Bárbara do Leste, Ubaporanga, Santa Rita de Minas, Bom Jesus do Galho, Inhapim, Imbé de Minas, São Domingos das Dores, São Sebastião do Anta, Vargem Alegre, Piedade de Caratinga Córrego Novo, Vermelho Novo. (esses municípios pertencem às Comarcas de Caratinga, Inhapim e Raul Soares);
- que o consórcio, criado em 1996, é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, registrado no Cartório de Pessoas Jurídicas de Caratinga, tendo sua sede no município de Caratinga, na Rua Raul Soares, n. 91;
- que apesar de ser uma pessoa jurídica de direito privado, o consórcio não está registrando suas atas regularmente, uma vez que a última ata registrada foi a de 31/05/2000;

- que o consórcio não celebrou com os municípios consorciados os instrumentos jurídicos exigidos pela Lei dos Consórcios Públicos (que exige contrato de rateio em cada exercício financeiro, protocolo de intenções, contrato de programa);
- que o consórcio recebe 1% (um por cento) do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) de cada município, apoiado em uma lei autorizadora desse repasse (1996), gasto com a administração do consórcio, sem inclusão dos serviços médicos prestados por ele ou por outros prestadores;
- que os municípios consorciados repassam outros valores oriundos do Fundo Municipal de Saúde, sem qualquer autorização legislativa, deliberação do Conselho Municipal de Saúde ou outra formalidade legal. A título de exemplos, os município de Caratinga, um dos maiores consorciados, nos primeiros nove meses de 2002, repassou para referido consórcio os valores de R\$ 81.894,90 (oitenta e um mil, oitocentos e noventa e quatro reais e noventa centavos), a título de FPM e de R\$ 1.778.579,16 (um milhão, setecentos e setenta e oito mil, quinhentos e setenta e nove reais e dezesseis centavos), a título de prestação de serviços hospitalares; e o município de Inhapim, no mesmo período, os valores correspondentes a R\$ 52.384,32 (cinquenta e dois mil, trezentos e oitenta e quatro reais e trinta e dois centavos) a título de FPM, e R\$ 346.225,76 (trezentos e quarenta e seis mil, duzentos e vinte e cinco reais e setenta e seis centavos) a título de serviços hospitalares.
- que as notas fiscais emitidas pelo referido consórcio possuem a denominação genérica de “despesas hospitalares”;
- que referido consórcio não é fiscalizado pelo Tribunal de Contas do Estado (artigo 9º da Lei dos Consórcios), nem pelas Câmaras Municipais para prestação dos serviços médico-hospitalar na sua forma indireta, ou seja, funcionando apenas como intermediador;
- que referido consórcio não conta com Conselho Fiscal em sua estrutura orgânica, apesar de o Estatuto do Consórcio determinar sua existência (dois representantes de cada Conselho Municipal de Saúde);
- que não há prestação de contas junto ao Tribunal de Contas e aos Conselhos Municipais de Saúde dos municípios, como reflexo da inexistência de um Conselho Fiscal;
- que o consórcio possui as seguintes contas bancárias: Banco do Brasil, Ag 0177-5, conta 7017-3, conta n. 5967-6 (relativas ao recebimento de valores financeiros remetidos pelo REFORSUS para compra de aparelhos e medicamentos); conta n. 7516-7, conta n. 25.348-0, conta n. 25.530-0 (movimenta os valores do FPM) e Caixa Econômica Federal, ag 106-7, conta 03502359;
- que considerável parte dos recursos humanos empregados pelo referido consórcio, não obstante concurso público realizado em 2006, não é de empregados concursados;
- que na última reunião realizada entre os municípios consorciados, que ocorreu no dia 12/01/2009, foi apresentado pelo Diretor do Consórcio um Termo de Convênio que previa como o objeto do Convênio a consecução de todos os objetivos do SUS, inclusive o gerenciamento por parte do CISMIRECAR dos postos de saúde, implantação e gerenciamento do Programa de Saúde da Família e exames complementares em geral.
- que referido consórcio presta serviços da atenção básica, podendo, por exemplo, citar o caso da responsável pela Vigilância Sanitária do município de Bom Jesus do Galho como funcionária do consórcio;
- que não há qualquer pactuação programada integrada (PPI) entre os municípios e o consórcio, daí a impossibilidade de se conhecer as quotas pactuadas para cada um dos procedimentos médicos;
- que o Estatuto do Consórcio não prevê o número, forma de provimento e remuneração dos empregados públicos;
- que os serviços prestados, de uma forma geral, não se encontram formalizados, com eventual infração à Lei Geral de Licitações;
- que há necessidade de formalização de contrato de rateio em cada exercício financeiro, conforme exigência da Lei dos Consórcios;
- Que há fundadas preocupações de alguns prefeitos e secretários municipais de saúde com a situação (forma de condução) do referido consórcio;

2.9 - DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS EM GERAL

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 241, que

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, regulamentou o artigo 241 da Constituição Federal, dispondo sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, destinados à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o objetivo de realizar procedimentos de interesse comum desses entes estatais e promovendo a gestão associada a que alude o citado mandamento constitucional.

Pois bem, o artigo 10 da Lei Federal nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde — prevê que os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam. A organização dos consórcios administrativos intermunicipais está também citada no artigo 18, inciso VII, como competência da direção municipal do SUS.

Posteriormente, com a publicação da Norma Operacional Básica do Ministério da Saúde em 1996 (MS, 1997a), os Consórcios Intermunicipais de Saúde passaram a ser considerados, no contexto da regionalização e hierarquização da rede de serviços, como sendo estratégias para articulação e mobilização dos municípios, com coordenação estadual, de acordo com características geográficas, demanda, perfil epidemiológico, oferta de serviços e, principalmente, a vontade política expressa pelos diversos municípios de constituírem um consórcio ou estabelecer qualquer outra relação de caráter cooperativo (NOB - SUS nº 01/1996).

Por sua vez, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) enfrentou a matéria através da publicação de Nota Técnica nº 12/2005, reconhecendo que

O consórcio constitui-se em um instrumento para a resolução de problemas ou para alcançar objetivos comuns. Na área da saúde têm sido utilizados para o enfrentamento de problemas de diferentes natureza, seja para gerenciar unidades de saúde especializadas, aquisição de medicamentos e insumos básicos médico-hospitalares, entre outros. O Consórcio é sem dúvida um importante instrumento para a consolidação do SUS, principalmente quando pensamos na hierarquização e regionalização da assistência à saúde.

Referida Nota Técnica, apoiada na legislação federal nº 11.107/2005, traz algumas recomendações importantes para observância geral, *verbis*:

O Consórcio Público será constituído por contrato cuja celebração dependerá de prévia subscrição de protocolo de intenções cujas cláusulas devem estabelecer: a) a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio; b) a identificação dos entes da federação consorciados; c) a indicação da área de atuação do consórcio; d) a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos; e) os critérios para em assuntos de interesse comum autorizar o consórcio público a representar os entes da federação consorciados perante outras esferas de governo; f) as normas de convocação e funcionamento da Assembléia Geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do Consórcio Público; g) a previsão de que a Assembléia Geral é a instância máxima do consórcio Público e o número de votos para as suas deliberações; h) a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do Consórcio Público que, obrigatoriamente, deverá ser o Chefe do Poder Executivo do ente da Federação consorciado; (no caso de consórcio entre estados, subentende-se que se refere ao Governador do estado); i) o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; j) as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria; k) a autorização para

a gestão associada de serviços públicos explicitando entre outras, as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público; l) o direito de qualquer dos contratantes.

Recentemente, no âmbito do estado de Minas Gerais, a matéria foi positivada pela Lei nº 18.036, de 12 de janeiro de 2009, com a novidade de que

[...] a partir de 1º de janeiro de 2010, o Estado somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma se tenha convertido.

Ocorre que a Lei estadual nº 18.309, de 3 de agosto de 2009, em seu artigo 32, revogou essa previsão legal. Com isso, hoje não é mais necessário que o consórcio esteja constituído sob a forma de associação pública para celebrar convênios com o estado de Minas Gerais.¹⁰¹

A doutrina também debate a problemática dos consórcios públicos. Nesse sentido, trago à colação a tese que dispõe sobre consórcios intermunicipais em saúde pública, aprovada no IV Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, promovido pela AMPASA – Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, de lavra dos autores Luciene Alice da Silva¹⁰² e Manoel Dias da Fonseca Neto¹⁰³, denominada CONSÓRCIOS PÚBLICOS EM SAÚDE – Estratégia para o fortalecimento regional e a descentralização das ações de saúde.

Referida tese reconhece a possibilidade de

na área da saúde serem formalizados consórcios para assistência de saúde de média e alta complexidade, execução de projetos e programas de saúde, aquisição de medicamentos, materiais e equipamentos hospitalares, coleta de resíduos em serviços de saúde, manutenção preventiva e corretiva de equipamentos, realização de exames laboratoriais, de diagnóstico por imagem, educação permanente, entre outros. (grifo nosso).

Ainda, segundo a tese, os consórcios intermunicipais em saúde somente poderão prestar serviços de média e alta complexidade, não sendo a eles facultados prestar serviços de atenção básica, sendo este de atribuição privativa dos municípios. Aliás, é este também o entendimento que se extrai da NOAS-SUS 01/2001 em seu artigo 6º e seguintes.

¹⁰¹ Procedida, em 26/02/2010, alteração do Parecer Técnico Jurídico nº 011/2009 em razão da promulgação posterior da Lei Estadual nº 18.309, de 03 de agosto de 2009.

¹⁰² Farmacêutica. Mestre em Marketing Organizacional. Responsável pela Vigilância de Saúde do Estado do Ceará.

¹⁰³ Médico. Mestre em Gerenciamento dos Sistemas Locais de Saúde. Coordenador de Promoção e Proteção à saúde no Ceará.

Para a elaboração de um consórcio em saúde, prosseguem os articulistas, se faz necessário o cumprimento de algumas etapas que obrigatoriamente devem ser cumpridas, como, por exemplo: **a)** articulação entre os gestores municipais e Coordenadorias Regionais de Saúde (CRES); **b)** elaboração do Protocolo de Intenções; **c)** ratificação do Protocolo de Intenção pelo Poder Legislativo de cada ente consorciado, o que o transforma na Lei do respectivo consórcio; **d)** elaboração do Estatuto e do Regimento Interno; **e)** pactuação do Contrato de Programa, obrigações referentes a encargos, serviços e bens necessários à implementação dos consórcios, transferência de bens, cessão de pessoal para o consórcio e outros compromissos não relacionados a recursos financeiros. Em relação à prestação de serviço de saúde é fundamental a elaboração de uma Programação Pactuada Consorcial - PPC; **f)** contrato de Rateio, com a finalidade de estabelecer obrigações financeiras, ou seja, os compromissos da aplicação dos recursos pelos entes consorciados; **g)** definição da dotação orçamentária específica ou créditos adicionais por cada ente consorciado para assumir os compromissos no pagamento das despesas assumidas no contrato de rateio; **h)** estruturação e Organização do Consórcio.

Outro ponto a ser destacado consiste na observância do PDR – Plano Diretor de Regionalização -, que visa a adequação aos novos princípios adotados, como economia de escala, acessibilidade viária e geográfica. O objetivo de todo esse plano é garantir o acesso dos cidadãos, a todos os níveis, a partir do atendimento o mais próximo possível de sua residência, conforme seja o conjunto de ações e serviços necessários à solução de seus problemas de saúde, em qualquer nível de atenção.

Com isso, os consórcios em saúde, para uma melhor prestação de seus serviços, podem se organizar em municípios localizados em uma mesma microrregião sanitária. Exemplo dessa articulação geográfica foi dado pelo estado do Ceará que

[...] optou por estimular a formação de consórcios em saúde tomando por base os municípios localizados numa mesma microrregião de saúde, para facilitar o processo de estruturação de redes de atenção à saúde e tendo como referência o Plano Diretor de Regionalização.

Em Minas Gerais, a SES/MG tem externado sua preocupação pela adequação dos consórcios públicos às exigências legais ¹⁰⁴ (federal e estadual), bem como ao Plano Diretor de Regionalização da SES. Segundo seu Secretário Estadual,

[...] o ideal é que haja um consórcio por microrregião [...] Minas é um dos estados onde os consórcios mais avançaram. São 672 municípios em 64 consórcios

intermunicipais de saúde, ou seja, 79% dos municípios mineiros fazem parte de consórcio.

Na recente obra editada pela SES/MG, ¹⁰⁵ os autores Antônio Jorge de Souza Marques e Marta de Souza Lima, no artigo que trata sobre o Sistema Estadual de Transporte em Saúde, reconhecem que

[...] desde o início, considerou-se o Consórcio como o instrumento mais adequado para a organização dos municípios de menor porte em torno da gestão dos serviços de saúde. Assim, o SETS funciona por meio de parcerias estabelecida entre governo do Estado, Consórcios Intermunicipais de Saúde e prefeituras.

Segundo esses autores,

O consórcio é a união ou associação de dois ou mais entes da mesma natureza para viabilizar a resolução de problemas ou o alcance de objetivos que sejam comuns às partes. Os consórcios de municípios têm se mostrado instrumentos eficazes para atender demandas específicas e solucionar problemas de saúde que não podem ser resolvidos individualmente pelos municípios. É um modelo de ação compartilhada para ofertar serviços de maior complexidade para os habitantes de vários municípios, incapazes, por si só, de estruturar os serviços. Tem-se, assim, uma maior racionalidade do uso de recursos financeiros, equipamentos, recursos humanos e instalações físicas. A experiência já está consolidada em Minas Gerais, que conta hoje com 64 consórcios intermunicipais de saúde, ocupando todas as microrregiões do Estado.

Aliás, a discussão sobre o papel técnico-jurídico assistencial dos Consórcios Intermunicipais de Saúde no SUS/MG se deu pela Resolução SES nº 67, de 11 de abril de 2003, a partir do Protocolo de Intenções nº 002/2003 celebrado entre a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais e Colegiado dos Secretários-Executivos dos Consórcios de Saúde de Minas Gerais (COSECS-MG).

Como resultado dessas discussões, editou-se a Deliberação CIB-SUS/MG nº 417, de 21 de fevereiro de 2008, bem como a Resolução SES nº 1418, de 21 de fevereiro de 2008, que dispõe sobre o processo de credenciamento dos serviços de Consórcios Intermunicipais de Saúde de Minas Gerais. Definiu-se pela competência da SES/MG para o credenciamento dos referidos consórcios, mediante prévia aprovação da Comissão Intergestores Bipartite Microrregional (no caso de municípios consorciados localizados em uma mesma microrregião), da Comissão Intergestores Bipartite Macrorregional (no caso de os municípios consorciados se situarem em mais de uma microrregião, mas dentro de uma mesma macrorregião) e da Comissão Intergestores Bipartite Estadual (no caso de os municípios consorciados se situarem em mais de uma macrorregião).

¹⁰⁴ Palestra proferida pelo Secretário Estadual de Saúde de Minas Gerais no Seminário realizado em 06/03/2009 na cidade de Viçosa, durante o IV Seminário Macrorregional.

¹⁰⁵ "O Choque de Gestão na Saúde em Minas Gerais", organizado por Antônio Jorge de Souza Marques, Belo Horizonte; SES/MG, 2009.

Importa aqui destacar, da indigitada Resolução nº 1418/2008, seu artigo 8º, *verbis*:

Art. 8º Somente serão credenciados pela SES/MG os serviços dos Consórcios Intermunicipais de Saúde que atuem em consonância estrita com os princípios que regem o Sistema Único de Saúde e que redundarem em aumento do atendimento à população.

Há precedente judicial sobre essa complexa matéria versando sobre consórcios intermunicipais de saúde, conforme se extrai da lide travada entre a Secretaria Estadual de Saúde do estado do Espírito Santo e o município de Marataízes, enfrentada pelo voto da Relatora Ministra Eliana Calmon, nos autos do RMS Nº 25.012-ES (2007/0205209-8). No acórdão, a segurança foi negada por entender que o ato apontado como coator não teve o condão de excluir o impetrante do Consórcio Intermunicipal de Saúde e, em consequência, do rateio de 1% da parcela do produto de arrecadação do ICMS.

2.10 - DA SITUAÇÃO CONCRETA DO CISMIRECAR

Conforme se observa, o CISMIRECAR, com suporte na legislação federal - artigo 6º, inc. II - se constituiu na forma de pessoa jurídica de direito privado.

A legislação é expressa em determinar que os entes (municípios) que integram o consórcio somente poderão entregar recursos ao mesmo mediante contrato de rateio, sendo este obrigatório para que haja o repasse de verbas.

Assim, extirpe de dúvidas o descumprimento da legislação federal pelo CISMIRECAR, *verbis*:

Art. 8º Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

§ 1º O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

No que tange à necessária fiscalização dos consórcios públicos pelo órgão do Tribunal de Contas, a matéria encontra-se pacificada em norma legal e doutrina.

Assim, nossa legislação mineira (consórcio público) é expressa em dizer, em seu artigo 6º, que:

Art. 6º. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade,

legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

E, também a doutrina sanitária não discrepa desse entendimento:

[...] o consórcio também será fiscalizado pelo tribunal de contas correspondente ao nível da entidade pública que o integra, por força do disposto no artigo 71, VI, da Constituição e artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 11. 107.¹⁰⁶

Aliás, o próprio Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais já se posicionou a respeito, conforme art. 1º da Instrução Normativa nº 09/2008, *verbis*:

Art. 1º - As contas anuais prestadas pelos dirigentes das autarquias, fundos previdenciários e fundações municipais regidas pela Lei Federal 4.320/64 e pelos representantes legais dos consórcios públicos municipais, para fins de julgamento, deverão conter os balanços gerais, nos quais constarão dados relativos à execução financeira, patrimonial e orçamentária.

Ora, a falta de prestação de contas pelo consórcio (CISMIRECAR) junto ao Tribunal de Contas evidencia sua conduta reprovável, passível de desdobramentos (providências) nas áreas administrativas e judicial.

Outro aspecto importante para uma ação refletiva (jurídica) consiste no fato de que referido consórcio, embora pessoa jurídica de direito privado, vem dando tratamento equivocado para admissão de seus empregados.

Pois bem, conforme se extrai da redação do artigo 6º, § 1º da lei federal – este (consórcio) deverá atender, em alguns casos, às normas de direito público, como as que se referem à admissão de pessoal, nos termos dessa mesma legislação. Vale trazer à colação a lição de José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁷:

Nesse caso, seu quadro de pessoal terá regime trabalhista, razão pela qual se aplicam as normas da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. O regime jurídico geral, entretanto, será híbrido: incidem, de um lado, normas de direito privado e, de outro, normas de direito público, como as que se referem a licitações, contratos, prestações de contas e admissão de pessoal. (grifo nosso).

Importante lembrar que o regime público para admissão de pessoal é o contido no artigo 37, II, da Constituição Federal, que preconiza que a investidura em emprego público depende de aprovação

¹⁰⁶ Santos, Lenir. Sistema Único de Saúde. São Paulo: Unicamp, 2006. p. 101.

¹⁰⁷ Carvalho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 192.

prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

No mesmo sentido, conforme comentamos, nossa legislação mineira (Lei nº 18.036/2009), em seu artigo 14 dispõe que

[...] a partir de 1º de janeiro de 2010, o Estado somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma se tenha convertido.

Portanto, no caso específico do CISMIRECAR - consórcio público de direito privado - importante que seja, desde logo, recomendado pelo Ministério Público para o fiel cumprimento do dispositivo legal referido, ou seja, sua adequação em consórcio público de direito público, haja vista que, vencido o lapso temporal, não mais poderá celebrar convênios, seja com a União ou com o Estado, o que, indubitavelmente, poderia inviabilizar o seu funcionamento.

2.11 - DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme determinação legal, o consórcio deve ter contrato de rateio estabelecendo os compromissos da aplicação dos recursos pelos entes consorciados. E também definição da dotação orçamentária específica ou créditos adicionais por cada ente consorciado para assumir os compromissos no pagamento das despesas assumidas no contrato de rateio.

Com isso, ressalta-se que a Lei federal nº 11.107/2005 (acrescenta incisos XIV e XV na lei de improbidade administrativa) debate esse tema da seguinte maneira:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Portanto, o CISMIRECAR, por não possuir contrato de rateio, nem uma definição de sua dotação orçamentária, se encontra, em tese, na prática de condutas vedadas pela Lei de Improbidade Administrativa, desde que presentes um dos elementos subjetivos do tipo – o dolo e a culpa.

2.12 - CONCLUSÃO

Em razão das análises acima descritas, alicerçadas pelas informações repassadas pela Promotoria de Justiça solicitante, conclui-se:

- o CISMIRECAR viola grande parte dos mandamentos legais, entre eles: falta de contrato de rateio, falta de dotação orçamentária, falta de concurso público para contratação de pessoal, ausência de fiscalização e de prestação de contas pelo TCE;
- o consórcio intermunicipal de saúde não pode prestar serviços de atenção básica¹⁰⁸, conforme se extrai da NOAS-SUS 01/2001 e da doutrina sanitária;
- as condutas praticadas pelos integrantes do CISMIRECAR podem, em tese, configurar improbidade administrativa, se configurado o dolo ou a culpa na conduta dos agentes públicos.

Por todo o exposto, comprovadas as irregularidades praticadas pelo referido consórcio público de natureza privada, recomenda-se a adoção das seguintes providências:

- instauração de Inquérito Civil Público, nos termos do artigo 8º, § 1º da Lei Federal nº 7.347/85, Resolução CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007 e Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 03, de 14 de dezembro de 2007 para adoção das providências cabíveis;
- que seja oficiado o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais para que possa manifestar quanto à in(existência) de prestação de contas pelo referido consórcio, inclusive com tomada de providências, se for o caso¹⁰⁹;
- que seja oficiado a Secretaria Estadual de saúde em Minas Gerais para que possa manifestar-se quanto aos fatos, haja vista sua competência legal e administrativa nos processos de coordenação estadual (credenciamento) dos consórcios intermunicipais de saúde;
- que sejam oficiados cada um dos representantes de cada município que faça parte do CISMIRECAR para que tomem conhecimento da instauração do Inquérito Civil Público, com tomada de prestação de informações, com possibilidade de formalização de um Termo de Ajustamento de Conduta que contemple as exigências de observância dos requisitos legais para instituição, instrumentalização e operacionalização do consórcio, se for o caso;
- que seja averiguado se todos os municípios que fazem parte do CISMIRECAR fazem parte da mesma microrregião sanitária, conforme preconizado pelo PDR- Plano Diretor de Regionalização.

¹⁰⁸ Atenção básica à saúde consiste no primeiro nível de atenção à saúde, englobando um conjunto de ações de caráter individual e coletivo que envolvem a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação de pacientes (Ministério Público Federal – 2005).

¹⁰⁹ Poderá, se for o caso, ser oficiado diretamente a Assessoria Jurídica da Presidência do Tribunal de Contas do Estado, com endereço na Avenida Raja Gabáglia 1.315 - Luxemburgo - Belo Horizonte - Minas Gerais - CEP: 30380-435.

2.13 - EMENTÁRIO DE PARECERES

PT 012-2009

Comarca de Manhumirim. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Saneamento básico. Água. Consumo Humano. Relatório de Desenvolvimento Humano 2006 (RDH) da Organização das Nações Unidas. Portaria nº 518/2004 do Ministério da Saúde. Lei do Saneamento (Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007). Necessidade de tratamento adequado. Exigência de padrões de qualidade. Necessidade de divulgação (mensal) dos resultados da análise da qualidade da água para consumo humano.

PT 013-2009

Comarca de Bocaiúva. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. IPSEMG. Assistência farmacêutica. Oncologia. Prescrição médica. Medicamento Bortezomibe. Medicamento não fornecido pela política interna do IPSEMG. Sistema Único de Saúde. INCA. Rede de Atenção Oncológica. Neoplasias malignas. Unidade de Assistência em Alta Complexidade em Oncologia (UNACON). Centro de Assistência em Alta Complexidade em Oncologia (CACON). Clínicas autorizadas para Serviços Isolados de Radioterapia ou Quimioterapia. Ausência de relação de medicamentos antineoplásicos no SUS. Esquema terapêutico e fornecimento de medicamentos de responsabilidade direta dos hospitais ou clínicas credenciadas para a prestação dos serviços oncológicos no SUS.

PT 014-2009

Comarca de Guarani. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Concurso público. Contratação temporária. Programa Saúde da Família (PSF). Agentes Comunitários de Saúde (ACS). Agentes Comunitários de Combate a Endemias (ACE). Atenção primária da saúde. Vedação ao retrocesso. Constituição Federal. Emenda Constitucional nº 19/98. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135/DF de 02/08/2008. Emenda Constitucional nº 51/2006. Lei Federal nº 11.350/2006. Natureza jurídica. Regime jurídico.

PT 015-2009

Comarca de Carlos Chagas. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. SUS. Serviço de Controle e Avaliação. Ausência. Prejuízo para toda Microrregião sanitária (Nanuque, Carlos Chagas e Serra dos Aimorés). Afetação da Política de Programação Pactuada (PPI). Obrigação legal definida pela Portaria GM nº 399/2006 (Pacto pela Saúde). Necessidade de elaboração de diagnóstico epidemiológico coletivo. Planejamento de quotas microrregionais de exames, procedimentos e cirurgias para as diversas especialidades médicas.

PT 016-2009

Comarca de Itapagipe. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Sistema Único de Saúde. Assistência Básica Farmacêutica. Obrigatoriedade de

planejamento trimestral pelos Gestores. Responsabilidade exclusivamente municipal. Exigência de exibição de título eleitoral pelos usuários como condicionante para fornecimento do fármaco. Impossibilidade legal. Violação ao princípio da universalidade. Possibilidade de criação de instrumentos de compensação entre os entes federados.

PT 017-2009

Comarca de Jacinto. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Controle Social. Diretriz constitucional da participação popular. Conselho Municipal de Saúde. Lei municipal que modifica a situação (composição) do Conselho Municipal de Saúde em plena vigência do mandato dos conselheiros. Impossibilidade. Contrariedade às disposições da Lei Federal nº 8.080/90, Lei Federal nº 8.142/90, Decreto nº 5.839/2006 e Resolução CNS nº 333/2003.

PT 018-2009

Comarca de Iturama. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Fundação Delfina Alves Barbosa. Prestador conveniado ao SUS. Programa de Fortalecimento de Melhoria da Qualidade dos Hospitais do SUS/MG (PRO-HOSP). Urgência e Emergência. Finalidade dos recursos repassados. Destinação exclusiva para hospitais públicos e privados (sem fins lucrativos).

PT 019-2009

Comarca de Betim. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Inquérito Civil Público. Procedimentos médicos especializados. Média e Alta Complexidade. Deliberação CIB-SUS/MG nº 36]76/07. Reformulação de quotas e aportes financeiros por decisão da CIB-SUS/MG. Alteração da PPI/MG. Afetação dos serviços na microrregional de Betim. Deliberação CIB-SUS/MG nº 404/07. Possibilidade de ressarcimento e de interposição de recurso administrativo.

PT 020-2009

Comarca de Estrela do Sul. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. DPVAT. Vítimas de acidente de trânsito. Ressarcimento. SUS. Medida Provisória nº 451 de 2008. Lei Federal nº 6.194/74. Lei Federal nº 8.212/91. Lei Federal nº 9.503/97. Lei Federal nº 11.945/2009. Recursos. Repasses financeiros feitos pelo DPVAT ao Fundo Nacional de Saúde. Afetação dos municípios com maior atendimento de acidentes automobilísticos. Câmara Técnica SES/COSEMS. Discussão. Recursos SUS. Remanejamento. Possibilidade.

PT 021-2009

Comarca de Pirapora. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Medicamento GABAPENTINA. Lupus Eritematoso. CID M32. Ausência de Protocolo Clínico pelo SUS. Medicamento padronizado para Epilepsia Refratária (CID G40). CID principal e secundário. Alterações neurológicas. Exigência de fundamentação técnica (médica) adequada. Gerência Regional de Saúde. Possibilidade concessão administrativa.

PT 022-2009

Comarca de Manhuaçu. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Agentes Comunitários de Saúde (ACS). Aferição de pressão arterial. Questionamento sobre possibilidade realização dessa atribuição. Possibilidade. Lei Federal nº 11.350/2006. Recomendação. Prévia capacitação. Supervisão. Equipe Saúde Família.

PT 023-2009

Comarca de Conselheiro Lafaiete. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Gestor SUS. Licitação. Contratação de serviços de saúde. Instituições privadas. Saúde complementar. Tabela de procedimentos SUS. Preço inferior. Impossibilidade. Recomendação Administrativa.

PT 024/2009

Comarca de Paraguaçu. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Paraguaçu. Convênio Administrativo nº 007/2009. Município de Paraguaçu e Fundação Hospitalar de Paraguaçu. Unidade hospitalar privada, sem fins lucrativos. Transferência da gestão dos serviços públicos de saúde. Pronto socorro municipal. Participação complementar. Terceirização dos serviços de saúde pública. Impossibilidade.

PT 025-2009

PARECER TÉCNICO JURÍDICO Nº 025/2009

Juliana Cristimans Moreira de L Cardoso
Gilmar de Assis

Assunto: Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Comarca de Iturama. SUS. Política Nacional de Regulação. Sistema Estadual de Regulação Assistencial de Minas Gerais. SUS FÁCIL. Urgências e Emergências. Internações hospitalares. Procedimentos de Emergência e Vaga Zero. Lei Federal nº 8.080/90 (artigo 24). Lei Estadual nº 15.474/2005. Decreto Estadual nº 44.099/2005. Portaria n.º 2048/GM, de 5 de novembro de 2002; Portaria 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006 – Pactos pela Saúde (Sexto Volume). Resolução CFM nº 1.451/1995.

1. DOS FATOS

Cuida-se de consulta elaborada pela Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Iturama, para os fins de esclarecimento técnico sobre o procedimento eletrônico denominado *SUS-FÁCIL*, assim como em relação aos procedimentos emergenciais de leito zero, bem como quanto à (in)existência de norma específica para que pacientes em estado grave de saúde possam ser imediatamente transferidos para uma unidade hospitalar de maior complexidade.

Segundo consta, os fatos tiveram início quando da suposta negligência médica hospitalar prestada no tratamento da usuária A. M. C. A., de 58 anos de idade, com quadro de aneurisma cerebral, em data de 28/07/2008, no Pronto Socorro Municipal de Iturama. Consta que a usuária não conseguiu seu ade-

quado atendimento médico, tendo sido transferida primeiramente para o Hospital Ensino de Uberaba e, posteriormente para o Hospital Universitário de Uberaba, evoluindo seu quadro para óbito, em data de 04/08/2009.

Houve requisição de Inquérito Policial (autos nº 034409050768-4) pelo Ministério Público visando a apuração de suposta ocorrência de homicídio culposo pelos responsáveis.

2. A POLÍTICA NACIONAL DE REGULAÇÃO

A proposta da Política Nacional de Regulação está focada em três eixos estruturantes: a garantia da alocação de recursos para a implantação dos Complexos Reguladores da Assistência; o desenvolvimento de instrumentos que operacionalizem as funções reguladoras e; o desenvolvimento de um programa de capacitação permanente de recursos humanos.

O sexto volume da série Pactos pela Saúde, elaborado a partir da publicação da Portaria 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006, que divulga as Diretrizes Operacionais do Pacto em seus três componentes: Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão, visa orientar os gestores quanto a um dos eixos fundamentais da Política Nacional de Regulação, a regulação do acesso por meio dos complexos reguladores, apresentando conceitos e estratégias que orientam a estruturação desses nas esferas gestoras estaduais e municipais.

Segundo a NOAS, a estruturação das ações de regulação assistencial deve ocorrer por meio da implantação de complexos reguladores, entendidos como uma ou mais centrais de regulação, que por sua vez, desenvolvem ações específicas como a regulação das urgências, das consultas especializadas, de exames, de leitos, de equipamentos, etc.

A regulação assistencial estabelecida na NOAS define que esta deva estar “voltada para a disponibilização da alternativa assistencial mais adequada à necessidade do cidadão, de forma equânime, ordenada, oportuna e qualificada”.

A PORTARIA/SAS nº. 423, de 09 de Julho de 2002 estabelece requisitos para a regulação assistencial, contudo, o tema referido está restrito aos aspectos de um macro-processo de planejamento orientando necessidades gerais, sem detalhar as especificidades da construção da lógica de organização, estruturação e operacionalização das ações.

O Pacto pela Saúde (PORTARIA/GM nº. 399 de 22 de fevereiro de 2006) no seu componente de gestão define a Regulação como uma diretriz e, (1) configura uma linha de financiamento de custeio específico através do bloco de financiamento da Gestão; (2) conceitua as principais estruturas regulatórias; (3) lista os princípios orientadores do

processo de Regulação, define metas e (4) explicita as responsabilidades dos gestores municipais, estaduais, do Distrito Federal e do gestor federal.

A Política de Regulação da Atenção à Saúde deve ter como objetivo implementar uma gama de ações meio que incidam sobre os prestadores, públicos e privados, de modo a orientar uma produção eficiente, eficaz e efetiva de ações de saúde, buscando contribuir na melhoria do acesso, da integralidade, da qualidade, da resolubilidade e da humanização destas ações. Deve, portanto articular e integrar mecanismos que permitam aos gestores regular as ações e serviços de saúde, tais como: fazer dos contratos pactos entre gestores e prestadores; reformular as atividades de controle assistencial e da avaliação da atenção à saúde; desenvolver os protocolos assistenciais e implementar a regulação do acesso por meio dos complexos reguladores.

A Política de Regulação da Atenção à Saúde, para criar as condições de resposta às necessidades reais por serviços de saúde, deve enfrentar a questão da demanda real e da demanda artificial, considerando a oferta potencial e a oferta existente. Em síntese, deve regular de maneira mais efetiva a oferta de serviços de saúde e a demanda por estes.

Uma estratégia para regular a oferta e a demanda em saúde é a constituição de Complexos Reguladores, que consiste numa organização do conjunto de ações da Regulação do Acesso à Assistência, de maneira articulada e integrada, buscando adequar a oferta de serviços de saúde à demanda que mais se aproxima às necessidades reais em saúde.

Assim, a constituição de Complexos Reguladores permite, aos gestores, articular e integrar dispositivos de Regulação do Acesso como Centrais de Internação, Centrais de Consultas e Exames, Protocolos Assistenciais com outras ações de controle, avaliação e auditoria assistencial, assim como com outras funções da gestão como programação e regionalização.

A implantação de centrais de internação, consultas e exames, para gerenciar os leitos disponíveis e a agenda de consultas especializadas e SADTs, demanda um pacto com prestadores, formalizado nos contratos, e a atualização dos cadastros de estabelecimentos, profissionais e usuários. Para padronizar a solicitação de internações, consultas, exames e terapias especializadas, exigem-se protocolos para encaminhamentos, que devem estar de acordo com os mais recentes e seguros consensos científicos. Para criar fluxos ágeis de referência, exige-se a integração com as ações de solicitação e de autorização de procedimentos. Ao criar o canal para a referência de uma unidade a outra, segundo fluxos e protocolos padronizados, permite-se a utilização mais adequada dos níveis de complexidade e viabiliza-se a atenção de forma oportuna e adequada à necessidade do usuário.

Todos os municípios devem organizar a Regulação do Acesso dentro das diretrizes da Regulação da Atenção à Saúde, mas nem todos contarão com complexos reguladores. Assim, no mínimo, todos os municípios devem organizar uma atenção básica resolutiva que faça solicitações padronizadas pelos protocolos, encaminhamentos responsáveis e adequados aos demais níveis de assistência, segundo os fluxos de referência desenhados, ainda que os estabelecimentos não estejam localizados em seu território (definições do PDR e da PPI). Nesta situação, o município desempenhará ao mesmo tempo, o papel de autorizador e de unidade solicitante dentro de um complexo regulador, localizado no município que é seu pólo de referência.

As Centrais de Regulação atuam em áreas assistenciais inter-relacionadas como a assistência pré-hospitalar e inter-hospitalar de urgência, as internações, além das consultas e procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade e são classificadas em:

(a) **Central de Regulação de Urgência:** sua ação é executada conforme disposto na Portaria n.º 2048/GM, de 5 de novembro de 2002. Regula o atendimento pré-hospitalar de urgência, que é realizado pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU. A partir do momento em que o paciente necessita de uma internação será acionada a Central de Regulação de Internações.

(b) **Central de Regulação de Internações:** é responsável pela regulação dos leitos hospitalares dos estabelecimentos de saúde vinculados ao SUS, próprios, contratados ou conveniados. O escopo da central de internações hospitalares deve ser configurado com os leitos das diversas clínicas, de UTI e de retaguarda aos prontos-socorros.

(c) **Central de Regulação de Consultas e Exames:** é responsável pela regulação do acesso dos pacientes às consultas especializadas, aos Serviços de Apoio Diagnóstico e Terapia – SADT, bem como aos demais procedimentos ambulatoriais especializados ou não.

O processo de autorização de procedimentos, realizado por meio da ação regulatória, é prévio, baseado nos protocolos clínicos e protocolos de regulação pré-estabelecidos. **Nos casos de urgência**, a autorização dar-se-á no menor espaço de tempo após a realização do procedimento, respeitando os prazos definidos. A autorização prévia de procedimentos está vinculada aos instrumentos denominados Autorização de Internação Hospitalar – AIH e Autorização de Procedimentos Ambulatoriais de Alta Complexidade/Custo – APAC.

O processo de autorização é realizado por equipe de médicos autorizadores, orientados por meio de

regras, previamente definidos para o exercício da função. Esta ação visa garantir o acesso ordenado, respeitando critérios clínicos, de necessidade dos pacientes e de disponibilidade de oferta, evitando que sejam criados outros fluxos que não àqueles preconizados pela ação regulatória. Porém, compete à gestão local determinar a inclusão do processo de autorização de procedimentos na estrutura de regulação.

A gestão local deve definir a estratégia de implementação de informação e informática para as centrais de regulação. Contudo, a opção por utilizar um fluxo informatizado requer atenção especial para o sistema de informações que irá operacionalizar este fluxo. O sistema informatizado deve ser compatível e estar em consonância com a Política Nacional de Informação em Saúde, com o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, com a Programação Pactuada e Integrada – PPI, com o Cartão Nacional de Saúde – CNS, com o Sistema de Informações Ambulatoriais – SIA e com o Sistema de Informações Hospitalares – SIH, além de permitir todos os tipos de consultas e relatórios possíveis e necessários para o gerenciamento dos Complexos Reguladores.

3. DO SISTEMA ESTADUAL DE REGULAÇÃO ASSISTENCIAL DE MINAS GERAIS

Assim, a partir das Diretrizes para a Implantação de Complexos Regulatórios, conforme volume 6 dos Pactos pela Saúde, os Estados passaram a ser responsáveis pela Regulação Assistencial, assumindo um papel de coordenador da Programação Pactuada e Integrada da Assistência em Saúde (PPI).

A Programação Pactuada e Integrada da Assistência em Saúde (PPI Assistencial) foi

[...] pautada na regionalização da assistência de saúde, por meio de um pacto solidário (intergestores). Trata-se de um instrumento de gestão e planejamento da assistência, para execução dos serviços de saúde de Média e Alta Complexidade. A PPI Assistencial reorienta a alocação dos recursos federais, estaduais e municipais e define limites financeiros para todos os municípios do Estado, independentemente da condição de gestão, buscando identificar as necessidades de saúde da população e definir quantos e quais são os serviços de saúde que a população terá acesso no próprio município e quais serão referenciados para outros municípios. A PPI Assistencial deve ser coerente com estratégias de regionalização, visando a melhoria do acesso e resolubilidade na atenção à saúde nos diferentes níveis de complexidade¹¹⁰.

Conforme o Plano Diretor de Regionalização (PDR), o estado de Minas Gerais foi dividido em 13 (treze) macrorregiões sanitárias. Em cada uma de-

las foi instalada uma Central de Regulação Assistencial, com atribuições e funcionalidades específicas, que a caracterizam como pólo de macrorregião. A macrorregião compreende, por sua vez, um conjunto de microrregiões compostas pelos municípios. As centrais pólo de macro devem funcionar com médicos reguladores durante 24 (vinte e quatro) horas por dia e 7 (sete) dias por semana, sem interrupção.

O *SUS-FACIL* MG é um software de regulação regional desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Qualidade & Gestão Pública e voltado para o aprimoramento da atuação da Secretaria de Estado de Saúde, no que diz respeito às suas atividades de regulação. Criado para garantir rapidez e confiabilidade das atividades de regulação dos serviços de saúde no Estado, com simplicidade e agilidade na operação. Seu objetivo é agilizar a troca de informações de regulação entre as unidades administrativas e executivas dos serviços de saúde, visando garantir, acima de tudo, a melhoria no acesso da população a esses serviços.

O *SUS-Fácil* iniciou-se com o Módulo Funcional de Regulação de Internações de Urgência/Emergência (solicitação de internação, regulação de acesso, transferência de pacientes entre hospitais, transferência de pacientes para outros municípios) e caminhou também para os Módulos de Regulação de Consultas, Exames e Internações Eletivas.

4. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O conceito de saúde inicia no art. 196 da Constituição Federal de 1988, como

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

Neste sentido o art. 200 do mesmo diploma, inciso II, consta como atribuição do Sistema Único de Saúde a execução das ações de **vigilância sanitária e epidemiológica**, bem como as de saúde do trabalhador.

Por sua vez, a Lei Federal nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, no seu artigo 6º, incluiu no campo de atuação do SUS a execução de ações na área de **vigilância sanitária** e epidemiológica.

A Lei Estadual nº 15.474, de 28 de janeiro de 2005, alterou o Código de Saúde do Estado de Minas Gerais (Lei Estadual nº 13.317/909) definindo, no seu artigo 7º, § único, que

Poder de polícia sanitária é a faculdade de que dispõe a Secretaria de Estado de Saúde e as Secreta-

¹¹⁰ O Choque de Gestão na Saúde em Minas Gerais, Regulação Assistencial, Myriam Araújo Coelho *et al.*

rias Municipais de Saúde ou órgãos equivalentes, por meio de suas autoridades sanitárias, de limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, regulando a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à saúde, à segurança, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado e ao exercício da atividade econômica dependente de concessão ou autorização do poder público.

Importante destacar da nova redação do Código Estadual de Saúde, no seu artigo 96-B, dada pela Lei Estadual nº 15.474/2005, que constituem ações dos serviços de **regulação** da assistência à saúde, dentre outros, **(1)** decidir sobre o destino hospitalar ou ambulatorial do paciente em atendimento pré-hospitalar, de acordo com a planilha de hierarquias e condições de atendimento dos serviços de urgência na região, garantindo o atendimento das urgências, **inclusive nas situações em que inexistam leitos vagos para internação**; **(2)** requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme instrumento jurídico específico de pactuação a ser realizada com as autoridades competentes.

Por obviedade, o Decreto nº 44.099/2005, que regulamentou as funções de Regulador Assistencial de Saúde, seguiu os mesmos ditames da Lei Estadual nº 15.474/2005.

Nesse sentido, referido Decreto reafirmou ao servidor designado para o exercício da função de autoridade sanitária as prerrogativas, de durante a atividade de regulação da assistência à saúde, poder:

a) requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais e de calamidade pública, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme pactuação a ser realizada com as autoridades competentes;

b) ter acesso a todas as Centrais de Regulação do Sistema Estadual de Regulação, de forma a possibilitar a obtenção de todas as informações necessárias para o exercício de suas atividade;

c) exercer a função **gestora** para a alocação dos meios de assistência de saúde disponíveis, acionando-os de acordo com a necessidade.

A vigilância da saúde é tomada, aqui, no seu conceito restrito e não como um novo paradigma de prática sanitária, significando um conjunto de ações voltadas para o conhecimento, previsão, prevenção e enfrentamento continuado de problemas de saúde selecionados e relativos aos fatores e condições de risco, atuais e potenciais, e aos acidentes, incapacidades, doenças e outros agravos, bem como a certos fatores do meio ambiente (Teixeira, Paim e Vilasbôas, 1998).

5. DA EMERGÊNCIA e DA VAGA ZERO

A emergência, e, até mesmo a urgência são termos de difícil conceituação, pois é a partir deles que os médicos reguladores poderiam definir as situações excepcionais de requisição de recursos privados, com pagamento ou contrapartida a *posteriori*.

Para tanto, valemos-nos da conceituação estabelecida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.451, de 1995, *verbis*:

Artigo 1º. [...]

Parágrafo Primeiro - Define-se por **URGÊNCIA** a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata.

Parágrafo Segundo - Define-se por **EMERGÊNCIA** a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

Não são raras as ocorrências de pacientes, com entrada em unidades pré-hospitalares ou mesmo internadas em hospitais não incluídos no sistema do *SUS-FACIL*, devidamente cadastradas no referido software, com pedido médico de transferência para outra unidade hospitalar com suporte de resolubilidade clínica, que deixaram de ser atendidas adequadamente, algumas, inclusive, evoluindo para óbito.

Evidentemente que tais indesejadas ocorrências não fazem parte da Política Nacional de Regulação e do Sistema Estadual de Regulação Assistencial em Minas Gerais.

Ora, a Lei Federal nº 8.080/90, no seu artigo 24, reza que quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

O conceito de “VAGA ZERO” corresponde à obediência de uma política gerada pela interpretação conjunta da Constituição Federal, da Lei Orgânica da Saúde e da Portaria MS nº 2.048, de 5 de novembro de 2002.

Referida Portaria Ministerial, ao tratar dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência, em seu Regulamento Técnico (Anexo), definiu expressamente que o Sistema Estadual de Urgência e Emergência deve se estruturar a partir da leitura ordenada das necessidades sociais em saúde e sob o imperativo das necessidades humanas nas urgências. O diagnóstico destas necessidades deve ser feito a partir da observação e da avaliação dos territórios sociais com seus diferentes grupos humanos, da utilização de dados de morbidade e mortalidade disponíveis e da observação das doenças emergentes. Deve-se também compor um quadro detalhado dos recursos existentes, levando-se em consideração sua

quantidade, localização, acesso, complexidade, capacidade operacional e técnica. Do confronto das necessidades diagnosticadas com as ofertas existentes, poderemos visualizar as deficiências do sistema e projetar suas correções, num processo de planejamento ascendente e dinâmico, sustentado por políticas públicas orientadas pela equidade e permeadas pela idéia da promoção intersetorial da saúde, como forma de manter e aumentar a autonomia dos indivíduos, através das ações de prevenção das doenças, educação, proteção e recuperação da saúde e reabilitação dos indivíduos já acometidos por agravos que afetaram, em alguma medida, sua autonomia. É imprescindível que estes diagnósticos sejam amplamente discutidos com todos os atores sociais envolvidos na promoção, prevenção, atenção e recuperação aos agravos à saúde, como conselhos de saúde, gestores de saúde, trabalhadores da saúde, prestadores de serviços, usuários, conselhos de classe, educação, promoção social, segurança social, transportes e outros. O Sistema Estadual de Urgência e Emergência deve ser implementado dentro de uma estratégia de **“Promoção da Qualidade de Vida”** como forma de enfrentamento das causas das urgências. Deve valorizar a **prevenção dos agravos e a proteção da vida**, gerando uma mudança de perspectiva assistencial – de uma visão centrada nas conseqüências dos agravos que geram as urgências, para uma visão integral e integrada, com uma abordagem totalizante e que busque gerar autonomia para indivíduos e coletividades. Assim, deve ser englobada na estratégia promocional a proteção da vida, a educação para a saúde e a prevenção de agravos e doenças, além de se dar novo significado à assistência e à reabilitação. As urgências por causas externas são as mais sensíveis a este enfoque, mas não exclusivamente. As urgências clínicas de todas as ordens também se beneficiam da estratégia promocional.

E o mesmo Regulamento Técnico, ao tratar, no seu capítulo II, da Regulação Médica das Urgências e Emergências, define que

Ao médico regulador devem ser oferecidos os meios necessários, tanto de recursos humanos, como de equipamentos, para o bom exercício de sua função, incluída toda a gama de respostas pré-hospitalares previstas neste Regulamento e portas de entrada de urgências com hierarquia resolutiva previamente definida e pactuada, com atribuição formal de responsabilidades.

Importante ressaltar que, além das atribuições técnicas para o médico regulador, definidas naquele Regulamento, também lhe competem as funções **gestoras** de: (1) tomar a decisão gestora sobre os meios disponíveis, devendo possuir delegação direta dos gestores municipais e estaduais para acionar tais meios, de acordo com seu julgamento; (2) decidir sobre qual recurso deverá ser mobilizado frente a cada caso, procurando, entre as disponibilidades a resposta mais adequada a cada situação, advogando assim pela melhor resposta necessária

a cada paciente, em cada situação sob o seu julgamento; (3) decidir sobre o destino hospitalar ou ambulatorial dos pacientes atendidos no pré-hospitalar; (4) decidir os destinos hospitalares **não aceitando a inexistência de leitos vagos** como argumento para não direcionar os pacientes para a melhor hierarquia disponível em termos de serviços de atenção de urgências, ou seja, garantir o atendimento nas urgências, mesmo nas situações em que inexistam leitos vagos para a internação de pacientes (a chamada “vaga zero” para internação). Deverá decidir o destino do paciente baseado na planilha de hierarquias pactuada e disponível para a região e nas informações periodicamente atualizadas sobre as condições de atendimento nos serviços de urgência, exercendo as prerrogativas de sua autoridade para alocar os pacientes dentro do sistema regional, comunicando sua decisão aos médicos assistentes das portas de urgência; (5) o médico regulador de urgências regulará as portas de urgência, considerando o acesso a leitos como uma segunda etapa que envolverá a regulação médica das transferências inter hospitalares, bem como das internações; (6) acionar planos de atenção a desastres que estejam pactuados com os outros interventores, frente a situações excepcionais, coordenando o conjunto da atenção médica de urgência; (7) requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme pactuação a ser realizada com as autoridades competentes; (8) exercer a autoridade de regulação pública das urgências sobre a atenção pré-hospitalar móvel privada, sempre que esta necessitar conduzir pacientes ao setor público, sendo o pré-hospitalar privado responsabilizado pelo transporte e atenção do paciente até o seu destino definitivo no Sistema; (9) contar com acesso às demais centrais do Complexo Regulador, de forma que possa ter as informações necessárias e o poder de dirigir os pacientes para os locais mais adequados, em relação às suas necessidades.

Foi assim, conforme comentado anteriormente, o estado de Minas Gerais editou a Lei Estadual nº 15.474/2005 (modifica o Código Estadual de Saúde) e seu Decreto nº 44.099/2005, regulamentando as funções do Regulador Assistencial de Saúde e definindo-lhe competências técnicas específicas, inclusive, de autoridade **gestora**.

A utilização do software *SUS FÁCIL* foi otimizada pela publicação da Nota Técnica nº 15, de abril de 2008, exarada pela Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais, direcionada diretamente para os Coordenadores Macrorregionais e médicos das Centrais de Regulação Assistencial, Gestores Municipais e Diretores dos Estabelecimentos Hospitalares. Nesse sentido, podemos destacar de seu corpo os seguintes: (1) que todos os médicos reguladores devem exigir do estabelecimento solicitante o preenchimento dos campos dos protocolos disponíveis no link UTILIZAR PROTOCOLO ao final da tela RESUMO DO PROTOCOLO; (2) que o tempo

limite para resposta às pendências de dados clínicos será de 3 horas, após o qual caberá ao médico regulador, esgotadas todas as possibilidades de comunicação (contato por chat e por telefone), cancelar a solicitação e registrar em GERENCIAR OCORRÊNCIAS - INCLUIR OCORRÊNCIA, o motivo do cancelamento; (3) que as pendências de dados clínicos complementares solicitadas pelo médico regulador devem ser respondidas pelo estabelecimento solicitante da internação/transferência em: ACOMPANHAR SOLICITAÇÃO DE INTERNAÇÃO/MUDANÇA DE LEITO/LEITO COMPLEMENTAR - LISTA DE PENDÊNCIAS – OBSERVAÇÕES A SEREM RESPONDIDAS; (4) que as solicitações com pendências não respondidas ou reenviadas sem respostas às Centrais Macrorregionais de Regulação Assistencial, esgotadas todas as possibilidades de comunicação (contato por chat e por telefone), deverão ser canceladas e registradas em GERENCIAR OCORRÊNCIAS – INCLUIR OCORRÊNCIA, com o motivo do cancelamento; (5) que a evolução clínica do paciente que está aguardando reserva de leito é da responsabilidade do médico solicitante/assistente, devendo ser informada de 12 em 12 horas ou sempre que houver mudança do quadro clínico. A evolução deve ser incluída em: ATENDIMENTO HOSPITALAR – INFORMAR EVOLUÇÃO DO PACIENTE. (6) Esgotadas todas as possibilidades de obter a evolução do paciente (contato por chat e por telefone), após 72 horas, a respectiva solicitação poderá ser cancelada e registrada pelo médico regulador em GERENCIAR OCORRÊNCIAS – INCLUIR OCORRÊNCIA, com o motivo do cancelamento.

6. CONCLUSÃO

Diante da análise técnica jurídica acima descrita, possível apresentar as seguintes conclusões e sugestão:

(1) No caso concreto da paciente A. M. C. A, considerando a providência adotada pelo Ministério Público, versando sobre requisição de instauração de Inquérito Policial para apuração de eventual crime de homicídio, este Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde (CAO-SAUDE) se coloca à disposição para eventual solicitação de Parecer Técnico Médico.

(2) A comprovação da ocorrência de não cadastramento da usuária no *SUS-FÁCIL* pelos profissionais médicos responsáveis, lotados no Pronto Socorro Municipal, quando do seu primeiro atendimento e, provavelmente da confirmação do quadro clínico de aneurisma cerebral, constituiu-se em circunstância relevante para apuração de responsabilidades.

(3) De modo geral, uma vez cadastrado o usuário no sistema eletrônico, conhecido como *SUS FÁCIL*, por solicitação de seu médico assistente, nas situações confirmadas de urgência ou emergência, compete ao Regulador Coordenador Macrorregio-

nal, no exercício de seu poder de polícia sanitária, dentre outras, propor adequações e ajustes que se fizerem necessários, de forma a avaliar e decidir sobre a gravidade do caso que lhe está sendo comunicado, estabelecendo um grau de gravidade presumida e o grau de priorização do atendimento e, por último decidindo o destino ambulatorial ou hospitalar do paciente.

(4) Por força de uma interpretação sistêmica entre os normativos previstos no artigo 196 da Constituição Federal; artigo 24 da Lei Federal nº 8.080/90; Lei Estadual nº 15.474/2005; Decreto Estadual nº 44.099/2005; Portaria n.º 2048/GM, de 5 de novembro de 2002; Portaria 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006 – Sexto Volume da Série Pactos pela Saúde e, na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.451/1995, possível se chegar à conclusão de que compete ao Regulador Coordenador da Macrorregião Sanitária, no exercício de sua competência legal sanitária, decidir, em tempo e modo próprios, pelo destino hospitalar dos pacientes, regularmente cadastrados no sistema eletrônico, mesmo naquelas situações de inexistência de leitos vagos (a chamada “vaga zero” para internação).

PT 026/2009

Comarca de Paraguaçu. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Fundação Hospitalar de Paraguaçu. Natureza privada. Convênio Administrativo nº 007/2009. Transferência da gestão do pronto socorro municipal. Tercerização. Violação de preceitos legais e constitucionais. Impossibilidade.

PT 028/2009

PARECER TÉCNICO JURIDICO Nº 028/2009

Laís de Souza Piuzana

Gilmar de Assis

Objeto: Consulta. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Bom Despacho. Unidade de Pronto-atendimento. Especialidades médicas disponíveis. Hospital de Santa Casa de Bom Despacho. Regime de plantão e estado de disponibilidade (sobreaviso) dos médicos. Portaria GM nº 1.020, de 13 de maio de 2009. Portaria GM nº 2048, de 5 de novembro de 2002. Resolução SES nº 1924, de 17 de junho de 2009. Portaria nº 985/GM, de 05 de agosto de 1999. Portaria GM/MS nº 569 de 01 de junho de 2000. Parecer Técnico SAS/GAS/CASMCA nº 018/2009. Resolução CFM nº 1.834/2008. Resolução RP CRMMG nº 280/2006.

1. Relatório

Cuida-se de consulta, elaborada pela Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde da Comarca de Bom Despacho, consubstanciada em seu ofício nº 233/2009 -1ª PJ, para a análise técnica-jurídica sobre os serviços prestados pela unidade de saúde qualificada como pronto atendimento, as especialidades médicas necessárias e o regime de plantão ou sobreaviso para atendimento.

Num segundo momento, a consulta diz respeito ao Hospital Santa Casa de Bom Despacho, no tocante à maternidade, requisitando informações referentes à equipe necessária para a realização de partos (normais ou cesários) e a adequação do regime de plantão ou sobreaviso nesta instituição.

Segundo as informações preliminares, os serviços não têm funcionado a contento. Há notícias de que os partos têm sido realizados por técnicas de enfermagem, uma vez que os médicos e as poucas enfermeiras obstetras permaneciam em sobreaviso, sendo difícil o seu comparecimento no hospital.

2. Da Unidade de Pronto-atendimento – UPA

As UPAs fazem parte da política nacional de Urgência e Emergência do Ministério da Saúde, que tem o objetivo de organizar e qualificar este nível de atenção à saúde. O modelo pretende modificar a lógica de atendimento à população, desfogando os hospitais. Embora o sistema já exista há tempos nos entes estaduais da federação, regulamentado pela Portaria 2.048 GM, de 5 de novembro de 2002, que prevê o Sistema Estadual de Urgência e Emergência, na esfera federal é relativamente novo.

A Coordenação-Geral de Urgência e Emergência do Ministério (SAS/MS) enumera três componentes da Política Nacional de Atenção às Urgências:

- 1) Atendimento Pré-Hospitalar Móvel (Rede Samu 192)
- 2) Atendimento Pré-Hospitalar Fixo (UPAs 24 horas)
- 3) Emergência Hospitalar (Qualibus)

De acordo com a Portaria nº 2.048/GM, de 5 de novembro de 2002 “o Atendimento Pré-Hospitalar Fixo é aquela assistência prestada, num primeiro nível de atenção, aos pacientes portadores de quadros agudos, de natureza clínica, traumática ou ainda psiquiátrica, que possa levar a sofrimento, seqüelas ou mesmo à morte, provendo um atendimento e/ou transporte adequado a um serviço de saúde hierarquizado, regulado e integrante do Sistema Estadual de Urgência e Emergência.”

As UPAs, por sua vez, fazem parte da estratégia das TEIAS (Territórios Integrados de Atenção à Saúde), que fortalecem e articulam a rede de serviços já existentes e complementam as lacunas que ainda persistem. Elas possuem um importante potencial de resposta à enorme demanda que hoje se dirige às portas hospitalares de urgência, além do papel ordenador de seus fluxos.

A Portaria GM nº 1.020 de 13 de maio de 2009 ao estabelecer diretrizes para a implantação do componente pré-hospitalar fixo para a organização de redes locais de atenção integral às urgências em conformidade com a Política Nacional de Atenção às Urgências, em seu art. 2º resolve:

Art. 2º: Definir como Unidade de Pronto Atendimento – UPA – o estabelecimento de saúde de complexidade intermediária entre as Unidades

Básicas de Saúde/Saúde da Família e a Rede Hospitalar, devendo com estas compor uma rede organizada de atenção às urgências.

Assim, nos termos do § 1º da referida Portaria, foram definidas as seguintes competências/responsabilidades das UPAs:

- I- funcionar nas 24 horas do dia em todos os dias da semana;
- II- acolher os pacientes e seus familiares sempre que buscarem atendimento na UPA;
- III- implantar processo de Acolhimento com Classificação de Risco, considerando a identificação do paciente que necessite de tratamento imediato, estabelecendo o potencial de risco, agravos à saúde ou grau de sofrimento em sala específica para tal atividade e garantindo atendimento ordenado de acordo com o grau de sofrimento ou a gravidade do caso;
- IV- estabelecer e adotar protocolos de atendimento clínico, de triagem e de procedimentos administrativos;
- V- articular-se com a Estratégia de Saúde da Família, Atenção Básica, SAMU 192, unidades hospitalares, unidades de apoio diagnóstico e terapêutico e com outros serviços de atenção à saúde do sistema local/regional, construindo fluxos coerentes e efetivos de referência e contrarreferência e ordenando os fluxos de referência através das Centrais de Regulação Médica de Urgências e complexos reguladores instalados
- VI- possuir equipe interdisciplinar compatível com seu porte;
- VII- prestar atendimento resolutivo e qualificado aos pacientes acometidos por quadros agudos ou agudizados de natureza clínica, e prestar primeiro atendimento aos casos de natureza cirúrgica ou de trauma, estabilizando os pacientes e realizando a investigação diagnóstica inicial, definindo, em todos os casos, a necessidade ou não, de encaminhamento a serviços hospitalares de maior complexidade;
- VIII- fornecer retaguarda às urgências atendidas pela Atenção Básica;
- IX- funcionar como local de estabilização de pacientes atendidos pelo SAMU 192;
- X- realizar consulta médica em regime de pronto atendimento aos casos de menor gravidade;
- XI- realizar atendimentos e procedimentos médicos e de enfermagem adequados aos casos críticos ou de maior gravidade;
- XII- prestar apoio diagnóstico (realização de Raios-X, exames laboratoriais, eletrocardiograma) e terapêutico nas 24 horas do dia;
- XIII- manter pacientes em observação, por período de até 24 horas, para elucidação diagnóstica e/ou estabilização clínica;
- XV- encaminhar para internação em serviços hospitalares os pacientes que não tiverem suas queixas resolvidas nas 24 horas de observação acima mencionada por meio do Complexo Regulador;
- XVI- prover atendimento e/ou encaminhamento

adequado a um serviço de saúde hierarquizado, regulado e integrado à rede locorregional de Urgência a partir da complexidade clínica e traumática do usuário;

XVII- contrarreferenciar para os demais serviços de atenção integrantes da rede proporcionando continuidade ao tratamento com impacto positivo no quadro de saúde individual e coletivo;

XIX- solicitar retaguarda técnica ao SAMU, sempre que a gravidade/complexidade dos casos ultrapas-

sarem a capacidade instalada da Unidade; e

XX- garantir apoio técnico e logístico para o bom funcionamento da Unidade.

As UPAs são classificadas em (3) diferentes portes, levando-se em conta a população da região a ser coberta, a capacidade instalada – área física, número de leitos disponíveis, recursos humanos e a capacidade diária de realizar atendimentos médicos, conforme definido no quadro abaixo:

UPA	População da região de cobertura	Área Física	Número de atendimentos médicos em 24 horas	Número mínimo de médicos por plantão	Número mínimo de leitos de observação
Porte I	50.000 a 100.000 hab.	700 m ²	50 a 150 pacientes	2 médicos, um pediatra e um clínico geral	5 - 8 leitos
Porte II	100.001 a 200.000 hab.	1.000 m ²	151 a 300 pacientes	4 médicos, entre pediatras e clínicos gerais	9 - 12 leitos
Porte III	200.001 a 300.000 hab.	1.300 m ²	301 a 450 pacientes	6 médicos, entre pediatras e clínicos gerais	13 - 20 leitos

De acordo com a Portaria n° 2048/GM, de 05 de novembro de 2002, estas unidades deverão contar, obrigatoriamente, com os seguintes profissionais: (1) Coordenador ou gerente; (2) Médico clínico geral; (3) Médico pediatra; (4) Enfermeiro; (5) Técnico/auxiliar de enfermagem; (6) Técnico de radiologia; (7) Auxiliar de serviços gerais; (8) Auxiliar administrativo.

Quando houver laboratório na unidade, também deverão contar com bioquímico, técnico de laboratório e auxiliar de laboratório.

Outros profissionais poderão compor a equipe, conforme definição do Gestor local ou Gestores loco-regionais, como: assistente social, odontólogo, cirurgião geral, ortopedista, ginecologista, motorista, segurança e outros.

Portanto, estes números e mesmo a composição das equipes poderão variar, de forma complementar, de acordo com a realidade loco-regional, tomando-se em conta, inclusive, a sazonalidade apresentada por alguns tipos de afecções, como por exemplo, o aumento de demanda de doenças respiratórias, verificado na clínica pediátrica e na clínica de adultos/idosos durante o inverno ou o aumento do número de acidentes em estradas nos períodos de férias escolares.

Com relação à necessidade de manter-se um Obstetra para atendimento à gestante no Pronto Atendimento, o Parecer-Consulta n° 3.664/2009 do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais – CRMMG – diz ser obrigação do Gestor Municipal considerar a demanda mensal e avaliar, juntamente com a sociedade organizada, os prós e contras de

tal decisão. Porém, é clara a necessidade do obstetra para plantão presencial nas dependências do Hospital de referência.

O art. 6º, §2º, II, da Portaria n° 1.020/2009 dispõe como sendo de responsabilidade dos gestores a definição de estratégias que visem garantir retaguarda médica, de enfermagem nas 24 horas e de pessoal técnico e de apoio administrativo, possibilitando o primeiro atendimento/estabilização a pacientes acometidos por qualquer tipo de urgência.

O Ministério da Saúde definiu incentivos financeiros para implantação das respectivas unidades, compreendendo áreas físicas e mobiliários, materiais e equipamentos mínimos, de acordo com o respectivo porte.

Para a habilitação aos recursos de incentivo financeiro de investimento para a implantação de UPA, os gestores do SUS deverão submeter ao Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde, proposta de implantação dessas unidades. Tal proposta deve ser elaborada pelos respectivos gestores do SUS, tendo como base as diretrizes estabelecidas pelo Plano Estadual de Atendimento às Urgências e Emergências, pela Política Nacional de Atenção às Urgências e pela Portaria n° 1.020, de 13 de maio de 2009.

Neste sentido, a Resolução SES/MG n° 1.924, de 17 de junho de 2009, dispõe sobre a implantação e implementação das Unidades de Pronto Atendimento/UPA no Estado de Minas Gerais, conforme Portaria MS 1.020, de 13 de maio de 2009, e aprova os projetos de incentivos a serem encaminhados ao Ministério da Saúde (tratando do assunto de forma idêntica, a Deliberação CIB-SUS/MG n° 545, de 17 de junho de 2009).

2. Do Hospital Santa Casa de Bom Despacho – do atendimento obstétrico

Em consulta feita ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, o Hospital Santa Casa de Bom Despacho é de gestão dupla, ou seja, municipal/estadual. É cadastrado como Hospital Geral e Entidade Beneficente sem fins lucrativos.

A humanização da Assistência Obstétrica e Neonatal é condição para o adequado acompanhamento do parto e puerpério. Receber com dignidade a mulher e o recém-nascido é uma obrigação das unidades. A adoção de práticas humanizadas e seguras implica a organização das rotinas, dos procedimentos e da estrutura física, bem como a incorporação de condutas acolhedoras e não-intervencionistas.

De acordo com as Normas do Sistema Único de Saúde no que diz respeito à municipalização, sendo um hospital referência em determinada especialidade, não pode prescindir do plantão do médico especialista na respectiva especialidade.

A especialidade médica obstetrícia atende em caráter de urgência/emergência. Os hospitais de referência têm que contar com plantonista 24 horas.

Fato este confirmado pelo Parecer-Consulta nº 3.578/2008 do CRMMG, que esclarece:

O Diretor Técnico da Instituição deve garantir o plantonista obstetra. Não sendo possível, o hospital não pode ser referência em obstetrícia. Como o Diretor Clínico é o responsável pelas escalas de plantão, nos dias em que não contar com o plantonista deverá suspender o atendimento obstétrico, ficando o outro especialista para atender as urgências/emergências, no caso, o trabalho de parto iminente. Como a obstetrícia é considerada urgência, na ausência do obstetra, o clínico faz o acolhimento e encaminha a paciente para o hospital já previamente pactuado para o atendimento. Poderá ocorrer caso de parto em período expulsivo, os quais, qualquer médico tem condição de atender.

O acesso das gestantes e recém-nascidos a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto, puerpério e período neonatal são direitos inalienáveis da cidadania.

A Portaria GM/MS nº 569, de 1 de junho de 2000 instituiu o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Em seu anexo II encontram-se os princípios gerais e condições para a adequada assistência ao parto.

Para a adequada assistência à mulher e ao recém-nascido no momento do parto, todas as Unidades Integrantes do SUS têm como responsabilidades:

1. atender a todas as gestantes que a procurem;
2. garantir a internação de todas as gestantes atendidas e que dela necessitem;
3. estar vinculada à Central de Regulação Obstétrica e Neonatal de modo a garantir a internação da parturiente nos casos de demanda excedente;
4. transferir a gestante e/ou neonato em transporte adequado, mediante vaga assegurada em outra unidade, quando necessário;
5. estar vinculada a uma ou mais unidades que prestam assistência pré-natal, conforme determinação do gestor local;
6. garantir a presença de pediatra na sala de parto;
7. realizar o exame de VDRL na mãe;
8. admitir a visita do pai sem restrição de horário;
- [...]

Com relação à obrigatoriedade ou não de profissional pediatra nos serviços de saúde obstétricos, o Parecer Técnico SAS/GAS/CASMCA nº 018/2009 dispõe:

De acordo com a Portaria nº 569/GM, de 1 de junho de 2000, do Ministério da Saúde, que institui o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento no âmbito do Sistema Único de Saúde, a equipe profissional mínima para as Unidades Mistas, Hospitais Gerais e Maternidade para a realização de parto conta com pediatra ou neonatologista (Anexo II), excluindo-se as Casas ou Centros de Parto Normal – CPN, criados a partir da Portaria GM/MS nº 985, de 05 de agosto de 1999, que não inclui profissional médico em sua equipe mínima. Sabemos que, tratando-se de Mortalidade Infantil, o maior número de mortes concentra-se no período perinatal e que a assistência ao parto é fator crucial na morbimortalidade neonatal, sendo recomendada a presença de pessoa capacitada em reanimação neonatal na sala de parto, pela OMS (Essential Newborn Care Course 2007/WHO).

Na conclusão do referido parecer (acima mencionado), as SAS/GAS/CASMCA entenderam que a presença de pediatra ou outro profissional capacitado em reanimação neonatal em toda sala de parto é recomendada e de extrema importância, mas é obrigatória a presença de pediatra ou neonatologista em sala de parto nas instituições previstas na Portaria nº 569/GM de 1 de junho de 2000 do Ministério da Saúde.

3. Do Estado de Disponibilidade ou Disponibilidade Médica em Sobreaviso

A disponibilidade de médicos em regime de sobreaviso é prática adotada nos diversos serviços de assistência médica, natureza públicos ou privados, em todo país.

O Conselho Federal de Medicina – CFM – define como Disponibilidade Médica em Sobreaviso

[...] a atividade do médico que permanece à disposição da instituição de saúde, de forma não presencial, cumprindo jornada de trabalho preestabelecida

da, para ser requisitado, quando necessário, por qualquer meio hábil de comunicação, devendo ter condições de atendimento presencial, quando solicitado, em tempo hábil.

O médico em disponibilidade de sobreaviso, quando acionado, está obrigado a se deslocar até o hospital para atender casos de emergência, realizar cirurgias, procedimentos diagnósticos e internações clínicas, devendo ser devidamente remunerado, quer pelo SUS, por convênios em geral ou, mesmo, por clientes particulares.

Poucos hospitais, em geral localizados nos grandes centros urbanos, conseguem manter em seus plantões de emergência um contingente de 20 a 25 especialistas. Para a esmagadora maioria das unidades, uma decisão desse tipo inviabilizaria a prestação dos serviços, tanto do ponto de vista econômico quanto pela inexistência de profissionais disponíveis em todas as localidades.

Geralmente, as especialidades médicas não exigidas “in locum” são aquelas que atuam num segundo momento, após a ação do plantonista que presta o atendimento imediato ao paciente visando manter as condições de suporte de vida. Esta característica de médico de segunda linha na atenção a uma emergência é que permite a adoção de disponibilidade em sobreaviso, objetivando a otimização do atendimento. Assim sendo, a obrigatoriedade da presença de médico no local nas vinte e quatro horas, com o objetivo de atendimento continuado dos pacientes, independe da disponibilidade médica em sobreaviso nas instituições de saúde que funcionam em sistema de internação ou observação.

No Parecer do CFM nº 19, de 12 de dezembro de 1993, assim pronuncia-se o conselheiro Nilo Fernando Rezende Vieira:

As características de cada cidade, de cada hospital e o número de especialistas disponíveis tornam heterogênea a organização deste tipo de trabalho. Um hospital de grande porte, de uma grande cidade, geralmente mantém médicos de diversas especialidades de plantão. Já uma pequena cidade, como faria para manter tal leque de especialistas de plantão? A existência de “plantão a distância” - sobreaviso - é decorrência desta heterogeneidade de formas de organização. Estes plantões, naturalmente, não podem ser impostos e obrigatórios. O acordo entre profissionais e a administração das instituições é o modo de estabelecer estas formas de prestação de serviços.

Acerca do assunto, o Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais - CRM-MG - promulgou resolução específica para regulamentar os plantões de sobreaviso (Resolução CRM-MG nº 280/2006). Denominando-os como “estado de disponibilidade”, define-os como

[...] a atividade do médico que permanece à disposição da instituição, cumprindo jornada de trabalho pré-estabelecida, para ser requisitado por intermédio de pager, telefone ou outro meio de comunicação, tendo condições de atendimento pronto e pessoal.

Decide, ainda, no seu art. 1º que

Compete ao Diretor Clínico, ao Diretor Técnico e a Comissão de Ética das Instituições de Saúde, no âmbito do Estado de Minas Gerais, definirem as especialidades que devem constituir escalas de disponibilidade e quais devem manter médicos de plantão no local, considerando o porte dos hospitais, a demanda pelos serviços, a complexidade do atendimento, a Portaria MS/GM 2.048/02 e a Resolução CFM 1.451/95.

O médico de sobreaviso deverá ser acionado pelo médico plantonista ou por membro da equipe médica da instituição, que informará a gravidade do caso, bem como a urgência e/ou emergência do atendimento, e anotará a data e hora desse comunicado no prontuário do paciente.

Importante ressaltar que em caso de urgência e/ou emergência, o médico que acionar o plantonista de sobreaviso deverá, obrigatoriamente, permanecer como responsável pelo atendimento do paciente que ensejou a chamada até a chegada do médico de sobreaviso, quando ambos decidirem a quem competirá a responsabilidade pela continuidade da assistência.

Ressalte-se, ainda, que compete ao Diretor Técnico do hospital providenciar para que seja afixada, para uso interno da instituição, a escala dos médicos em disponibilidade de sobreaviso e suas respectivas especialidades e áreas de atuação.

Há resoluções outras sobre o assunto – tais como as do CRM-RJ, CRM-CE, CRM-SP, CRM-PR e CRM-ES – que, pelo exposto, possibilitam verificar que a disponibilidade em sobreaviso é uma realidade nacional e tem o condão de suprir as necessidades de diferentes localidades no tocante à assistência médica.

4. Conclusão

Diante da análise técnica jurídica acima descrita, possível apresentar as seguintes conclusões e sugestões:

4.1) Instauração de Procedimento Preparatório ou Inquérito Civil Público, nos termos da Resolução PGJ/CGMP nº 03, de 20 de agosto de 2009, para, se for o caso, adotar as providências administrativas ou judiciais necessárias, notadamente o instrumento da RECOMENDAÇÃO, devidamente fundamen-

tada, nos termos do artigo 22 da Resolução PGJ/CGMP nº 03 de 20 de agosto de 2009 e artigo 67, inciso VI da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994.

4.2) As UPA's, pelas suas características e importância assistencial, devem os gestores desenvolver esforços, no sentido de que cada município sede de módulo assistencial disponha de, pelo menos, uma dessas Unidades, garantindo, assim, assistência às urgências com observação de 24 horas para sua própria população ou para um agrupamento de municípios para os quais seja referência. Diante da política Nacional de Atenção às Urgências do Ministério da Saúde, estabelecendo incentivos financeiros para a implementação e funcionamento de Unidades de Pronto-Atendimento, sugere-se ao Município de Bom Despacho a sua adesão ao programa, conforme Portaria MS 1.020, de 13 de maio de 2009 e Resolução SES nº 1.924, de 17 de junho de 2009.

4.3) Sugere-se Recomendação ao Gestor Municipal no sentido de providenciar avaliação, considerando a demanda mensal, acerca da necessidade de se manter um profissional médico obstetra 24 horas por dia no Pronto-Atendimento do município, ou se a obrigatoriedade da sua presença no Hospital de referência cobriria a demanda. Posteriormente, conforme o resultado da avaliação, providenciada Recomendação ao Gestor Municipal e ao Diretor Técnico do referido hospital para garantia de plantonista obstetra todos os dias da semana e nas 24 horas do dia e, inclusive sobre a obrigatoriedade da presença do médico pediatra nas salas de parto de todas as Instituições conveniadas aos SUS.

4.4) Sendo o plantão de sobreaviso uma forma ética de organização dos serviços de assistência médica, deve ser adotado sob normas rígidas para evitar prejuízos no atendimento à população. Para que as instituições de saúde possam ter um correto parâmetro para eventual adoção dessa modalidade de prestação de serviços devem observar as Resoluções nº 1.834/2008 do Conselho Federal de Medicina e nº 280/2006 do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, que regulamentam o plantão de sobreaviso.

PT 029/2009

Procedimento Administrativo nº 101/2009. Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Direito à Saúde. SUS. Ministério Público. Atuação judicial e extrajudicial. Interesse individual indisponível. Procedimento Preparatório ou Inquérito Civil Público. Sistema de Registro Único (SRU). Enunciados CSMP nº 09 e 16. Resolução CNMP nº 23/2007. Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 03/2007.

2.14 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE (Atualizado até 03/03/2008)

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Normas principais

Saúde na CF/88 – § 1º do art. 5º; art.6º, 23, II; 30, VII; e 196 a 200.

EC 29/2000 – Vinculação de recursos orçamentários para a saúde.

EC 51/2006 – Contratação de Agente Comunitário de Saúde e outros.

Lei nº 11.350/2006 – regulamenta a EC 51/06 – ACS.

Lei nº 8.080/1990 – Lei Orgânica da Saúde.

Lei nº 8.142/1990 – Conselho de Saúde, Conferência de Saúde e transferência de recursos financeiros do Fundo Nacional de Saúde para o Fundo Estadual de Saúde e o Fundo Municipal de Saúde.

Lei nº 8.689/1993 – SNA, art. 12: prestação trimestral de contas pelo gestor do SUS, estadual e municipal.

Lei nº 9.452/1997 – Notificação à Câmara Municipal de liberação de recursos federais.

Lei nº 11.107/2005 – Consórcios Públicos.

Decreto nº 6.017, de 17/01/2007: regulamenta a Lei nº 11.107/2005 – Consórcios Públicos.

Normas locais: leis (estaduais e municipais) que criaram o Conselho de Saúde e o Fundo de Saúde; Regimento Interno do Conselho de Saúde; Decreto que designou os Conselheiros do Conselho de Saúde; cópia das atas das reuniões do Conselho de Saúde; cópia da ata da audiência pública de prestação trimestral de contas da execução do orçamento da saúde aos cidadãos pelo gestor do SUS, estadual e municipal; relação dos medicamentos financiados pelo IAFAB e que devem existir nas Unidades Básicas de Saúde do Município (UBS), cópia do Plano de Saúde (de 4 em 4 anos) aprovado pelo Conselho de Saúde e inserido no PPA; cópia da PPI da Assistência em Saúde; cópia do Termo de Compromisso de Gestão; cópia do Plano de Carreiras, Cargos e Salários do SUS; cópia dos contratos com os prestadores de serviços ao SUS (art. 199, § 1º, da CF/88); cópia dos convênios com as outras Pessoas Políticas; cópia da Programação Anual de Saúde (o que vai ser realizado na área da saúde durante o ano); cópia do Relatório Anual de Gestão (o que foi feito na área da saúde no ano anterior); prova da alimentação dos bancos de dados nacionais do Ministério da Saúde (SIOPS, SIAB, SINAN, SIFAB, etc) pelos Estados e Municípios, cópia da ata das reuniões do Conselho gestor das Unidades de Saúde do Estado local etc.

Plano Nacional de Saúde – PNS 2008/2011.

Plano Estadual de Saúde 2008/2011.

PPA 2008/2011 – Plano Plurianual de Aplicação do Estado, contendo o Plano Estadual de Saúde 2008/2011.

Plano Municipal de Saúde 2006/2009.

PPA 2006/2009 – Plano Plurianual de Aplicação do Município, contendo o Plano Municipal de Saúde 2006/2009.

Portaria nº 1.101/GM, de 12/06/2002 – Parâmetros de Cobertura Assistencial.

Programação Anual de Saúde – (do Estado e do Município): Portaria nº 3.332/GM/MS, de 28/12/2006, o que vai ser executado na área da saúde durante o ano (revogou a Portaria nº 548/GM/MS, de 2001).

Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) (do Estado e do Município), contendo a Programação Anual de Saúde.

Lei Orçamentária Anual (LOA) (do Estado e do Município), contendo a Programação Anual de Saúde.

Relatório Anual de Gestão (do Estado e do Município) – Portaria nº 3.332/GM/MS, de 28/12/2006 (o que foi executado na área da saúde no ano anterior); prazo para submeter ao Conselho de Saúde: até o final do primeiro trimestre do ano subsequente.

Portaria nº 2.528/GM, de 19 de outubro de 2006 – Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa.

Portaria nº 1.571/GM, de 29/06/2007 – Estabelece incentivo financeiro para implantação e/ou implementação de Complexos Reguladores.

Portaria nº 1.996/GM, de 20/08/2007 – Dispõe sobre as diretrizes para a implementação da Política Nacional de Educação Permanente em Saúde.

Portaria nº 2.488/GM, de 02/10/2007 – Conceder reajuste da Tabela SUS, a partir da competência setembro de 2007.

Portarias reestruturantes

• Pacto pela Saúde

Portaria nº 399/GM, de 22/02/06, p. no DOU, Seção 1, de 23/02/2006 – Pacto Pela Saúde 2006

Portaria nº 699/GM, de 30/03/06, p. no DOU, Seção 1, de 03/04/2006 – Regulamenta a Portaria nº 399/GM.

Art. 8º da Portaria nº 91/GM, de 10/01/2007 – Altera as cláusulas 3ª e 4ª dos Termos de Compromisso de Gestão dos Municípios e Estados da Portaria nº 699/GM, de 30/03/2006.

Art. 40 da Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007 – Altera a Portaria nº 399/GM, de 22/02/2006, no Anexo II.

Portaria nº 372/GM, de 16 de fevereiro de 2007 – Altera a Portaria 699/GM, que regulamenta as Diretrizes dos Pactos pela Vida e de Gestão.

Portaria nº 153/GM, de 17 de janeiro de 2007 – Prorroga o prazo para assinatura (setembro de 2007) do Termo de Compromisso de Gestão por Municípios, Estados e Distrito Federal.

Portaria nº 1.510, de 25 de junho de 2007 – Desvincula o repasse do incentivo financeiro para a organização do Sistema de Planejamento do SUS da adesão ao Pacto pela Saúde.

• Sistema de Planejamento do SUS

Portaria nº 3.085/GM, de 01/12/2006 – Regulamenta o Sistema de Planejamento do SUS;

Portaria nº 3.332/GM, de 28 de dezembro de 2006 – Aprova orientações gerais relativas aos instrumentos do Sistema de Planejamento do SUS (Plano de Saúde;

PPA com inserção do Plano de Saúde; Programação

Anual de Saúde; inserção da Programação Anual de Saúde na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e na Lei Orçamentária Anual (LOA); Relatório Anual de Gestão).

Portaria nº 376/GM, de 16 de fevereiro de 2007 – Institui incentivo financeiro para o Sistema de Planejamento do SUS.

Portaria nº 1.229/GM, de 24/05/2007 – Aprova as orientações gerais para o fluxo do Relatório Anual de Gestão dos Municípios, Estados, DF e da União.

• Financiamento e Transferência de Recursos Federais para as ações e os serviços de saúde

Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007 – Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento (revogados os § 1º ao § 7º dessa portaria, a partir de 01/02/2008, pela Portaria nº 3.237/GM, de 24/12/2007). A Portaria nº 204/GM revogou a Portaria nº 698/GM/2006.

Portaria nº 1.497/GM de 06/07/07 – Operacionalização do repasse dos recursos federais que compõem os blocos de financiamento.

Portaria nº 1.624/GM, de 10/07/2007 – Regulamenta, para o ano de 2007, a transferência dos incentivos financeiros referentes à Compensação de Especificidades

Regionais (CER), componente da parte variável do Piso da Atenção Básica.

• Plano de Carreiras, Cargos e Salários (PCCS) no SUS

Lei nº 8.142/1990.

Portaria nº 1.318/GM, de 05/06/2007: Diretrizes Nacionais para a Instituição ou Reformulação de Planos de Carreiras, Cargos e Salários, a título de subsídios técnicos.

Portaria nº 1.963/GM, de 15/08/2007: Institui Comissão para assessorar os órgãos e as instituições integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) na elaboração ou na reformulação de Planos de Carreiras, Cargos e Salários.

• Programa de Educação pelo Trabalho para a Saúde (PET – Saúde)

Portaria Interministerial nº 1.507 de 22 de junho de 2007 – Institui o Programa de Educação pelo Trabalho para a Saúde (PET – Saúde).

Portaria Interministerial nº 40, de 11/05/2008 – Altera a Portaria Interministerial nº 1.507, de 22/06/2007.

• Programa Nacional de Fomento à Produção Pública e Inovação no Complexo

Industrial da Saúde Portaria nº 374/GM, de 28/02/2008 – Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Programa Nacional de Fomento à Produção Pública e Inovação no Complexo Industrial da Saúde.

Portaria nº 375/GM, de 28/02/2008 – Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Progra-

ma Nacional para Qualificação, Produção e Inovação em Equipamentos e Materiais de Uso em Saúde no Complexo Industrial da Saúde.

• **Média e alta complexidade**

Portaria nº 1.606/GM, de 11/09/2001 – Diretrizes para os Estados, o DF e os Municípios adotarem tabela diferenciada para remuneração dos serviços assistenciais de saúde (complementação financeira com recursos próprios estaduais e/ou municipais). Art. 199, § 1º, da CF/88 e Portaria nº 3.277/GM, de 22/12/2006 – Dispõem sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no SUS.

Portaria nº 598/GM, de 23/03/2006 – Define que os processos administrativos relativos à gestão do SUS sejam definidos e pactuados no âmbito das Comissões Intergestores Bipartite (CIB).

Portaria nº 399/GM, de 22/02/2006, Anexo II: “As decisões das Comissões Intergestores que versarem sobre matéria da esfera de competência dos Conselhos de Saúde deverão ser submetidas à apreciação do Conselho respectivo.” *Termo de Compromisso de Gestão* assinado pelo Estado e por cada Município.

Portaria do Ministro da Saúde, homologando o *Termo de Compromisso de Gestão* do Estado e de cada Município.

Programação Pactuada e Integrada da Assistência em Saúde (PPI), pactuada pelo Estado e por cada Município (deve estar de acordo com o *Plano Diretor de Regionalização*, com o *Plano Diretor de Investimento* e com o *Termo de Compromisso de Gestão*).

Portaria nº 1.097/GM, de 22.05.2006, p. no DOU, Seção 1, de 23/05/2006 – Define o processo da *Programação Pactuada e Integrada da Assistência em Saúde* no SUS.

Portaria nº 1.569/GM, de 28/06/2007 – Institui diretrizes para a atenção à saúde, com vistas à prevenção da obesidade e assistência ao portador de obesidade.

Portaria nº 1.273/GM, de 21/11/2000 – Queimados.

Portaria nº 1.274/GM, de 22/11/2000 – Queimados.

Portaria nº 055/SAS, de 24/02/1999 – Tratamento Fora do Domicílio (TFD).

• **Contratação de serviços da rede privada pelo SUS**

Portaria nº 1.606/GM, de 11/09/2001 – Diretrizes para os Estados, DF e Municípios adotarem tabela diferenciada para remuneração dos serviços assistenciais de saúde (complementação financeira com recursos próprios estaduais e/ou municipais). Art. 199, § 1º, da CF/88 – De forma complementar, mediante contrato, com preferência para as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Portaria nº 3.277/GM, de 22/12/06 – Dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no SUS.

• **Internação domiciliar no âmbito do SUS**

Portaria nº 2.529/GM, de 19 de outubro de 2006 – Institui a Internação Domiciliar no âmbito do SUS.

Portaria nº 2.818, de 8 de novembro de 2006 –

Restabelece, na Tabela do Sistema de Informação Hospitalar do Sistema Único de Saúde (SIH/SUS), o grupo de código 85.100.12-9 - Internação Domiciliar e seus respectivos procedimentos.

Portaria nº 1.589, de 3 de julho de 2007 – Altera a redação dos arts. 1º e 2º da Portaria nº 2.818/GM, de 8 de novembro de 2006.

Portaria nº 49, de 15 de janeiro de 2008 – Altera para 30 de junho de 2008, o prazo definido pela Portaria nº 1.589/GM, de 3 de julho de 2007.

• **Saúde bucal**

I – Na atenção básica

Portaria nº 648/GM, de 28/03/2006, p. no DOU, Seção 1, de 29/03/2006 – Equipe de saúde bucal (ESB).

Portaria nº 1.625/GM, de 10/07/2007 – Altera atribuições dos profissionais das Equipes de saúde da família (ESF).

Portaria nº 822/GM, de 17/04/2006 – Altera parte das Portarias nº 648/GM e nº 650/GM.

Portaria nº 649/GM, de 28/03/2006 – Define valores de financiamento para o ano de 2006, com vistas à estruturação de Unidades Básicas de Saúde para as equipes Saúde da Família, como parte da Política Nacional de Atenção Básica.

Portaria nº 650/GM, de 28/03/2006 – Define valores do PAB fixo e variável, mediante a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a estratégia de Saúde da Família e para o PACS, instituídos pela Política Nacional de Atenção Básica.

Portaria nº 1.230GM, de 25/05/2007 – Fixa o valor do incentivo de custeio referente à implantação de Agentes Comunitários de Saúde.

II – **Centros de Especialidades Odontológicas (CEOs) e Laboratórios Regionais de Prótese Dentária (LRPDs)**

Portaria nº 599/GM, de 23/03/2006 – Define a implantação de CEOs e de LRPDs e estabelece critérios, normas e requisitos para o seu credenciamento.

Portaria nº 600/GM, de 23/03/2006 – Institui o financiamento dos CEOs.

Portaria nº 283/GM, de 22/02/2005 – Antecipa o incentivo financeiro para os CEOs em fase de implantação.

Portaria nº 566/SAS, de 06/10/2004 – Revisão e atualização das tabelas dos Sistemas de Informações do SUS (SIA/SUS e SCNES).

Portaria nº 562/SAS, de 30/09/04 – Alteração na Tabela Serviço/Classificação dos Sistemas de Informações (SCNES, SIA e SIH/SUS).

Portaria nº 1.572/GM, de 29/07/2004 – Estabelece o pagamento de próteses dentárias totais em Laboratórios Regionais de Próteses Dentárias (LRPD).

Portaria nº 930/GM, de 02/05/2006 – Prorroga, em caráter excepcional, até a competência setembro de 2006, a autorização para os estabelecimentos de saúde com produção na SAI/SUS, no período de janeiro a julho de 2005, dos procedimentos de Prótese Total Mandibular, Prótese Total Maxilar e Pró-

teses Parciais Removíveis Maxilar ou Mandibular, que apresentarem produção de procedimentos de próteses dentárias pelo Subsistema PAC/SIA; revoga o anexo da Portaria nº 1.572/GM, de 29/07/2004 e o art. 11 da Portaria nº 411/SAS, de 19/08/2005.

Portaria nº 2.304/GM, de 28/11/2005 – Autoriza, em caráter excepcional, os estabelecimentos de saúde, devidamente cadastrados no SCNES, que tiveram produção SIA/SUS, no período de janeiro a julho de 2005, dos procedimentos de códigos 10.082.10-7 – Prótese Total Mandibular, 10.082.11-5 – Prótese Total Maxilar e 10.083.02-2 – Próteses Parciais Removíveis Maxilar ou Mandibular (vigentes na tabela do SIA/SUS até a competência julho de 2005), a apresentarem produção a partir da competência outubro 2005.

Portaria nº 411/SAS, de 09/08/2005 – Identifica no Sistema do Cadastro dos Estabelecimentos de Saúde (SCNES), o serviço de odontologia com as suas respectivas classificações e inclui no Subsistema de autorização dos Procedimentos Ambulatoriais de Alta Complexidade/Custo – APAC/SAI, a operacionalização dos procedimentos realizados nos LRPDs.

• Atenção Básica

Portaria nº 648/GM, de 28/03/2006, p. no DOU, Seção 1, de 29/03/2006 – Política Nacional de Atenção Básica, PSF e PACS.

Portaria nº 2.527 GM, de 19/10/2006 – Define os conteúdos mínimos do Curso Introdutório para profissionais da Saúde da Família.

Portaria nº 822/GM, de 17/04/2006 – Alterou a Portaria nº 648/GM, de 28/03/2006, na parte das exigências de enquadramento das Equipes Saúde da Família (ESFs) na modalidade 1.

Portaria nº 1.625/GM, de 10/07/2007 – Altera atribuições dos profissionais das Equipes de saúde da família (ESF).

Portaria nº 650/GM, de 28/03/2006, p. no DOU, Seção 1, de 29/03/2006 (PAB) fixo e variável, PSF e PACS.

Portaria nº 1.696/GM, de 17/07/2007 – Atualiza os valores do Piso da Atenção Básica (PAB) para Municípios e DF para o ano de 2007, com efeitos financeiros a partir da competência financeira junho de 2007.

Portaria nº 1.761, de 24/07/2007 – Fixa o valor do incentivo de custeio referente à implantação de Agentes Comunitários de Saúde.

Portaria nº 1.230/GM, de 25/05/2007 – Fixa o valor do incentivo de custeio referente à implantação de Agentes Comunitários de Saúde.

Portaria nº 91/GM, de 10/01/2007 – Regulamenta a unificação do processo de pactuação de indicadores e estabelece os indicadores do Pacto pela Saúde, a serem pactuados por municípios, estados e Distrito Federal. (revogou a Portaria nº 493/GM, de 10/03/2006).

Emenda Constitucional nº 51/2006 – Contratação do ACS e de agentes de combate às endemias (regulamentada pela Lei nº 11.350/2006).

Portaria nº 971/GM, de 03/05/2006 – Política Na-

cional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) no SUS (acupuntura, homeopatia, plantas medicinais e fitoterapia, termalismo social/crenoterapia).

Portaria nº 1.602/GM, de 17/07/2006 – Institui em todo o território nacional os calendários de vacinação da criança, do adolescente, do adulto e do idoso.

Portaria nº 154/GM, de 24/01/2008, p. no DOU, Seção 1, p. 47/50 – Cria Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF).

• Componente Básico do Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica

Portaria nº 3.916/GM, de 30/10/1998, Trata da Política Nacional de Medicamentos.

Resolução 338, do Conselho Nacional de Saúde, Aprova a Política Nacional de Medicamentos.

Portaria 2.012/GM, de 25/09/2008, Aprova a 6ª edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Portaria nº 156/GM, de 19/01/2006 – Dispõe sobre o uso da penicilina na atenção básica e nas demais unidades do SUS. § 7º do art. 25 da Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007.

Os recursos destinados ao medicamento Insulina Humana, do grupo de medicamentos do Programa Hipertensão e Diabetes, serão executados centralizadamente pelo Ministério da Saúde, conforme pactuação da Comissão Intergestores Tripartite, retificando a Portaria nº 399 de 22/02/2006

(revogados os § 1º ao § 7º dessa portaria, a partir de 01/02/2008, pela Portaria nº 3.237/GM, de 24/12/2007).

Portaria nº 1.077/GM, de 24/08/1999 – Programa para a Aquisição dos Medicamentos Essenciais para a Área de Saúde Mental (revogada, a partir de 01/02/2008, pela Portaria nº 3.237/GM, de 24/12/2007).

Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007 – Do bloco da assistência farmacêutica (financiamento).

Portaria nº 2.583, de 10/10/2007 – Define elenco de medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei nº 11.347, de 2006, aos usuários portadores de diabetes *mellitus* (Ver Lei nº 11.347, de 27/09/2006).

Decreto nº 5.813, de 22 de junho de 2006, que aprova a Política Nacional de Plantas Medicais.

Portaria 2.982/GM, de 26/11/2009, Aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

• Componente Especializado da Assistência Farmacêutica

Portaria nº 2.981/GM, de 26/11/2009 – Aprova o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Protocolos Clínicos – Relação dos medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/index.htm>.

• **Oncologia: hospitais são credenciados para a oncologia**

Portaria nº 2.439/GM, de 08/12/2005 – Institui a Política Nacional de Atenção Oncológica.

Portaria nº 741/SAS, de 19/12/2005 – Definir as Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia, os *Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON)* e os Centros de Referência de Alta Complexidade em Oncologia e suas aptidões e qualidades.

Portaria nº 1.344/GM, de 21/06/2006 – Autoriza repasse financeiro do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Estaduais e Municipais de Saúde, visando ao custeio das atividades desenvolvidas pelo Registro de Câncer de Base Populacional (RCBP).

Portaria nº 304/SAS, de 03/05/2006 – Estabelece que do total dos leitos dos hospitais gerais com alta complexidade e/ou habilitados na área de oncologia.

www.inca.gov.br

• **Programa de atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**

Portaria nº 2.197/GM, de 14/10/2004 – Redefine e amplia a atenção integral para usuários de álcool e outras drogas no âmbito do SUS.

Portaria nº 1.612/GM, de 09/09/2005 – Aprova as normas de funcionamento e credenciamento/habilitação dos serviços hospitalares de referência para a atenção integral aos usuários de álcool e outras drogas.

Decreto nº 6.117, de 22/05/2007 – Aprova a Política Nacional sobre o Álcool, dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool.

Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001 – Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Lei 11.802, de 18 de janeiro de 1995, Dispõe sobre a promoção de saúde e da reintegração social do portador de sofrimento mental; determina a implantação de ações e serviços de saúde mental substitutivos aos hospitais psiquiátricos e a extinção progressiva destes; regulamenta as internações, especialmente a involuntária, e dá outras providências.

Decreto nº 42.910, de 26 de setembro de 2002 – Contém o Regulamento da Lei nº 11.802, de 18 de janeiro de 1995, alterada pela Lei nº 12.684, de 1º de dezembro de 1997, que dispõe sobre a promoção da saúde e da reintegração social do portador de sofrimento mental e dá outras providências.

Portaria/GM nº 336, de 19 de fevereiro de 2002 – Define e estabelece diretrizes para o funcionamento dos Centros de Atenção Psicossocial. Estes serviços passam a ser categorizados por porte e clientela, recebendo as denominações de CAPS I, CAPS II, CAPS III, CAPSi e CAPSad. Documento fundamental para gestores e trabalhadores em saúde mental.

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

- Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Lei Delegada SEEJ – Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Esportes e da Juventude – SEEJ.

Lei nº 16.276 – Dispõe sobre a atuação do estado na prevenção, no tratamento e na redução de danos causados à saúde pelo uso abusivo de álcool e outras drogas e altera o art. 3º da Lei nº 12.296, de 13 de setembro de 1996.

Lei n.º 11.754, de 23 de julho de 2008 – Cresce, altera e revoga dispositivos da Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, cria a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, cria cargos em comissão; revoga dispositivos das Leis nos 10.869, de 13 de maio de 2004, e 11.204, de 5 de dezembro de 2005; e dá outras providências.

Lei n.º 11705, de 19 de junho de 2008 – Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que “institui o Código de Trânsito Brasileiro”, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.

Lei nº 10.702, de 14 de julho de 2003 – Altera a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003 – Dispõe sobre a Organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002 – Dispõe sobre a Prevenção, o Tratamento, a Fiscalização, o Controle e a Repressão à produção, ao uso e Tráfico Ilícito de Produtos, Substâncias ou Drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.

Lei nº 10.167, de 27 de novembro de 2000 – Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

Lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999 – Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996.

Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986.

Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências.

Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

DECRETOS

Decreto nº 44.107 – Cria o Programa Rede Complementar de Suporte Social na Atenção ao Dependente Químico.

Decreto Legislativo 162.

Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas Decreto-Lei 891.

Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes.

Decreto nº 6.489, de 19 de junho de 2008 – Regulamenta a Lei no 11.705, de 19 de junho de 2008, no ponto em que restringe a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais.

Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008 – Regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, disciplinando a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito.

Decreto nº 6.366, de 30 de janeiro de 2008 – Regulamenta a Medida Provisória no 415, de 21 de janeiro de 2008, que proíbe a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais.

Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007 – Aprova a Política Nacional sobre o Álcool, dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e sua associação com a violência e criminalidade, e dá outras providências.

Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006 – Regulamenta a Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências.

Decreto nº 5.772, de 08 de maio de 2006 – Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Gratificações de Exercício em Cargo de Confiança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, e dá outras providências.

Decreto nº 4.513, de 13 de dezembro de 2002 – Altera os arts. 3º, 4º e 6º do Decreto nº 3.696, de 21 de dezembro de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas.

Decreto nº 3.696, de 21 de dezembro de 2000 – Institui o Sistema Nacional Antidrogas.

Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986 – Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências.

Decreto nº 85.110, de 02 de setembro de 1980 – Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes e dá outras providências.

POLÍTICAS

Política Saúde Drogas

Política Nacional sobre Álcool

Política de Atenção Integral

Política de Saúde Mental

Política Estadual Antidrogas

Política Nacional Antidrogas

PORTARIAS

Portaria nº 2.197 – Redefine e amplia a atenção integral para usuários de álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências.

Portaria SVS 344.

As substâncias incluídas nesta Portaria estão enquadrados nas Convenções Internacionais de 1961, 1971, 1988. As substâncias e medicamentos que as contenham possuem ação sobre o Sistema Nervoso Central.

Portaria Interministerial nº 10, de 31 de março de 2004 – Instalar a Câmara Técnica Temática de Tratamento e a Câmara Técnica Temática de Redução de Danos, coordenadas pelo Ministério da Saúde, até 30 dias após aprovada, pelo CONAD, a indicação de seus membros.

Portaria nº 001, de 17 de fevereiro de 2000 – Reconhece os Centros de Excelência nas áreas de prevenção, tratamento e/ou pesquisa, integrando-os ao SISNAD.

Portaria nº 002, de 17 de fevereiro de 2000 – Dispõe sobre as condições para a aprovação de projetos e liberação de recursos financeiros do FUNAD.

Portaria nº 004, de 13 de novembro de 2000 – Estabelece normas para o cadastramento de Instituições com atuação nas áreas de prevenção, pesquisa, tratamento e reinserção social de dependentes químicos.

RESOLUÇÕES

Resolução – RDC nº 101, de 30 de maio de 2001 – Estabelece Regulamento Técnico disciplinando as exigências mínimas para o funcionamento de serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas, segundo modelo psicossocial, também conhecidos como Comunidades Terapêuticas, parte integrante desta Resolução.

Resolução – RDC nº 26, de 15 de fevereiro de 2005. Publica a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, republicada no Di-

ário Oficial da União de 1º de fevereiro de 1999. Resolução nº 02 de CONAD, de 04 de fevereiro de 2005 – Estabelece o Regimento Interno das Câmaras Técnicas, das Câmaras de Assessoramento e das Câmaras Especiais do Conselho Nacional Antidrogas. Resolução nº 5 CONAD, de 04 de novembro de 2004 – Dispõe sobre o uso religioso e sobre a pesquisa da ayahuasca.

Resolução nº 01 e nº 02 do CONAD, de 06 de outubro de 2003 – Estabelece orientações estratégicas e diretrizes para o Sistema Nacional Antidrogas e Estabelece orientações sobre a organização interna do Conselho Nacional Antidrogas.

Resolução nº 26, de 31 de dezembro de 2002 – Define grupo de trabalho objetivando submeter à deliberação do Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, normas de controle social referente o uso do "chá ayahuasca".

- **HIV e outras DST**

Portaria nº 1.626/GM, de 10/07/2007 – Regulamenta os procedimentos e condutas para a abordagem consentida a usuários que procuram os serviços de saúde com vistas a realizar testes de HIV e outras DST.

- **Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde**

Portaria nº 675/GM, de 30/03/2006 – Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde.

Obs.: uma cópia deve estar afixada na portaria de todas as unidades de saúde, públicas e privadas, que prestam serviços ao SUS.

- **Conselho Nacional de Saúde**

Resolução nº 333/2003/CNS – Aprova diretrizes para criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde.

Resolução nº 322/CNS, de 08/05/2003 – Diretrizes acerca da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000 (o que pode e o que não pode ser considerado como despesa de saúde).

www.conselho.saude.gov.br

- **Plano Diretor de Vigilância Sanitária**

Portaria nº 1.052, de 08/05/2007.

Portaria nº 3.252/2009 – Aprova as diretrizes para execução e financiamento das ações de Vigilância em Saúde pelo União, Estados, Distrito Federal e Municípios e dá outras providências.

- **Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal**

Portaria nº 1.067/GM, de 04/07/2005 – Aprova a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal. Lei nº 11.634, de 27/12/2007, p. no DOU, Seção 1, de 28/12/2007 – Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e à vinculação prévia à maternidade onde receberá assistência no âmbito do SUS. Lei nº 11.105, de 07/04/2005 – Altera a Lei nº 8.080,

de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Portaria nº 2.418/GM, de 02/12/2005 – Regulamenta, em conformidade com o art. 1º da Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005, a presença de acompanhante para mulheres em trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde (SUS).

RDC ANVISA 36/2002, Dispõe sobre Regulamento Técnico para funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal.

Portaria nº 72, de 11 de janeiro de 2010 – Estabelece que a vigilância do óbito infantil e fetal é obrigatória nos serviços de saúde (públicos e privados) que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).

- **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**

Portaria Interministerial nº 1.777/GM/MS e MJ, de 09/09/2003 – Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário e revoga a Portaria Interministerial nº 628/GM/MS e MJ, de 02/04/2002.

Portaria Interministerial nº 3.343, de 28/12/2006 – Altera os valores do Incentivo para Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário e dá outras providências.

Portaria nº 268/SAS/MS, de 17/09/2003 – Incluir, na Tabela de Serviços/Classificação do SCNES e do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde (SIA/SUS), os códigos relacionados aos serviços prestados no sistema penitenciário.

Portaria nº 1.552/GM, de 28/07/2004 – Custeio do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

Portaria nº 240/GM, de 31/01/2007 – Publica novos valores de custeio do Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário.

Portaria nº 2.831/GM, de 01/11/2007 – Atualiza o elenco e o quantitativo de medicamentos para o atendimento das pessoas presas vinculadas às equipes de saúde do Sistema Penitenciário Brasileiro inscritas no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) (Serviço/Classificação 065), dos Estados qualificados ao Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

Portaria nº 648/GM, de 28/03/2006 – Plano Nacional de Atenção Básica, PSF e PACS.

Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007 – Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle.

Portaria nº 399/GM, de 22/02/2006 – Pacto Pela Saúde de 2006.

Portaria nº 749/SAS, de 10/10/2006 – Ficha Complementar de Cadastro de Equipes no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde (SCNES).

- **Translado de restos mortais humanos**

Resolução RDC nº 68, de 10/10/2007 – Dispõe sobre o controle e fiscalização do translado de restos mortais humanos.

- **Povos indígenas**

Portaria nº 2.656/GM, de 17/10/2007 – Dispõe sobre as responsabilidades na prestação da atenção à saúde dos povos indígenas no Ministério da Saúde e regulamentação dos Incentivos de Atenção Básica e Especializada aos Povos Indígenas.

Portaria nº 2.759/GM, de 25/10/2007 – Estabelece diretrizes gerais para a Política de Atenção Integral à Saúde Mental das populações indígenas e cria o comitê gestor.

Portaria nº 14/GM, de 08/10/2008 – Dispõe sobre a criação do Grupo de Trabalho Tripartite para o monitoramento da implantação e implementação das disposições previstas na Portaria nº 2.656/GM, de 17 de outubro de 2007.

- **Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Renal**

Portaria nº 1.168/GM, de 15/06/2004 – Institui a Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Renal, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

Portaria nº 432/SAS, de 06/06/2006 – Determinar que as Secretarias de Estado da Saúde adotem as providências necessárias para organizar e implantar as Redes Estaduais de Assistência em Nefrologia na alta complexidade.

- **Política Nacional de Atenção Cardiovascular de Alta Complexidade**

Portaria nº 1.169/GM, de 15/06/2004 – Institui a Política Nacional de Atenção Cardiovascular de Alta Complexidade, e dá outras providências.

Portaria nº 210/SAS, 15/06/2004 – Definir Unidades de Assistência em Alta Complexidade Cardiovascular e os Centros de Referência em Alta Complexidade Cardiovascular e suas aptidões e qualidades.

- **Política Nacional de Atenção em Oftalmologia**

Portaria nº 866/GM, de 09/05/2002 – Organização e implantação de Redes Estaduais de Assistência em Oftalmologia.

Portaria nº 867/GM, de 09/05/2002 – Programa de Assistência aos Portadores de Glaucoma.

Portaria nº 338/SAS, de 17/05/2002 – Glaucoma.

Portaria nº 339/SAS, de 05/06/2002 – Centros de Referência em Oftalmologia.

- **Projeto Olhar Brasil**

Portaria Normativa Interministerial MEC/MS nº 15, de 24/04/2007 – Institui o Projeto Olhar Brasil, que tem como objetivo identificar e corrigir problemas visuais relacionados à refração, visando reduzir as taxas de evasão escolar e facilitar o acesso da população idosa à consulta oftalmológica e aquisição de óculos.

Portaria Interministerial MEC/MS nº 140, de 23/01/2008 – Altera a redação do § 2º do art. 1º da Portaria Interministerial MEC/MS nº 15, de 24/04/2007 (a execução do projeto ocorrerá de for-

ma progressiva, durante o período de três anos, a partir de janeiro de 2008).

Portaria nº 33/SAS, de 23/01/2008 – Define os objetivos específicos para o Projeto Olhar Brasil.

- **Serviços de Atenção à Saúde Auditiva**

Portaria nº 2.073/GM, de 28/11/2004 – Institui a Política Nacional de Atenção à Manual de Atuação Funcional do Ministério Público Saúde Auditiva.

Portaria nº 587/SAS, de 07/10/2004 – Determina a organização e a implantação de Redes Estaduais de Atenção à Saúde Auditiva.

Portaria nº 589/SAS, de 08/10/2004 – Trata dos mecanismos para operacionalização dos procedimentos de atenção à saúde auditiva no SUS.

Lei nº 11.291, de 26/04/2006 – Dispõe sobre a inclusão nos locais indicados de aviso alertando sobre os malefícios resultantes do uso de equipamentos de som em potência superior a 85 decibéis, acarretando ao infrator as sanções e as penalidades previstas na Lei nº 8.078, de 11/09/1990.

Portaria nº 308/SAS, de 10/05/2007 – Altera o Anexo II da Portaria nº 589/SAS, de 08/10/2004.

Decreto nº 6.215, de 26/09/2007 – Estabelece o compromisso pela inclusão das Pessoas com Deficiência e entre suas diretrizes, no seu art. 2º, II, ampliar o acesso das pessoas com deficiência à política de concessão de órteses e próteses.

Portaria nº 389/GM, de 03/03/2008 – Redefine os Serviços de Atenção à Saúde Auditiva e os limites físicos e financeiros dos Estados, DF e Municípios.

- **Dengue**

Portaria nº 044/GM, de 03/01/2002 – Definir as atribuições do Agente Comunitário de Saúde – ACS – na prevenção e no controle da malária e da dengue.

Portaria nº 29/SVS, de 11/07/2002 – Define parâmetro que caracteriza situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor da Dengue.

Portaria nº 5/SVS, de 21/02/2002 – Inclui doenças na relação nacional de notificação compulsória, define doenças de notificação imediata, relação dos resultados laboratoriais que devem ser notificados pelos Laboratórios de Referência Nacional ou Regional e normas para notificação de casos.

Portaria nº 040/SVS, de 25/10/2007 – Definir as atribuições dos consultores do Programa Nacional de Controle da Dengue (PNCD) que atuam nas Secretarias de Estado de Saúde (SES), no apoio e assessoria à implantação dos componentes do Programa.

- **Tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais – OPM do SUS**

Portaria nº 2.848/GM, de 06/11/2007 – Publica tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais – OPM do SUS.

Portaria nº 321/GM, de 08/02/2007 – Institui a tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais do SUS.

Portaria nº 1.541/GM, de 27/06/2007 – Estabelece

a implementação da tabela de procedimento medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais do SUS.

Portaria nº 07/SAS, de 04/01/2008 – Incluir os procedimentos, conforme anexo I desta Portaria, na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS, com vigência a partir da competência janeiro de 2008 (OBS.: contém anexos: I ao XII).

Portaria nº 30/SAS, de 18/01/2008 – Estabelecer, conforme anexo desta Portaria, os procedimentos da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS que permanecerão financiados pelo Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC), até a efetivação do cronograma a ser definido, conforme art. 15 da Portaria nº 204/GM, de 29 de janeiro de 2007.

http://portal.saude.gov.br/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=28510

- **Hospital Amigo da Criança integrante do SUS**
Portaria nº 756/SAS, de 16/12/2004 – Estabelece as normas para o processo de habilitação do Hospital Amigo da Criança integrante do Sistema Único de Saúde (SUS).

Portaria nº 09/SAS, de 10/01/2008 – Alterar a redação do critério nº 8 constante das Normas para o Processo de Habilitação do Hospital Amigo da Criança, integrante do SUS, aprovadas pela Portaria SAS/MS nº 756, de 16 de dezembro de 2004, publicada em 17 de dezembro de 2004, no Diário Oficial da União nº 242, p. 99, que passa a vigorar da seguinte forma:

8. Apresentar taxa de cesarianas conforme o estabelecida pelo Gestor Estadual/Municipal, tendo como referência as regulamentações procedidas do Ministério da Saúde (MS).

8.1 - Os hospitais cujas taxas de cesarianas estão acima das estabelecidas pelo gestor estadual/municipal deverão apresentar redução dessas taxas pelo menos no último ano e comprovar que o hospital está adotando medidas para atingir as taxas estabelecidas.

- **Infecção Hospitalar**

É aquela infecção desenvolvida após a admissão do paciente na unidade de saúde e que se manifesta durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares.

Lei nº 9.431, de 06/01/1997 – Dispõe sobre a obrigatoriedade dos hospitais manterem um Programa de Controle de Infecções Hospitalares (PCIH) e criarem uma Comissão de Controle de Infecções Hospitalares (CCHH) para execução deste controle.
Portaria nº 2.616/GM, de 12/05/1998 – expedir, na forma dos anexos I, II, III, IV e V, diretrizes e normas para a prevenção e controle das infecções hospitalares.

Lei nº 9.782, de 1999 – Criação da ANVISA.

Resolução RDC nº 48/ANVISA, de 02/06/2000 – Aprova o Roteiro de Inspeção do Programa de Controle de Infecção Hospitalar, anexo a esta Resolução.

Sistema Nacional de Informação para o Controle de Infecções em Serviços de Saúde (Sinais) é um programa gratuito desenvolvido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para – em tempo real – obter de forma fácil, ágil e padronizada os indicadores de infecção nos serviços de saúde, alimentando um banco de dados nacional, que será acessível a Municípios, Estados e governo federal.

- **Arquitetura e engenharia em saúde**

Nesta seção estão disponíveis os regulamentos técnicos, as portarias e as resoluções elaboradas pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa, pertinentes à elaboração e à análise de projetos de edifícios de saúde.

Resolução - RDC nº 306, de 07/12/2004 – Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde.

Resolução – RDC nº 189, de 18/07/2003

Todos projetos de arquitetura de estabelecimentos de saúde públicos e privados devem ser avaliados e aprovados pelas vigilâncias sanitárias estaduais ou municipais previamente ao início da obra a que se referem os projetos.

Resolução – RDC nº 33, de 25/02/2003 Revogada e substituída pela Resolução – RDC nº 306, de 07/02/2004 – Aprova o Regulamento Técnico para o Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde.

- **Diretrizes Gerais**

Resolução – RE nº 9, de 16 de janeiro de 2003 – Orientação técnica revisada contendo padrões referenciais de qualidade de ar interior em ambientes de uso público e coletivo, climatizados artificialmente. A Resolução recomenda o índice máximo de poluentes de contaminação biológica e química, além de parâmetros físicos do ar interior. A resolução prevê ainda métodos analíticos e recomendações para controle e correção, caso os padrões de ar forem considerados regulares ou ruins.

Resolução – RDC nº 307, de 14/11/2002 – Retificou a Resolução - RDC nº 50, de 21/02/2002.

As considerações da Resolução - RDC nº 50, de 21 de fevereiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º O Regulamento Técnico contido na Resolução - RDC nº 50, de 21 de fevereiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação: [...]”.

Resolução – RDC nº 50, de 21/02/2002 (PDF Alterada pela Resolução - RDC nº 189, de 18/07/2003

Atualizada pela Resolução – RDC nº 307, de 14/11/2002 – Substitui a Portaria MS nº 1.884, de 11/11/1994 – Dispõe sobre o Regulamento Técnico para planejamento, programação, elaboração e avaliação de projetos físicos de estabelecimentos assistenciais de saúde.

Normas para projetos físicos de estabelecimentos assistenciais de saúde Normaliza a elaboração de projetos físicos de Estabelecimentos Assistenciais de Saúde (EAS). Apresenta orientações aos planejadores, projetistas e avaliadores de estabelecimentos de saúde. Cada EAS construído ou reformado deve-

rá estar em consonância com as definições e informações contidas neste documento, independente de ser um estabelecimento público ou privado.)

Arquivo atualizado em 22/07/2003

Portaria MS nº 1.884, de 11/11/1994

Revogada pela GABIN MS nº 554, de 19/03/2002.

Resolução RE nº 176, de 24/10/2000

Substituída pela Resolução RE nº 9, de 16/01/2003.

Orientação técnica contendo padrões referenciais de qualidade de ar interior em ambientes de uso público e coletivo, climatizados artificialmente. A Resolução recomenda o índice máximo de poluentes de contaminação biológica e química, além de parâmetros físicos do ar interior. A resolução prevê ainda métodos analíticos e recomendações para controle e correção, caso os padrões de ar forem considerados regulares ou ruins.

Portaria Interministerial nº 482, de 16/04/1999 – Regulamento técnico contendo disposições sobre o funcionamento e instalação de unidades de esterilização por óxido de etileno e de suas misturas, bem como estabelece as ações de inspeção sob responsabilidade do Ministério da Saúde e Ministério do Trabalho e Emprego.

Portaria MS nº 3.523, de 28/08/1998 – Regulamento técnico contendo medidas básicas referentes aos procedimentos de verificação visual do estado de limpeza, remoção de sujidades por métodos físicos e manutenção do estado de integridade e eficiência dos componentes dos sistemas de climatização, para garantir a qualidade do ar de interiores e prevenção de riscos Manual de Atuação Funcional do Ministério Público à saúde aos ocupantes de ambientes climatizados.

Obs.:

GM Gabinete do Ministro (da Saúde)

As Portarias do Ministério da Saúde podem ser encontradas nos seguintes endereços:

[http://dtrs2001.saude.gov.br/sas\(Portarias-GM\)](http://dtrs2001.saude.gov.br/sas(Portarias-GM)) ou www.in.gov.br/imprensa/in (pesquisa nos jornais oficiais, diariamente).

A Constituição Federal e as leis federais atualizadas: www.presidencia.gov.br

Ministério da Saúde: www.saude.gov.br

Conselho Nacional de Saúde: <http://conselho.saude.gov.br>

2.15 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina Geral

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Curso de Direito Sanitário**: a proteção do Direito à Saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ASSIS, Araken de, SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos (Org.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Sa-pucaia do Sul: Notadez, 2007.

BARROS, Wellington Pacheco (Coord.). **Elementos de direito à saúde**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2006.

BERLINGUER, Giovanni. **Medicina e saúde**. São Paulo: Hucitec, 1996.

COSTA, Albertina de Oliveira (Org.). **Direitos tardios**: saúde, sexualidade e reprodução na América Latina. São Paulo: PRODIR/FCC, 1997.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito Sanitário na Constituição brasileira de 1988**: normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: OPAS, 1994.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova Disciplina: O Direito Sanitário. **Revista Saúde Pública**, 22(4), p. 327-334. 1988.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde** – Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LACAZ, Francisco Antonio de Castro. Trabalho, saúde e ambiente. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, v.3, n.9, p.75-82. jan./mar. 2007.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Manual do Curador da Saúde. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2004.

NIGRE, André Luis; TEIXEIRA DE ALMEIDA, Álvaro Henrique (coords.). **Direito e Medicina**, um estudo interdisciplinar. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

ROSEN, George. **Uma história de saúde pública**. Trad. Marcos Fernandes da Silva. São Paulo: UNESP, 1994.

SCHWARTT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003b.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLiar, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.

Assistência Farmacêutica

BARROS, José Augusto Cabral de. **Políticas Farmacêuticas**: a serviço dos interesses da saúde? Brasília. Unesco: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2004.

BARTOLO, Alice Teixeira; CUNHA, Bruno Almeida. **Assistência Farmacêutica**: Lei nº 5.991/73 anotada e comentada. São Paulo: Atheneu, 1989.

BASSO, Maristela. et al. **Direitos de propriedade intelectual & saúde pública: o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil.** São Paulo: IDCID, 2007.

BONFIM J. R. A; MERCUCCI V. L. **A construção da política de medicamentos.** Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos. São Paulo: Hucitec, 1997.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Audiência Pública: assistência farmacêutica no âmbito do SUS. Brasília: Senado Federal, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Assistência farmacêutica no SUS. Brasília: Conass, 2007.

ESHER, Ângela; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepe-da; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. (Orgs.). **Acesso a medicamentos: derecho fundamental, papel del Estado.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.

LAPORTE, Joan Ramon et.al. **Epidemiologia do medicamento.** São Paulo: Hucitec, 1989.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Suely Gandolfi. A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. **Revista de direito sanitário: Journal of health law**, v. 6, p. 10-15, 2006.

NEIVA, Paula. Estamos tomando remédio demais? **Veja**, v. 38, n.5, p. 62-77, 2 fev. 2005.

POZETTI, Gilberto Luiz. **Assistência farmacêutica.** 2 ed. Araraquara: CRF-8, 1988.

SOUZA, Fernando Alves de. Remédio de Graça. **Consulex: revista jurídica**, v. 11, n. 259, p. 54-58, out. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Indústria farmacêutica e regulação. O caso dos medicamentos similares. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 2, n. 5, 2004. p. 29-41, jan./mar.

Biodireito/Bioética

BARCHFONTEINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo. **Problemas atuais de Bioética.** São Paulo: Loyola, 1991.

COSTA, Sérgio Ibiapina F.; GARRAFA, Volnei (orgs.). **A Bioética no século XXI.** Brasília: UnB, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

GERRA, Arthur Magno Silva e (coord.). **Biodireito e bioética: uma introdução crítica.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

JOTA, Rossini Lopes. Fertilização assistida – Considerações a respeito da inseminação artificial com sêmen do marido ou companheiro, na viúva ou companheira, após a morte de depositante. Consequências jurídicas. **Revista de Direito Privado**, n. 7, p. 128-137, jul./set. 2001.

LUZ, Dioclésio; PINHEIRO, Sebastião. **Ladrões de natureza - Uma reflexão sobre a biotecnologia e o futuro do planeta.** Fundação Jquirá Candiru, 1998.

MENDES, Antonio Carlos Mendes. et al. Bioética e Direito. **Bioética**, v. 4, n. 1, p. 107-112, 1996.

Controle social na Saúde Pública

BÓGUS, Maria Cláudia. **Participação popular em saúde formação política e desenvolvimento.** São Paulo: Annablume Fapesp, 1998.

BRASIL. Ministério da Saúde. **A prática do controle social: conselhos de saúde e financiamento do SUS.** Brasília: MS, 2000.

BRASIL. Ministério da Saúde. Coletânea de comunicação e informação em saúde para o exercício do controle social. Brasília: Ministério da Saúde, Conselho Nacional da Saúde, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Guia de referência para criação e organização de conselho de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 1994.

KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NASCIMENTO, Paulo Roberto do. **Espaços de deliberação democrática no SUS e discussão sobre a universalidade de direitos.** Tese (Doutorado) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Elizabeth M. de. et al. **Prevenir e curar: o controle social através dos serviços de saúde.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PETRIS, Airton José. et al. Controle Social em Saúde. In: ANDRADE, Selma Maffei de. et al. (orgs). **Bases da Saúde Coletiva.** Londrina: UEL, 2001. p. 93-109.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. A presença da mulher no controle social das políticas de saúde: anais da capacitação de multiplicadoras em controle social das políticas de saúde. Belo Horizonte: Mazza, 2003.

SIQUEIRA, Cláudia. O município e a saúde: reflexões sobre as balizas impostas pelo ordenamento jurídico vigente para a atuação do poder público local. **Revista de Administração Municipal**, v. 48, n. 243, p. 12-16, set./out. 2003.

WOLMER, Luiz Geraldo Santos. Disponibilidade e uso de informações para Controle Social: o caso do direito sanitário III di Recife. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 37, n. 107, p. 83-94, jan./dez. 2006.

Crimes contra a Saúde Pública

BARBOSA, Carlos Cezar. Crimes contra a saúde pública e contra as relações de consumo: atacadista de gêneros alimentícios; depósito e venda ao comércio varejista de produtos deteriorados, adulterados, corrompidos e com prazo de validade vencido; caracterização de dano moral difuso. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 38, abr./jun. p. 231-243, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a Saúde Pública. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: MS, 2003c. p.113-124 (PGR).

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Aborto na rede hospitalar pública**: o estado financiando o crime. Anápolis: Múltipla, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral; parte especial. São Paulo: RT, 2007.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Crimes contra a saúde pública: Lei nº 9.677/98 e Lei nº 9.695/98. **Revista da ADPESC**, n. 3, p. 48-69, jan./jun. 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Novas considerações quanto à proteção penal da saúde pública. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, p. 190-196, jan./jun. 2004.

WALDOW, Carla Liliane; PRADO, Robervani Pierin. O conteúdo do bem jurídico nos crimes contra a saúde pública, especialmente em matéria de fraude alimentar. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) **Direito penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

ZANELATO, Marco Antonio. A iniciativa exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública e o recurso de ofício nos crimes contra a economia popular e saúde pública. **Revista de direito do consumidor**. n. 13, jan./mar., 1995.

DIREITO SANITÁRIO INTERNACIONAL

BRASIL. Ministério da Saúde - VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Direito Internacional Sanitário**. Brasília: MS, 2003, v. 1, p. 261-299.

ETTORE, Jorio. **Diritto sanitario**. Milano: Giuffrè, 2005.

FONSECA, Valéria Simões Lira da. **O direito internacional face à saúde e às moléstias transmissíveis**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989. 156p.

MENUCCI, Daniel Lins. O regulamento sanitário internacional (2005) e a vigilância em saúde. **Revista de direito sanitário**: Journal of health law, 7, n. 1/3, p. 54-87 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO. Normas internacionais para medidas fitosanitárias: directrices para la vigilancia. Roma: FAO, 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Informe mundial sobre el conocimiento orientado a mejorar la salud: fortalecimiento de los sistemas sanitarios: resumen. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Regulamento Sanitário internacional (2005). Ginebra: OMS, 2006.

SOARES, Guido. O Direito Internacional Sanitário e seus Temas: Apresentação de sua Incômoda Vizinhaça. **Revista de direito sanitário**: Journal of health law, v. 1. n. 1, p. 49-88, nov. 2000.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPE, 2003.

Direitos de Personalidade

BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, Liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplantes). São Paulo: RT, 1986.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**: o direito à vida e à integridade física, o direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver, o direito à liberdade, o direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo), o direito à identidade pessoal (o direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal), o direito moral do autor. 1 ed. Campinas: Romana, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. In: CORRÊA, Elidia Ap., GIACOIA, Gilberto, CONRADO, Marcelo. (Coord.). **Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2006.

FARINA, Roberto. **Transexualismo**. São Paulo: Novalunar. [s.d.]

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: RT, 1972.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. **Aspectos jurídicos do transexualismo**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1997. p. 51.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.

Direitos do Paciente

CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. Direitos do paciente. In: SALAZAR, Andréa et al. **Planos de Saúde**. São Paulo: Globo, 2002 (cidadania).

GAUDERER, Christian. **Os direitos do paciente**: guia de cidadania na saúde. Rio de Janeiro: DP&A, 1998.

SPAGNOL, Rosângela Paiva. Os direitos do portador de câncer no estado de direito: uma questão de cidadania. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 8, n. 90, p. 61-64, jun. 2007.

Direitos Humanos

AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira. Direitos Humanos e direito à saúde. **Unijus**: revista jurídica, v. 10, n. 12, p. 151-174, maio 2007.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? In: **Revista de Direito Constitucional e internacional**, v. 11, n. 42, p. 252-257, jan./mar. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.) **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant'Anna de. Direito à saúde: direito social ou direito fundamental? Implicações éticas da definição. **Debates em direito público**: Revista de Direito dos Advogados da União, v. 3, n. 3, p. 150-160, out. 2004.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. O critério censitário para acesso a direitos humanos: acesso à saúde no estado democrático de direito. **De Jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 6, p. 353-372, jan./jun. 2006.

Doação de órgãos/transplantes

BORTOLOTTI, Marcelo. O corpo à venda. **Veja**, v. 40, n. 20, p. 108, maio 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação brasileira sobre doação de órgãos humanos: lei n. 9.434, de 04 de fev de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e legislação correlata. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

CICCONE, Lino. **Bioética e transplante de órgãos**. Bauru: Edusc, 1999.

ESTEVES, Luciana Batista. (In)disponibilidade da vida?. **Revista de Direito Privado**, n. 24, p. 89-111, out./dez. 2005.

FIRMEZA, Felipe. Vida nova: transplante de órgãos e a real necessidade de autorização para sua realização. **Justilex**. v. 6, n.70, out. 2007. p. 56-58

GAUER, Ruth Maria Chittó; MARINHO JUNIOR, Inezil; GAUER, Gabriel José Chittó. Entre a autonomia pessoal e a proteção estatal: sobre a vedação da comercialização de órgãos humanos e os limites à livre disposição do bem jurídico penal individual no direito brasileiro. **Revista da Ajuris**: doutrina e jurisprudência, v. 34, n. 106, p223-241, jun. 2007.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplante de órgãos e tecidos e direitos de personalidade**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

LIMA, Lucas Rister de S. O direito à burla na fila para transplante de órgãos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, v.1, n.175, p. 17-19, jun. 2007.

MARIA RIOPÉREZ, Pablo. **El jurista ante el trasplante de órganos humanos: régimen jurídico-administrativo**. Granada: Universidad de Granada, 2006.

MOURA, Elizabeth Maria de. Eutanásia, ortonásia e doação de órgãos. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 15, n. 58, p. 39-50, jan./mar. 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da lei federal n. 9434/97 e da constituição federal. **Direito civil constitucional: cadernos 1**, São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 213-253.

PEDRA, Adriano Sant'ana. Transplante de órgãos e o biodireito constitucional. **Revista de Direito constitucional e internacional**, v. 15, n. 61, p. 7-24, out./dez. 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9434, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/01. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SADALA, Maria Lúcia Araújo. **Doação de órgãos**: a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores. São Paulo: Unesp, 2004.

SÉGUIN, Elida. Transplantes de órgãos e membros doadores e receptores. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, KOSOVSKI, Éster. (Orgs.) **Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 151-172.

VITA, Wagner Luiz de Souza. A questão dos transplantes e suas interfaces. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, v. 2, n. 22, p. 69-78, out. 2001.

Epidemiologia

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. **Epidemiologia e emancipação**. São Paulo: Hucitec, 1995.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Guia de Vigilância Epidemiológica**. Brasília: MS, Departamento de Vigilância Epidemiológica, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Manual integrado de vigilância epidemiológica do botulismo**. Secretaria de Vigilância em Saúde. Brasília: MS, 2006.

COIMBRA JR., Carlos E. A.; SANTOS, Ricardo Ventura; ESCOBAR, Ana Lúcia (org.). **Epidemiologia e saúde dos povos indígenas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

DEVER, Alan G. E. **A epidemiologia na administração dos serviços de saúde**. São Paulo, Livraria Pioneira, 1988.

DRUMMOND JR., Marcos. **Epidemiologia nos municípios: muito além das normas**. São Paulo: Hucitec, 2003.

DUARTE, Carmen. et al. **Epidemiologia das desigualdades em saúde no Brasil: um estudo exploratório**. Brasília: OPAS, 2002.

FORATINI, E.P. **Epidemiologia Geral**. 2 ed. São Paulo: Artes Médicas, 1996.

MOTA, Eduardo; CARVALHO, Déa Mara T. Sistemas de Informação em Saúde. In: ROUQUAYROL, M.Z.;

ALMEIDA FILHO, N. A. **Epidemiologia e Saúde**. 6 ed. Rio de Janeiro: Medsi, 2003.

PEREIRA, Maurício Gomes. **Epidemiologia: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Guanabara-Loogan, 2000.

VERAS, Renato Peixoto et al (org.). **Epidemiologia: contextos e pluralidade**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

WALDMAN, E. **Vigilância epidemiológica como prática de Saúde Pública**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública da USP, Departamento de Epidemiologia, São Paulo, 1991.

Financiamento

ABREU, Ricardo Vidal. Financiamento da saúde pública no Brasil: a situação atual e o impacto da vinculação constitucional de recursos (EC 29/2000). **Res pública: revista de políticas públicas e gestão governamental**, v. 3, n. 5, p. 59-85, nov. 2004.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. O financiamento da saúde. **Revista de direito sanitário: Journal of health law**, v. 4, n. 1, p. 60-62, mar. 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. O financiamento da saúde. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Diretrizes operacionais dos pactos pela vida, em defesa do SUS e de gestão. Brasília: MS, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fluxos de recursos financeiros para a pesquisa e desenvolvimento em saúde no Brasil: 2000 – 2002. Brasília: MS, 2006.

COSTA, Ricardo César da Rocha. Descentralização, Financiamento e Regulação: A Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil Durante a Década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, n. 18, p.49-71, jun. 2002.

CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz e. Tratamento médico e bloqueio de contas públicas. **Revista IOB de Direito Administrativo**, v. 1, n. 4, p. 216-223, abr. 2006.

CUNHA, Fernando Henrique. PPP: saída para a saúde pública. **L&C: Revista de Administração Pública e Política**, v. 10, n. 104, p. 42, fev. 2007.

FALEIROS, Vicente de Paula. Prioridade versus escassez de recursos em saúde. **Bioética**, v. 5, n. 1, p. 35-40, 1997.

LAZZARI, João Batista. **Fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde**. São Paulo: LTr, 2003.

MARQUES, Rosa Maria. **O financiamento do sistema público de saúde brasileiro**. Santiago: Cepal, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza. Serviços de saúde. Relevância pública independente do regime de prestação. Participação da iniciativa privada em caráter complementar ao SUS. Direito à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e/ou convênios celebrados com a administração. Reajuste e recomposição de preços. Exigência constitucional e da legislação ordinária para que os valores repassados reflitam os impactos da inflação e do aperfeiçoamento tecnológico dos procedimentos: parecer. **Revista IOB de direito administrativo**, v. 2, n. 14, p. 100-117, fev. 2007.

MIRANDA FILHO, Aloysio Meirelles de. A saúde pública e o seu financiamento. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo. v. 3, n. 12, p. 202-9, jul./set. 1995.

Patentes

ARANHA, Márcio Iorio; PICARELLI, Márcia Flávia Santini (org.). **Política de patentes em saúde humana**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 192-253.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. **Patentes farmacêuticas e acesso a medicamento**. São Paulo: Atlas, 2007

GUISE, Mônica Steffen. **Comércio Internacional, patentes e saúde pública**. Curitiba: Juruá, 2007.

PROVEDEL, Letícia. A interferência da Anvisa nos direitos de propriedade industrial e farmacêutica: Comentários à resolução nº 351. **Revista da ABPI**, p. 61-64, maio/jun. 2006.

Responsabilidade profissional

ARRUDA JUNIOR, Antônio Carlos Metteis de. **Responsabilidade civil pela venda de medicamentos sujeitos à prescrição médica**. São Paulo: Método, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: RT, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil; teoria & prática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Fabrício Veiga. **Bioética: a responsabilidade penal do médico no comércio de órgãos humanos**. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 29, n. 1/2, p. 259-301, dez. 2000.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 81-91, out./dez. 2002.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Responsabilidade Médico-Hospitalar em face do Direito do Consumidor. **Revista de Direito Privado**, n. 11, p. 128-140, abr./jun. 2002.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos da personalidade. **Revista de Direito Privado**, n. 9, p. 119-141, jan./mar. 2002.

Saúde complementar

BAHIA, Ligia. Planos e seguros de saúde: padrões e mudanças nas relações entre o público e o privado no Brasil. **Tese de Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública**. Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 1999.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. Curitiba: Juruá, 2004.

Saúde mental

AMARAL, Marcela C. Martins. Saúde mental e cidadania no Brasil: reforma psiquiátrica e emancipação. **Revista dos Procuradores da República**. v. 1, n. 2, p. 21-23, set. 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde mental e economia solidária: inclusão pelo trabalho**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRUNETTA, Cíntia Menezes. O direito das pessoas portadoras de transtornos mentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 835, p. 59-72, maio 2005.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direito e saúde mental. **Revista de Direitos Difusos**, v. 4, n. 19, p. 2245-2552, maio/jun. 2003.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direitos Humanos e saúde mental. In: SUANNES, Aduino Alonzo Silveira et al. **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 151-162.

COHEN, Cláudio; FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marco (org.). **Saúde Mental, crime e justiça**. Campinas: Edusp, 2006.

FIGUEIREDO, Ana Cristina; SILVA FILHO, João Ferreira da. **Ética e saúde mental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2001.

FONTENELLE, Jaqueline. A Experiência do Instituto de Saúde Mental. In: PITTA, Ana (org.). **Reabilitação Psicossocial no Brasil**. São Paulo: Hucitec, 1996.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira (org.). **Saúde Mental e o direito: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho**. São Paulo: Método, 2004.

MELLO, Marcelo Feijó; MELLO, Andréa de Abreu; KOHN, Robert (org.). **Epidemiologia da saúde mental no Brasil**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

REIS, Selma Negrão Pereira dos. Saúde mental e atuação do Ministério Público: notas sobre a inclusão das pessoas portadoras de transtorno mental e a defesa de seus direitos. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos. (Coord). **Questão de direito civil e o novo código**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2004. p. 438-477.

SANTOS, Nelson Garcia. **Do hospício à comunidade: políticas públicas de saúde mental**. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, 1994.

SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (org.). **A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001.

SARRACENO, Benedetto. **Psiquiatria e saúde mental – Libertando Identidades**. Rio de Janeiro: Te Corá /Instituto Franco Basaglia, 1999. p. 143-159.

SUS

ACIOLE, Giovanni Gurgel. **A saúde no Brasil: cartografias do público e do privado**. Sindicato dos Médicos de Campinas e Região. Campinas: Hucitec, 2006.

AMORIM, Maria Cristina Sanches, PERILLO, Eduardo Bueno da, (org.). **Para entender a saúde no Brasil**. São Paulo: LCTE, 2006.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. O direito sanitário no federalismo brasileiro: da legalidade da edição de normas sanitárias pelas diversas esferas de poder e a inexistência de conflito entre elas. **Revista de direito sanitário: Journal of health law**, v. 7, n. 1/3, p. 88-110, 2006.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Aspectos históricos e normativos da política pública de saúde no Brasil. **FMU Direito: revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo**, v. 20, n. 28, p. 126-135, 2006.

BERCOVICI, Gilbert. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de direito sanitário: Journal of health law**, n. 1, p. 13-28, mar. 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Saúde para todos: orientações sobre os seus direitos e garantias. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de publicações, 2006.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. 100 anos de saúde pública: a visão da Funasa. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Direito sanitário e saúde pública. Brasília: MS: Síntese, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Normas Gerais sobre saúde: cabimento e limitações. In: **Programa nacional de controle de Dengue: Amparo Legal à execução das ações de campo**. Brasília, Funasa/Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. Questões Atuais de Direito Sanitário. Brasília: MS, 2006.

CAMPOS, Sandra Lúcia Furquim de. **A Responsabilidade na Gestão da Saúde Pública**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Saúde Pública da USP, São Paulo, 2006.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **SUS Sistema Único de Saúde**, Comentários à Lei Orgânica da Saúde Lei nº 8.080/90 e nº 8.142/90. 4 ed. Campinas: Unicamp, 2006.

CASTRO, José Nilo de. Responsabilidade do município e execução da política pública de saúde. **Revista brasileira de direito municipal: RBDM**, v. 7, n. 20, p. 11-23, 2006.

COHN, A et al. **A Saúde como Directo e como Serviço**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira. A realidade da saúde no Brasil. **L&C: Revista de Administração Pública e Política**, v. 9, n.99, p. 31, set. 2006.

CRUZ, José Francisco das Graças. **Assistência à Saúde no Brasil**: evolução e o sistema único de saúde. Pelotas: EDUCAT, 1998.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde**: evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Sanitário aplicado às áreas contaminadas. **Revista de direito sanitário**: Journal of health law, v. 7, n. 1/3, p. 44-53, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? **São Paulo em Perspectiva**, v. 16, n.2, p. 53-63, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DIAS, Hélio Pereira. **A responsabilidade pela saúde: aspectos jurídicos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

DIAS, Hélio Pereira. **Direitos e Obrigações em Saúde**. Brasília: ANVISA, 2002.

DIAS, Hélio Pereira. **Flagrantes do Ordenamento Jurídico-Sanitário**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2000.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Especialização a Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Brasília, UnB, 2002.

FAMURS. Guia do administrador municipal: orientações e procedimentos para uma gestão eficiente. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2001.

FANUCK, Lia. Justiça na Saúde: Quem Age na Defesa do Povo? **Saúde em Debate**, n.19, p.12-14, 1987.

GANDRA, Edmundo. O que chamamos de saúde coletiva atualmente? We call collective health currently? **Revista de direito sanitário**: Journal of health law. v. 5, n. 2, p. 43-63, jul. 2004.

GUERRIERO, Iara Coelho Zito. **Aspectos éticos das pesquisas qualitativas em saúde**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

IYDA, Manako. **Cem anos de saúde pública**: a cidadania negada. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1994.

KIYAMA, Pâmela Sumi. Gastroplastia: acesso à saúde garantido somente através do poder judiciário? **Revista de direito social**, v. 7, n. 26, p. 105-115, abr./jun. 2007.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias: uma análise de EC 51 e da Lei nº 11.350, de 2006. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF**: IDAF, v. 6, n. 65, p. 433-444, dez. 2006.

MALIK, Ana Maria. Quem é o responsável pela qualidade na saúde? **Revista de administração pública**, v. 39, n. 2, p. 351-364, mar./abr. 2005.

MAUÉS, A.G.M.; SIMÕES, S. A. de Souza. Direito Público Sanitário Constitucional. In **Curso de Direito Público Sanitário Constitucional**. Publicado no Curso de Extensão a distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Ministério da Saúde, 2002. p. 46 -47.

MELO, Adriana Zawada. Desafios da implementação do direito fundamental à saúde no Brasil. **Revista Mestrado em Direito**, Unifieo, v. 6, n.2, p. 55-82, jul./dez. 2006.

MENDONÇA, Antonio Penteadó. Pensando a saúde pública brasileira. **L&C: Revista de Administração Pública e Política**, v. 10, n. 103, p. 31, jan. 2007.

MORAES, Décio Monteiro. Direito à saúde da criança: incumbência do poder público, intervenção do Ministério Público e o papel do poder judiciário. **De Jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 7, p. 406-411, jul./dez. 2006.

NOGUEIRA, Roberto Passos. As agências reguladoras da saúde e os direitos sociais. **Políticas sociais: acompanhamento e análise**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), n.5, p. 101-105, ago. 2002.

PAGANO, Ana Cláudia de Carvalho. **A saúde pública em face do código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira Pereira. **Direito Sanitário – A Relevância do controle das ações e Serviços de Saúde**. Fórum, 2004.

ROSINHA, Dr. SUS: fique por dentro do Sistema Único de Saúde. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

SANTOS, Lenir. **Conhecendo seus Direitos na Saúde Pública**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS): Campinas. 2006.

SANTOS, Lenir. O círculo vicioso da fraude na saúde. São Paulo: **Boletim Scivesp**. v. 1. 1º trim., 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A terceirização nos serviços de saúde pública. **IOB- Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, São Paulo, n. 6, p. 141-138, mar. 1997.

SOUZA, Mauro Luís Silva de. A responsabilidade do prefeito na concretização do direito fundamental à saúde. **Ciência Jurídica**. v. 21, n. 134, p. 155-257, mar./abr. 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Saúde Pública e Improbidade Administrativa**. v. I - Série E. Legislação de Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Ministério da Saúde. Brasília, 2003. p.125-42.

WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho. (Coord.). **Ação Civil Pública: 20 anos da lei nº 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 507-531.

WEICHERT, Marlon Alberto. **O Sistema Único de Saúde no federalismo brasileiro**. Cadernos de Direito Internacional e constitucional. São Paulo: RT, 2000.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

WESTPHAL, Márcia Faria, ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de. (Org.). **Gestão de serviços de saúde: descentralização; municipalização do SUS**. São Paulo: Edusp, 2001.

Vigilância Sanitária

BRASIL. Ministério da Saúde. Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde. Brasília: MS, 2006.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. **Direito sanitário brasileiro: vigilância sanitária, processo sanitário, infrações sanitárias, taxas sanitárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Responsabilidade de médico-sanitária e AIDS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 7-30, jul./set. 1993.

COSTA, Ediná Alves. **Vigilância Sanitária: proteção e defesa da saúde**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos, 2004.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito Sanitário como campo fundamental para a Vigilância Sanitária. In: MARQUES, M.C.C.; CARVALHO, M.L.; SILVEIRA, D.; CASTRO, P.C de. Ibañez (Org.). **VISA - da gestão ao risco sanitário**. São Carlos: Rima, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Vigilância Sanitária, Direito e Cidadania. In: **Conferência Nacional de Vigilância Sanitária**. Cadernos de Textos. Brasília, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2001, p. 109-127.

DURAN, C. A segurança sanitária num mundo global: os aspectos legais. O Sistema de Segurança Sanitária na França. **Revista de direito sanitário: Journal of health law**, p. 60-78, 2001,

EDUARDO, Maria Bernadete de Paula. **Vigilância sanitária**. São Paulo: Instituto para o Desenvolvimento da Saúde Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1998.

FAGUNDES, Maria José Delgado. A publicidade de alimentos e o direito à saúde – Food publicity and right to health. **Revista de direito sanitário: Journal of health law**, v. 8, n.2, p. 34-53, jul./out. 2007.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Saúde e biossegurança. **Revista de direito e política**, v. 4, n. 12, p. 93-108, jan./jun. 2007.

MUKAI, Toshio. (Coord.). **Saneamento básico: diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROZENFELD, Suely (org.). **Fundamentos da vigilância sanitária**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

SANTOS, Carlos Lopes dos. Riscos químicos e biológicos para a saúde pública relacionados ao reuso de água e o princípio da precaução. **Revista de direito ambiental**, v. 11, n. 43, p. 66-82, jul./set. 2006.

SETA, Marismary Horsth de, PEPE, Vera Lúcia Edais, OLIVEIRA, Gisele O´Dwyer de (org.). **Gestão e Vigilância sanitária: modos atuais do pensar e fazer**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

SOUTO, Ana Cristina. **Saúde e política: a vigilância sanitária no Brasil 1976-1994**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. **Revista de direito sanitário: Journal of health law**, v. 3, n. 2, p. 90-106, jul. 2002.

WALDMAN, Eliseu Alves. **Vigilância em saúde pública**. São Paulo: Instituto para o Desenvolvimento da Saúde Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1998.

3 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO¹¹¹

Promotor de Justiça Geraldo Ferreira da Silva

3.1 - INTRODUÇÃO

A defesa do patrimônio público compreende a adoção das medidas cabíveis pelo membro do Ministério Público, no campo *extrajudicial*, e na área *judicial: cível e criminal*, visando à preservação do erário, à responsabilização dos agentes autores pela prática de atos de improbidade administrativa e ao efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos princípios constitucionais da administração pública e à ordem jurídica considerada como um todo.

O *aparato normativo básico* aplicável inclui: os arts. 37, 127 e 129, III, da Constituição da República Federal Brasileira; a Lei Complementar Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); a Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública); a Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa); Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/2007 (Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o inquérito civil e o procedimento preparatório na área dos interesses difusos e coletivos e institui o Sistema de Registro Único de Inquéritos Cíveis e Procedimento Preparatórios – SRU); Resolução CNMP nº 23/2007 (Regulamenta os arts. 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os arts. 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil); e, ainda, os arts. 312 a 337-A e 359-A a 359-H do Código Penal Brasileiro; a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, aprovada e ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 348/2005.

A *legitimidade do Ministério Público* para a defesa do patrimônio público tem assento constitucional, pois o art. 129, inciso III, da Constituição de República, prevê a *promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*.

Neste passo, reiteradamente o Supremo Tribunal Federal tem utilizado como paradigma o julgamento do Recurso Extraordinário nº 208.790-4 que indica a legitimidade extraordinária do *Parquet* para defesa do patrimônio público:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

¹¹¹ Na 1ª edição desta obra, os autores desta seção foram: Promotor de Justiça Geraldo Ferreira da Silva, Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Promotor de Justiça Daniel de Sá Rodrigues, Promotor de Justiça Paula Ayres Lima Damasceno.

NIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido.

Dessa forma, a Constituição instituiu o Ministério Público como *substituto processual de toda a coletividade, posto que agirá na defesa de um interesse que toca a todos, indistintamente, revestindo, conseqüentemente, a natureza de interesse difuso*.¹¹²

Nesta tarefa no âmbito civil, o Ministério Público terá como principais instrumentos os seguintes diplomas legais: a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Quanto à Lei da Ação Civil Pública (LACP) torna-se indubitável ser um meio idôneo para a defesa de bens e valores do patrimônio público por expressa previsão constitucional (art. 129, inciso III, da CF/88).

Nesta seara,

[...] a amplitude da expressão patrimônio público e social, permite conduzir à interpretação de que tudo aquilo que diga respeito aos interesses da coletividade – seja remotamente, como ocorre com os bens patrimoniais do Estado, seja em sentido estrito, para alcançar aqueles que lhe ensejam diretamente o desfrute [...].¹¹³

Por outro lado, tem-se a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) que dispõe sobre a respectiva ação civil por ato de improbidade administrativa que observa um rito diverso da ação civil pública.

Insta frisar que a titulação da referida ação é motivo de controvérsia doutrinária. Geralmente é utilizado o termo ação civil pública, ação de responsabilidade civil ou *ação civil pública por ato de improbidade administrativa*. Optamos pela última designação, pois desta forma fica evidenciado o procedimento especial em relação à ação civil pública, evitando-se a confusão entre os ritos.¹¹⁴

¹¹² Trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão no RE nº 208.790-4.

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2001. p.23.

¹¹⁴ Segue trecho: “É necessário observar que não há erro em se designar essa demanda também de ação civil pública. Isso porque, originariamente, a expressão ação civil pública era empregada para corresponder a toda e qualquer ação não-penal proposta pelo Ministério Pú-

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa resguarda o patrimônio público por meio de um procedimento especial e sanções específicas, como bem ressalta Francisco Octávio de Almeida Prado:

Seu objeto imediato é a declaração da existência de um ato de improbidade administrativa tipificado em lei. Seu objeto mediato é o ressarcimento do dano, o perdimento de bens, o pagamento de multa civil, a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos ou, ainda, a proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos.¹¹⁵

Por outro lado, na ação civil pública:

Já a ação civil pública regida pela Lei nº 7.347/85 é procedimento especial que tem como objeto imediato o direito à proteção de valores específicos prefigurados pelo legislador, que são, respectivamente, o meio ambiente, os direitos do consumidor, a integridade do patrimônio cultural e natural, outros interesses difusos ou coletivos, bem como a ordem econômica. Seu objeto mediato será a reparação pecuniária, em favor de um fundo especial, ou imposição de obrigação de fazer ou não fazer.

Além desses dois instrumentos jurídicos, o Ministério Público poderá lançar mão de outros, tais como o termo de ajustamento de conduta e a recomendação, que serão analisados adiante.

3.2 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A defesa do patrimônio público na atualidade tem como linha de atuação as seguintes vertentes: a) o combate à improbidade administrativa; b) o ressarcimento ao erário; e c) o respeito aos princípios constitucionais.

Historicamente, a primeira Constituição a prever o seqüestro e o perdimento de bens em razão de enriquecimento ilícito por abuso de cargo ou função pública foi a Carta Magna de 1946 que ensejou a elaboração da Lei Pitombo-Godói (Lei nº 3.164/57).

Passada essa primeira fase, o Congresso Nacional aprovou a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58) que estabelecia medidas de combate ao enriquecimento ilícito na administração pública.

Atualmente, a *Constituição Federal Brasileira*, no art. 37, § 4º, trata sobre a improbidade administrativa, exigindo a edição de lei regulamentadora para se combatê-la:

blico. Nessa linha, toda a ação civil proposta pelo Ministério Público deve ser considerada como ação civil pública. (Manual de Atuação do Ministério Público do Rio Grande do Sul).

¹¹⁵ PRADO, Francisco Otávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.194.

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal determina que os atos de improbidade administrativa importarão: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública; a indisponibilidade dos bens; e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (grifos nossos).

Em atendimento à Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.429/92, estabelecendo as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional e dando outras providências.

A Lei nº 8.429/92 é resultante do Projeto de Lei nº 1.446/91, enviado pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello. Em sua exposição de motivos, o Ministro da Justiça Jarbas Passarinho salientou o combate à corrupção afirmando tratar-se de 'uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda aflige o País.'¹¹⁶

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) prevê três categorias específicas de atos: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); e c) atos de improbidade administrativa que atentam contra princípios da administração pública (art. 11).

Em doutrina, colega do Ministério Público do Estado de Minas Gerais assevera que as grandes inovações trazidas ao ordenamento jurídico nacional pela LIA foram as seguintes:

Tipificar os vários atos de improbidade administrativa; dispensar expressamente a existência ou a comprovação de dano para a punição do agente público e/ou particular que tenha agido em conluio com ele para a prática de atos de improbidade administrativa. O legislador aqui foi mais longe, ou seja, definiu com clareza meridiana que o agente ou terceiro que causarem lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, farão o integral ressarcimento do dano.¹¹⁷

Neste passo, a primeira questão é verificar se os atos (tipos) são *numerus clausus* ou cuida-se de tipologia aberta.

Enfrentando o tema com a maestria que lhe é peculiar, Emerson Garcia preconiza:

Os atos de improbidade administrativa encontram-se descritos nas três seções que compõem o Capítulo II da Lei nº 8.429/92; estando aglutinados

¹¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2006. p.2738.

¹¹⁷ COSTA, Epaminondas da. **Manual do Patrimônio Público: Teoria e Prática**. Inédita, 2000. p.27/28.

em três grupos distintos, conforme o ato importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause lesão ao erário (art. 10) ou tão somente atente contra os princípios da administração pública (art. 11).

Da leitura dos referidos dispositivos legais, depreende-se a coexistência de duas técnicas legislativas: de acordo com a primeira, vislumbrada no *caput* dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na formação de diversos incisos que compõem os arts. 9º, 10 e 11, tratando-se de previsões específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, têm natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio notadamente.¹¹⁸

O legislador optou, ainda, por graduar os atos de improbidade, punindo mais severamente as figuras tipificadas no art. 9º, de forma moderada os tipos do art. 10 e de forma leve as infrações derivadas por ofensa ao art. 11.¹¹⁹

O primeiro gênero de *ato de improbidade administrativa* são os atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º). Neste caso, o agente público obtém dolosamente vantagem patrimonial ilícita em razão do exercício ímprobo de sua função.

O Professor Pazzagliani afirma que para a caracterização do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito exigem-se como requisitos:

1. recebimento de vantagem econômica indevida por agente público, acarretando, ou não, dano ao Erário ou ao patrimônio de entidades públicas ou de entidades privadas de interesse público (no caso de verbas públicas por estas recebidas);
2. vantagem patrimonial decorrente de comportamento ilegal do agente público;
3. ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial pretendida e obtida;

¹¹⁸ GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. **Improbidade Administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p. 249.

¹¹⁹ É preciso lembrar que, em regra, os atos de improbidade podem incidir em mais de um tipo ímprobo, *v.g.*, a ausência de licitação pode se traduzir em ato que importe em enriquecimento ilícito e ao mesmo tempo em descumprimento a preceitos constitucionais que regem a administração pública, *in casu*, o princípio da legalidade. Para equacionar o problema é prudente a utilização, por analogia, de um princípio do Direito Penal, ou seja, o princípio da consunção (o delito menos grave é absorvido pelo delito mais grave, pois aquele é meio para a consecução deste).

4. conexão entre o exercício funcional abusivo do agente público nas entidades indicadas no art. 1º da LIA e a vantagem econômica indevida por ele alcançada para si ou para outrem¹²⁰

Como se observa, o *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/92 traça as características principais dos atos que importam enriquecimento ilícito, enquanto que *seus incisos exemplificam algumas condutas* que se enquadram no referido artigo.

É mister lembrar que nenhuma das condutas listadas admite a modalidade culposa, *devendo, em todos os casos, ser demonstrado o dolo do agente*, pois não é lógico falar em enriquecimento ilícito imprudente ou negligente.

O *Superior Tribunal de Justiça*, no Recurso Especial nº 678.599/MG, frisou o *caráter doloso dos atos que ensejam o enriquecimento ilícito*:

[...] 1. Os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º) normalmente sujeitam o agente a todas as sanções previstas no art. 12, I, pois referidos atos sempre são dolosos e ferem o interesse público, ocupando o mais alto 'degrau' da escala de reprovabilidade. Todos são prejudicados, até mesmo os agentes do ato ímprobo, porque, quer queiram ou não, estão inseridos na sociedade que não respeitam.

Os incisos do referido artigo são exemplificativos, indicando alguma das formas em que se materializará o ato de improbidade administrativa que ensejará o enriquecimento ilícito, *que poderá importar em similitude ou dissonância com os elementos gerais anteriormente referidos*¹²¹ no *caput*. Desta forma, qualquer conduta que não se enquadre nos incisos poderá ser capitulada no *caput* do art. 9º.

O segundo gênero são os *atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário* (art.10). Nesta modalidade, *temos uma ofensa ao aspecto financeiro do patrimônio estatal*.

De acordo Pazzagliani, para a configuração desse tipo de ato ímprobo, os requisitos seriam os seguintes:

- ação ou omissão ilegal do agente público no exercício funcional;
- dano econômico efetivo ao erário;
- ação ou omissão funcional dolosa ou culposa;
- relação de causalidade entre o comportamento funcional ilícito e o efetivo dano patrimonial daí resultante¹²²

¹²⁰ PAZZAGLIANI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2002. p.55.

¹²¹ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2002. p.195.

¹²² Op. Cit., p.73.

Em um primeiro plano, temos a ilegalidade do ato praticado pelo agente público consistente em uma conduta antijurídica por expressar um excesso de poder ou desvio de finalidade.

Outro requisito necessário para o enquadramento da conduta nesse gênero de improbidade administrativa é a existência de responsabilidade subjetiva por parte do agente. Logo, deve o sujeito ativo realizar uma ação ou omissão ilegítima decorrente de dolo ou culpa.

Neste ponto, a *doutrina* discute a *possibilidade da punição a título de culpa*, sendo que o *Superior Tribunal de Justiça* assentou entendimento favorável à questão no Recurso Especial nº 842.428/ES RECURSO ESPECIAL 2006/0068856-1:

[...] 4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos a título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. (2)

O último requisito citado seria o nexo de causalidade entre o comportamento funcional ilícito e o efetivo dano patrimonial resultante, princípio básico de direito que possibilita a imputação do resultado para alguém.

Nesses termos, o Professor Pazzaglini finaliza os comentários a respeito do *caput* do art 10 da LIA:

A técnica legislativa aqui adotada é idêntica à do artigo anterior, que trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Assim, no caput do art.10, conceitua-se a improbidade lesiva ao Erário e seus incisos trazem o elenco das espécies mais frequentes, que em face do advérbio notadamente, como já assinalado, é meramente exemplificativo (e não taxativo).¹²³

Frisamos que a conduta que não se enquadra nos incisos exemplificativos poderá ser capitulada no *caput* do art. 10.

O terceiro gênero são os *atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública* (art.11). Neste quadro, temos uma violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e/ou lealdade às instituições.

Além da violação dos deveres elencados acima, também configurará a improbidade administrativa os atos atentatórios aos princípios da administração pública previstos na Constituição de República em seu art. 37, *caput*, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esse dever de observância dos princípios administrativos também é frisado no art. 4º da LIA que prevê:

¹²³ Op. Cit., p.75.

Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

Lado outro, ao analisarmos sistematicamente a Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se que ao enquadrar o agente na prática de um ato ímprobo que acarreta enriquecimento ilícito ou importe lesão ao erário, haverá, por consequência, uma violação ao princípio da legalidade.

Por esse motivo, Pazzaglini assevera que

o art. 11 constitui soldado de reserva (expressão do saudoso jurista Nelson Hungria), configurando-se pelo resíduo na hipótese da conduta ilegal do agente público não se enquadrar nas duas outras categorias de improbidade.¹²⁴

Ainda sobre o tema:

O artigo em comento é considerado residual em relação aos arts. 9º e 10, o que significa que, sempre que ocorra a improbidade por enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, haverá violação a princípios administrativos. Desta forma, quando não for possível enquadrar o ato de improbidade naquelas duas primeiras modalidades, utiliza-se o art. 11 como regra de reserva. Em outras palavras, qualquer que seja o ato ímprobo perpetrado, haverá violação de princípios administrativos.¹²⁵

Noutro aspecto, *não será qualquer violação ao princípio da legalidade que caracterizará a improbidade administrativa*, pois se fosse assim, qualquer ato praticado por agente público em discordância com a lei implicaria um ato ímprobo.

O *Superior Tribunal de Justiça* estabeleceu que a *má-fé*, neste caso do art. 11, é uma das premissas para que ato ilegal tenha o *status* de improbidade administrativa, conforme julgado do Recurso Especial nº 807.551 / MG RECURSO ESPECIAL 2006/0006443-0:

[...] 3. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoirar de impropas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.(3)

¹²⁴ Op. cit., p.101.

¹²⁵ TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 194.

Como fora asseverado anteriormente, o art. 11 da LIA tem como norte a defesa dos princípios aplicáveis à administração pública, tornando-se interessante uma digressão acerca de seus limites e significações.

As condutas ilícitas, que não se enquadrem nos incisos exemplificativos, poderão ser capitulados no *caput* do art. 11.

O princípio do Estado de Direito cifra-se na legalidade como medida do exercício do poder, ou seja, o exercício do poder deve processar-se mediante processos jurídicos. *É a auto-limitação do Estado perante os direitos subjetivos e a vinculação da atividade da administração à Constituição.*

Assim, o *princípio da legalidade*, no Brasil, significa que os agentes públicos nada podem fazer além do que a lei determina.

Nesse sentido, são as lições do Professor Hely Lopes Meirelles:

Legalidade – A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e à exigência do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

[...]

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que lei autoriza. A lei para o particular significa *pode fazer assim*; para o administrador público significa *deve fazer assim*.¹²⁶

Outro *princípio* de grande valia é o da *moralidade administrativa*, que implica a observância de preceitos éticos pelo administrador, devendo suas ações serem pautadas na honestidade.

Hely Lopes Meirelles comenta que o sistematizador do referido conceito foi Hauriou, sendo salientado que a moral jurídica não se confunde com a moral comum, sendo aquela entendida como “[...] o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina anterior da Administração”¹²⁷

Em seguida o mestre Hely complementa:

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. Já disse o notável Jurista luso – Antônio José Brandão

– que “a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos. À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum”¹²⁸

Neste passo, o princípio da moralidade está servindo como fundamento jurídico para a proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos, conforme entendimento do eminente Ministro do *Supremo Tribunal Federal*, Joaquim Barbosa:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado. (MS 23.780)

Temos, ainda, o *princípio da impessoalidade*. Este mandamento constitucional, contido expressamente no *caput* do art. 37 da Carta da República, impõe a prática do ato para o seu fim legal, que é unicamente aquele que a norma de direito indica, expressa ou virtualmente, como objetivo do ato, de forma impessoal. Dessa forma, não se deve beneficiar um grupo específico e determinado de pessoas.

A respeito deste princípio, são as palavras do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio de impessoalidade

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas

¹²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.87/88.

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.89.

¹²⁸ Op. Cit., p.90.

não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.¹²⁹

Em relação ao *princípio da igualdade*, o preceito constitucional impõe igualdade de tratamento jurídico para pessoas que ostentam situações ou condições igualitárias de direitos ou obrigações.

Na lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Pela igualdade – havida como um dos princípios magnos primários da Constituição Brasileira e de todos os Estados Democráticos desde a Antigüidade – pretende-se enfatizar a ausência de discriminação que desigual o que é igual, criando-se, pela desequiparação fundada em razões pessoais, situações de prejuízos de uns e privilégios de outros.

A igualdade jurídica recria e saneia as diferenças que a desigualdade natural oferece e que poderia comprometer a convivência numa sociedade política. Por isso, reconhece-se a desigualdade natural entre as pessoas, naquilo que, contudo, desimporta para o Direito. A este apenas interessam aquelas diferenças que se referam às finalidades objetivadas no sistema jurídico e que se voltam para o bem de todos os cidadãos. Todas as diferenças pessoais são desconsideradas e vedadas como base de comportamento sociopolítico pelo Direito, quando não sejam objetivamente verificados como pertinentes a uma situação descrita no próprio sistema jurídico-normativo e nele tomado, validamente, como referencial para a distinção.¹³⁰

A *razoabilidade* aparece como o princípio que exige proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a se alcançar.

Enuncia-se, com esse princípio, que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.

José dos Santos Carvalho Filho explica que:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a mera alegação de que não a entendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da se-

paração de funções, que rege a atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais têm emprestado ao controle.¹³¹

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito, de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda.

O *princípio da publicidade* é expressamente protegido na Lei de Improbidade Administrativa, pois o inciso IV do art. 11 reza que consiste violação ao princípio da publicidade: “IV – negar a publicidade aos atos oficiais.”

Como é tratado em vários compêndios de Direito administrativo, os atos praticados por agentes públicos em suas funções devem ser abertos para toda a sociedade para que a mesma possa fiscalizá-los e avaliar a sua adequação aos ditames legais vigentes.

Deve-se observar que o princípio da publicidade desdobra-se em dois aspectos: a) deve ser franqueado à sociedade o acesso aos atos públicos que não estejam resguardados por sigilo e b) os atos praticados pela Administração devem ser públicos e abertos.

Sobre o tema:

O princípio da publicidade consiste em dar conhecimento ou pôr à disposição dos indivíduos informações sobre fatos, decisões, atos ou contratos da Administração Pública, conferindo transparência aos comportamentos dos agentes públicos e segurança jurídica aos membros da Coletividade, quanto a seus direitos.

É menos princípio e mais mecanismo de controle externo e interno da gestão administrativa. Segundo ele, os atos administrativos são públicos e devem ser objeto de ampla publicidade: seja por divulgação na imprensa oficial, na imprensa comum, e/ou em locais públicos; seja pelo fornecimento de informações quando solicitadas, ressalvadas as hipóteses de sigilo, contempladas na Lei Maior, quando imprescindível à defesa da intimidade ou ao interesse social (art. 5º, inciso LX), ou à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII).

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 58.

¹³⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 152.

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.31.

A regra, pois, é a transparência da Administração com a divulgação de seus atos a todos. A dispensa é a exceção, nas situações expressamente previstas em lei, e a publicidade é requisito de eficácia dos atos administrativos que tenham de produzir efeitos externos.

A publicidade, enfim, é o instrumento pelo qual a Administração Pública torna público, dando divulgação à sociedade ou prestando informações aos interessados, todo o conteúdo da atividade administrativa não sigilosa: regulamentos, programas, planos, atos administrativos (de admissão, permissão, licença, autorização, aprovação, dispensa, homologação, visto, lançamento tributário etc.).¹³²

Por fim, temos o *princípio da eficiência*, novidade trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98 da Carta Magna, que tem por escopo a maior produtividade com menor custo, pretende-se evitar o desperdício de dinheiro público e zelar pela prestação de serviço público com presteza e perfeição.

Mas como lembrado pelo Professor José dos Santos Carvalho Filho:

[...] o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agente que devem exercê-las.¹³³

Dessa forma, a violação de princípios afetos à administração pública enseja a configuração do ato de improbidade administrativa, como explicado anteriormente. Além disso, não se pode olvidar a função de controle da atividade estatal a que se prestam os princípios:

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a importância basilar dos princípios é tamanha que a sua violação, a depender do escalão do princípio violado, poderá constituir a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Cumprir acrescentar que diante da nossa piedosa realidade legislativa – principalmente no âmbito municipal –, os princípios garantem a sociedade contra regras jurídicas violadoras do sistema jurídico, destinadas ao atendimento de interesses de grupos políticos e econômicos, na maioria das vezes desvinculadas dos interesses coletivos.

Para a nossa sorte, o Supremo Tribunal Federal vem acatando a autonomia e suficiência dos prin-

cípios como fundamento para suas decisões, não sendo poucas as decisões alicerçadas sobre princípios.¹³⁴

3.3 - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Como mencionado anteriormente, para o combate à improbidade administrativa, na esfera cível, o Ministério Público possui dois instrumentos: a) ação civil pública por ato de improbidade administrativa e b) ação civil pública.

Ocorre que, em certos casos, os atos de improbidade administrativa podem estar prescritos, pois o prazo para apuração destes é muito exíguo (matéria que será tratada adiante). Devido a isto, restará, quando for o caso, o ajuizamento de ação civil pública de ressarcimento ao erário, com base na Lei Federal nº 7.347/85.

Lado outro, a grande vantagem da ação civil pública de ressarcimento ao erário é a sua natureza imprescritível como disposto na Constituição da República (art. 37, § 5º) e endossado pelo colega Emerson Garcia:

Reprisando o que já fora anteriormente dito, é voz corrente que o art. 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.¹³⁵

Fazzio Júnior comunga do mesmo entendimento:

Dessa norma de eficácia contida complementável, desde logo, é possível inferir que é imprescritível a ação de ressarcimento de danos causados ao erário, mercê da ressalva estabelecida em sua parte final. Assim, o prefeito que, mediante ato de improbidade administrativa, carrear danos ao erário não se livrará da ação de ressarcimento, com apoio na prescrição. Claro que, em relação às outras sanções cominadas para as condutas tecidas no art. 10 da LIA, o prazo prescricional incidirá. Tem-se, pois, como conclusão lógica, que a regra prescritiva do quinquênio vale para todas as sanções previstas na LIA, exceto para as ações de ressarcimento de danos.¹³⁶

3.4 - PRESCRIÇÃO

Relativamente à prescrição, temos aquela referente aos atos de improbidade administrativa previstos que são na Lei nº 8.429/92, e aquela referente ao ressarcimento ao erário prevista no art. 37, § 5º, da CF/88.

¹³² PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2001. p.30.

¹³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.24.

¹³⁴ TOURINHO, Rita. **Discrecionalidade Administrativa**. Juruá, 2006. p.59/60.

¹³⁵ Op. Cit., p.421.

¹³⁶ FAZZIO JR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 309.

Inicialmente, vejamos os exatos termos da Lei nº 8.429/92 (LIA) acerca da prescrição:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Diante da norma posta, podemos verificar que a lei prevê *dois prazos prescricionais distintos*, a depender do vínculo do agente com o poder público, se efetivo ou transitório.

Dentre as novidades trazidas pela Constituição Federal de 1988, cumpre destacar a constante do art. 37, § 4º, segundo o qual

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

Com a previsão da improbidade administrativa e o seu rigoroso combate através da utilização de medidas legais que atingem a pessoa do administrador ímprobo, já se percebe significativa modificação em nosso cenário político-administrativo.

Em 2 de junho de 1992, foi publicada a Lei Federal nº 8.429, que regulamentou o art. 37, § 4º, da CF/88, dispondo sobre os atos de improbidade administrativa. Essa lei representa um avanço, dada a sua amplitude voltada a extirpar do âmbito da administração pública não somente aqueles agentes públicos que tenham se enriquecido ilicitamente às custas da função pública, como também aqueles que causam prejuízo ao erário ou violam os princípios norteadores da administração pública.

Determina o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, que *a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízo ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento.*

A Lei nº 8.429/92, por sua vez, determina no art. 23 que *as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:*

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos caso de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Segundo Pontes de Miranda,

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.

Acrescenta que a prescrição não se refere somente à ação, atingindo toda a eficácia da pretensão. Desta forma, o exercício da pretensão ou da ação é limitável, no tempo, pela prescrição.

O que caracteriza a prescrição é que ela não atinge o direito propriamente dito e sim a ação. Desta forma, o direito tem prescrita a ação (ou pretensão) que dele decorre. Vale dizer, então, que o instituto da prescrição foi criado com o propósito de trazer segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas pela possibilidade de propositura de ações por prazos indeterminados.

Concebida e aperfeiçoada como um imperativo de ordem pública, a prescrição é fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada.

Outrossim, *em casos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário*, considerando o dispositivo constitucional supratranscrito, e bem assim o *princípio da indisponibilidade dos bens e direitos da administração pública, não há que se falar em prescrição, já que a imprescritibilidade decorre do texto da própria Constituição da República, muito embora os direitos de natureza patrimonial, como regra geral, exercidos mediante ações condenatórias, estejam sujeitos à prescrição.*

Definido, em linhas gerais, o alcance conceitual da prescrição, podemos voltar ao § 5º do art. 37 da CF/88 que, na sua primeira parte, determina que *a lei deverá fixar o prazo para o exercício da ação que vise responsabilizar os agentes públicos por atos que causem prejuízo ao erário.*

Sendo assim, foi elaborada a Lei nº 8.429/92 (LIA) que estabeleceu no art. 23, anteriormente referido, o *prazo prescricional de cinco anos para o exercício da ação de improbidade administrativa, destinada a dar efeito às sanções previstas naquele diploma legal.* Decorrido esse lapso temporal, não poderá mais ser proposta ação com fundamento na Lei nº 8.429/92, porque estará prescrita.

Lado outro, o prazo para exercício da Ação de Improbidade Administrativa em face de ocupantes de cargo efetivo ou emprego é o mesmo do disposto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Vale dizer que nos casos de funcionário público civil do Estado de Minas Gerais deve observar-se a Lei Estadual nº 869/52, já nos casos de servidores federais necessária a observância da Lei Federal nº 8.112/90.

Vale a pena salientar que, no caso dos *agentes com vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança)*, o prazo prescricional somente fluirá a partir de sua dissolução, conforme entendimento do insigne Emerson Garcia:

[...] tratando-se de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança), a teor do art. 23, I, o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução. Com isto, confere-se aos legitimados um eficaz mecanismo para a apuração dos ilícitos praticados, pois, durante todo o lapso em que os agentes permanecerem vinculados ao Poder Público, ter-se-á a prescrição em estado latente, a depender da implementação de uma condição suspensiva (dissolução do vínculo) para o seu início, o que permitirá uma ampla investigação dos fatos. Entendemos que a prescrição somente começará a fluir a partir do término do exercício do último mandato outorgado ao agente, ainda que o ilícito tenha sido praticado sob a égide de mandato anterior. Em abono dessa conclusão, podem ser elencados os seguintes argumentos: a) o art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 fala em exercício de mandato, o que afasta a possibilidade de se atrelar o lapso prescricional ao exercício do mandato durante o qual tenha sido praticado o ato; b) a reeleição do agente público denota uma continuidade no exercício da função em que se deu a prática do ilícito, o que, apesar da individualidade própria de cada mandato, confere unicidade à sua atividade; c) as situações previstas no art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 tratam de vínculos de natureza temporária, estando o lapso prescricional atrelado à sua cessação, o que somente ocorrerá com o término do último mandato; d) a associação do termo a quo do lapso prescricional à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos, o que reforça a tese de que a prescrição somente deve-se principiar com o afastamento do agente) a sucessão temporal entre os mandatos não pode acarretar a sua separação em compartimentos estanques, pois consubstanciam meros elos de uma corrente ligando os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade.¹³⁷

Logo, como mencionado acima, em caso de *reeleição do ocupante de cargo eletivo*, o prazo prescricional começará a fluir do término do exercício do último mandato do agente, ainda que a improbidade tenha sido praticada durante o mandato anterior.

Noutro passo, a parte final do § 5º do art. 37 da CF/88 faz ressalva em relação às ações de ressarcimento de danos ao erário. Sabe-se que o ressarcimento de danos é uma das conseqüências jurídicas da Ação de Improbidade, prevista nos incisos do art. 12, da Lei nº 8.429/92, aplicável toda vez que o ato de improbidade cause dano material ou moral à administração pública.

Considerando que a prescrição atinge as pretensões, resta evidente que, decorrido o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 23, não mais se poderá ingressar com Ação de Improbidade Administrativa com fundamento na Lei nº 8.429/92, para levar a efeito a aplicação das sanções previstas no art. 12, do mesmo diploma legal.

Com relação à *pretensão do ressarcimento de danos causados ao erário* em decorrência de atos de improbidade administrativa, ao contrário, entendemos, ser de *natureza imprescritível*, não estando a ação sujeita a quaisquer prazos prescricionais, tendo em vista a exceção imposta expressamente pelo Texto Constitucional.

O *entendimento majoritário da jurisprudência mineira também vem sendo pacificado nesse sentido*, vejamos alguns acórdãos proferidos recentemente pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Cuidando-se de ação civil pública que, diversamente daquela que busca a responsabilização e a sanção do administrador, persegue a reposição de valores ao erário com sustentação em rejeição de contas pelo Tribunal de Contas do Estado, não há que se falar em prescrição, eis que a ação consagra situação de indisponibilidade de direitos; [...]

[...] 2. A despeito na inaplicabilidade das sanções da Lei nº 8429/92 aos fatos a esta anteriores, o dever de ressarcir é imprescritível, nos termos do art. 37, §5º, da C.F./88, sendo imperativo se comprovado efetivo dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. [...]

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REPARAÇÃO AO ERÁRIO - PRESCRIÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - “FUMUS BONI IURIS” E “PERICULUM IN MORA” CARACTERIZADOS. A prescrição quinquenal não se aplica às ações de ressarcimento aos cofres públicos, oriundas de ilícitos administrativos, pelo que dispõe a parte final do art. 37, § 5º da CR. [...]

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] III - A ação civil pública é imprescritível, porquanto inexistente disposição legal prevendo o seu prazo prescricional, não se aplicando a ela os ditames previstos na Lei nº 4.717/65, específica para a ação popular.

Considerando que a ação de ressarcimento de danos causados ao erário tem natureza jurídica imprescritível, não há que se falar em termo inicial, *in casu*, considerando a própria inexistência de qualquer prazo de prescrição.

Observe-se, finalmente, que o entendimento até aqui exposto se refere apenas aos atos praticados

¹³⁷ Op. Cit. p.519/521.

depois da promulgação da Constituição da República de 1988, e bem assim após a entrada em vigor da Lei nº 8.429/1992.

Com relação aos atos praticados em períodos anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, prevalece o entendimento de que a ação civil pública de ressarcimento ao erário se sujeita a prazo prescricional de vinte anos. Entretanto, é preciso que a prescrição tenha se aperfeiçoado antes do advento da Constituição da República de 1988, uma vez que, a sua promulgação considera-se causa interruptiva da prescrição, tendo em vista a instauração de um novo ordenamento constitucional no País. Conseqüentemente, a ação de ressarcimento ao erário passa a ser de natureza imprescritível, com base no dispositivo constitucional constante do art. 37, § 5º, supratranscrito, conforme entendimento predominante na jurisprudência.

Outra abordagem importante acerca da prescrição e da ação civil pública por ato de improbidade administrativa é a *necessidade do requerimento expresso de notificação do requerido*, tal como disposto no art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, pois o prazo prescricional pode ocorrer entre a distribuição da ação e a citação do requerido e, segundo entendimento jurisprudencial, somente com a observância dos requisitos legais é que a citação válida retroagirá à data da propositura da ação (art. 219, § 1º, CPC).

3.5 - ASPECTO PENAL

Quanto ao aspecto penal, a Lei de Improbidade Administrativa somente prevê uma tipificação criminal no art. 19, que, diga-se de passagem, não trata propriamente de improbidade administrativa.

Os estudiosos têm denominado esse crime de denúncia caluniosa de improbidade administrativa, sendo que o Professor Pazzagliani tece as seguintes considerações sobre a conduta típica desse injusto:

A ação que constitui a materialidade do fato delituoso cinge-se à formulação de representação às autoridades mencionadas, atribuindo a determinado agente público ou terceiro beneficiário ato de improbidade administrativa.

É indispensável a sua configuração que o sujeito ativo ofereça à autoridade pública representação sobre falsa acusação de improbidade administrativa.

A representação, no âmbito da LIA, é o exercício do direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado na Carta Magna (art.5º, XXXIV).

A representação, como já salientei, não precisa corresponder a uma peça jurídica quanto a forma, linguagem ou conteúdo.

É suficiente que seja apta ou idônea para possibilitar seu exame pela autoridade administrativa ou órgão do Ministério Público a quem foi endereçada. Logo, deve conter os requisitos estabelecidos na

norma do § 1º do art.14 da LIA, que permitam a identificação do ato de improbidade administrativa denunciado (narração do fato assim qualificado pelo representante e indicação de provas ou indícios de seu conhecimento) e de seu autor (qualificação e endereço, caso possua, do agente público ou terceiro representado e, na ausência deles, informações que possibilitem sua identificação).

Para caracterização do delito, é indispensável que o fato imputado constitua uma das modalidades de ato de improbidade administrativa. E que acusação falsa objetive agente público ou terceiro determinado.

A imputação, em representação, de fato administrativo real ou parcialmente verdadeiro não configura o crime, pois é da essência da figura delituosa a representação de fato considerado improbidade administrativa inexistente ou que não tenha sido praticado pelo agente público ou terceiro representado.¹³⁸

Noutro passo, como lembrado pela ex-Corregedora-Geral da União Anadyr de Mendonça Rodrigues

[...] muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda de cargo ou da função pública, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de “atos de improbidade”, constante do art. 9º da Lei nº 8.429/92, com os delitos contra a administração praticados por funcionário público (Código Penal, arts. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 321, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321).

Dessa forma, caberá ao membro do Ministério Público, tendo indícios da existência de ato de improbidade administrativa que importe também em ilícito penal, providenciar a instauração de inquérito policial para fins de apuração criminal.

Naquelas situações, observado o teor da Resolução nº 72/2006 do PGJ/MG, aprovada pela Egrégia Câmara de Procuradores de Justiça de Minas Gerais, sobre atribuições internas no MPMG, tendo o órgão de execução elementos de prova em mãos aptos ao oferecimento da denúncia, deverá fazê-lo de forma imediata, para a persecução na área criminal do ilícito porventura praticado.

3.5.1 – REQUISICÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

Chegando ao conhecimento do Promotor de Justiça notícia de prática de ilícito contra o patrimônio público cuja elucidação, em razão da complexidade da matéria, exigir a realização de exames periciais ou diligências fora do alcance da estrutura administrativa do Ministério Público, recomenda-se a requisição de inquérito policial, independentemente do procedimento administrativo a ser instaurado pela Promotoria.

¹³⁸ Op. Cit., p.182.

3.5.2 – ENVOVIMENTO DE PREFEITOS E EX-PREFEITOS MUNICIPAIS

Nas hipóteses de procedimentos oriundos do Tribunal de Contas do Estado e de *representações que envolvam atuais Prefeitos municipais*, cuidar para que seja enviada cópia do inteiro teor do processado ao Procurador-Geral de Justiça, para análise dos contornos criminais do caso, tendo em vista a prerrogativa conferida àquelas autoridades pelo art. 29, X, da CF/88. Os fatos que envolvam *ex-Prefeitos* são julgados perante a Justiça de Primeira Instância do local do fato praticado, não tendo eles direito ao foro privilegiado, após deixarem o cargo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

3.5.3 – CONCLUSÃO DA INVESTIGAÇÃO – POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DAS AÇÕES CIVIL E PENAL

Não descuidar para que nas situações em que for ajuizada ação civil ao final de procedimento presidido pelo Promotor de Justiça, não deixe de ser instaurada a competente ação penal contra eventuais responsáveis, estando configurada a hipótese de condutas criminosas. Se o procedimento levado a efeito pelo próprio Promotor de Justiça for suficiente à comprovação da autoria e materialidade do delito, torna-se despicienda a requisição de inquérito policial para apuração dos mesmos fatos.

A *Resolução PGJ/MG nº 72/06* confere expressamente às Promotorias de Justiça de Defesa do Cidadão Especializadas a *titularidade das ações cíveis e penais* nos casos afetos à sua área de atuação, excluindo-se a atuação perante os Juizados Especiais (art. 1º, § 1º). Especificamente no caso das *Promotorias de Justiça Especializadas de Defesa do Patrimônio Público*, prescreve que exercerá a titularidade da ação penal *apenas em relação àqueles delitos verificados no âmbito de suas investigações e quando envolverem a participação de agentes públicos*. A atuação, portanto, não se resume às providências extrajudiciais e, no âmbito judicial, à esfera cível. Verificada, ao final ou no curso de inquérito civil ou procedimento administrativo sob sua responsabilidade, a ocorrência de crime decorrente da ação lesiva ao patrimônio público (especialmente crimes contra a administração pública) *em que haja participação de agente público*, impõe-se a tomada de medidas adequadas pela Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público.

3.5.4 – RESSARCIMENTO DO DANO E A ESFERA PENAL

O eventual ressarcimento do dano material causado à administração pública, embora possa funcionar como circunstância atenuante ou causa geral de diminuição de pena (art. 16 do CP), *não é causa extintiva da punibilidade*.

3.5.5 – ILÍCITOS PENAIS PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES

Para os casos de inobservância dos princípios e requisitos pertinentes às licitações públicas, a Lei nº 8.666/93 prevê figuras típicas específicas (arts. 89 a 99), que deverão ser utilizadas nos respectivos casos concretos, em lugar dos crimes contra a administração pública previstos no Código Penal.

A mesma lei dedicou seção própria às normas processuais (arts. 100 a 108) apresentando as seguintes diferenças com o processo penal comum:

- a) recebida a denúncia e citado o réu, terá este prazo de dez dias para apresentação de defesa escrita, contado da data do seu interrogatório;
- b) na defesa, além da juntada de documentos, poderão ser arroladas até cinco testemunhas;
- c) ouvidas as testemunhas, praticadas as diligências instrutórias deferidas ou ordenadas pelo juiz, o prazo de alegações finais será de cinco dias sucessivos para cada parte;
- d) o prazo de prolação da sentença é de dez dias e o recurso poderá ser interposto no prazo de cinco dias.

3.6 – EXTRAJUDICIAL

Conceito legal de patrimônio público – Patrimônio público como direito difuso, objeto de tutela pelo Ministério Público – Vantagens da atuação extrajudicial.

A possibilidade de atuação extrajudicial do Ministério Público teve início com a edição da Lei nº 7.347/85, a qual inaugurou, no sistema jurídico brasileiro, a figura do inquérito civil. O diploma legal referido, que estabelece a disciplina legal da ação civil pública, de forma inegável, elencou o patrimônio público como um dos direitos tutelados através daquele instrumento judicial, vez que o inciso IV de seu art. 1º, de forma ampla, estabelece que as ações que visem proteger qualquer outro interesse difuso ou coletivo seriam reguladas por aquele diploma normativo. A Constituição Federal Brasileira de 1988 confirmou e recepcionou o mencionado dispositivo legal ao inserir, entre as funções institucionais do Ministério Público, em seu art. 129, inciso III, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social.

O conceito de patrimônio público, por sua vez, decorre da definição contida no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular. O dispositivo legal estabelece: “Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Deve, ainda, ser inserido no amplo conceito de patrimônio público, segundo a moderna doutrina e a recente

jurisprudência nacional, o patrimônio moral dos agentes públicos. A este respeito, merece transcrição a valiosa lição de Fernando Rodrigues Martins:

De considerar, ainda, a idéia de que o patrimônio público não pode ser compreendido apenas do ponto de vista material, econômico ou palpável. O patrimônio público espelha todo tipo de situação em que a Administração Pública estiver envolvida, desde a mais módica prestação de serviço típica até os bens que fazem parte de seu acervo dominial. Com efeito, e, como veremos adiante, a própria moral da Administração Pública constitui patrimônio a ser resguardado por todos os membros da sociedade, sob pena de completa submissão dos valores rígidos de honestidade e probidade às práticas vezeiras da corrupção, enriquecimento ilícito, concussão e prevaricação. Tudo isso a gerar desconfiância dos administrados em face dos administradores e, se não, o pior – difundir a ilicitude como meio usual nas multífaras relações entre os particulares, já que o mau exemplo dos administradores autorizaria, em tese, o desmantelamento dos critérios de lisura.¹³⁹

É importante registrar que, em significativo precedente, o *Supremo Tribunal Federal* reconheceu a existência de um patrimônio moral das pessoas jurídicas de direito público. Da ementa, constava expressamente o seguinte:

[...] não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico [...] Recurso não conhecido.

No *Superior Tribunal de Justiça*, a matéria já foi objeto de súmula, a qual estabelece o seguinte: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”¹⁴⁰

Não obstante a generalidade do conceito legal de patrimônio público, a fim de facilitar a atividade administrativa e judicial do Ministério Público, a definição foi desmembrada, de forma que a *acepção de patrimônio público utilizada neste manual se relaciona ao patrimônio econômico e moral das pessoas jurídicas de direito público, incluindo-se, ainda, em seu patrimônio extramaterial, a observância aos princípios constitucionais*.

A atividade de natureza extrajudicial, inaugurada pela Lei nº 7.347/85, a princípio, tinha como principal finalidade a investigação, ou seja, a colheita de provas necessárias para o manejo de ação civil pública. A finalidade do inquérito civil, portanto, demonstra a sua importância na órbita do patrimônio público. É ele o principal instrumento de investiga-

ção colocado à disposição do Ministério Público, a fim de se prevenir e reparar danos ao patrimônio público brasileiro. A tutela dos direitos coletivos e difusos desponta como uma das mais importantes missões institucionais do *Parquet*, na medida em que, além de proteger os interesses mais elevados da nação, otimiza a atuação dos Poderes, evitando repetidas e inúmeras reclamações de natureza judicial e administrativa.

O *inquérito civil, instrumento colocado à disposição exclusiva do Ministério Público*, em especial na tutela do patrimônio público, aparece como elemento essencial. As questões afetas à moralidade administrativa e à defesa do erário, não raro, revestem-se de elementos técnicos complexos e conceitos jurídicos indeterminados, sendo necessária a condução da investigação por órgão isento e de alta capacidade profissional. Neste sentido, o Ministério Público, amparado por uma gama de garantias e vedações constitucionais e cujo corpo de membros é escolhido em concurso de nível bastante elevado, mostra-se um condutor hábil das investigações, que, além de sua natureza complexa, têm o condão de envolver a privacidade dos indivíduos e a moralidade de toda uma coletividade.

No entanto, a raiz histórica do Ministério Público, criado como instituição dependente do Poder Judiciário e de exclusiva atuação perante tal Poder, fez com que, inicialmente, a atuação extrajudicial se limitasse, quase totalmente, à tarefa investigativa e de colheita de provas, com a finalidade de fundamentar futura ação judicial. A tradição estabelecia que a atuação do Promotor de Justiça tinha sempre por finalidade uma prestação jurisdicional. A prática, entretanto, demonstrou que a atuação administrativa de tutela do patrimônio público, feita sem qualquer interferência judicial, muitas vezes, poderia ser suficiente para a solução de questões afetas aos direitos e interesses difusos e coletivos. É verdade que, na seara do patrimônio público, são maiores as limitações para a solução extrajudicial de atos danosos ou ameaçadores ao bem tutelado, consoante será exposto em item próprio a seguir. Ainda assim, em muitos casos, em especial naqueles em que não se constata a má-fé do administrador, o inquérito civil e seus instrumentos podem, de forma eficaz e suficiente, pôr fim à questão, reparando e prevenindo danos ao patrimônio público.

A *investigação* deverá ser feita através da *instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório, iniciar-se-á de ofício ou por provocação de qualquer cidadão*.

Várias são as vantagens da atuação extrajudicial. De início, deve-se ressaltar que a solução de conflitos, levada a efeito pelo Ministério Público, sem interferência do Poder Judiciário, tem aumentado o prestígio da instituição ministerial e sua credibilidade perante os cidadãos brasileiros. Além disso, a

¹³⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 18, em trecho mencionado na obra *Improbidade Administrativa*, de GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. 3 ed. Lumen Juris. p. 535.

¹⁴⁰ Súmula nº 227 do STJ.

investigação e seus instrumentos têm um importante caráter educativo, já que, nos casos em que a atuação administrativa importa em composição do dano ou fim da ameaça de dano, não há qualquer decisão coercitiva, mas adequação do autor da ameaça ou do dano aos preceitos legais de forma consensual.

Ademais, é sabido que o Poder Judiciário brasileiro se encontra abarrotado de feitos pendentes de julgamento e também que a processualística nacional, em muitos casos, prejudica o célere andamento de processos, o que importa em longo prazo para julgamento de ações judiciais, sobretudo daquelas de natureza mais complexa. Assim, a atuação do Ministério Público fora dos processos judiciais é muito mais rápida e barata. Mas não é só. Por intermédio da solução de natureza consensual e sem a coercitividade das decisões judiciais, é possível que o agente do ato danoso ou ameaçador ao patrimônio público negocie as condições necessárias para a pacificação do conflito, estabelecendo medidas efetivamente executáveis.

Até mesmo para o investigado, mostra-se vantajosa a solução de questões referentes ao patrimônio público sem interveniência judicial, já que, para tanto, na área do patrimônio público, haverá a presunção de boa-fé do agente e a demonstração da intenção de se adequar aos ditames legais e constitucionais. Com efeito, na atuação ministerial investigativa e extrajudicial de tutela do patrimônio público, deve-se sempre buscar, caso possível, a pacificação extrajudicial da questão.

3.6.1 – INQUÉRITO CIVIL E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Decretação do sigilo, como medida excepcional, em atendimento ao interesse público – Limites e extensão do sigilo.

Como procedimento de natureza administrativa, o *inquérito civil é de natureza pública*, seguindo a regra constitucional inserta no art. 5º, LXXII, alínea “a”, a qual assegura a todos os cidadãos brasileiros o direito de conhecimento de informações relativas à sua pessoa, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e, também, em observância ao princípio da publicidade descrito no *caput* do art. 37 da Magna Carta de 1988.

De maneira específica, o art. 26, VI, da Lei nº 8.625/93, dispõe sobre a publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares instaurados pelo Ministério Público. O *Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*, ao editar a Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, tratou do tema, dispondo o seguinte:

Art. 7º. Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade pos-

sa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo deverá ser motivada.

§ 1º. Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei 9.091/95.

§ 2º A publicidade consistirá:

I- na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público, mediante publicação de extratos na imprensa oficial;

II- na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;

III- na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil;

IV- na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil;

V- na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil.

§ 3º As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu.

§ 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.

§ 5º Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser atuados em apenso.

Art. 8º. Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.

No âmbito interno do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 14 de dezembro de 2007, tratou do tema de forma idêntica, repetindo, nos arts. 10 e 11, as disposições do CNMP.

Como se vê, confirmou-se, em âmbito administrativo, o entendimento pacificado na doutrina de que o inquérito civil, na qualidade de procedimento administrativo, é informado pelo princípio da publicidade, mitigado pela supremacia do interesse público. Em especial, nas investigações relativas à defesa do patrimônio público, a relativização do princípio da publicidade é extremamente importante. A publicidade acerca do objeto e do andamento das investigações, muitas vezes, pode permitir ao investigado destruir e fraudar provas documentais e, ainda, dilapidar seu patrimônio, impedindo a integral reparação do dano. *Como procedimento de natureza pública, o inquérito civil tem como fina-*

idade maior o interesse público e, diante de tal constatação, sempre que a publicidade for danosa a tal mister, a supremacia do interesse da coletividade se sobrepõe à publicidade, possibilitando a decretação de sigilo.

Além disso, é comum, nas investigações acerca da matéria, constarem no bojo do procedimento *informações de natureza sigilosa*, tais como dados bancários e patrimoniais de pessoas físicas e jurídicas de direito privado que se relacionam com entes públicos de maneira suspeita. Assim, nesses casos, ainda que o sigilo não seja necessário para o sucesso da investigação, os dados sigilosos não podem ser colocados à disposição pública, sob pena de violação da privacidade de terceiros e consequente responsabilização do órgão ministerial que deu causa ao vazamento de informações.

Tendo em vista que se trata de exceção, a decretação do sigilo *deve ser sempre fundamentada*, sob pena de configuração de violação ao princípio da publicidade. No despacho de decretação do sigilo, o presidente do inquérito civil deve sempre indicar seu grau, ou seja, *determinar a quem ou a quais informações se refere o sigilo*. Em casos extremos, *o sigilo poderá ser estendido até mesmo ao advogado de eventuais investigados*, sendo que tal decretação não implica violação ao art. 7º do Estatuto da OAB, já que referida norma, expressamente, excepciona os procedimentos sigilosos da regra geral de amplo acesso de advogados.

No julgamento do recurso em Ação de Mandado de Segurança nº 13.496, originado do Estado do Paraná, em acórdão relatado pelo Ministro José Delgado, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, decidindo que, em inquéritos policiais acobertados por sigilo, o direito dos advogados a ter vista dos autos cede, caso necessário, em favor do interesse público, sendo confirmada a decisão da primeira turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com a seguinte ementa:

[...] 1. O direito do advogado a ter acesso a inquérito policial não é absoluto, devendo ceder diante da necessidade de sigilo na investigação, examinada no caso concreto.[...].

Em que pese tratar a decisão do sigilo no inquérito policial, *o entendimento deve ser estendido ao inquérito civil ante a ausência de disciplina legal acerca do tema, o que possibilita a aplicação analógica das regulamentações atinentes ao procedimento de investigação policial.*

A respeito do tema, Rogério Pacheco Alves, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na obra *Improbidade Administrativa*, traz importantes subsídios ao tema, defendendo a tese de aplicação do princípio da publicidade ao inquérito civil, ressalvada a possibilidade de de-

cretação de sigilo, nos casos em que este se mostrar necessário à preservação do interesse público, argumentando o seguinte:

Sustentar, no entanto, o livre acesso aos elementos investigatórios é, rogata vêniam, subverter o papel do inquérito civil, esvaziando a sua eficácia e permitindo que o investigado insensível às mais elementares regras morais de tudo faça para frustrar-lhe os objetivos. Ressalte-se, neste passo, que é a própria Constituição Federal que permite, excepcionalmente, o sigilo não só dos atos processuais (art. 5º, IX, e 93, IX) como também dos atos administrativos (art. 5º, XXXIII), sempre que o exigir o interesse social.¹⁴¹

Mesmo nos casos de decretação do sigilo, as principais providências, tais como o arquivamento e o manejo de ação civil pública, devem ser informadas a todos os interessados, no último caso, sendo suficiente a citação e/ou notificação judicial de eventuais réus.

O sigilo pode ser decretado a qualquer momento, sendo recomendável, nas investigações afetas ao patrimônio público, que se analise sempre no momento de instauração do inquérito, acerca da conveniência de sua decretação. Em geral, tal decretação se mostrará recomendável sempre que as investigações se referirem a agentes políticos ou servidores que ainda se encontrem no exercício de cargos públicos e que, em tal condição, tenham possibilidade de interferir na colheita de provas.

3.6.2 – INQUÉRITO CIVIL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Racionalização da colheita de provas - Desmembramento da investigação – Critério para fixação da atribuição investigativa.

Na condução das investigações e na atuação extrajudicial, em geral, o Promotor de Justiça *deve buscar, sempre, a celeridade e o sucesso*, prestigiando o princípio constitucional da eficiência. Nas questões relacionadas ao patrimônio público, é ainda mais importante a cautela na escolha dos meios de prova e nos caminhos a serem tomados no curso do procedimento investigatório, ante a complexidade e a gravidade das questões tratadas e a possibilidade de prescrição das ações de responsabilização cível e penal.

Nessa perspectiva, *a racionalização da colheita de provas é essencial*. O inquérito civil, como procedimento de natureza investigatória, à semelhança do inquérito policial, não tem rito procedimental previsto, ficando a cargo de seu presidente a eleição das vias probatórias mais adequadas. *Todos os meios de prova, desde que lícitos, são permitidos*. Assim, é possível, a título de exemplo, ouvir even-

¹⁴¹ ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 562.

tuais *testemunhas, juntar documentos, produzir perícia, acarear testemunhas e empreender busca e apreensão*, etc.

Ante o grande elenco de funções institucionais conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Carta Cidadã de 1988, atribuiu-se ainda ao *Parquet* um considerável leque de instrumentos, por meio dos quais a instituição desenvolve suas atividades. Assim, os membros do Ministério Público, no exercício da atividade extrajudicial afeta ao patrimônio público e demais direitos e interesses difusos e coletivos, são dotados de *poder requisitório* desde a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). O *Texto Constitucional*, no entanto, emprestou nova perspectiva ao poder de requisição, na medida em que, expressamente, *previu a possibilidade de requisição de informações e documentos*. Ante o inegável caráter constitucional de tal poder, *o acesso dos membros do MP a informações e documentos de qualquer natureza é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência nacionais*. Mais uma vez, mostra-se proveitosa a lição de Rogério Pacheco Alves:

Nessa linha, por encontrar seu fundamento primeiro no texto constitucional (art. 129, III e IV), o poder requisitório do Ministério Público pode ser dirigido a qualquer órgão, instituição ou autoridade da república, não havendo que se falar, por óbvio, em violação ao princípio da independência dos Poderes.¹⁴²

O *Superior Tribunal de Justiça*, em acórdão da lavra do ministro Gilson Dipp, já decidia a respeito da questão:

Improcede a alegação de que os Poderes Executivo e Legislativo não estariam obrigados a atender a requisições ministeriais, pois pode ser destinatário da requisição qualquer órgão da administração, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes Públicos.¹⁴³

É comum, na seara do patrimônio público, a necessidade de se requisitar documentos e informações a autoridades públicas. Nesse caso, deve-se sempre observar o artigo 67 da Lei Complementar 34/94 e seus parágrafos, os quais estabelecem que os ofícios dirigidos ao Presidente e Vice-Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, Ministros de Estado de Tribunais Superiores, Procurador-Geral da República, Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Conselheiros dos Tribunais de Contas, Desembargadores, Juizes do Tribunal de Justiça Militar, Secretários de Estado e chefes de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhados pelo Procurador-Geral de Justiça, o qual apenas analisa

rá a observância da formalidade na requisição. Em âmbito interno, o artigo de lei foi regulamentado pela Resolução PGJ nº 61, de 13 de dezembro de 2007, que, além de repetir a norma legal, estabelece requisitos a serem observados pelo órgão de execução. Assim, segundo seu art. 1º, § 2º, deverá constar do expediente o seguinte:

- a) o nome da autoridade à qual se destina;
- b) o objetivo da requisição, salvo na hipótese de sigilo;
- c) o prazo para atendimento do que foi requisitado;
- d) a natureza e o objeto do respectivo procedimento;
- e) os fundamentos legais da requisição.

A resolução dispõe, ainda, que cópia da portaria de instauração deverá instruir o ofício. Aliás, referida disposição foi inaugurada, pela Resolução CNPM nº 23, de 17 de setembro de 2007, que, no art. 6º, § 9º, estabeleceu a obrigação de instruir todos os ofícios requisitórios com cópia da portaria inicial e, ainda, com fundamentação acerca da requisição. No âmbito de Minas Gerais, a disposição foi repetida na Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 14 de dezembro de 2007.

Em relação à *oitiva das autoridades acima elencadas*, após ajuste de data e horário, o presidente do inquérito civil deve encaminhar a notificação ao Procurador-Geral de Justiça, o qual, à semelhança das requisições, limitar-se-á a analisar a formalidade da notificação e enviá-la a seu destinatário.

Nas *investigações relacionadas a prejuízos ao erário, freqüentemente é necessária a análise pericial de documentos*. O presidente do inquérito deve, entretanto, analisar se, efetivamente, tal laudo pericial se mostra essencial, já que, nos casos em que o laudo instrui ação civil pública, é comum que a prova tenha que se repetir no curso da ação judicial, o que causa desnecessário dispêndio de tempo e de dinheiro. Assim, caso a prova documental seja suficiente para, pelo menos, indicar o dano e sua extensão, é desnecessária a produção de perícia em sede de inquérito.

Quando, de fato, a perícia for indispensável para a conclusão da investigação, o Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público deve *elaborar quesitos*, de forma a orientar o trabalho do *expert* e demonstrar o que se busca com a prova pericial. Os quesitos, além de *especificidades acerca* dos dados buscados, devem perquirir acerca da responsabilidade pelo dano e sua extensão. Ante a natureza inquisitiva e investigatória do inquérito civil, *não há que se falar em nomeação de assistente ou em indicação de quesitos pelo investigado ou pelo representante*, sob pena de se tornar ainda mais complexa e demorada a conclusão do laudo.

Vale registrar que apenas as questões *não jurídicas devem ser objeto de análise técnica pericial*, já que o enquadramento e tratamento jurídico da questão ficam sempre a cargo do presidente do inquérito

¹⁴² ALVES, Rogério Pacheco. Obra citada, p. 570.

¹⁴³ STJ, RHC nº 11.888/MG, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 19/11/01, p. 291.

civil. A perícia será necessária quando a solução do feito depender, por exemplo, da análise de documentos contábeis, de projeto básico que instrua procedimento de licitação ou de edital que trate de questão eminentemente técnica. O Ministério Público de Minas Gerais conta com um corpo técnico, atualmente lotado na Central de Apoio Técnico, o qual é habilitado para a realização de análises periciais. Existe, ainda, a alternativa de se requisitar apoio de outros órgãos públicos com habilitação técnica.

Apesar de posições respeitáveis em contrário, atualmente já resta pacificado o entendimento de que o Ministério Público não pode ter acesso direto a *dados acobertados por sigilo bancário, sendo necessária, para tanto, a prévia autorização judicial*. É importante destacar que, de acordo com a doutrina mais autorizada, o *sigilo bancário* é a “[...] obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.¹⁴⁴

As decisões judiciais acerca da questão, apesar de vedar reiteradamente aos membros do Ministério Público o *acesso direto a dados bancários, ressaltam, em geral, o caráter relativo do sigilo, o qual, em prol do interesse público e por meio de medida judicial, pode ser quebrado*.

Em relação ao *sigilo patrimonial*, ao contrário, decorre de diploma legal a possibilidade de acesso direto do Ministério Público, tendo em vista que o art. 198, § 1º, do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar Federal nº 104/01, estabelece que:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

Rogério Pacheco Alves, na obra *Improbidade Administrativa*, já mencionada, defende a prerrogativa ministerial de acesso direto aos dados resguardados por sigilo patrimonial, ancorando seu entendimento na norma legal acima transcrita e nos seguintes fundamentos:

Por fim, ressalte-se que de acordo com o art. 198, § 1º, do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar nº 104/01, os dados e informações em poder do Fisco podem ser disponibilizados não só ao atendimento de requisição judicial como também ao atendimento de solicitações de ‘autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa’ (inciso II), preceito que, por evidente, torna disponíveis à pessoa jurídica de direito público lesada e ao Ministério Público tais informações patrimoniais.¹⁴⁵

A questão ainda é controversa nos Tribunais Nacionais, que têm mostrado resistência ao acesso direto a tais dados pelo Ministério Público. Assim, a não ser que o presidente do inquérito civil, por meio de prévio contato com a autoridade responsável pela custódia de tais informações, verifique sua disponibilidade em fornecê-las ao Ministério Público, é mais recomendável que sejam requeridas judicialmente.

No entanto, na esfera do patrimônio público, em especial nas investigações relativas a atos de improbidade administrativa, deve-se atentar para a peculiaridade referente à obrigação do agente público de entregar sua declaração de bens e de seus familiares ao ente público ao qual se vincula, nos termos do art. 13 da Lei nº 8.429/92. Tendo em vista que tais informações se justificam especificamente na necessidade de controle administrativo e, ainda, por ser informação arquivada no departamento de pessoal de órgão público, não há qualquer dúvida de que essa informação pode ser diretamente requisitada pelo presidente do inquérito civil.

Deve-se, ainda, atentar para a *desnecessidade de requerimento judicial de quebra de sigilo bancário ou patrimonial quanto a informações acerca de contas bancárias titularizadas por pessoas jurídicas de direito público ou por entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido de forma expressiva, ou, ainda, caso a verba investigada tenha origem pública*. Em tais hipóteses, o membro do Ministério Público deve requisitar diretamente os dados cabíveis à instituição bancária, a qual tem o dever de fornecê-los ao presidente do inquérito, sob pena de desobediência.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Mandado de Segurança impetrado pelo Banco do Brasil em desfavor do Procurador-Geral da República, já proferiu decisão sobre o tema, no seguinte sentido:

[...] 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica

¹⁴⁴ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário*. p. 69.

¹⁴⁵ ALVES, Rogério Pacheco, obra citada, p. 581.

e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/93. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário[...]

Vale destacar ainda que, caso se mostre necessária a *quebra judicial de sigilo fiscal, financeiro ou bancário*, o membro do Ministério Público *deverá fazê-lo de forma fundamentada, comprovando a existência de investigação a respeito da questão e indicando os elementos que evidenciam a suspeita de enriquecimento ilícito*. Em face da excepcionalidade da medida, juntamente com os fundamentos, o presidente do inquérito civil deve *especificar as informações desejadas, declinando o período e as contas ou pessoas sobre as quais requer as informações*. O provimento judicial se limitará a ordenar que as informações bancárias e fiscais sejam enviadas ao órgão responsável pela investigação.

O pedido, no entanto, é simples e não possui natureza jurídica de medida cautelar, não seguindo, portanto, o rito prescrito pelo art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil. Tendo em vista que a quebra constituirá ato instrutório da investigação, o *requerimento judicial não se sujeita a contraditório*, possuindo procedimento similar ao do pedido criminal de busca e apreensão.

Merece transcrição a ementa de acórdão do *Superior Tribunal de Justiça*, acerca da natureza inquisitiva do pedido de quebra de sigilo:

[...] 3. O sigilo bancário não é um direito absoluto, deparando-se ele com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes.

É importante destacar que, na busca da otimização dos meios de investigação, o Ministério Público pode contar com o *compartilhamento* de provas, que consiste na utilização, no inquérito civil, de provas obtidas em inquéritos policiais ou processos criminais, ainda que de natureza sigilosa. Em análise ao Inquérito 2245, que apurava o *mensalão*, o Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, permitiu que as provas colhidas naquele inquérito fossem usadas por membros do Ministério Público Federal para a oferta de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Segundo o Ministro Relator, “por serem imprescindíveis para o ajuizamento das competentes ações de improbidade administrativa contra os indiciados”, as provas, com exceção daquelas obtidas por interceptação telefônica, poderiam ser usadas para

as finalidades da Lei nº 8.429/92. As provas referentes a interceptações, por óbvio, não poderiam ser compartilhadas para finalidades civis, tendo em vista que se trata de meio de prova exclusivo para a apuração de infrações penais.

As representações referentes a dano ou ameaça de dano ao patrimônio público tratam comumente de vários fatos afetos a um único agente ou servidor público. Nesses casos, após a competente análise do teor da notícia, é aconselhável que se instaure um procedimento para cada um dos fatos noticiados, sob pena de tumulto na colheita de provas. *A separação acerca do objeto da investigação também poderá ser feita durante a tramitação do inquérito*, quando ele será desmembrado em tantos quantos forem os fatos a serem investigados. *O despacho de desmembramento deve ser fundamentado*, indicando as informações e documentos a serem juntados, assim como as diligências a serem realizadas em cada um dos procedimentos desmembrados, atuando-se nova portaria para cada um dos feitos, que receberão registro autônomo no Sistema de Registro Único, criado pela recente Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 14 de dezembro de 2007. O desmembramento e autuação de mais de um inquérito são muito comuns em relação a *relatórios feitos por Comissões Parlamentares de Inquérito*, as quais investigam toda uma administração ou setor, sendo recomendável, em tais casos, que para cada um dos atos danosos ao erário ou violadores da moralidade pública seja instaurado um inquérito, ainda que o investigado seja comum a todos os fatos.

A atribuição investigativa é do Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, da comarca em que se deu o dano, a ameaça de dano ou a violação aos princípios constitucionais, em atenção à busca da eficiência. Na verdade, terá atribuição para investigar o órgão de execução imbuído da atribuição judicial. O critério atende ao princípio da eficiência, já que a colheita de provas e a conclusão do inquérito se tornam mais céleres quando atua o membro do Ministério Público sediado no local dos fatos. Em suma, pode-se dizer que a definição da atribuição de investigação se dá pelo local dos fatos.

A Resolução nº 23 do *Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*, ao disciplinar o *inquérito civil*, trouxe importantes inovações às atividades investigativas do *Parquet*. Pela primeira vez, a matéria recebeu *tratamento de âmbito nacional, prescrevendo formas de controle e de publicidade*. A regulamentação se mostrava necessária e teve o condão de racionalizar a atuação extrajudicial. Além disso, a resolução inovou quanto ao prazo para conclusão das investigações, estabelecendo, no art. 9º, que:

Art. 9º. O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e

quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, à Câmara de Coordenação e Revisão ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

Parágrafo Único. Cada Ministério Público, no âmbito de sua competência administrativa, poderá estabelecer prazo inferior, bem como limitar a prorrogação mediante ato administrativo do Órgão da Administração Superior competente.

O tratamento da matéria é extremamente relevante, prestigiando a *busca da eficiência e da celeridade*. O procedimento de investigação não poderá se estender indefinidamente e, passado um ano de sua instauração, a investigação prosseguirá, caso existam sérios fundamentos a demonstrar tal necessidade. A regra impõe a busca de uma rápida solução para o feito e exige do membro do Ministério Público a criteriosa análise do andamento da investigação.

No *Ministério Público de Minas Gerais*, a questão recebeu regulamentação semelhante na *Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3*, sendo certo, porém, que, em relação à *possibilidade de prorrogação*, a matéria foi tratada de maneira mais rígida, já que o ato normativo mineiro estabeleceu, no art. 12, § 1º e § 2º, o seguinte:

§ 1º O Conselho Superior do Ministério Público, ao apreciar a decisão a que se refere o caput, poderá requisitar os autos e, constatando ser infundadas as razões de prorrogação do prazo, poderá sugerir ao Procurador-Geral de Justiça que, na forma prevista no artigo 18, inciso XXI, alíneas 'f' e 'g', da Lei Complementar nº 34/94, designe outro órgão de execução para a últimação dos trabalhos, sem prejuízo de acompanhamento da hipótese pela Corregedoria-Geral do Ministério Público.

§ 2º O Conselho Superior do Ministério Público, verificando a inobservância do disposto nesta Resolução, proporá, se for o caso, as medidas cabíveis à Procuradoria-Geral de Justiça e à Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Não há qualquer dúvida acerca da importância da pioneira regulamentação em todas as áreas de defesa dos direitos difusos e coletivos, mas, na seara do patrimônio público, a limitação de prazo para término das investigações importou em um significativo avanço, já que, em face de seu volume e de sua complexidade, é comum que elas demandem um prazo maior para sua conclusão. Com a regulamentação, no entanto, tal prazo passou a ter uma estimativa razoável, o que impede o alcance da prescrição nas ações de responsabilização civil e penal.

3.6.3 – INQUÉRITO CIVIL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.6.3.1 - TRATAMENTO A SER DISPENSADO ÀS PARTES ENVOLVIDAS EM INQUÉRITO CIVIL – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CONTROLE E ACOMPANHAMENTO SOCIAL DOS ATOS MINISTERIAIS

Todo o desenvolvimento do inquérito civil público deve ter por objetivo, unicamente, a busca de subsídios ao Promotor de Justiça para formação de sua *opinio actio*. Embora não seja condição de procedibilidade para ajuizamento de ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria¹⁴⁶, tendo *natureza unilateral e facultativa*, o inquérito civil apresenta-se como *valioso instrumento a embasar a atividade ministerial, destinado que é à colheita de provas e elementos de convicção*, de modo a autorizar e balizar a tutela dos interesses e direitos a cargo do *Parquet*. Sua *natureza procedimental e inquisitiva* não dá ensejo à imposição de qualquer sanção ao seu final, mas, comprovada a ocorrência de fato ilícito e colhidos os elementos probatórios, *possibilita o manejo de ação judicial* para tanto, caso necessário.

A par disso, muitas vezes, a simples instauração de um procedimento investigatório, de qualquer natureza, e sua tramitação implicam diversas outras conseqüências que devem ser da ciência do seu presidente e por este aquilatadas. Os temas referentes à defesa do patrimônio público, via de regra ligados à atividade política, despertam interesses de diversas entidades e segmentos sociais e, especialmente, dos órgãos da imprensa. Também não devem ser esquecidos os reflexos que qualquer investigação pode causar nos meios social e familiar dos envolvidos. Diante desse cenário, não deve o Promotor de Justiça afastar-se dos ditames constitucionais que tratam da preservação da intimidade e proteção da dignidade da pessoa humana, esta última fundamento do Estado democrático, conforme inscrito no inciso III do art. 1º da Constituição da República.

Como já dito acima, corolário do princípio informador da administração pública, o inquérito civil também tem por *característica a publicidade*. Embora ela possa ser restringida (hipóteses de sigilo), *a regra é o acesso público aos autos do inquérito civil e ao objeto da investigação*. A condução, porém, das investigações deve levar em consideração as conseqüências que a publicidade dada à instauração e à tramitação do procedimento pode ter.

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, consagra o *princípio da presunção de inocência*. Assim, a instauração de inquérito civil, por

¹⁴⁶ Art. 1º, parágrafo único, da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03, de 14/12/2007.

maiores que sejam os indícios do cometimento da irregularidade ou do ato de improbidade administrativa, não pode igualar o investigado à condição de condenado (ou ímprobo). Ainda que as provas iniciais sejam contundentes, somente ao final da investigação estará formada a opinião do órgão de execução e, então, nesse momento, poderá decidir o caminho a seguir: solução extrajudicial, propositura de ação civil pública ou arquivamento. Sendo dessa maneira, até que seja possível essa tomada de decisão, deve ser garantido ao investigado tratamento que não o coloque em situação mais gravosa que esta própria (a de investigado).

Essa linha de conduta tem grande importância na limitação da publicidade a ser dada às investigações, especialmente quanto a pronunciamentos a respeito das investigações. Estes, além de terem por norte sempre o não prejuízo à apuração dos fatos, devem ser limitados também pela preservação da privacidade e dignidade do investigado. Não se quer com isso dizer seja impossível qualquer referência ao fato investigado e seu indicado autor, o que contrariaria o princípio da publicidade. No entanto, as informações prestadas deverão ser apenas com o intuito de levar à comunidade o conhecimento dos fatos, evitando-se, sempre, afirmações impensadas, apressadas e/ou levianas ou, também, emissão de juízos de valor sobre fatos ainda carentes de apuração.

Não é à toa que as regulamentações internas do Ministério Público mineiro a respeito da condução do inquérito civil prescrevem determinações no sentido da preservação da imagem dos investigados. Assim, tanto o art. 11 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07, como o § 3º do art. 42 da Consolidação dos Atos Normativos da Corregedoria-Geral do Ministério Público, prescrevem que o membro do Ministério Público, ao prestar esclarecimentos ou informações acerca de procedimentos a seu cargo, deve abster-se de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas, evitando emitir conceitos pessoais acerca de fatos e situações pendentes de apreciação judicial ou apurações extrajudiciais, sendo seu dever resguardar o estado de presunção de inocência de pessoas investigadas ou processadas.

No mesmo sentido, assim prescreve a Resolução do CNMP nº 23/2007:

Art. 8º. Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração dos fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo, de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.

Além dessas, todas as medidas possíveis também devem ser tomadas, com o fim de resguardar a dig-

nidade do investigado e seu *status* de inocência, constitucionalmente consagrados.

Quanto à *possibilidade de defesa ainda no curso do inquérito civil*, é certo que este tem natureza inquisitorial, não estando sujeito ao contraditório. Como já dito, sua função é de fornecer subsídios ao órgão de execução para a formação de sua *opinio actio*. Não tem o inquérito civil qualquer função de impor a quem quer que seja sanção ou pena de qualquer natureza, razão pela qual a inexistência de contraditório em sua tramitação não viola a regra insculpida no inciso IV, do art. 5º, da Constituição da República, que assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais e administrativos.

A esse respeito, deve ser destacada a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Somente em sentido lato se pode dizer seja o inquérito civil um processo administrativo; por isso, não está sujeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa que iluminam os processos judiciais e os processos administrativos em sentido estrito, nos quais: a) haja litigantes, partes ou acusados; b) se apliquem penas ou sanções; c) se decidam interesses controvertidos. Com efeito, se no inquérito civil não há imputação, pretensão ou exercício de ação, nele também não pode haver exercício de defesa.

Assim, se a Constituição e as leis incumbem ao Ministério Público o dever de promover a ação civil pública em juízo, no zelo de relevantes interesses ligados à defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e do consumidor e outros interesses difusos e coletivos, é natural que lhe caiba, como titular do direito de ação, o poder de investigar, por meio do inquérito civil, se existem os elementos de fato necessários para servir de suporte à pretensão a ser por ele ajuizada. Não sendo um fim em si mesmo, o inquérito civil não é contraditório.¹⁴⁷

Esse entendimento tem sido já adotado em nossos tribunais, tanto para o inquérito civil, como para o inquérito policial¹⁴⁸.

No entanto, também tomando-se por base o princípio da dignidade da pessoa humana, essa natureza inquisitorial tem sido mitigada para possibilitar, já no curso das investigações levadas a efeito em procedimentos administrativos como o inquérito civil, *oportunidade ao investigado de manifestação*, para dar a sua versão para os fatos, possibilitando-lhe, também, a apresentação de defesa, com

¹⁴⁷ **O inquérito civil:** investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 191/192.

¹⁴⁸ STJ, REsp. 476.660, 2ª T, j. 20/05/2003; STJ, REsp. 644.944, 2ª T, J. 17/02/2005; STF, HC 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.8.04, DJ de 24/9/04; STF ADI 1.285-MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/10/95, DJ de 23/3/01.

alguma liberdade para produção de provas (apresentação de documentos, p. ex.). Hoje em dia, a oportunidade de manifestação do investigado no feito, bem como de apresentação de documentos e requerimento de provas, deve ser sempre considerada e ponderada, adotando-a quando viável.

Essa possibilidade, além de atender à ordem constitucional, efetivando a dignidade da pessoa humana, poderá contribuir para a elucidação dos fatos. Pode acontecer, especialmente no âmbito da defesa do patrimônio público, que a investigação (algumas vezes iniciada por representação de adversários políticos) siga um rumo delimitado pelo teor da representação e, então, um fato tenha realmente a aparência de ilegalidade. Oportunizada a manifestação do investigado, suas explicações poderão alterar esse rumo, indicando ser outra a irregularidade/ilegalidade ou, ainda, a inexistência destas, diante de determinada prova de fato específico. O certo é que a oitiva e oportunidade de manifestação do investigado é providência que se mostra alinhada à ordem constitucional e vem sendo consagrada cada vez mais, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência.

Mais uma vez merece destaque a lição de Mazzilli:

O que pode ocorrer, não de forma necessária, mas apenas se convier, é que o presidente do inquérito resolva facultar ao investigado uma bilateralidade consentida em alguns atos determinados. Tome-mos estas hipóteses como exemplo: o Ministério Público não está bem instruído se é ou não o caso de propor a ação civil pública, se houve ou não o dano, se a fundamentação do autor do requerimento de instauração do inquérito civil procede ou não. Nesses casos, como em outros, ouvir o requerido e facultar-lhe a produção de provas pode ser extremamente conveniente ou às vezes até mesmo necessário.

[...]

Entretanto, os limites da intervenção do investigado no inquérito civil hão de ser cautelosa e discricionariamente fixados pelo presidente das investigações, sempre tendo-se em conta não se prejudicar a natureza e o escopo do procedimento. Por isso, não tem o investigado o direito de exigir seja ouvida esta ou aquela testemunha, ou seja produzida tal ou qual prova pericial, por exemplo. A conveniência ou o cabimento de cada prova, requerida pelo interessado, serão avaliadas discricionariamente pelo presidente do inquérito civil.¹⁴⁹

Além da conveniência do próprio Ministério Público, de que até agora falamos, ainda há o outro lado da questão. Em alguns casos, o próprio investigado pode ter todo o interesse em precaver-se contra o possível ajuizamento de ações que considere injustas, e, assim, pode comparecer ao inquérito civil assistido por advogado, quando de sua inquirição pelo Promotor de Justiça; pode ainda oferecer

documento, peticionar ou sugerir a produção de provas – que serão deferidas ou não ao prudente arbítrio do presidente do inquérito. E muitas vezes a produção dessas provas, na fase preliminar, poupará muitos custos para a administração da Justiça, evitando o ajuizamento de ações desnecessárias ou infundadas.

Percebendo-se a necessidade de oitiva do investigado durante as investigações levadas a efeito em inquérito civil, importa destacar o momento mais adequado para tanto. Nesse particular, deve-se procurar o equilíbrio entre a garantia constitucional e a eficiência e o fim das investigações. Sendo assim, *via de regra, a oitiva do investigado deverá ser feita ao final do procedimento*, de modo a possibilitar que lhe sejam expostos todos os fatos já levantados, para que possa oferecer resposta a eles. Igualmente, a oitiva ao final impedirá que o investigado, tomando conhecimento dos fatos, venha a interferir na colheita futura da prova (que, a rigor, já deve estar encerrada), intimidando testemunhas, produzindo documentos falsos ou mediante qualquer outro artifício do gênero.

A este respeito, deve ser destacada a regra do § 2º do art. 8º da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07, que prescreve que, ao ser *notificado, o investigado deverá ser cientificado dessa condição e da faculdade de se fazer acompanhar por advogado e de trazer os subsídios que entender necessários ao esclarecimento dos fatos*. Sem dúvida alguma, essa norma retira sua validade do comando constitucional de garantia da dignidade humana, sem retirar a natureza inquisitorial do inquérito civil público.

Por fim, há de ser dito que, embora deva ser analisada a possibilidade com prudência e diante das vantagens que possa trazer às investigações, a *opção do Promotor de Justiça em não ouvir o investigado ou em não lhe oportunizar qualquer meio de defesa* não acarreta nulidade do inquérito civil ou de qualquer prova nele produzida, dada a natureza inquisitorial do procedimento. Trata-se, assim, de medida possível, mas não obrigatória. De mais a mais, quaisquer provas que viessem a ser requeridas pelo investigado ou que, requeridas, sejam indeferidas pelo Promotor de Justiça, poderão ser produzidas em juízo, em momento adequado.

De igual maneira, todas as *demais pessoas que, de qualquer forma, estejam envolvidas na investigação* (representante, testemunhas etc.) devem ter respeitada sua dignidade e privacidade, dispensando-se-lhes tratamento respeitoso. Não se deve expor desnecessariamente aqueles que tenham desenvolvido algum papel nas investigações.

O *representante*, principalmente quando solicitado, deve ter resguardada a sua identidade. A divulgação do responsável por levar os fatos ao conhecimento do Ministério Público nem sempre auxilia na apuração destes. Isso, ao contrário, em algumas

¹⁴⁹ Obra citada, p. 193/194.

hipóteses, poderá importar prejuízo à elucidação do objeto da investigação (ameaças e retaliações ao representante, p.ex.), inclusive com prejuízo à segurança pessoal do representante. Poderá também inibir a iniciativa daqueles que tenham conhecimento de irregularidades no âmbito da administração pública em solicitar a atuação ministerial e, enfim, prejudicar as investigações de inúmeras formas. Deve, assim, o representante ser tratado como *aliado* do Ministério Público na busca da verdade, ainda que, ao final, seja possível concluir-se que ele agira de má-fé ou por interesses escusos, afastado da intenção de proteção ao patrimônio público. Nesta última hipótese, porém, serão aplicáveis as sanções específicas previstas no ordenamento jurídico, inclusive de natureza criminal.

Mesmo no caso de *impertinência da representação* aviada ao Ministério Público, seja por não configurarem os fatos lesão ao patrimônio público ou ato de improbidade, seja por serem objeto de outra investigação ou já terem sido alvo de ação civil pública ou estarem por qualquer outro meio solucionados, devem ser resguardados os interesses e direitos do representante. Em especial, prevêem o art. 5º da Resolução CNMP nº 23/07 e o art. 7º da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07 a necessidade de decisão acerca do *indeferimento do requerimento de instauração de inquérito civil*, com ciência pessoal ao representante (e ao representado), oportunizando-lhe interposição de *recurso*, a ser apreciado pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), caso não haja *reconsideração* por parte do órgão de execução prolator da decisão. Garante-se assim, integralmente, o direito de acesso do cidadão ao Ministério Público, assegurando-se-lhe o direito a uma resposta à sua solicitação, ainda que não acolhido seu pleito.

O mesmo há de ser dito em relação às testemunhas, peritos e todos aqueles que venham a desempenhar alguma função relevante no curso do inquérito civil. Deve ser-lhes dispensado tratamento o mais respeitoso e cordial possível, como verdadeira expressão da igualdade garantida pelo Texto Maior.

Também nas *diligências externas* a serem realizadas, deve-se ter em mente a aplicação do mesmo princípio. Embora diferentemente das questões ambientais, em que elas são uma constante (perícias, avaliações, inspeções *etc.*), na defesa do patrimônio público, dependendo do curso e do objeto das investigações, é possível que se mostre necessária a realização de diligências externas, fora dos limites da Promotoria de Justiça. É o caso, por exemplo, de cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão (de documentos, computadores e outros objetos *etc.*). Como já exposto no tópico anterior sobre a colheita de provas, muitas vezes a requisição para apresentação de documentos ou informações, com todo o rigor que a lei lhe imprime (por exemplo, quanto aos prazos mínimos

para acatamento), não atingirá o fim buscado no inquérito civil, possibilitando a ocultação de provas ou, até mesmo, a *confecção* de documentos que venham a dar aparência de legalidade a versões ou argumentos defensivos apresentados. Nesses casos, o ideal é que se busque ordem judicial para obtenção do necessário à elucidação dos fatos de forma direta. Evidentemente, a chave para o sucesso de tais iniciativas está em seu sigilo, tanto que assim devem ser tratadas, na medida do possível, também no âmbito do Judiciário. No desenvolvimento de tais atividades, munido do respectivo mandado, o Promotor de Justiça deve, sempre que possível, acompanhar o desenvolvimento da diligência, que, não raras vezes, deverá ser cumprida no interior de órgãos públicos ou empresas. A presença do Promotor de Justiça servirá para dar segurança ao Oficial de Justiça encarregado do cumprimento do mandado, evitando tentativas de intimidação por parte de terceiros, inclusive outras autoridades, o que poderia frustrar os objetivos da diligência. De outro lado, o Promotor de Justiça deverá atuar na *coordenação* da atividade, tendo por finalidade coibir abusos, apresentando-se como espécie de interlocutor para solução de eventuais conflitos que possam surgir, solucionando-os sempre atento à melhor técnica jurídico-processual. Estando à frente da diligência, deverá o Promotor de Justiça também aquilatar o melhor momento e a melhor forma de repassar informações à imprensa, limitando-se a esclarecimentos que não comprometam o curso das investigações. Em toda diligência, ainda, devem ser evitadas atitudes que importem *excesso de exposição*, tanto do Promotor de Justiça, quanto das demais pessoas envolvidas na investigação (em especial, representante e investigado). Tais atitudes pouco ou nada contribuem para a conclusão das investigações, além de poderem acarretar prejuízos pessoais injustificáveis.

Nunca é demais destacar que, como já referido, o fim último do inquérito civil deve ser sempre, única e exclusivamente, propiciar ao Promotor de Justiça a formação de sua convicção diante de fato que seja levado ao seu conhecimento, atingindo, assim, seu desiderato constitucional estampado no art. 129, inciso III, da Carta Magna. Para isso, deve o órgão de execução servir-se de todos os meios legalmente permitidos que estejam ao seu alcance. O desenvolvimento das atribuições dentro de uma linha de respeito e urbanidade em nada compromete a operosidade e não importa em omissão ou leniência. Muito antes, além de obediência aos princípios e fundamentos da Constituição da República, expressa o cumprimento de deveres impostos pelos incisos VI e IX do art. 43 da Lei Complementar nº 34/94 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais). A busca da preservação do patrimônio público, em todas as suas vertentes, missão constitucional, deve pautar-se invariavelmente pelo respeito aos direitos e garantias também constitucionalmente consagrados, sem espaço para abusos e/ou vaidades de cunho pessoal.

3.6.4 – INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) E RECOMENDAÇÃO

Como já destacado, a atuação extrajudicial apresenta inúmeras vantagens, sobretudo na defesa do patrimônio público em que as demandas judiciais tendem a se eternizar, devido aos inúmeros recursos e expedientes previstos na legislação processual civil, à peculiaridade de alguns temas em discussão, ensejando, na maior parte das vezes, a realização de provas periciais, entre outros percalços. Resta, então, analisar alguns aspectos importantes dos instrumentos dessa atuação, em especial o termo de ajustamento de conduta (TAC) e a recomendação, com seus contornos e particularidades.

Se a atuação extrajudicial mostra-se ampla e praticamente irrestrita em outras áreas, como na defesa do meio ambiente, por exemplo, na defesa do patrimônio público essa forma de atuação encontra óbices, especialmente quanto a matérias insuscetíveis de transação, dada a indisponibilidade do objeto.

Nesse sentido, sempre que a matéria envolver a caracterização de ato de improbidade administrativa, haverá séria limitação à celebração de um TAC-Termo de Ajustamento de Conduta ou a qualquer outra forma resolutiva extrajudicial. O § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 *veda expressamente a transação no âmbito da ação de improbidade administrativa*. Por conseqüência, não é possível transacionar quanto à prática de tais atos, sujeitos às disposições da Lei nº 8.429/92, sendo imperioso o desenvolvimento do processo judicial para imposição das sanções ali dispostas. Nem será possível ao Promotor de Justiça dispor quanto à caracterização do ato ímprobo, sua ocorrência, limites *etc.*, *negociando* sua penalização ou não ou sua tipificação de tal ou qual forma; nem será também juridicamente possível transacionar sobre a aplicação de quaisquer das sanções legalmente previstas. Ainda que o investigado, em ato um tanto quanto impossível e improvável, concorde em voluntariamente submeter-se a qualquer das sanções restritivas de direitos, ainda que a mais branda, não poderá celebrar um termo de ajustamento de conduta que o proíba de contratar com o poder público ou que o suspenda de seus direitos políticos, por qualquer período. Dessa maneira, a caracterização de ato de improbidade administrativa, devidamente demonstrado, impedirá a completa solução da questão através de meios extrajudiciais, impondo a propositura de ação judicial com vistas, ao menos, à imposição das sanções respectivas.

Embora haja a limitação acima exposta, esses instrumentos de atuação extrajudicial poderão ser utilizados quando, ao lado da prática do ato de improbidade administrativa (atacável, unicamente, pela via judicial), também houver necessidade de alguma providência no âmbito da defesa do patri-

mônio público *lato sensu*, ou seja, quanto à gestão da coisa pública em si. Assim, além da caracterização do ato de improbidade administrativa, poderá ser necessária também a anulação de um ato administrativo, a rescisão de contrato(s), a vedação a determinada prática administrativa comum *etc.* Nesses casos, tanto poderá ser usado o TAC como a Recomendação como via extrajudicial para solução da questão para o futuro, adequando a gestão da administração pública às normas legais e/ou impedindo novas lesões ao patrimônio público, tendo-se a cautela de, expressamente, ressaltar a possibilidade de responsabilização pelos atos de improbidade administrativa já consumados. Ter-se-á, então, a vantagem da solução mais célere pela via extrajudicial, sem abdicar-se da busca pela imposição das sanções decorrentes da conduta ímproba, que obriga o manejo da via judicial, limitando-se, dessa maneira, porém, o objeto da lide.

Esse procedimento também terá cabida quando o *objetivo do TAC ou da recomendação (mas principalmente do primeiro) for o ressarcimento ao erário de valores irregularmente gastos ou qualquer forma de recomposição de prejuízos causados*. Ainda que de difícil ocorrência¹⁵⁰, é possível que o administrador aceite assumir a obrigação de reparar um dano patrimonial causado por má gestão ou ressarcir um valor irregularmente despendido. Mesmo que haja a caracterização de ato de improbidade administrativa correlato, nada impede que, de pronto, seja o patrimônio público recomposto, por via extrajudicial, reservando-se à ação judicial a busca pela imposição das sanções de natureza restritiva (suspensão de direitos políticos, proibição temporária de contratar com o poder público ou de auferir benefícios fiscais ou creditícios *etc.*).

Por fim, caracterizado o ato de improbidade administrativa, mas estando prescritas as sanções dele decorrentes, nos termos do art. 23, da Lei nº 8.429/92¹⁵¹, somente restará a providência de buscar-se o ressarcimento integral do dano porventura causado, dada a imprescritibilidade deste (art. 37, § 5º, da Constituição da República). Nesta hipótese, então, estará aberto o caminho para a utilização

¹⁵⁰ Como já destacado acima, esta hipótese será praticamente impossível na prática, uma vez que o administrador, ao aceitá-la, estará assumindo, implícita ou explicitamente, a prática de um ato de improbidade administrativa e, ainda que assumida de imediato a obrigação de reparar o dano, terá sobremaneira dificultada sua defesa em ação judicial a ser proposta posteriormente. Porém, trabalhando apenas hipoteticamente, é interessante o destaque a essa possibilidade.

¹⁵¹ Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

dos meios extrajudiciais para solução da questão, visto que prescrita a pretensão só atacável pela via judicial.

Vale destacar também que, apesar de, na prática, muitas vezes, haver *confusão entre a pessoa do administrador e o órgão público envolvido*, ela é fruto, tão-somente, do desvirtuamento dos conceitos jurídicos e da tradição pouco democrática brasileira. As personalidades não se confundem, assim como as obrigações e responsabilidades. Isso tem importância na medida em que na celebração de um termo de ajustamento de conduta, em regra, o compromissário é o órgão público, representado pelo administrador, enquanto na ação judicial por ato de improbidade administrativa este último é o requerido, respondendo pessoalmente pelo ato. Assim, poderá o Município celebrar um TAC para solução de determinado problema decorrente de um contrato administrativo irregular (por exemplo), comprometendo-se a regularizá-lo, enquanto, judicialmente, o Ministério Público busca a responsabilização do agente público pela prática do ato de improbidade, ou seja, pela contratação. Estarão, assim, abrangidas todas as vertentes da defesa do patrimônio público: a boa gestão da coisa pública, a retidão da administração pública e a responsabilização pelos atos de improbidade administrativa na condução desta administração.

Além das questões relativas à prática de ato de improbidade administrativa e às limitações dela decorrentes, é importante ter sempre em mente a *natureza dos interesses em questão* quando se trata da atuação na defesa do patrimônio público. Como se sabe, vigora no direito brasileiro o *princípio da indisponibilidade do interesse público*. Sendo assim, nem sempre será possível resolver-se as questões pela via extrajudicial, uma vez que esse princípio impõe sérios limites à *negociação*, tão comum na celebração de ajustamentos de conduta.

Porém, se a indisponibilidade do interesse público impõe limitações à negociação e, via de consequência, à celebração de TACs, não o faz de forma absoluta de modo a impedir a ocorrência desses termos de ajustamento. Na verdade, tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido ser possível flexibilizarem-se os rigores de tal princípio, quando essa flexibilização se mostrar a melhor alternativa para a preservação desse mesmo interesse público. É que a *indisponibilidade do interesse público tem seu fundamento na supremacia desse sobre os interesses particulares, também princípio próprio da atividade administrativa*. Sendo assim, então, se for mais conveniente ao interesse público a celebração de um ajuste de conduta para solução de determinada situação prejudicial ao patrimônio público, poderá instalar-se a negociação entre as partes, evidentemente dentro de certos limites.¹⁵²

A *negociação*, nesses casos, então, poderá estabelecer-se, por exemplo, quanto à fixação de prazos para a adequação e à forma de se concretizá-la, mas nunca quanto ao abrandamento de determinações legais. Exemplificativamente, constatada irregularidade na celebração de determinado contrato, mostra-se plenamente possível a celebração de termo de ajustamento de conduta em que se estabeleça prazo razoável para sua rescisão e, se for o caso, forma de efetivação da reparação do dano causado, com a restituição dos valores pagos em função do dano (ressalvada, como dito acima, sempre a possibilidade de responsabilização por ato de improbidade administrativa, se houver). Do mesmo modo, poderá uma recomendação fixar prazo para seu atendimento, de modo a adequar a prestação do serviço às normas legais, por exemplo.

Não é demais destacar que essa negociação estabelecida deverá atentar para aquilo que seja exequível e, tratando-se de ajustes feitos com agentes políticos, a conveniência ou não da extensão das obrigações para além do prazo previsto de seu mandato. A celebração de TACs com assunção de obrigações a serem cumpridas, em sua integralidade ou não, pelo sucessor pode, de acordo com o caso concreto, mostrar-se menos favorável ao interesse público e ter mais a conotação de verdadeiro prêmio ao infrator que terá praticado a irregularidade e deixará ao seu sucessor a obrigação de desfazê-la, impondo-lhe, muitas vezes, um pesado e injusto ônus, verdadeira *herança maldita*.

Em resumo, no âmbito da defesa do patrimônio público, assim como nas demais áreas relativas aos interesses difusos, a utilização dos instrumentos de atuação extrajudiciais é sempre recomendável. No entanto, em vista das particularidades dos casos, especialmente quanto às vedações ou impedimentos à transação, deve ser bem analisada a situação para que se possa chegar à solução da questão, sem que isso represente mitigação de normas legais de conteúdo e força cogentes.

Ultrapassadas as questões acima, em especial as referentes às limitações quanto ao objeto, algumas outras questões merecem especial atenção.

Quando da celebração do termo de ajustamento de conduta, deve ser observada fielmente a sua *forma contratual*, figurando, de um lado o Ministério Público ou tomador do compromisso e, de outro, o compromissário, deixando bem expressos e delimitados os direitos e obrigações do compromissário, sobretudo quanto aos prazos concedidos, quando for esse o caso.

Da mesma forma, mostra-se de suma importância o estabelecimento de *mecanismos de controle da execução*. Neste particular, é de todo conveniente que as *obrigações sejam divididas em partes de*

¹⁵² A este respeito, *vide* RE 253.885, Rel. Min. Ellen Grace, julgamento em 04/06/02, DJ DE 21/06/2002.

modo a possibilitar o acompanhamento passo-a-passo, detectando-se, imediatamente, qualquer eventual inadimplemento. Ao contrário, a fixação de obrigação única, indivisa, com prazo único para cumprimento, importa graves prejuízos à fiscalização, uma vez que, caso o compromissário ou seu representante pretendam descumpri-lo, somente ao final será possível constatar, colocando em risco ainda maior o patrimônio público tutelado.

Também de grande importância é que esses mecanismos de controle da execução, sempre que possível, sejam atribuídos, como obrigação ao compromissário. Assim, por exemplo, firmado ajuste para exoneração de servidores irregularmente admitidos ou rescisão de contratos ilegais, mostra-se importante o estabelecimento da obrigação de, após o término do prazo, serem enviados à Promotoria de Justiça os documentos comprobatórios da prática do ato (atos/portarias de exoneração ou termos de rescisão dos contratos).

Ponto importante também diz respeito ao *estabelecimento das penalidades* para o descumprimento das obrigações assumidas. Evidentemente, não há possibilidade de assinatura de qualquer termo de ajustamento de conduta, em que haja o estabelecimento de obrigações a serem cumpridas pelo compromissário, sem que seja fixada sanção para o caso de inadimplemento das mesmas. Se isso acontecesse, inútil seria o ajuste, dado que, caso descumprido, só restaria ao órgão de execução a alternativa de buscar perante o Judiciário o seu implemento, sem qualquer poder coercitivo extrajudicial. É de fácil percepção que o estabelecimento de obrigação sem fixação de sanção para o inadimplemento não apresenta poder coercitivo, tornando-se “letra morta”. A *finalidade da multa ou cláusula penal* é, antes de mais nada, impor o cumprimento da obrigação, agindo como meio de coerção. A multa não substituirá nunca a obrigação, mas atuará como astreinte para forçar seu adimplemento.

Tido, então, como obrigatório, o estabelecimento da cláusula penal não pode representar prejuízos ao próprio patrimônio público, o que seria, de fato, um contra-senso, uma vez que o fim último da atuação ministerial é sua preservação. Em determinados casos, o estabelecimento de multa por inadimplemento a ser suportada unicamente pelo órgão público, ao contrário de atingir seu fim coercitivo, pode implicar, sim, prejuízos a esse mesmo órgão, decorrentes de ato ou omissão de seu representante. *O ideal, assim, é que, ainda que solidariamente, seja o representante legal do órgão público posto na condição de responsável pela multa.* Essa alternativa pode gerar grande indagação, especialmente pela fixação de responsável pela multa (administrador) diverso do responsável pela obrigação (órgão público, pessoa jurídica). Entretanto, sendo expressamente estabelecida no texto do TAC a solidariedade, a multa passa a ser exigível, obrigando aquele que a firmou.

Feito dessa forma, deve-se atentar para as *alterações subjetivas na administração*. Expirado o mandato, por exemplo, de determinado agente político, substituído por outro, deve ser este chamado para que adira ao TAC firmado pelo antecessor, responsabilizando-se por eventual multa incidente a partir do início de seu mandato. É certo que o novo Administrador poderá não concordar com a assinatura do aditivo, responsabilizando-se solidariamente pela multa. Nesses casos, mesmo após todo o exercício de convencimento por parte do Promotor de Justiça, não poderá ser compelido a tanto, até porque não se comprometeu no documento original. Ainda assim, a tentativa terá sido válida, como meio de levar ao conhecimento da nova administração os termos do compromisso anteriormente assumido, permanecendo intacta a obrigação da pessoa jurídica de direito público interno. Evidentemente, as obrigações do administrador anterior quando à multa solidária estarão restritas ao seu período de administração ou mandato.

A assinatura de termo de ajustamento de conduta pressupõe a existência de inquérito civil público ou procedimento administrativo assemelhado que lhe dê suporte. Não é possível sua elaboração e assinatura como documento autônomo, dada a necessidade de *controle finalístico* por parte do Conselho Superior¹⁵³.

Também, em função desse controle, deve ser comunicado ao Conselho Superior *eventual suspensão do inquérito civil* em razão do TAC firmado, o que normalmente ocorre pelo prazo necessário ao cumprimento das obrigações assumidas. Não há necessidade, como pensam alguns, de homologação pelo Conselho do ajuste entabulado pelo órgão de execução, sendo o controle feito *a posteriori*, se cumpridas as obrigações, quando da apreciação da promoção de arquivamento. A *comunicação da suspensão*, porém, mostra-se obrigatória, até porque, havendo o fato, suspensos estarão os prazos para encerramento do procedimento preparatório ou do inquérito civil¹⁵⁴.

Estando o feito registrado através do *Sistema de Registro Único de Inquéritos Cíveis e Procedimentos Preparatórios (SRU)*, criado pela Resolução Conjunta PGJ CGMP n° 03/07, essa comunicação é automática, através do lançamento obrigatório de tais ocorrências (art. 18, § 1º, da citada Resolução).

Embora suspenso o inquérito, poderá o órgão de execução promover as diligências e medidas que

¹⁵³ Quanto a esta questão, merecem destaque as considerações feitas no tocante ao arquivamento no tópico a seguir.

¹⁵⁴ Noventa dias, prorrogável por igual período, uma única vez, para o procedimento preparatório; e, um ano, prorrogável por igual prazo e quantas vezes forem necessárias, para o inquérito civil (conforme arts. 2º, § 5º, e 9º da Resolução CNMP n° 23/07; e arts. 2º, § 6º, e 12 da Resolução Conjunta PGJ CGMP n° 03/07).

entender necessárias à garantia de futura e eventual execução do TAC, bem como tomar providências para apurar seu eventual descumprimento, sem que isso importe em revogação da suspensão.

Por fim, dispõe o §4º do art. 18 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/2007 que o TAC

[...] conterà, sempre que possível, o necessário mecanismo que propicie sua ampla divulgação, o que deverá ser feito com vistas ao esclarecimento à comunidade, atentando-se para a objetividade e a garantia dos direitos dos interessados.

Quanto à *recomendação*, seu fundamento legal está no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, repetido no art. 67, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 34/94. Tem aplicação sempre que se mostrar necessária a adequação ou a melhoria dos serviços públicos, buscando adequar o comportamento dos agentes públicos aos princípios informadores da administração Pública. O *objetivo primordial da recomendação* será prevenir a prática de atos contrários ao Direito ou corrigir eventuais desvios administrativos. Diferencia-se do Termo de Ajustamento de Conduta quanto à forma, por tratar-se de ato unilateral, originado do órgão de execução, que, à vista de determinados fatos e fundamentos (que devem ser expostos em forma de *considerandos*), recomenda ao órgão público ou ao administrador que tome determinada conduta, praticando determinados atos ou abstendo-se de certa prática irregular. Não há aqui assunção de obrigações por parte do órgão ou agente público, sendo essa a marca de sua *unilateralidade*.

Baseia-se a recomendação no poder de autotutela da administração e na correlata possibilidade de esta rever seus atos independentemente de determinação judicial. Assim, expedida a recomendação, expostos os fundamentos que determinam a conduta irregular ou a prática vedada, o poder público acatando-a, fundado em seu poder de autotutela, promove a revisão do ato impugnado, voltando a ação administrativa à legalidade.

Dada a sua *natureza unilateral*, não há estabelecimento de qualquer multa em caso de não atendimento, redundando este na tomada de providência que se mostre mais drástica, sobretudo no ajuizamento de ação civil pública.

Deve ser *fixado prazo para análise e manifestação* sobre seu atendimento ou apenas para este (atendimento), com vistas a estabelecer período no qual será aguardada a solução *voluntária* e a partir do qual outra providência será estudada e tomada.

Nessa mesma linha, Hugo Nigro Mazzilli expõe que as recomendações, embora não tenham caráter vinculante, por não estar a autoridade destinatária juridicamente obrigada a acatá-la, têm *grande força moral* e, até mesmo, implicações práticas. Para o

autor, embora não esteja a autoridade obrigada a cumprir os termos da recomendação, passa a ter o dever de divulgá-la e dar resposta escrita ao Ministério Público, fundamentando sua decisão. Sendo assim, poderá o Promotor de Justiça, após a expedição da recomendação, promover o controle do ato administrativo, com base na fundamentação exposta pela autoridade para adotá-la ou não, tanto para o caso dos atos vinculados, como para os discricionários (quanto a estes últimos, de acordo com a teoria dos motivos determinantes).¹⁵⁵

Outra finalidade da recomendação é o estabelecimento do conhecimento por parte do agente público de determinada irregularidade no âmbito da Administração. Expedida a recomendação, acatada ou não, não será mais possível ao Administrador alegar o desconhecimento daqueles fatos, seja em sede de inquérito civil, seja em ação civil pública ajuizada. Terá, então, nesses casos, a função de explicitar o prévio conhecimento, evitando um dos meios mais comuns de defesa: o desconhecimento da irregularidade.

Por disposição expressa do parágrafo único do art. 19 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07, *é vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública.* Sempre destacando a possibilidade de solução extrajudicial da questão por via da recomendação, só uma interpretação se mostra possível para tal dispositivo. A vedação em tela seria a expedição de recomendação com objeto idêntico ao de TAC já firmado ou ação civil pública já proposta. Assim, firmado TAC ou proposta ação judicial, a recomendação estaria afastada como instrumento de solução da questão, sendo impossível que dê ensejo à rescisão daquele ou à desistência desta. Todas as questões deverão ser resolvidas através dos mecanismos postos à disposição para fazer valer as obrigações assumidas no ajuste de conduta, inclusive a partir de novo ajuste, consubstanciado em termo aditivo, ou pelos dos meios processuais pertinentes, inclusive quanto à celebração de acordos no curso do processo (ressalvada a vedação para transação em relação às ações de improbidade administrativa – art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92). A não se adotar essa interpretação, estaria esvaziada a importância da Recomendação, por não aceitá-la como instrumento hábil a solucionar questões passíveis de solução pelo TAC ou por ação judicial, que seriam sempre exigidos.

Feita essa observação quanto à inaplicabilidade da recomendação quando já firmado termo de ajustamento de conduta ou já ajuizada ação civil pública, o acatamento à recomendação, assim como o cumprimento integral do termo de ajustamento de conduta firmado, importarão no arquivamento do inquérito civil, dada a resolução da questão pela via extrajudicial, salvo necessidade ainda de providência complementar.

¹⁵⁵ Obra citada, p. 337/338.

3.6.5 – ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL OU PROCEDIMENTO

Desenvolvido o inquérito civil público até o seu final, não se recolhendo elementos suficientes para a propositura de ação civil pública ou solucionada a questão por meio de qualquer dos instrumentos extrajudiciais acima expostos, caberá ao órgão de execução promover o arquivamento do procedimento.

A promoção de arquivamento, que *desafia controle obrigatório pelo Conselho Superior do Ministério Público*, nos termos do art. 9º, da Lei nº 7347/85, deverá conter relatório dos fatos investigados e das diligências desenvolvidas, exposição clara das razões do convencimento do órgão pelo arquivamento e, então, as providências finais. Da promoção de arquivamento deve constar também, como decisão tomada no curso do inquérito civil, a *possibilidade de recurso*, bem como o endereço do órgão recursal – Conselho Superior do Ministério Público.¹⁵⁶

Em relação a estas últimas providências, merecem destaque a *baixa no registro* respectivo e a *cientificação dos interessados quanto ao arquivamento*¹⁵⁷, que deve preceder à remessa ao órgão colegiado (CSMP).

A baixa no registro deverá ser providenciada tanto para os casos em que o controle já esteja sendo feito pelo SRU, como para aqueles em que o registro é feito pelo método tradicional, através de livros de controle da Promotoria de Justiça. Sua função é de manter atualizadas as informações do órgão de execução e da unidade administrativa para fins de estatística e controle, bem como possibilitar o acompanhamento por quem quer que seja, evidenciando o princípio da publicidade. Deve então ser anotada a decisão tomada (arquivamento), bem como sua data e, sempre que possível, de modo sucinto, as razões que a embasaram.

¹⁵⁶ Art. 22 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07.

¹⁵⁷ ENUNCIADO Nº 13: Ao propor o arquivamento de inquérito civil ou das peças de informação, antes da remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, o Promotor de Justiça deverá dar ciência de sua decisão à parte interessada, tanto a que levou o fato ao conhecimento do Promotor de Justiça, quanto a que foi investigada. Na notificação dessa decisão, deverá ser explicitado que os interessados poderão apresentar razões escritas ou documentos que serão juntados aos autos do inquérito civil ou anexados às peças informativas até a sessão do Conselho Superior do Ministério Público na qual será apreciada a promoção de arquivamento. (Notas: (*) Aprovada a reformulação na 15ª Sessão Ordinária, realizada em 06/08/07: publicação no Diário Oficial: Republicado em (*) Texto anterior aprovado na 12ª Sessão Ordinária, realizada em 09/08/99: publicação no Diário Oficial: 13/08/99. Republicado em 09/10/2004 face determinação do Conselho Superior do Ministério Público em 13/09/2004, 14ª Sessão Ordinária.)

Já em relação à *comunicação aos interessados*, tem por finalidade, além de garantir a publicidade, possibilitar uma forma de controle social, uma vez que, havendo discordância, poderão os cientificados arazoarem junto ao Conselho Superior, buscando a adoção de providência diversa. Entre os interessados a serem cientificados, estão o investigado e o representante, quando houver. Outros também poderão ser comunicados do arquivamento, conforme for o caso: o órgão público onde tenha havido o ato de improbidade, quando diverso o agente, os sucessores do investigado, quando este tiver falecido antes da conclusão das investigações *etc.* Em resumo, deverão ser comunicados todos aqueles que tenham legítimo interesse na solução da questão, tido esse interesse como o interesse jurídico, na acepção processual do termo, não se confundindo com interesses meramente pessoais, políticos ou de qualquer outra natureza. Destarte, sempre que vislumbrado algum interesse juridicamente legítimo na solução da questão investigada, inclusive dando ensejo a interesse em arazoar de forma diversa perante o Conselho Superior do Ministério Público, deverá haver a prévia notificação do interessado, a fim de que, tomando ciência da convicção do Promotor de Justiça e de sua opção pelo arquivamento do feito, adote a postura que entender mais conveniente.

Estabelecidos aqueles que deverão ser cientificados, a comunicação deve ser feita de forma inequívoca. Assim, em caso de *comunicação por via postal*, *deve ser feita com comprovação do recebimento (AR)*. Caso a comunicação por via postal seja frustrada ou se mostre desaconselhável por qualquer motivo, a via a ser eleita deverá ser a *comunicação pessoal, através de diligência a ser feita pelo Oficial do Ministério Público*, que detém atribuições legais para tanto, inclusive para certificar quanto à cientificação. Impossibilitada a notificação pessoal, deverá ser providenciada a *publicação na imprensa oficial ou a afixação da comunicação no órgão do Ministério Público, mediante lavratura de termo próprio*.¹⁵⁸

Promovido o arquivamento e cientificados os interessados, os autos do inquérito civil deverão ser remetidos, no prazo de três dias a contar da cientificação, ao *Conselho Superior do Ministério Público*, para apreciação e análise da promoção de arquivamento elaborada, com sua homologação, determinação de diligências complementares ou designação de outro órgão de execução para atuação no inquérito, se entender que as investigações devam prosseguir.

Questão de suma importância diz respeito ao *arquivamento implícito*.

¹⁵⁸ Art. 13, § 1º, da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/2007.

Muitas vezes o objeto do inquérito civil abrange diversos fatos. Embora não seja aconselhável a reunião de vários fatos num mesmo procedimento investigatório, é plenamente possível que ela ocorra, redundando num só inquérito com mais de um objeto de investigação. Sendo dessa maneira, por questões de lógica, é possível que, ao final das investigações, somente quanto a um ou mais objetos ou investigados reúna o órgão de execução elementos para propositura de competente ação judicial. Nessa hipótese, em relação aos demais objetos ou investigados, haverá a necessidade de promover-se o arquivamento das investigações, com todas as particularidades acima postas. É que o sistema normativo vigente, em especial a *Lei nº 7.347/85*, não reconhece como válido o arquivamento implícito, decorrente da não inclusão de todos os fatos sob investigação na providência tomada.

Nesses casos, então, deverá o órgão de execução determinar o *desmembramento do procedimento*, criando novos autos somente em relação aos fatos não incluídos na providência anteriormente tomada (judicial ou não), para que, então, promova o arquivamento desses autos, deduzindo as razões de seu convencimento nesse sentido e submetendo sua decisão ao controle do órgão colegiado superior (CSMP). O *desmembramento pode ser operado*, então, pelo desentranhamento das peças e documentos que digam respeito exclusivamente aos fatos ou investigados sujeitos ao arquivamento ou, ainda, por fotocópias, de acordo com o que se mostrar mais conveniente para a instrução, tanto da ação judicial proposta, como para a explicitação do convencimento do Promotor de Justiça quando da análise do arquivamento pelo órgão colegiado. A *impossibilidade de arquivamento implícito* tem sua razão de ser no princípio da publicidade, constitucionalmente consagrado, além da necessidade de controle dos atos do Promotor de Justiça através do Conselho Superior. Não fosse dessa maneira, estaria aberto um caminho para a burla a tal princípio e às obrigações dele decorrentes, numa espécie de decisão irrecurável e secreta, o que, evidentemente, não encontra amparo no sistema jurídico-constitucional vigente.

Nessa linha de raciocínio, a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07 expressamente veda o arquivamento implícito, prevendo, em seu art. 16, a forma a ser adotada quando se estiver diante de tais situações, ou seja, a promoção de arquivamento com obediência a todas as disposições pertinentes, como se nenhuma providência pudesse ser adotada.

Vale ser dito, também, que nada impede que, diante de determinada investigação mais volumosa e complicada, sejam feitos *arquivamentos parciais*, em relação a fatos que restarem totalmente esclarecidos, continuando a investigação em relação aos demais. Nessas hipóteses, deverá o Promotor de Justiça adotar providência semelhante à anterior-

mente apresentada, ou seja, determinar o desmembramento do inquérito civil com os documentos pertinentes ao fato objeto de arquivamento (em originais desentranhados ou por fotocópia), elaborando promoção de arquivamento que, satisfeitas as exigências legais, deverá ser remetida ao Conselho Superior para apreciação e, se for o caso, homologação.

Diante de uma *investigação que se mostre exageradamente complexa*, a promoção de arquivamentos parciais é medida que se mostra salutar, atenta, ainda, à dignidade da pessoa humana e ao princípio da eficiência. Em relação à primeira, porque o investigado tem o direito de ver sua questão resolvida e, comprovada a inexistência de elementos que justifiquem qualquer providência em relação à sua pessoa, mantê-lo ainda sob investigação pode causar maior constrangimento, que seria injustificável, além de prejuízos de ordem moral e material. Quanto ao segundo, porque, excluídos aqueles fatos cuja investigação já estiver concluída, o procedimento tenderá à menor complexidade, facilitando até mesmo conclusões relativas ao restante do objeto da investigação.

É de se dizer que também os *inquéritos civis que se mostrem resolvidos mediante termos de ajustamento de conduta devidamente cumpridos ou recomendações acatadas* devem ser submetidos à promoção de arquivamento, com as mesmas exigências e requisitos já expostos. Trata-se mais uma vez de exteriorização do princípio da publicidade e do controle, tornando coerente, lógico e eficaz o sistema normativo. Tanto é assim que, como já dito, não só os termos de ajustamento de conduta, como também as recomendações, somente podem ser firmados no âmbito de um inquérito civil ou procedimento assemelhado, vedando-se a sua existência autônoma, o que implicaria falta de controle *a posteriori*.

Por fim, *arquivado um inquérito*, é possível que *surjam novas provas ou que fato novo relevante enseje a reabertura das investigações*. Regulamentando a matéria, a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07 fixou prazo de seis meses após o arquivamento para desarquivamento do inquérito civil. Ultrapassado esse prazo, a investigação deverá ocorrer em novo inquérito civil, sem prejuízo das provas já colhidas (art. 15). *Desarquivado o inquérito e reaberta a investigação*, não sendo colhidos elementos para propositura de ação, deverá ser promovido *novo arquivamento* e remessa ao Conselho Superior, tal qual verificado no primeiro arquivamento.

3.6.6 – REFLEXOS EM OUTRAS ÁREAS DE ATUAÇÃO DO MP

Embora a defesa do patrimônio público se dê de forma mais intensa através de medidas na esfera cível, não podem ser esquecidas ou desprezadas as medidas no âmbito criminal.

Correlatos aos atos de improbidade administrativa, existem diversos crimes tipificados na legislação que, por se sujeitarem à ação penal pública, também são de titularidade do Ministério Público. Sendo assim, adotadas as medidas na esfera cível ou, ainda, extrajudiciais, devem os fatos ser analisados também sob o aspecto criminal, a fim de se verificar a ocorrência de eventual crime e, portanto, a necessidade de ajuizamento de ação penal, com oferecimento de denúncia.

A Resolução PGJ/MG nº 72/2006 confere expressamente às Promotorias de Justiça de Defesa do Cidadão Especializadas a *titularidade das ações cíveis e penais* nos casos afetos à sua área de atuação, excluindo-se a atuação perante os Juizados Especiais (art. 1º, § 1º). Especificamente no caso das *Promotorias de Justiça Especializadas de Defesa do Patrimônio Público*, prescreve que exercerá a titularidade da ação penal apenas em relação àqueles delitos verificados no âmbito de suas investigações e quando envolverem a participação de agentes públicos. A atuação, portanto, não se resume às providências extrajudiciais e, no âmbito judicial, à esfera cível. Verificada, ao final ou no curso de inquérito civil ou procedimento administrativo sob sua responsabilidade, a ocorrência de crime decorrente da ação lesiva ao patrimônio público (especialmente crimes contra a administração pública) em que haja participação de agente público, impõe-se a tomada de medidas adequadas pela Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público.

Assim, tratando-se de crime referente a caso afeto à defesa do patrimônio público em que haja participação de agente público, verificado em procedimento investigatório a cargo da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, a esta caberá a promoção da ação penal. Caso contrário, a atribuição será da *Promotoria de Justiça Criminal comum*.

Nesse particular, deve-se atentar para a questão relativa à *competência*, em especial a determinada *pelo foro por prerrogativa de função*. Não sendo hipótese legal de competência originária dos tribunais (por exemplo, Prefeitos, Deputados Estaduais), a denúncia deverá ser oferecida pelo próprio órgão de execução, junto ao Juízo de primeiro grau, com base nas provas colhidas no inquérito civil (mediante extração de cópias, se for o caso), prescindindo-se de inquérito policial.¹⁵⁹

Caso contrário, sendo hipótese de foro privilegiado, deverá o órgão de execução encaminhar cópia dos documentos necessários (quando não for o caso de cópia integral do inquérito civil) à Procuradoria-Geral de Justiça ou à Procuradoria de Justiça Especializada no Combate a Crimes de Agentes Políticos Municipais (se for o caso), para a tomada de providências junto ao Tribunal competente.

É de se destacar que, nesta última hipótese, deverão ser levadas em consideração todas as regras relativas à competência no processo penal, em especial quanto à conexão (probatória, inclusive), evitando-se o desmembramento de ações penais, com oferecimento de denúncia na primeira instância em relação a um ou mais réus e remessa de cópia para análise da conduta, exclusivamente, daquele detentor do foro privilegiado. *Sempre que por razões de conexão a lei impuser o estabelecimento de juízo único competente, deverá ser providenciada a remessa dos documentos ao órgão de execução adequado para oferecimento de denúncia única, evitando-se com isso atrasos e nulidades futuras.*

Também devem ser destacadas as possibilidades de reflexos em outras áreas de atuação do Ministério Público ou a verificação de crimes que fogem à atribuição da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público.

Nesse aspecto, vale ser dito que nem todos os atos de improbidade administrativa estão a cargo da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público. Nos exatos termos do § 3º do art. 1º da Resolução PGJ nº 72/2006, sua atribuição abrange a tomada de todas as medidas judiciais e extrajudiciais em relação aos atos de improbidade administrativa, à exceção daquelas que mantêm alguma relação com as outras áreas de atuação. Portanto, verificada, por exemplo, a prática de ato de improbidade administrativa decorrente de *violação de norma de natureza ambiental*, a atribuição será da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Meio Ambiente e não do Patrimônio Público.

Assim, uma apuração no âmbito da defesa do patrimônio público pode acarretar também a comprovação de *fatos a cargo da defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural, da ordem econômica e tributária etc. ou de atribuição da Promotoria de Justiça Criminal comum*. Também nessas hipóteses, deverá o órgão de execução encarregado da defesa do patrimônio público providenciar a cientificação dos demais órgãos, com remessa de todo o conjunto probatório existente e à disposição, possibilitando assim uma atuação uniforme e abrangente, consentânea com o princípio da unidade e indivisibilidade previsto no § 1º do art. 127 da Constituição da República.

¹⁵⁹ A esse respeito, o STF já firmou posicionamento quanto à possibilidade de oferecimento de denúncia com base em elementos colhidos em inquérito civil público, independente da questão relativa à possibilidade ou não de investigação criminal por parte do *Parquet*. (HC 84.367, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 09/11/04, DJ de 18/02/05).

3.7 - JUDICIAL

3.7.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ante a constatação da necessidade de propositura de medida judicial na defesa do patrimônio público, tem o Promotor de Justiça a sua disposição, fundamentalmente, como mencionado alhures, *dois instrumentos processuais*: a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85) e a Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/92). Abordaremos primeiramente as características da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, e posteriormente, a ação civil pública.

Também não se pode esquecer das *inúmeras outras medidas processuais cabíveis no âmbito da defesa do patrimônio público* à disposição do Ministério Público, para o desempenho de sua missão constitucional (art. 129, inciso III, da CF/88). Nesse particular, merecem especial atenção as medidas cautelares, com base nos dispositivos do Código de Processo Civil.

Antes de tratar das ações civis públicas, porém, é preciso atentar para *alguns aspectos práticos da atuação Ministerial junto ao Poder Judiciário*.

De plano, é preciso definir-se qual é o órgão ministerial que detém *legitimidade para oficiar* nas variadas espécies de ações judiciais em tramitação. A celeuma sempre esteve presente no cotidiano Ministerial. Para alguns, em todas as hipóteses de eventuais lesões ao erário a Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público (Promotoria de Justiça do Cidadão – Art. 61, inciso III, da LCE 34/94) deveria oficiar, ainda que não figurasse na condição de parte. Para outros, a Promotoria de Justiça Especializada só deveria oficiar quando protagonizasse a função de parte.

A *controvérsia hoje está pacificada*, pois a Administração Superior do Ministério Público editou o Aviso PGJ-ADM-JUR 001, de 15 de fevereiro de 2008¹⁶⁰. Destarte, *a função de custos legis não está afeta às Promotorias de Justiça Especializadas na Defesa do Patrimônio Público*, mas sim, ao órgão de execução ministerial que oficia perante a respectiva vara na qual tramita a ação, cabendo às especializadas oficiar nas ações judiciais em que figuram como parte.

Nunca é demais dizer que, diante do processo judicial, em especial, quando figura na condição de parte, é de rigor a observância pelo *Parquet* dos ritos procedimentais e dos prazos processuais¹⁶¹ e, como um todo, o exercício de um rigoroso controle sobre a tramitação e a colheita da prova, amealhando todos os elementos probatórios e aduzindo todos

os argumentos fáticos e jurídicos que embasem a procedência dos pedidos postulados em juízo.

Em particular, quanto às *medidas cautelares*, de grande importância e larga utilização na defesa do patrimônio público, deve-se atentar para o disposto no art. 808, inciso I, do CPC. Segundo este dispositivo legal, cessa a eficácia da medida cautelar se não intentada a ação principal no prazo de trinta dias. Assim, por exemplo, manejada ação cautelar de busca e apreensão de documentos em órgão público, deve o Promotor de Justiça voltar seus esforços para a análise o mais breve do material, propondo, de imediato, as ações que já encontrem lastro probatório, sob pena de perda da validade da prova obtida a partir dos documentos apreendidos.

Por fim, não se pode olvidar que, em variados casos, a atuação em juízo não se limite aos aspectos da Lei nº 8.429/92 ou na esfera cível em geral, redundando, também, em consequências administrativas e criminais, devendo o Órgão Ministerial, afóra a defesa da probidade administrativa e do patrimônio público junto ao juízo cível, se legitimado, adotar as demais medidas. Se não tiver atribuições, enviar cópias dos documentos, procedimento ou do expediente aos órgãos que o sejam.

3.7.2 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ao dispor sobre a administração pública, o constituinte de 1988 houve por bem positivar alguns princípios, tidos como norteadores da atividade administrativa, fazendo-o, como já dito, no art. 37. Por sua vez, em seu § 4º, previu a imposição de sanções por atos de improbidade administrativa, com o objetivo de sancionar aqueles que, de alguma forma, viessem a atentar contra esses princípios ou contra as normas próprias do regime jurídico administrativo, prevendo a edição de lei especial regulamentadora.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

Veio, então, a Lei nº 8429/92 (LIA), que dispõe sobre a prática de atos de improbidade administrativa suas características, consequências, entre outras particularidades, que merecem destaque neste trabalho.

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

¹⁶¹ Art. 188 do Código de Processo Civil.

3.7.2.1 – O SUJEITO PASSIVO

O art. 1º e seu parágrafo único da LIA definem quais as pessoas jurídicas serão alcançadas (tuteladas) pelas sanções tipificadas.

O acima citado diploma legal pontua que os atos de improbidade podem ser praticados em desfavor da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação e custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, incluindo, também os atos ímprobos praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. Neste último caso, a sanção patrimonial limita-se à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A respeito do tema, bem resumiu o colega Emerson García:

Como se constata pela leitura do preceito acima (art. 1º da LIA), a identificação do sujeito passivo deve preceder à própria análise da condição do agente, pois somente serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei nº 8.429/92, aqueles praticados em detrimento: a) da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; b) de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) do patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.¹⁶²

O *espectro da norma* é amplo, denotando que o legislador pretendeu englobar todas as situações que envolvam dilapidação, desvio ou apropriação de valores, serviços ou vantagens de caráter público. Quer dizer, independente da natureza da pessoa jurídica lesada, havendo numerário público envolvido, caberá a aplicação da LIA.

3.7.2.2 – O SUJEITO ATIVO

O art. 2º da LIA, ao dispor sobre o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, preceitua que se reputa *agente público* todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou

qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Mais uma vez, o legislador optou por *preceito amplo*, procurando trazer para o alcance da norma todo e qualquer agente público vinculado às entidades referidas no art. 1º da LIA, ou, qualquer pessoa natural que manuseie ou tenha acesso a valores públicos. O *critério*, então, para definição do sujeito ativo do ato de improbidade administrativa *está no exercício de função*, de qualquer natureza, junto às entidades que, de alguma forma, utilizem recursos públicos, protegendo-se, desta forma, o erário, o patrimônio público material. Nessa acepção, *fogem à categoria de sujeitos ativos* aqueles que, ainda que exerçam atividade que possa ser considerada como serviço público, não o façam sob o império das normas de direito público, administrativo, não havendo emprego de dinheiro público de qualquer forma. Nesse caso, não estarão abrangidos pelas disposições do art. 2º da Lei nº 8429/92, somente respondendo, se for o caso, nas hipóteses do art. 3º, que serão analisadas a seguir.

Nesse sentido é o voto do Ministro Luiz Fux do *Superior Tribunal de Justiça*, no Recurso Especial nº 455.933:

Da análise conjunta e teleológica de tais dispositivos legais, verifica-se que o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão “agente público” possui expressivo elástico o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público [...]

Também *merece destaque outra decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça*:

[...] 1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º da Lei nº 8.429/92: ‘a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).[...]’¹⁶³

No art. 3º da Lei nº 8.429/92, sabiamente, o legislador incluiu nos preceitos legais a *figura de terceiros, estranhos aos quadros públicos*, mas que possam por indução ou co-participação concorrer para a prática do ato ou venham a ser beneficiados de forma direta ou indireta.

¹⁶² Op. Cit., p.155/156.

¹⁶³ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

A experiência permite afirmar que, quase na totalidade dos atos de improbidade administrativa, o agente público, ímprobo, atua contando com a indução (corrupção), co-participação ou visando, ainda, a beneficiar terceiras pessoas. Sendo dessa maneira, firme na missão constitucional de defender o patrimônio público e a probidade administrativa, o legislador houve por bem estender também a essas pessoas os preceitos sancionadores da LIA.

Afere-se, repita-se, que o legislador optou por *extenso rol de sujeitos passivos e ativos*, visando, por óbvio, a permitir a efetiva defesa do patrimônio público e a combater a nefasta figura dos atos de improbidade, sendo de rigor aos órgãos de execução insurgirem-se contra toda e qualquer tentativa de diminuição do espectro de abrangência da Lei nº 8.429/92.

Assim, tratando-se de defesa do patrimônio público contra os atos de improbidade administrativa, sujeitam-se às normas da Lei nº 8.429/92 todos aqueles que, a qualquer título, atuem em entidades que manipulem valores públicos, bem assim os que com estes se associarem ou, simplesmente, vierem a ser beneficiados com a prática ilícita.

Merece especial atenção a questão relativa ao *agente político*. Em que pese a recente decisão do STF envolvendo o ex-Ministro Ronaldo Mota Sandenberg (Reclamação 2.138-9), nenhum fundamento existe para a exclusão dos agentes políticos do âmbito de incidência da Lei nº 8.429/92. Estes encontram-se abrangidos expressamente pelo disposto no art. 2º da LIA, entre aqueles que exercem cargo por eleição. Nem mesmo a existência de disposições específicas quanto a crimes de responsabilidade praticados por eles serve de argumento hábil a excluí-los da norma especial, uma vez que a natureza das sanções aplicáveis é diversa. Nos *crimes de responsabilidade, obviamente, de natureza penal*. Nos *atos de improbidade administrativa, civil e política*. Aceitar-se a tese em contrário implica inexplicável diminuição do espectro de abrangência da LIA, em total contradição à *mens legis* constitucional e ao sistema formado a partir da Carta Cidadã de 1988.

3.7.2.3 – O RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO

O art. 5º da LIA dispõe de forma peremptória que a *ação ou omissão que gerar prejuízo ao erário* (nas três esferas e em todas as hipóteses tratadas no art. 1º) *enseja a integral reparação do dano*.

A *reparação do dano*, aliás, como defendem alguns doutrinadores, *não se elege à categoria de sanção propriamente dita*, embora explicitada nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, *pois pode ter lugar, mesmo que não se trate de ato ímprobo ou mesmo quando as demais sanções já tenham sido acobertadas pela prescrição*.

O preceito ajusta-se ao ordenamento constitucional, uma vez que, tratando-se de *dano ao erário* (mesmo que fruto de ação ou omissão que não se insiram na categoria de atos de improbidade) o *eventual valor devido é indisponível e imprescritível*.¹⁶⁴

Anote-se que em qualquer caso a *Fazenda Pública* interessada deverá ser chamada para integrar a lide.¹⁶⁵

3.7.2.4 – ELEMENTO SUBJETIVO (CONDUTAS CULPOSAS E DOLOSAS)

O tema é árido e controvertido, notadamente, no campo probatório.

Como premissa básica, é de se registrar que não incide nos atos de improbidade administrativa a responsabilidade objetiva.¹⁶⁶

Aplica-se aos eventuais atos ímprobos a *culpa subjetiva* e obviamente a *figura dolosa*, traduzida na vontade livre e consciente da prática do ato com o desiderato do resultado ilícito, comportando, a exemplo do Direito Penal, o *dolo específico*.

Como dito alhures, o grande problema repousa na prova, pois, a exemplo da seara penal, existe uma tênue linha entre a culpa e o dolo, direto ou eventual. Destarte, diante do caso concreto e havendo necessidade, apresenta-se interessante o *uso da Recomendação*¹⁶⁷ para se precisar a eventual culpa ou dolo na conduta do agente. Assim, antes da eventual propositura da ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, *pode o órgão de execução oficiante, obviamente, se o caso requerer e a situação fática permitir*, emitir recomendação alertando o agente público sobre as questões fáticas e de Direito. *Persistindo na conduta, restará claro o dolo*.

Importante destacar que o órgão do Ministério Público deve promover, em sede de inquérito civil ou procedimento administrativo, todas as diligências para a total e completa elucidação dos fatos, em especial, no que tange ao dolo e à culpa, optando pelo arquivamento quando restar induvidosa a au-

¹⁶⁴ Art. 37, § 5º, da CF/88.

¹⁶⁵ Art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92.

¹⁶⁶ Esta é característica da responsabilidade estatal, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.

¹⁶⁷ Art. 6º, inciso XX, da LC nº 75/93, art. 27, inciso IV, da Lei nº 8.625/93 e art. 67, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 34/94.

sência do elemento subjetivo por parte do agente, quando exigido pela Lei para caracterização do ato de improbidade administrativa.

A propositura da ação exige o requisito da *justa causa*, ou seja, a probabilidade, ainda que pequena, de êxito do pedido¹⁶⁸. Preserva-se, assim, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, evitando-se *ações temerárias ou desprovidas de fundamento probatório mínimo*.

3.7.2.5 – A COMPETÊNCIA

Felizmente, já ocorreu o julgamento pelo STF da *ADI nº 2.797*, promovida pela CONAMP em face da imoral e teratológica *Lei nº 10.628/02*, a qual deu nova redação ao art. 84, do Código de Processo Penal e tentou uma espécie de repristinação da Súmula nº 394, do Supremo Tribunal Federal que prorrogava a competência pela prerrogativa da função, mesmo após o agente público ter deixado o cargo, estendendo-a também às ações que tivessem por objeto a apuração de atos de improbidade administrativa.

Superada a controvérsia que só se prestou a procrastinar os já demorados julgamentos das ações em curso, retomamos ao leito normal aplicando-se as disposições da *Lei nº 7.347/85* (art. 2º) e da *Lei nº 8.078/90* (art. 93).¹⁶⁹

Destarte, tratando-se de *dano local*, há incidência da regra geral prevista no art. 2º, da *Lei nº 7.347/85*, sendo competente o Juízo do local onde os atos ímprobos produziram seus efeitos, ao passo que na hipótese de dano regional aplica-se a regra do art. 93, da *Lei nº 8.078/90*, sendo competente um dos juízos da capital do Estado.¹⁷⁰

Também interessante é a análise da *origem dos recursos públicos envolvidos*. Tratando-se de valores provenientes da União, suas autarquias ou fundações ou quaisquer entidades da administração indireta, competente será a Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso I, da CF/88. Entretanto, se tais *valores forem repassados a ente estatal do Estado ou município, passarão a integrar o patrimônio destes e, destarte, competente será a Justiça Comum Estadual*.

3.7.2.6 – AS SANÇÕES

A *Lei nº 8.429/92* utilizou a expressão *penas*¹⁷¹ gerando, a princípio, uma falsa interpretação de que as sanções da LIA teriam cunho penal. Sobre o

¹⁶⁸ Art. 17, § 6º, da LIA.

¹⁶⁹ Embora óbvio, é necessário atentar para as disposições do art. 109, inciso I, da CF/88.

¹⁷⁰ Importante atentar, no caso concreto, que acaso o dano recaia sobre o sujeito passivo (art. 1º da LIA) localizado na Capital do Estado, local por certo onde celebrou-se o contrato, mesmo que o dano seja único e tenha ocorrido em município de interior o foro competente será o da Capital.

¹⁷¹ Parágrafo único do art. 1º da *Lei nº 8.429/92*.

tema, a lição de Teori Albino Zavascki:¹⁷²

A suspensão dos direitos políticos por motivo de improbidade administrativa é hipótese nova no direito brasileiro, introduzida pela CF/88. À improbidade, tradicionalmente, cominavam-se sanções de natureza penal, ainda que com efeitos políticos. Mas, sempre em ação penal. Agora, a sanção não é penal. É civil ou, melhor dizendo, político-civil. Leia-se, com efeito, a CF, no § 4º do art. 37: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” Ora, essa circunstância - natureza não criminal da sanção - inova substancialmente na ordem jurídica, o que fica evidenciado no exame da *Lei 8.429, de 02.06.1992*, que, regulamentando o texto constitucional, dispôs sobre *as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional*.

Optou o legislador, como já ponderado, por uma *gradação das sanções*, mas todas as hipóteses (arts. 9º, 10 e 11) dão azo a:

- I – ressarcimento do dano (para alguns tal hipótese não equivale a sanção propriamente dita, uma vez que mesmo ausente a declaração do ato ímprobo a reparação do dano é medida de rigor frente a culpa aquiliana);
- II – a perda de bens havidos ilicitamente;
- III – a perda da função pública;
- IV – a suspensão dos direitos políticos;
- V – a multa;
- VI – a proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos, variando os prazos de acordo com a graduação legal.

Questão relevante e que despertou aceso debate doutrinário e jurisprudencial recaiu sobre a *aplicação cumulativa ou não das sanções*. Para uns (corrente minoritária), as sanções devem, sempre, ser aplicadas de forma cumulativa. Para outros (corrente majoritária), no caso concreto, deve o Juiz aplicar a sanção ou sanções mais adequadas, valendo-se da *proporcionalidade e da razoabilidade*.

A segunda corrente melhor expressa o pensamento do legislador, notadamente, frente ao parágrafo único do art. 12, que atribui poder discricionário ao Juiz para fixação das sanções¹⁷³. No entanto, não

¹⁷² *RJ* nº 2001 Jul/2004 – p. 118 – acessível Juris Síntese IOB – legislação atualizada e consolidada até 06/02/2008.

¹⁷³ As sanções são graves, logo, diante do caso concreto é preciso aferir a justeza das cominações. Não nos parece adequado decretar a perda de função ou do cargo público quando o ato ímprobo for de pequena monta, *v.g.*, equívoco administrativo levado a efeito por culpa do agente público que ensejou a ocorrência da prescrição de dívida ativa de pequeno valor (art. 10, inciso X).

há óbice a que o magistrado aplique, cumulativamente, duas ou mais sanções a um mesmo caso. Tal qual a obrigatoriedade da aplicação cumulativa das sanções, a impossibilidade de cumulação diante do caso concreto posto em julgamento afronta a proporcionalidade e a razoabilidade. O que se deve buscar é a *aplicação da sanção que se mostre mais justa, mais adequada, como resposta ao ato praticado*, sendo eficaz à repressão e retribuição pelo ilícito cometido e, ainda, como medida de proteção do patrimônio público lesado.

3.7.2.7 – O PROCESSO JUDICIAL – QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

Os arts. 16 e 17 da Lei nº 8.429/92 regulam o processo judicial das ações de improbidade, restando claro que é possível o manejo de ações ordinárias e cautelares¹⁷⁴, obviamente, sem prejuízo da aplicação das demais sanções, em especial, as de natureza penal, respeitadas a prerrogativa de foro.

A *ação principal*, nos termos do art. 17, e parágrafos, da Lei nº 8.429/92, segue o rito ordinário, com as *modificações constantes dos parágrafos ora citados, aplicando-se as normas do Código de Processo Civil*.

A *inicial*, então, submete-se ao regramento do art. 282, do Código de Processo Civil¹⁷⁵.

Em 2001, o legislador modificou o art. 17, § 7º, da LIA, criando uma espécie de *contraditório prévio* (juízo de prelibação), ou seja, a possibilidade de manifestação do réu antes do regular processamento da ação. Embora represente mais uma fase a ser superada para que se possa dar início ao processo com vistas a impor sanções aos autores do ato de improbidade administrativa, a medida impede o aforamento de ações descabidas, em especial aquelas que possam ter nítido viés político. Além do mais, felizmente, a *jurisprudência das Cortes Eleitorais*, notadamente do Estado do Rio de Janeiro tem indeferido *pedidos de registro de candidaturas a mandatos eletivos quando os requerentes figuram como réus em ações civis pela prática de atos de improbidade ou penais, ao argumento de ofensa ao princípio da moralidade*. Logo, facultar-se o contraditório prévio é medida salutar e legítima decisões como a ora mencionada.

Questão prática interessante surgiu por ocasião da modificação legislativa acima mencionada, tendo

se debatido se a *omissão do autor da ação, nos pedidos da providência do § 7º, do art. 17, da LIA, trazia nulidade ou não*.

Alguns Tribunais Estaduais, em especial no Rio Grande do Sul¹⁷⁶, chegaram a afirmar que sim. Porém, *solução diversa (e majoritária) foi apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual entendeu que a omissão não nulifica qualquer ato, pois cabe ao juiz ordenar o andamento processual*.¹⁷⁷

Não obstante a posição majoritária adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, *é de todo recomendável que se postule, de forma expressa, a regra procedimental alburne citada*, evitando-se eventuais procrastinações no andamento da ação com discussões na via recursal.

Prosseguindo na análise dos requisitos, de suma importância o cotejo do § 6º do art. 17 da LIA, com os incisos do art. 282 do Código de Processo Civil, ou seja, a *escorreita descrição dos fatos e dos fundamentos do pedido*. Exige o parágrafo citado que *a ação esteja lastreada em documentos e outras provas, ainda que de caráter indiciário*, que forneçam elementos de convicção mínimos do ato de improbidade¹⁷⁸. Não se trata aqui de exigência de comprovação de plano do direito e dos fatos deduzidos em juízo, como num mandado de segurança, mas de obrigação de propositura da ação civil acompanhada com provas mínimas da plausibilidade da dedução em juízo. Nunca deve ser esquecida a natureza da ação e das sanções que se objetiva impor através dela e a atividade desenvolvida por aqueles que normalmente figuram como réus (de cunho político-eleitoral). Ademais, os reflexos de ordem pessoal para os réus pelo simples fato de serem acionados através deste instrumento podem ser gigantescos, ensejando maior rigor da lei processual, de modo a evitar as ações temerárias, de conotação meramente política.

Tem-se, então, um cenário de preservação do *princípio da inafastabilidade da jurisdição* com livre acesso ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV) com observância dos demais princípios e garantias fundamentais que, a par de eventual prática ímproba, não podem ser esquecidos.

Os demais requisitos gerais, igualmente, são de grande importância, impondo seu preenchimento, sob pena de indeferimento da petição inicial por inépcia.

¹⁷⁴ Em regra, os pedidos liminares são postulados na própria ação, mas diante do caso concreto, nada impede o manejo de medidas cautelares preparatórias, *v.g.*, produção antecipada de provas.

¹⁷⁵ Como é de conhecimento geral, a praxis de se “nominar” a ação não é requisito da exordial, porém, facilita o trabalho cartorário, daí, como vem sendo utilizado neste trabalho, opta-se pela nomenclatura “ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa”.

¹⁷⁶ TJRS, Ap. Civ. 70009034315, 22ª C.Civ. j. 18/08/2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30/03/2008.

¹⁷⁷ STJ. Resp. 700.038, 1ª T., j. 04/08/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.gov.br>. Acesso em: 30/03/2008

¹⁷⁸ *Mutatis mutandi* a exigência equipara-se à justa causa reclamada para a ação penal, ou seja, a existência de elementos de cognição mínimos que denotem que a ação proposta tem viabilidade.

Quanto à *redação e estruturação da petição inicial*, embora sujeitas ao estilo de cada autor, merecem alguns comentários, frutos, em grande parte, da experiência e do cotidiano forense.

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa, dada a tipologia, explicitada nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, exige uma *minuciosa e criteriosa descrição dos fatos* (elemento subjetivo, nexos causal, montante desviado ou auferido, etc.). Nada impede, ao contrário pode ser de grande valia, uma exposição inicial genérica como introdução. Porém, deve-se, insista-se, *descrever de forma minudente todos os fatos amoldando-os aos dispositivos legais da Lei nº 8.429/92*.¹⁷⁹

Não se pode olvidar, também, que a exemplo do Processo Penal a *conduta de cada réu deve ser descrita, inclusive, grau de participação*, condição, vantagem auferida, enfim, todas as circunstâncias e desdobramentos que circundam a atividade fática.

De se ponderar que a *descrição precária ou equivocada dos fatos* tem dado azo a um sem número de rejeições de iniciais.

Em recente julgado, ficou assentado:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PETIÇÃO INICIAL – ART. 282, III, DO CPC – REQUISITOS PROCESSUAIS DA AÇÃO – EFEITOS – [...] *Para isso há certas exigências, de cunho processual, que precisam transparecer na petição inicial que necessita estar apta ao estabelecimento da relação processual. Destarte, a peça vestibular deve ser precisa quanto à indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido; para a espécie, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício que o contaminou e em que consistiu sua lesividade ao patrimônio público da entidade indicada. Dessa forma, os fatos, antes da citação, devem estar devidamente expostos, bem como os fundamentos do pedido, para que os réus possam, com base neles, oferecer a sua defesa. No caso em exame, a inicial não apontou o ato ilícito atribuído ao recorrente, a justificar a sua permanência na presente ação, na forma do art. 282, III, do CPC. Com efeito, é ônus do autor da ação de improbidade administrativa apresentar na peça vestibular a indicação precisa do fato e dos fundamentos jurídicos da demanda, ou seja, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício de ilegalidade e a sua lesividade ao patrimônio público. [...]*

Importante também pontuar que a *descrição dos fatos deve ser sóbria e objetiva*, evitando-se juízos subjetivos de valores. Deve-se tomar cuidado com as *manifestações subjetivas*, pois em muitos casos

a defesa do réu tem manejado incidentes procrastinatórios, em especial, na Casa Correicional arguindo a parcialidade do Órgão de Execução, dentre outras situações. Assim, *adjetivos atribuídos ao agente* requerido que extrapolem o necessário para o esclarecimento dos fatos em momento inicial ao Juízo, como *corrupto, ladrão* e similares devem ser evitados, dado que, sendo excedentes, em nada favorecerão o alcance dos objetivos buscados, podendo, muitas vezes, possibilitar artimanhas processuais ou de cunho administrativo que deixarão ainda mais tardia a solução da questão.

Finalmente, no que tange à descrição fática, *deve-se abolir uma prática viciosa de se iniciar a peça de ingresso com um tópico sobre a legitimidade ativa ad causam*.

A legitimidade do Ministério Público para a defesa do patrimônio público está mais do que consolidada na doutrina e jurisprudência, fruto da missão atribuída pelo art. 129 da Constituição da República. Ademais, parece-nos um verdadeiro contra-senso começar uma inicial defendendo a própria legitimidade¹⁸⁰. Ao propor uma ação, o autor deve demonstrar estar certo de sua legitimidade, *agindo com naturalidade* em relação a ela. Se, na petição inicial, quando deduz suas pretensões em juízo, já demonstrar necessidade de afirmar de ter legitimidade para estar em juízo, demonstrará, em sentido inverso, que essa mesma legitimidade é discutível¹⁸¹. Afinal, não devem ser deduzidos em juízo fatos ou argumentos inúteis.

A postura do órgão de execução deve ser de firmeza quanto às suas atribuições e seus objetivos na ação, evitando, assim, que a defesa disponha de mais opções para impugnação, trabalhando para a celeridade do processo. Essa postura nenhum prejuízo causará, uma vez que, havendo questionamento por parte do requerido quanto à legitimidade, o autor terá oportunidade para manifestar-se em sentido contrário, afirmando-a. Havendo decisão em sentido contrário, restar-lhe-á a via recursal própria.¹⁸²

Tópico de capital importância diz respeito às *provas*, ou melhor, à produção das provas.

Como é curial, embora na *praxis* forense utilize-se de um jargão¹⁸³, sabe-se que há três categorias de provas, quais sejam a testemunhal, a pericial e

¹⁸⁰ Se estamos dispostos a ingressar com a ação é óbvio que reconhecemos nossa própria legitimidade.

¹⁸¹ Ninguém ousa, por exemplo, destacar em juízo a legitimidade do filho menor, devidamente representado, para postular alimentos em face dos pais, porque essa é óbvia e decorrente do preceito constitucional. O raciocínio deve ser o mesmo.

¹⁸² No caso de indeferimento da petição inicial, apelação.

¹⁸³ “Protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos”.

¹⁷⁹ É de bom alvitre descrever os fatos e fazer uma *tipificação* clara, ou seja, tal fato corresponde a este tipo, esse evidência descumprimento deste princípio da administração pública, etc.

a documental, além do depoimento pessoal (que, dada sua natureza jurídica, para alguns doutrinadores sequer pode ser rotulado como prova).

Destarte, não obstante a utilização do clássico jargão mencionado, é necessário *apontar, de forma clara, quais provas pretende-se produzir*.

De se ressaltar que *as provas devem ser as necessárias, evitando-se uma dilação probatória que atrase a prestação jurisdicional*, lembrando-se sempre que as provas eventualmente amealhadas no inquérito civil ou procedimento administrativo podem e devem ser invocadas tendo-se o cuidado de cotejá-las com os fatos descritos.

Especificamente quanto à *prova pericial* produzida no curso das investigações a cargo do *parquet*, seja ela subscrita por perito do corpo do Ministério Público (CEAT), por perito nomeado ou por servidor de outro órgão público (Tribunal de Contas, por exemplo), terá valor de prova no feito judicial. Evidentemente, não tendo sido produzida sob o crivo do contraditório, não poderá ser considerada como *prova pericial*¹⁸⁴. Entretanto, regular será sua *admissão como prova documental*, nos termos do que prescreve o art. 427, do CPC, com inegável valor de convencimento, dada a credibilidade de seu subscritor (perito oficial ou servidor público com fé pública), podendo ensejar, até mesmo, a dispensa da prova pericial pelo julgador. Assim, uma vez produzida satisfatoriamente no inquérito civil, sua renovação em juízo deverá, via de regra, ficar a cargo da defesa do requerido, com todos os ônus decorrentes do requerimento.

O *valor da causa* também integra o rol do art. 282, do Código de Processo Civil (inciso V). Logo, é de rigor sua fixação.

Tratando-se de ações civis públicas por atos de improbidade, nas hipóteses dos arts. 9º e 10 da LIA, deve-se ter o cuidado de apontar-se o *valor do dano* (com correção e juros, se possível), além do valor da multa, pois incide a regra do art. 259, inciso II, do Código de Processo Civil.

Nas hipóteses do art. 11 da LIA quando, em regra, *não há dano palpável*, igualmente deve-se atentar para a fixação de um valor que se componha de uma parcela referente ao pleito de reconhecimento do ato de improbidade (por exemplo, um piso nacional de salário), além da multa civil.

É preciso se *abster do mau uso* de indicar nas causas, jargões inadequados, como *valor inestimável e outros*, uma vez que, como dito alhures o art. 282, inciso V, combinado com ao art. 259 e seus incisos,

¹⁸⁴ Embora de inegável valor na prática forense, a prova pericial não é *obrigatória*, ainda que se trate de matéria de alta complexidade (contábil, por exemplo), não estando, de qualquer forma, o juiz adstrito às conclusões do laudo pericial (art. 436 do CPC).

do Código de Processo Civil, reclamam *valor certo e determinado*.

Quanto ao *pedido*, deve destacar a pretensão do reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa e a imposição de todas as sanções que, em decorrência desse pedido, mostrarem-se adequadas.

É possível, ainda, que se postule, na própria ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o *desfazimento, anulação, do ato administrativo* decorrente da atividade ímproba do requerido. Ter-se-á, nessa hipótese, verdadeira *cumulação de ações numa única*, todas, entretanto, com nítido objetivo de defesa do patrimônio público.

A propósito, valem ser destacados os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Inobservados os princípios regentes da atividade estatal, ter-se-á a invalidade do ato e, ipso facto, a sua inaptidão para a produção de efeitos jurídicos. Tal circunstância decorre da própria natureza das coisas, pois não seria lógico que um ato que deveria auferir seu fundamento de validade no direito posto mantivesse sua eficácia quando em dissonância do seu elemento vitalizador. Ausente o alicerce legitimador, ausente estará a eficácia jurídica do ato. Apesar disto, a legislação infraconstitucional dispõe expressamente sobre a nulidade dos atos administrativos quando detectados determinados vícios, como é o caso dos atos lesivos ao patrimônio público (Lei nº 4.717/65 – Lei da Ação Popular) e dos contratos administrativos celebrados com inobservância da normatização específica (art. 59 da Lei nº 8.666/93).

Identificada a nulidade do ato, nada impede e tudo aconselha que o autor da ação civil prevista na Lei nº 8.429/92 formule pedido no sentido de que ela seja declarada por sentença. Caso não o faça, o reconhecimento da nulidade do ato não integrará o dispositivo da sentença, servido unicamente para fundamentá-la, o que permitirá que o ato mantenha sua eficácia e que a matéria volte a ser discutida em nova relação processual.¹⁸⁵ (grifo nosso).

O Egrégio *Tribunal de Justiça de São Paulo*, enfrentando a questão, posicionou-se no mesmo sentido:

[...] duas são as ações aforadas em uma única peça, sob o mesmo rótulo de ação civil pública. A primeira, tem por escopo a anulação de lei e contrato dela resultante. A segunda, a responsabilização dos agentes públicos que deram azo ou permitiram que tal lei e contrato viessem a lume. Na primeira, persegue-se a defesa do patrimônio público. Na segunda, a responsabilização dos agentes, imputando-lhes a prática de atos de improbidade. Poderia o agravante ter aforado duas ações distintas, muito embora já se perceba que

¹⁸⁵ In: *Improbidade Administrativa*. Lumen Juris. p. 403.

uma depende da outra e podem ser instruídas ao mesmo tempo, [...] porque a Lei nº 8.429/92 ao regulamentar a improbidade administrativa permite o ajuizamento de ação civil, quer pela própria pessoa jurídica afetada, quer pelo Ministério Público” (TJSP, 2ª Câm. de Direito Público, AgI 19.281-5/3, São Carlos, Rel. Des. Linei Peinado, 27/05/1997, v. u.) – (grifo nosso)

De igual modo, não obstante a Lei nº 8.429/92 possibilitar o manejo de ações cautelares preparatórias, as quais, após o aforamento exigem a distribuição da ação principal por prevenção, nada impede que *pedidos liminares venbam postulados no bojo da ação principal*¹⁸⁶. Na prática, quase na totalidade das vezes, os pedidos liminares são levados a efeito na própria exordial da ação civil pública proposta.

O art. 16, § 1º, da LIA possibilita ao órgão de execução do Ministério Público ou à procuradoria do órgão legitimado o *pedido de indisponibilidade ou seqüestro*¹⁸⁷ de bens, visando à constrição judicial sobre bens e valores, com visas à reparação do dano e demais desdobramentos da condenação pela prática de ato de improbidade administrativa.

É preciso registrar que, na linha da remansosa *jurisprudência*, o *seqüestro* só poderá alcançar o montante de bens e valores necessários para a reparação do dano e demais encargos, notadamente, a multa civil.¹⁸⁸

Nada obsta, contudo, que a providência do “seqüestro”, como de resto, todas as demais liminares, se dêem no bojo da ação principal.

As *cautelares* se submetem aos clássicos requisitos legais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris*, como é curial, se traduz na plausibilidade do Direito invocado, donde surge a necessidade premente de colher-se elementos de convicção em sede de inquérito civil, ao passo que o “perigo da demora”, também exige prova, ainda que, indiciária.

Provado de forma cabal o dano, a indisponibilidade e o seqüestro de bens são *medidas imperativas*, obviamente, até o limite da responsabilidade (dano efetivo e multa civil). A tese encontra amparo em vários argumentos: em primeiro lugar, a indisponibilidade e o seqüestro dos bens só atingirão o

montante suficiente para assegurar a responsabilidade do agente público; em segundo lugar, a medida tem cunho acautelatório e não impede, frente ao caso concreto, que possa ser revista a qualquer tempo; e, em terceiro lugar, há de aplicar aqui o vetusto, porém, ainda vigente, princípio geral de Direito de que o interesse público se sobrepõe ao particular.

Não se mostra adequado e a prática, infelizmente, tem demonstrado que em situações desta natureza, o *agente público que não tem seus bens declarados indisponíveis e/ou seqüestrados ab initio*, no transcorrer da ação civil pública, *vislumbrando um desfecho desfavorável, os dilapida ou mais comumente esconde-os repassando para terceiros - laranjas*. Esse quadro leva, na prática, à impossibilidade de ressarcimento, demandando um sem-número de outros processos judiciais, os quais quase nunca chegam a bom termo, pois o bem ou valores foram repassados para terceiros, alguns de boa-fé, ensejando a sua não restituição e à resolução em perdas e danos, voltando a proteção do patrimônio lesado à *estaca zero*.

É preciso levar em linha de conta que não se cuida de simples processo judicial visando à satisfação de valores pecuniários, quer fruto de dano, quer fruto de multa civil imposta, mas de um processo judicial no qual se perquire um ato administrativo ímprobo ou mesmo lesão ao erário em detrimento de toda a sociedade, impondo-se, de rigor, um *tratamento mais consentâneo à realidade atual, dando azo, inclusive, ao bloqueio de bens e valores amealhados antes da ocorrência da conduta eivada pela improbidade administrativa*.

Em julgado recente o *Tribunal de Justiça do Paraná*, assim decidiu:

O art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa determina que, a indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, dirigindo-se à qualquer um deles, pouco importando se foram adquiridos antes, durante ou posteriormente à prática dos supostos atos de improbidade. Neste contexto, mostra-se prudente e recomendável o bloqueio dos bens pertencentes aos requeridos, dentre eles os do agravante, até que estejam devidamente esclarecidos os fatos e as alegações formuladas pelo Ministério Público, não se evidenciando ilegalidade ou arbitrariedade na decisão atacada. [...] ¹⁸⁹

Por óbvio, que a *medida acima explicitada pode ter lugar em face de terceiros que não integram os quadros públicos*.

Por fim, sempre que for requerida e deferida a medida de indisponibilidade ou seqüestro de bens,

¹⁸⁶ A terminologia, embora não muito técnica, visa distinguir das hipóteses quando há cautelar anterior, pois tratando-se de ação única não há que se falar em ação principal.

¹⁸⁷ Mais propriamente de arresto.

¹⁸⁸ Daí porque a necessidade de efetuar o cálculo da sanção pecuniária somando-a ao montante do eventual dano já apurado ou na impossibilidade de realizar a estimativa, pois o pedido deve ser certo e determinado.

¹⁸⁹ Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

deve ser a medida efetivada judicialmente através das providências disponibilizadas ao Juízo através do sistema BACENJUD¹⁹⁰, agilizando a concretização. Para tanto, mister o requerimento próprio e específico do órgão de execução autor da ação e, ainda, o acompanhamento da efetivação da medida após seu deferimento.

Com efeito, o art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, possibilita¹⁹¹, ainda, à autoridade administrativa ou judiciária *afastar o agente público*¹⁹², *sem prejuízo da remuneração*, quando a medida for necessária à instrução processual.

Como é cediço, tanto o afastamento como a manutenção da remuneração do agente público são temperados pelo princípio constitucional da presunção de inocência explicitado no art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, que, embora de cunho penal, possui ampla aplicação nos demais ramos do Direito, incidindo, igualmente, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Destarte, o pedido liminar para afastamento do agente público há de encontrar amparo em prova ou, no mínimo, em indícios fortes e latentes de que, permanecendo no cargo, emprego ou função, o agente público, valendo-se de sua condição, poderá tumultuar a instrução processual¹⁹³, intimidando testemunhas, destruindo documentos, forjando provas, enfim, praticando qualquer ato que indique tumulto processual.

Nesse sentido, recente julgado oriundo do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região: “[...] 3. No caso dos autos, inocorreu a antecipação dos efeitos da condenação com o afastamento dos Agravantes de seus cargos públicos, eis que há previsão legal determinando tal afastamento, sem prejuízo da remuneração, visando à proteção da instrução processual. [...]”⁽¹⁶⁾

¹⁹⁰ Também conhecido como “penhora *on line*”, trata-se de sistema informático desenvolvido pelo Banco Central que permite aos juízes solicitar informações sobre movimentação dos clientes das instituições financeiras e determinar o bloqueio de contas-correntes ou qualquer conta de investimento. O sistema está disponível a todos os ramos do Poder Judiciário, mediante convênio assinado entre o Banco Central e os tribunais superiores, ao qual aderiram os tribunais regionais e estaduais, entre eles o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

¹⁹¹ A lei usa a expressão *poderá* denotando discricionariedade do julgador, obviamente, regrada.

¹⁹² Embora ainda impere uma certa celeuma, como dito alhures, entendemos que a expressão *agente público* foi empregada no sentido genérico englobando todas as categorias de servidores, inclusive, agentes políticos (quer fruto de mandato; quer fruto de investidura por concurso ou nomeação).

¹⁹³ A locução deixa claro que o afastamento pressupõe ação judicial aforada.

Dada a natureza cautelar da medida, esta se submete aos *princípios da excepcionalidade e precariedade*, podendo ser revista a qualquer tempo¹⁹⁴. Assim, existe posicionamento, com apoio na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que, cessada a causa que determinou o afastamento, nada impediria o retorno do agente público.

Cremos, no entanto, que esse entendimento, embora embasado em fundamentos jurídicos, não deve ensejar o retorno automático e imediato do agente público afastado ao final da instrução, ao argumento de que não mais poderia prejudicar a produção da prova. Se, de forma cautelar, o agente público foi afastado com a finalidade de colher-se a prova e, finda a instrução processual, sobrevier contexto probatório hígido que aponte para a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, seria um contra-senso permitir-se seu retorno. Se antes do afastamento havia só indícios, agora existem provas colhidas, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa. Resta evidente, então, que a situação processual agravou-se. Logo, com muito mais razão, o afastamento deve ser mantido, até porque, no desempenho do cargo, pode *criar* provas buscando eventual absolvição futura, inclusive em sede recursal.

Deve-se ter em mente, também, os prejuízos à imagem do Judiciário e à compreensão popular que uma medida como essa pode causar, especialmente após uma condenação em primeira instância. Melhor, então, que se analisem, finda a instrução, os efeitos que podem advir do retorno do agente público afastado, antes de se autorizá-lo, revogando-se a decisão anteriormente proferida, mostrando-se mais coerente e lógico que seja o afastamento mantido quando colhidas provas no sentido da responsabilização do réu.

3.7.2.8 – LEGITIMIDADE CONCORRENTE – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Assim como ocorre com relação à ação civil pública (Lei nº 7.347/85), na Lei de Improbidade Administrativa a legitimação ativa do Ministério Público não impede a de terceiro (art. 17). Em ambos os instrumentos, se o Ministério Público não for parte, obrigatoriamente funcionará como fiscal da lei. No caso, o *terceiro legitimado é o Órgão público do qual o autor do ato de improbidade administrativa é um de seus agentes públicos*. Neste caso, a função de *custus legis* será do órgão de execução que oficia perante o Juízo da Fazenda Pública.

¹⁹⁴ Na prática, aplicam-se as mesmas situações das prisões cautelares, ou seja, não mais subsistindo os motivos ensejadores do afastamento, a medida excepcional pode ser revista e revogada.

3.7.2.9 – CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA INTERESSADA

*Requerer, na inicial, a intimação da pessoa jurídica interessada, em observância ao litisconsórcio ativo necessário estipulado pelo § 3º do art. 17 da lei, atentando para a competência do juízo que, na grande maioria das vezes, será fixada em vara da Fazenda Pública.*¹⁹⁵

3.7.2.10 – NOTIFICAÇÃO PRELIMINAR

De acordo com § 7º do art. 17, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.225-45/01, antes de o Juiz receber a ação, deverão *ser notificados os requeridos na Ação Civil Pública para apresentarem manifestação por escrito. Portanto, deverá o Promotor de Justiça pugnar pela observância deste dispositivo, embora de constitucionalidade duvidosa, como forma de se evitarem futuras arguições de nulidade.*

3.7.2.11 – APROVAÇÃO DAS CONTAS DO ÓRGÃO INVESTIGADO

A não apreciação ou mesmo a aprovação das contas do órgão investigado pelo Tribunal de Contas *não impede a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público* (art. 21, II), sendo certo que o *controle exercido pela Corte de Contas é de natureza meramente orçamentária, financeira e contábil. O mesmo se aplica à aprovação das contas do Executivo pelo Poder Legislativo, mesmo porque essa decisão é de natureza político-administrativa.*

A Carta Magna ou qualquer outro texto legal não conferiram às instâncias assinaladas condição de procedibilidade para o ajuizamento de medida judicial na defesa do patrimônio público.

3.7.3 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Inicialmente, cabe esclarecer que são de natureza diversas a ação civil pública por ato de improbidade administrativa e a ação civil pública de defesa do patrimônio público. *A primeira tem por escopo a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92, enquanto que a ação civil visando ao ressarcimento objetiva a reparação do dano causado no erário.* Cabe ainda o ajuizamento da ACP, quando se busca a suspensão ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público, ou ainda quando se pretende obstaculizar os resultados lesivos decorrentes de leis municipais, estaduais

¹⁹⁵ Sobre competência da vara da Fazenda Pública, ver item 1, seção I, cap. 2, tit. II. Observar que o art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92 foi modificado pela Lei nº 9.366/96 e, assim, quando a ação principal for proposta pelo Ministério Público aplica-se, no que couber, o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65.

ou federais de efeitos concretos, discutindo-se incidentalmente a constitucionalidade da norma.

Logo, analisando o ordenamento jurídico nacional, verifica-se que a ação civil pública de defesa do patrimônio público tem existência autônoma, sendo *regulada pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).*

Neste passo, o *caput* da referida lei prevê o ajuizamento de ação para responsabilização por *danos morais e patrimoniais causados ao patrimônio público:*

Originariamente, a Lei nº 7.347 limitava-se a fazer referência à responsabilidade por danos. A Lei nº 8.884, de 11/6/1994, deu nova redação ao art. 1º daquela lei, introduzindo os adjetivos morais e patrimoniais.

O dano moral, cuja doutrina foi, de certo modo, construída lentamente, mereceu expressa referência constitucional com o advento da Carta de 1988. De fato, consta no art.5º, inc. V, ser assegurado o direito de resposta, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. O art.5º, inciso X, garante a inviolabilidade do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas assegurando o direito a indenização pelo dano, material ou moral, decorrente de sua violação. No exame deste último dispositivo, CELSO RIBEIRO BASTOS (ob. E vol. Cit.,p. 65) chega a afirmar que a novidade que há aqui é a introdução do dano moral como fator desencadeante da reparação, o que não era da tradição de nosso direito. Aduzimos nós que a grande inovação residiu em ser o dano moral considerado como fator autônomo para propiciar a reparação, tendo-se avançado e muito em relação à antiga doutrina segundo a qual aquele tipo de dano só seria indenizável se espelhasse prejuízo patrimonial.

A alteração introduzida pela Lei nº 8.884/94 ao art. 1º guarda, por conseguinte, perfeita harmonia normativa com o perfil constitucional relativo ao dano moral. Na verdade, a redação anterior, referindo-se a danos, já ensinaria a interpretação de que o termo abrangeria também o dano moral. Não obstante, para dirimir eventuais questionamentos, decidiu inserir expressamente no dispositivo a qualificação morais ao substantivo danos. Dessa maneira, o autor, na ação civil pública, postulará a condenação do réu a uma indenização em dinheiro, ou a uma obrigação de fazer ou não fazer, seja patrimonial ou moral o dano que tenha provocado como causa de sua responsabilização. Diga-se ainda, por relevante, que o dano moral se caracteriza pela ofensa a padrões éticos dos indivíduos, no caso em foco dos indivíduos componentes dos grupos sociais protegidos. Sendo assim, pode-se afirmar que não apenas o indivíduo, isoladamente, é dotado de determinado padrão ético. Os grupos sociais, titulares de direitos transindividuais, também o são. Assim, se for causado dano moral a um desses grupos pela violação a interesses coletivos ou difusos, presente estará o interesse de agir para a propositura de ação civil pública. O outro aspecto a ser considerado diz

respeito à avaliação do dano moral. Destituído de valor patrimonial intrínseco e com grau bem acentuado de subjetividade, o dano moral há de reclamar, em cada caso, especial aferição para receber o equivalente pecuniário, tarefa para a qual, com certeza, em muito contribuirão os diversos órgãos jurisdicionais responsáveis pela solução desses litígios.¹⁹⁶

Cabe lembrar que a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa foram previstas na Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica do Ministério Público, que em seu art. 25, inciso IV, dispôs o seguinte:

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas [...].

3.7.3.1 – A COMPETÊNCIA

A fixação do foro competente da ação civil pública para defesa do patrimônio público é determinado pela norma do art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.347/85 combinada com o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma vez que existe uma relação de integração entre a LACP e o CDC, conforme enunciado pelo art. 21 da Lei nº 7347/85 e art. 90 do CDC.

Diante disso, a regra geral será que a *competência do foro determina-se pelo local da ocorrência do dano*:

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA FORO DO LOCAL DO DANO - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DA LEI 7.347/85.

1. É competente para processar e julgar ação civil pública o foro do local do dano, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.347/85 - Precedentes.
2. Conflito de competência conhecido para declarar-se competente o Juízo Suscitante, da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão.¹⁹⁷

Temos, ainda, que se tratando de dano de âmbito nacional ou regional, o foro será da Capital do Estado ou do Distrito Federal, como disposto do CDC:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

3.7.3.2 – LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR

Averiguar, no decorrer do inquérito civil público, se há ação popular tramitando na comarca com idêntico objeto, evitando-se eventual litispendência. É recomendável o ajuizamento da ação civil quando, comparada com o objeto da ação popular já ajuizada, houver possibilidade da postulação abranger pedido remanescente e com o último conexo.

Ressalte-se que o único instrumento competente para responsabilização do agente autor de ato de improbidade administrativa é a ação civil pública. Quer isso significar que, através de Ação Popular, não há possibilidade jurídica de aplicação de sanções por atos de improbidade administrativa, devendo o Promotor de Justiça oficiante na respectiva ação popular pugnar pelo saneamento do feito neste sentido.

3.7.3.3 – DIVERSIDADE DE PEDIDOS ENTRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A POPULAR

Ao contrário da ação popular, em que o pedido está restrito à declaração judicial de nulidade do ato lesivo, lembrar que na ação civil pública pode ser postulado pedido de qualquer natureza, não apenas condenatório ou cautelar (art. 83 do Código do Consumidor, aplicável à defesa de outros interesses difusos e coletivos, em decorrência do art. 21 da LACP).

Logo, a ação popular não é instrumento competente para aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa.

3.7.3.4 – PRESTAÇÃO DE CONTAS EM CONVÊNIOS FORMULADOS POR ÓRGÃOS DO EXECUTIVO

Verificar que *ao Promotor de Justiça não cabe atuar como Procurador da Fazenda*. Os casos de mera ausência de prestação de contas em convênios formulados por órgãos do Estado, não ensejam, a princípio, a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público. A legitimidade só se afigura com a absoluta constatação de omissão da autoridade administrativa, na adoção das medidas administrativas e judiciais tendentes à preservação da coisa pública.

3.7.3.5 – RECURSOS OU BENS TRANSFERIDOS AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

Os recursos ou bens obtidos pelo Estado ou Município, por força de convênios firmados com outros organismos públicos ou privados, são *automática-*

¹⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.12/13.

¹⁹⁷ STJ, CC nº 38771/MA.

mente incorporados aos respectivos patrimônios. Qualquer ilícito praticado nesse processo na esfera cível, estará no âmbito das atribuições do Promotor de Justiça da respectiva comarca.

Saliente-se que a transferência de recursos entre entes públicos deve ensejar, no mais das vezes, *prestação de contas por parte do ente beneficiado*. A não prestação de contas, neste caso, pode representar indícios de desvio de recursos públicos. Não basta a mera declaração de aplicação dos recursos sem documentos idôneos (notas fiscais e semelhantes) que demonstrem a aplicação dos aludidos recursos para satisfação de interesse público.

3.7.3.6 – A EXORDIAL

Como toda petição inicial na esfera cível, a *petição inicial* deverá atender os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, quais sejam: a) o juiz ou tribunal a que é dirigida; b) a qualificação das partes; c) o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; d) o pedido com suas especificações; e) o valor da causa; f) as provas a serem produzidas pelo autor e g) o requerimento para citação do réu.

Vale a pena transcrever os comentários do Professor José dos Santos Carvalho Filho sobre a *instrução da inicial na ação civil pública*:

No que tange à ação civil pública, o preceito do art. 8º estabelece que, para instruir a inicial, poderá o interessado requerer às autoridades competentes certidões e informações. Não disse a lei se tais documentos seriam tidos como indispensáveis para acompanhar a inicial. Disse apenas que o interessado poderá requerê-los às autoridades competentes. É lógico que se autor pretender juntar as certidões e as informações à petição inicial, terá que providenciá-las com certa antecedência, no mínimo quinze dias, prazo que a lei deu às autoridades. Mas não se pode extrair do artigo a obrigação de o autor juntar tais documentos à inicial, porque a eles não foi conferida a qualificação de indispensáveis à propositura da ação. Conclui-se, pois, que a lei acabou por abrir ao autor duas alternativas: uma, em que se vale do preceito em foco para instruir a inicial, e outra, em que se lhe faculta apresentar tais elementos de prova a *posteriori*, vale dizer, na fase da instrução do processo. Aliás, esta última alternativa se confirma diante da interpretação a que aludimos acima: ainda que fossem tidos por indispensáveis, haveria para o autor a oportunidade de juntar as certidões e as informações ulteriormente à deflagração da fase postulatória.

Embora não seja comum, pode ocorrer que no processo sejam dispensáveis algumas provas, tendo em vista a natureza da discussão posta em juízo. Ausente a necessidade de tais provas, não há por que possam as partes insistir em produzi-las, nem há razão para que o juiz o faça. Nesse sentido, já decidiu o TRF da 1ª Região:

Ação civil pública. Contrato sem licitação com o SUS. Provas periciais e testemunhais. Dispensa. Se a discussão central da ação reside na validade, ou não da contratação dos serviços privados de saúde, com recursos do sistema Único de Saúde (SUS), sem o devido processo administrativo de licitação, a matéria é eminentemente de direito, e sendo assim desnecessárias são as provas periciais e testemunhais, e cujas dispensas não implicam cerceamento de defesa.

Quando a ação civil pública é promovida pelo Ministério Público, normalmente o Promotor de Justiça junta à petição inicial os autos do inquérito civil que reflete a base de seu convencimento. Nesse processo administrativo prévio, instaurado e dirigido pelo órgão ministerial, como detalharemos adiante, foram coligidos os elementos necessários à instrução inicial do pedido, como, por exemplo, depoimentos, documentos, laudo técnicos etc. Guardadas as devidas proporções, o inquérito civil instrui a inicial da ação civil pública como o inquérito policial instrui a ação penal.

Não obstante, da mesma forma que ocorre com o inquérito policial em relação à ação penal, o inquérito civil não é peça indispensável à propositura da ação civil pública. A regra, logicamente, é que a inicial seja instruída com esse processo, mas isso não significa que o Promotor de Justiça tenha a obrigação de juntá-lo. Aliás, nem há obrigação de instaurá-lo, se entender insuficientes os elementos para esse fim. Cuida-se, por conseguinte, de condutas que se situam no âmbito decisório e discricionário do órgão ministerial.

Confirmando esse pensamento, á ditou acertadamente o Tribunal de Justiça de São Paulo: 'A instauração de inquérito civil não é imprescindível para a propositura, pelo Ministério Público, de ação civil pública'.

Na verdade, há duas ordens de fundamento para tal orientação. Primeiramente, inexistente na lei qualquer mandamento que obrigue o Ministério Público a instruir petição inicial com o inquérito civil. Ademais, é sempre possível que provas produzidas no inquérito civil sejam realizadas no curso da própria ação civil pública. Não há preclusão quanto ao momento de coleta dos elementos probatórios. O que há, ao contrário, é a conveniência do Promotor de Justiça de ingressar com a ação já convencido de que há realmente ofensa ao interesse coletivo ou difuso sob tutela, convencimento que normalmente adquire com o inquérito civil. Nada, porém, existe no quadro normativo que torne exigível a instrução da inicial com esse processo prévio.¹⁹⁸

Por fim, o *objeto da ação civil pública* consistirá em cumprimento de obrigação de fazer e/ou não fazer ou condenação em dinheiro, declaração de nulidade/anulação de ato ou contrato administrativo, podendo os pedidos serem cumulados ou requeridos separadamente.

¹⁹⁸ Op. cit. p.234/236.

3.7.3.7 - RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO

Como tratado anteriormente, não restam dúvidas de que o Ministério Público tem legitimidade para propositura de ação civil pública visando ao ressarcimento ao erário, pois uma das funções primordiais da instituição é a defesa do patrimônio público.

Essa é a linha de entendimento do *Superior Tribunal de Justiça* que admite a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública para a proteção do patrimônio público:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CABIMENTO – DANO AO ERÁRIO MUNICIPAL – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” – PRECEDENTE DA EG. PRIMEIRA SEÇÃO (ERESP Nº107.384-RS)

- A ação civil pública é adequada à proteção do patrimônio público, visando a tutela do bem jurídico em defesa de um interesse público.
- O Ministério Público é parte legítima para promover ação civil pública visando o ressarcimento de dano ao erário municipal. – Inteligência da Lei nº 7.347/85.
- Ressalva do entendimento do relator.
- Recurso conhecido e provido. (Resp nº149.096/MG, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 30/10/2000, p.138).

Dessa forma, em consonância com o art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei nº 7.347/85, art. 129, III, da Constituição da República e art. 110 da Lei nº 8.078/90, que acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, havendo lesão aos cofres públicos, caberá ao Ministério Público o ajuizamento da ação civil pública de ressarcimento ao erário.

3.7.4 – A CASUÍSTICA

3.7.4.1 – A PUBLICIDADE

Questão tormentosa é a *publicidade oficial*. O art. 37, § 1º, da CF/88,¹⁹⁹ dispõe que a publicidade oficial deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social. Infelizmente, na prática não é o que se presencia.

Inúmeras notícias têm nítido e escancarado *apelo pessoal*, traduzindo-se em flagrante promoção pessoal do agente público que a veicula.²⁰⁰

O tema também é árido, pois envereda para o caminho da *subjetividade e da questão probatória*.

¹⁹⁹ “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

²⁰⁰ De se anotar que a propaganda extemporânea em época eleitoral, além de ato ímprobo, se traduz em crime eleitoral e abuso de poder político.

Daí a necessidade de, ante o caso concreto, aferir pelo consenso médio se o ato propagandista se amolda ou não aos preceitos constitucionais, cotejando-o com as demais disposições fáticas.²⁰¹

A *natureza meramente informativa* da propaganda oficial e a proibição de publicidade com caráter de auto-promoção decorrem de aplicação do princípio da impessoalidade, pois é inconcebível que, fazendo uso de verba pública, o agente político promova publicidade particular. A respeito da impessoalidade na administração pública, é valiosa a lição sempre precisa de Maria Sylvania Zanella di Pietro:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. [...].

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (1989, p. 562), baseado na lição de Gordilho que

[...] os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.

Acrescenta o autor que, em consequência:

[...] as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.²⁰²

Impõe-se, então, aferir, por todos os meios, quando a *propaganda extrapole os limites do institucional para atingir objetivos pessoais do administrador* (promoção pessoal). Caracterizada a intenção da promoção do administrador em detrimento da publicidade pública (publicidade institucional) e da impessoalidade, irregular será o ato.

É importante destacar, ainda, que a *propaganda* feita em proveito particular do agente público ou de seu grupo político é *nula*, em face da violação à sua finalidade pública, sendo cabível, de forma inquestionável, o enquadramento da conduta nos

²⁰¹ A jurisprudência oferta alguns subsídios para a análise, em especial, em período eleitoral.

²⁰² **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 71.

rigores da Lei de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 11, inciso I, e art. 10, inciso XI, da Lei nº 8429/92.

3.7.4.2 – O CONCURSO PÚBLICO

A regra positivada no art. 37, inciso II, da CR/88 impõe aos entes públicos em sentido amplo a necessidade de realização de concurso público para ingresso nos quadros do serviço público.

Tal regra, por certo, trouxe um entrave para alguns administradores públicos, pois cessou a execrável prática de, a cada mandato, o novo detentor do cargo demitir os desafetos e nomear os apaniguados, tudo em prejuízo da sociedade, destinatária final dos serviços públicos.

Não obstante o preceito constitucional, muito administradores públicos recalçam na prática.

Antes da análise dos atos em si, mister se faz fixarmos algumas premissas.

A *Lei Federal nº 8.745*, de 9 de dezembro de 1993, traz as *hipóteses de contratação temporária*.

Noutro giro, o art. 37, inciso IX, da CF/88, autoriza os entes federados a editarem normas específicas para *contratação de pessoal por tempo determinado visando a atender excepcional interesse público*.

Verifica-se, então, que a contratação temporária é possível, desde que, preenchidas, *rigorosamente*, as hipóteses legais (*Lei Federal nº 8.745/93* e as respectivas leis estaduais ou municipais que disciplinam o tema, e desde que estejam afinadas com os preceitos constitucionais e o ordenamento jurídico federal, aplicando-se o princípio da simetria na hipótese).²⁰⁵

Firmadas tais premissas, resta evidente que as *contratações que não se subsumem ao regramento legal*, se traduzem em atos de improbidade, em regra, por ferirem os dispositivos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, mas nada impede que os atos ímprobos se amoldem as demais disposições legais, dos arts. 9º e 10 da citada lei.

Há relatos, também, de casos em que, além de postergar a exigência constitucional do concurso público, os *contratados nem sequer trabalham*. Nesses casos, resta evidente o prejuízo ao erário, caracterizando o fato ato de improbidade administrativa dos arts. 9º e 10.

A exigência legal, como dito alhures, repousa na *excepcionalidade da medida*, que embora comporte

um conceito fluido, pode ser aferido no caso concreto, e não poderá ser por tempo indefinido ou com renovações contratuais sucessivas. Destarte, ausente a excepcionalidade do interesse público, resta caracterizado o ato ímprobo.

De se ponderar que as contratações temporárias, como afirmado, no julgamento da ADin 3068, julgada em 25/08/2004, comportam interpretação ampliativa do dispositivo constitucional do art. 37, inciso IX. Logo, havendo possibilidade, *ante a presença dos requisitos legais*, esta alcança os servidores que desempenhem atividades de caráter regular e permanente.

Sobre o tema, há importante precedente oriundo do nosso Estado:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE [...] ²⁰⁴

Outra forma freqüente de violação ao princípio do concurso público reside na *terceirização*. É verdade que há dispositivo constitucional que permite à administração pública terceirizar alguns serviços públicos.²⁰⁵ No entanto, deve se rechaçar a *tentativa de terceirizar atos típicos de Estado* e, igualmente, *serviços de caráter essencial*, os quais, dada a relevância, sempre devem ser preenchidos por servidores públicos de carreira, nomeados mediante a aprovação em concurso público.

Nas *hipóteses permitidas* (tem-se admitido a terceirização para os serviços de manutenção, limpeza, serviços especializados reclamados de forma eventual e outros), mister se faz confrontar a contratação com os demais dispositivos legais de regência. Apurado que a contratação terceirizada visa a afastar a exigência constitucional acima mencionada, resta claro o ato ímprobo (art. 11 da LIA ou dependendo do contexto fático até mesmo as hipóteses dos arts. 9º e 10 do mesmo diploma legal), uma vez que os princípios da administração pública, quais sejam, da legalidade, moralidade e impessoalidade, dentre outros, estão sendo descumpridos.

Não restando provada a *burla aos princípios constitucionais* alhures citados, em regra, não há ato de improbidade administrativa.

Uma situação também recorrente ligada ao tema é a *contratação de cooperativas de trabalho*.

O mesmo raciocínio aplica-se à hipótese posta, se a contratação não visa a afastar a exigência cons-

²⁰⁵ No caso de Minas Gerais, a recente Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade está fazendo a análise de toda a legislação municipal visando verificar a constitucionalidade das respectivas normas.

²⁰⁴ Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

²⁰⁵ Art. 37, inciso IX, da CF/88.

titucional, não há improbidade. Se visar, resta evidente o ato ímprobo. Em relação às *condições de funcionamento e regularidade na criação das cooperativas*, deve-se salientar que tal atribuição é do Ministério Público do Trabalho, fugindo da esfera de atuação do Ministério Público Estadual. Vale lembrar que, para a lisura de sua contratação, é necessário que ela conte com *independência administrativa*, em relação aos agentes públicos da entidade contratante, sob pena de violação reflexa ao princípio do concurso público.

O diferencial em uma ou na outra situação é a prova a ser colhida em sede de inquérito civil, pois, insista-se, em regra, não há improbidade administrativa na contratação de empresas visando a terceirizar algumas tarefas, em especial, meras *atividades meio*. No entanto, consoante supra mencionado, caso se constate que a *empresa é mera fachada para a contratação direta de servidores, sem prévia aprovação em concurso público, ou ainda, que a terceirização se estende a atividades típicas de estado*, configurado estará, em tese, o ato de improbidade administrativa.

3.7.4.3 – IRREGULARIDADES NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

O procedimento licitatório deve ser desenvolvido com *estrita observância legal*, a fim de preservar a *supremacia do interesse público*, última *ratio* a determinar que os certames públicos sejam realizados com a possibilidade de selecionar a melhor proposta para a Administração. No outro extremo, quanto a todos aqueles particulares que poderiam ocorrer a uma licitação, com o fim de assegurar aos particulares a *isonomia em sua participação*.

Em relação a este princípio (supremacia do interesse público), há que se destacar que a administração pública, para a execução de seus desígnios, como é óbvio, contrata obras, serviços, faz aquisições de todas as espécies, sempre com o objetivo do perfeito atendimento de seu interesse ou de suas necessidades, que não se confundem, por óbvio, com os dos administradores.

Para a contratação de terceiros, para a concreção de seus objetivos, disciplina a vigente Constituição da República, em seu art. 37, inciso XXI, a necessidade impostergável de prévia licitação, assim entendida, como ensina Hely Lopes Meirelles,

[...] o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse (**Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: RT, 1991. p. 19).

As *finalidades do certame*, seus escopos, são apresentadas com singularidade por Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] visa garantir duplo objetivo: de um lado proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso; de outro lado, assegurar aos administrados ensejo de disputarem entre si a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendam de realizar com os particulares [...]. (Licitação. RT: São Paulo, 1985, p. 1)

E, continuando, o autor ensina que a licitação atende:

[...] a três exigências públicas impostergáveis: a proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito ao princípio da isonomia [...] com a abertura de disputa no certame e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa.

Essas lições doutrinárias se assentam hoje em expressos comandos constitucionais, já que a Constituição da República de 1988 tratou de prescrever a *obrigatoriedade da licitação, salvo em situações excepcionais*, além de estabelecer os princípios informativos da atuação administrativa como um todo, demonstrando a evolução dos valores abraçados pela sociedade brasileira, que, através de seus representantes, elevou à condição de mandamentos/garantias constitucionais vários valores que decorriam de interpretação.

Assim, prescreve o Texto Constitucional brasileiro que:

Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As exigências constitucionais tornam obrigatórias, portanto, não somente a realização do formal procedimento da licitação, *como também que ele seja realizado com perfeita obediência aos princípios norteadores da administração pública*.

A par disso, os procedimentos licitatórios têm sido um campo fértil para a prática de atos de improbidade administrativa e dilapidação do patrimônio público.

Como é curial, as *regras licitatórias* estão disciplinadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e

por inúmeras manifestações oriundas dos órgãos de fiscalização estaduais – Tribunal de Contas dos Estados.

A *experiência prática* tem demonstrado um sem-número de *irregularidades*, que vão desde *combinação entre empresas*, *licitações previamente direcionadas* e o *fracionamento do objeto* buscando burlar as exigências legais.

A *combinação entre os licitantes* é prática, infelizmente, usual. Não é incomum empresas e fornecedores se aliarem e *lotearem* os objetos licitados, acordando que numa região a empresa A *ganhe* a licitação ao passo que em outra região a empresa B o faça. Outra forma de acordo está na *distribuição dos itens licitados entre as empresas*, repartindo-os de modo a que cada uma saia vencedora em alguns ou algum lote. Seja de uma forma ou de outra, ter-se-á a garantia de alguma vantagem a cada uma das empresas, na maioria das vezes, em prejuízo dos cofres públicos.

Como não há número mínimo de participantes exigido por lei²⁰⁶, o esquema funciona muito bem em cidades pequenas, onde um grande número de empresas, em regra localizadas fora da sede do município, não tem interesse em participar do certame, pois os custos são maiores pela distância. Assim, muitas vezes as empresas locais são favorecidas em licitações fraudadas, dada a ausência de competição externa.

Há, ainda, outras fraudes como, por exemplo, o envio de *convites* para empresas distintas, pertencentes, porém, ao mesmo grupo ou com ligações subjetivas entre seus sócios. Nesses casos, a par da aparência de competição, esta inexistente, uma vez que não há sigilo quanto às propostas a serem apresentadas, possibilitando ajustes diversos.

Em *alguns casos*, é visível aferir-se que as propostas vieram de uma mesma impressora, mesma máquina datilográfica; foram impressas em papel branco (sem timbre da empresa licitante); os convites ou avisos de licitação foram recebidos ou retirados pela mesma pessoa para empresas distintas; deixando clara a fraude. Destarte, mister se faz que o órgão de execução ministerial, a par de outros meios de controle repressivo, no bojo de uma investigação, requisite do poder público a relação de empresas cadastradas para fim de tomada de preços e cópia dos processos licitatórios para se aferir a *lisura do procedimento*.

Outra prática comum é o *direcionamento dos certames licitatórios*. Aqui a fraude é refinada, pois no edital da licitação incluem-se exigências que pou-

cas ou nenhuma empresa ou fornecedor podem atender, violando, não só a Constituição Federal como também a legislação de regência. Essas exigências infundadas, tendentes, unicamente, a desequilibrar a balança da competitividade em favor de determinada empresa, aniquilando o princípio da isonomia entre os licitantes, representam violação expressa ao disposto no § 1º e inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (grifos nossos).

Neste sentido, vale destacar os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

É ampla a liberdade da administração pública na elaboração do edital de licitação. Liberdade, no entanto, não guarda similitude com arbítrio. O objeto da licitação deve ser individualizado em conformidade com as necessidades da administração e o interesse público a ser alcançado.

Assim, é vedado ao poder público inserir cláusulas que, afora inúteis ao fim visado, inviabilizem a disputa e comprometam o princípio da igualdade entre os concorrentes. [...] Esta forma de frustração da licitação será normalmente verificada quando o edital for dirigido a um dos participantes, o que ocorrerá sempre que o objeto licitado for individualizado de forma a excluir os similares, estabelecendo-se especificações que são exclusivas de determinado fornecedor (**Improbidade administrativa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2066. p. 349).

De um modo geral, todas as *irregularidades perpetradas* ao longo da tramitação de processo licitatório e de sua execução, tendentes a retirar-lhe também o caráter competitivo e a burlar sua finalidade primordial – selecionar a melhor proposta para a administração – afrontam o princípio constitucional, imperativo para todo agente público, da *moralidade*.

Esse princípio deve caminhar lado a lado e iluminar o da *finalidade*, traduzindo a idéia de que, mesmo que regular em face da lei, se o comportamento

²⁰⁶ No caso do convite, a Lei estabelece o número mínimo de empresas convidadas (três), mas nada impede que a licitação se desenvolva com o atendimento ao convite por um número menor de empresas.

adotado ofender as *regras da moral, da correta gestão do patrimônio público e social ou do princípio básico da honestidade*, acarretará ofensa a esse princípio (o da moralidade), inquinando de ilegalidade o ato perpetrado.

Neste aspecto, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves destacam que o princípio em tela:

[...] exige uma atividade responsável e coerente para correta identificação dos *padrões de conduta que individualizam o bom administrador, vinculando-a à finalidade pública que é peculiar à atividade estatal*, sempre com a necessária *impressoalidade* que deve estar presente em todos os atos dessa natureza (grifos nossos).

Por isto, afirma-se que a *moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de todo o ato da Administração*, ponderando Hely Lopes Meirelles:

À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais e desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido pelo zelo profissional invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum (grifo nosso). (Ob. cit., p. 80).

Assim, como se vê, para a gestão pública exige-se a satisfação de *princípios cogentes* que vinculam a atuação do administrador e do particular que, por desejo próprio, resolve firmar negócio jurídico com a Administração.

A realização do certame licitatório na forma preconizada na lei, visa a garantir a *moralidade administrativa, eficiência e economicidade, assim como a impedir preferências a quaisquer empresas ou particulares que venham a participar dos negócios da administração pública*. A *moralidade administrativa* é atingida a partir do momento em que o agente público desenvolve o processo licitatório ao arpejo da lei, objetivando favorecer empresa, previamente ajustada.

Como dito, o procedimento legal da licitação é traçado pela Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações como norma genérica, disciplinadora dos princípios aplicáveis aos casos mencionados.

Destaque-se que a norma federal preocupou-se com a estrita observância dos *princípios impostos à administração pública*. O legislador adotou postura claramente defensora daqueles postulados, seja alçando-os à categoria de *requisito essencial* para a realização do procedimento licitatório, seja delimitando o *campo de atuação* do poder público.

Daí porque a subtração do interesse público, com a violação desses princípios, deve ensejar, além da imposição das sanções por ato de improbidade administrativa, também a revogação ou anulação do ato administrativo, a primeira pela própria administração, e, a segunda, por esta ou pelo Judiciário, nas hipóteses de ilegitimidade ou ilegalidade do ato, diante da verificação de ofensa aos primados mencionados.

Por fim, o *fracionamento do objeto licitado* tem sido usado como fraude ao procedimento licitatório.

A Lei nº 8.666/93 traz as hipóteses de *dispensa e inexigibilidade de licitação*²⁰⁷. Cuida-se de norma excepcional que comporta interpretação restritiva e só tem lugar quando *todos* os seus requisitos legais estiverem satisfeitos.

Igualmente, no art. 23, a mesma lei dispõe sobre as *modalidades de licitação* (convite, tomada de preços e concorrência) em razão dos valores estimados para contratação, variando para os casos de obras e serviços de engenharia (inciso I) e compras e outros serviços (inciso II).

Diante de tais normas legais, alguns administradores públicos, em franca violação à norma dos § 1º e § 2º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, *fracionam o objeto* das licitações, visando a privilegiar seus apaniguados ou até mesmo cúmplices. É bom que se diga que não há vedação ao fracionamento do objeto das contratações pelo poder público. Esse, porém, deve ter por objetivo o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade sem perda da economia de escala (§ 1º) e, ainda, observar em cada processo fracionado a mesma modalidade que, pelo valor, seria adequada para o objeto como um todo (§ 2º).

A *fraude reside*, em, fora das hipóteses permissivas supracitadas, desdobrar-se o objeto da contratação para que cada parte possa se enquadrar nos valores previstos para dispensa de licitação (art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93) ou, ainda, para que possa cada parte ser licitada sob modalidade de menor rigorismo formal e/ou de publicidade (por exemplo, convite em lugar de tomada de preços). Age, então, o administrador como se cada parte fosse um objeto autônomo, sem qualquer ligação entre si, perpetrando a fraude, que, obviamente, terá como objetivo último o favorecimento de alguém em detrimento do erário.

O tema é magistralmente resumido por Emerson Garcia:

A identificação da fraude, empreitada nem sempre fácil de ser ultimada, deve ser feita com a individualização dos seguintes fatores: a) preexistência,

²⁰⁷ Arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1983.

por ocasião da primeira licitação, das situações fáticas que serviram de elemento deflagrado das demais; b) idêntica natureza dos objetos das sucessivas licitações; c) ausência de situação excepcional (de natureza econômica, social etc.) que pudesse justificar a limitação do montante de cada uma das contratações (art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93); d) que a licitação das partes, no caso de fracionamento justificado por situação excepcional, não observe a modalidade que seria realizada para o todo (arts. 23, § 2º, e 7º, § 1º, da Lei nº 8.666/93); e e) proximidade temporal entre as licitações, o que será verificado em conformidade com as peculiaridades do caso.

Em casos tais, têm-se determinadas operações que, consideradas em sua individualidade, são lícitas, mas que visualizadas em conjunto perseguem um fim juridicamente ilícito, sendo nulas de pleno direito.²⁰⁸

Assim, restando patente que o fracionamento visa a burlar a exigência constitucional e legal, caracterizado estará o ato de improbidade, em especial, tipificado no art. 11 da LIA. Não se pode olvidar, contudo, que dependendo do contexto fático, havendo enriquecimento ou mesmo dilapidação dos valores públicos, as demais figuras previstas nos arts. 9º e 10 da Lei Federal nº 8.429/92 também restarão caracterizadas, sem prejuízo, é óbvio, da nulidade dos atos e da responsabilidade criminal.

3.7.4.4 – A RESPONSABILIDADE FISCAL

Várias são as possibilidades da prática de atos de improbidade administrativa, por violação à responsabilidade fiscal do ordenador de despesas.

No geral, a Lei Complementar Federal nº 101/2000 visa ao bom e eficiente trato das finanças públicas, impondo um grande número de exigências para o gasto do dinheiro público, criando mecanismos que impeçam a triste e anterior realidade de “orçamentos de ficção”, em que despesas eram subavaliadas e receitas superestimadas, criando verdadeiro caos administrativo e endividamento freqüente.

Além de submeter-se ao regramento da Lei Federal nº 4.320/64 que cuida do orçamento público, criando os *mecanismos para controle* dos gastos, empenho (precedido de licitação, em sentido lato); liquidação e pagamento, o agente público deve atentar para as *vedações da LC nº 101/2000*.

Enumeraremos as *principais* dentre elas: os restos a pagar, os limites percentuais com gastos dos servidores públicos²⁰⁹, e a vedação de operações outrora chamadas de *antecipação de receitas*.²¹⁰

Entende-se por *restos a pagar*, nos exatos termos do art. 36 da Lei nº 4320/64:

²⁰⁸ **Improbidade Administrativa.** *Op. Cit.* p. 352.

²⁰⁹ Arts. 19 e 20 da LC 101/2000.

²¹⁰ Art. 37 da LC 101/2000.

[...] *as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não-processadas*”, sendo que “os empenhos que correm a conta de créditos com vigência plurianual, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito (parágrafo único)

O tema ganha especial relevo diante do endividamento dos entes públicos, em especial de prefeituras municipais, findo o mandato dos respectivos prefeitos. O problema se agrava quando o titular do cargo de prefeito disputa a reeleição e não logra ser eleito²¹¹. Como premissa básica, mister compreendermos os ditames da Lei Federal nº 4.320/64, a qual trata do orçamento público, norma esta que deverá ser cotejada com a Lei de Responsabilidade Fiscal.²¹²

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em vários dispositivos, mais especialmente no art. 42, veda ao agente público realizar despesa que não possa ser honrada dentro de seu mandato. Porém, existem situações específicas que fogem ao âmbito da regra, pois, no final de mandato e não havendo possibilidade de reeleição, todas as despesas empenhadas devem ser liquidadas e pagas.

Assim, clara a necessidade de se apurar se os *restos a pagar* foram liquidados e pagos com recursos oriundos do orçamento do ano anterior (exemplo: contas vencidas em janeiro de 2008, obrigatoriamente, deveriam estar empenhadas e liquidadas até 31 de dezembro de 2007). A regra é de clareza solar, isto é, veda que o agente público que deixa o cargo contraia dívidas que inviabilizem a administração do novo detentor.

Nesse diapasão:

[...] *traduz ato de improbidade administrativa submetido ao alcance do art. 11, da Lei nº 8.429/92, a conduta do prefeito municipal que, às vésperas de encerrar o seu mandato, em consenso de vontades com os gestores do fundo de previdência e assistência dos servidores municipais, toma de empréstimo recursos desta entidade para resgatar dívidas do município, com violação a literal disposição de Lei local.*[...] ²¹³

Destarte, havendo *restos a pagar*, é necessária a investigação pormenorizada para se apurar se as despesas foram contraídas de forma deliberada ou fruto de desmando administrativo (para se aferir culpa ou dolo) e, ainda, se a liquidação e o pagamento não se realizaram em face da ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

²¹¹ Em regra, visando ser eleito o titular do cargo de prefeito promove um sem número de obras, algumas para serem pagas no próximo mandato.

²¹² Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

²¹³ Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

Também não é incomum, infelizmente, os gestores públicos, em especial, em anos eleitorais,²¹⁴ *outorgarem ao quadro de servidores aumentos de vencimentos despropositados e em alguns casos fora do lapso temporal* fixado na Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Presente a hipótese versada, deve o Órgão de Execução oficiante deflagrar procedimento de investigação (inquérito civil ou procedimento preparatório) para se apurar se os contornos da conduta se traduzem em atos de improbidade, tipificados nos arts. 9º 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Restando provado pela prova colhida que a conduta, traduzida na concessão de aumentos indiscriminados de vencimentos, visou tão-somente a favorecer o próprio agente ou eventual candidato por ele apoiado, surge a necessidade do manejo de ação civil pública (ou cautelar preparatória) que obste a prática ímproba.²¹⁵

No mesmo diapasão, faz-se necessária a atuação ministerial, quando estamos diante de *operação de antecipação de receitas*. O art. 37 da LCF nº 101/2000, acabou com a nefasta prática das *antecipações de receitas*, expediente escuso que era utilizado por alguns agentes públicos que procuravam empresas, em regra, de grande porte e “solicitavam” o aporte de valores pecuniários aos cofres públicos a título de “antecipação” do pagamento de futuros tributos devidos.

Não se precisa de muito esforço para se aferir que, afora a nítida subserviência que a *operação* impunha aos gestores públicos, solapando os mais comezinhos princípios da administração pública, toda sorte de mazelas emanavam da conduta; num primeiro plano, tornava o agente público displicente no trato da coisa e das finanças públicas, eis que, mesmo havendo administração desastrosa, ao final dos exercícios fiscais bastava *convencer* as empresas a anteciparem pagamentos dos tributos devidos para resolver a incompetência e ineficiência administrativa; num segundo momento, trazia grande apreensão para toda a sociedade, pois, ante a recusa de antecipação, a máquina pública restava comprometida e a população restava prejudicada e, por fim, as empresas, não raras vezes, impunham um sem-número de condições e descontos levando à dilapidação do erário.

Destarte, ante a comprovação da prática, surge para o Órgão Ministerial o dever de promover a investigação devida e presentes os elementos caracterizadores da conduta ímproba o manejo de ações judiciais para a defesa do erário público, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, em especial, na esfera penal.

²¹⁴ Art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

²¹⁵ Sem prejuízo das sanções de natureza eleitoral.

3.7.4.5 – AS CAIXAS ESCOLARES

No âmbito estadual, as denominadas caixas escolares foram criadas por ato do Poder Executivo Estadual através da Resolução nº 2.289/77, com fundamento na Lei Federal nº 5.692/71, que estabelece as Diretrizes e Bases para o Ensino de 1º e 2º Graus dos Estados, notadamente nas disposições contidas nos arts. 41 a 62. Citadas caixas embora sejam *entidades de caráter civil*, não raras vezes, recebem aporte de recursos de índole estatal (recebem verbas da Secretaria de Estado da Educação e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), repassado diretamente pelo Ministério da Educação, uma vez por ano, por meio do Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE)).

Destarte, ocorrendo repasse de verbas, notadamente, de verbas oriundas do erário estadual, não obstante o caráter de entidade civil sem fins lucrativos, resta óbvio que a conduta de referidas entidades se insere no conceito de sujeitos passivos trazidos pela Lei Federal nº 8.429/92, pois recebem subvenção do poder público.²¹⁶

Assentada tal premissa, está claro que as caixas escolares estão sujeitas às imposições da Lei Federal nº 8.666/93.

Com efeito, o art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, preceitua que deve haver efetivo *controle sobre todas as entidades que integrem a administração pública, inclusive, as de natureza civil que recebam recursos públicos ou de qualquer forma dependam, para seu funcionamento, daquela*.

Afere-se, então, que cuidando-se de *caixas escolares* que recebam subvenção de natureza estadual ou municipal, *obrigatoriamente*, devem se submeter à Lei de Licitações, sob pena de incorrerem em atos de improbidade, aqueles que as dirigem.

Assim, é necessário precisar se as *caixas escolares* estão ou não recebendo recursos públicos, podendo o Órgão de Execução oficiante valer-se da *requisição* ou do *acompanhamento via internet da execução orçamentária do órgão público respectivo*²¹⁷ e, em caso positivo, deve *diligenciar* no sentido de se apurar se está havendo obediência aos dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 e, ainda, quando se trate de hipótese de *dispensa de licitação*, quer pelo valor do objeto, quer por dispensa fundamentada, se está ocorrendo a devida *prestação de contas*.

A *ausência de licitação*, em suas variadas formas, bem como a *ausência de prestação de contas*, dependendo dos contornos da conduta, podem dar azo à ocorrência de atos de improbidade administrativa, previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (LIA).

²¹⁶ Art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

²¹⁷ Secretaria Estadual ou Municipal de Educação.

Sobre o tema, há a *Recomendação 001/2006*, expedida pela Promotoria de Justiça de Viçosa²¹⁸. Mostram-se, ainda, de grande valia as considerações constantes de *nota técnica existente no site do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na página do CAO-PP, no link Licitação e Contratações na administração pública Direta e Indireta*.

3.7.4.6 – FISCALIZAÇÃO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA²¹⁹

Como é curial, basicamente, os atos administrativos dividem-se em duas grandes categorias, quais sejam, os *vinculados* e os *discricionários*.

A etimologia da primeira classificação, não deixa dúvida de que o administrador público está vinculado, por completo, aos ditames legais que regem a hipótese versada, expressando-se no *princípio constitucional da legalidade*.

Noutro norte, situam-se os *atos administrativos discricionários*, nos quais o legislador cria os contornos genéricos, delegando ao administrador público o juízo de *conveniência e oportunidade*.

A primeira espécie, qual seja, os *vinculados*, enseja fiscalização mais efetiva, pois basta confrontar o ato administrativo realizado com os ditames da legislação de regência, no caso de disparidade, restando presentes as demais hipóteses reclamadas pela Lei nº 8.429/92 (LIA), estaremos diante de eventuais atos ímprobos, *sem prejuízo da anulação ou nulidade do ato realizado*.

A grande celeuma repousa na fiscalização com vias à anulação ou nulidade dos denominados atos administrativos discricionários.

À guisa de informação, anulação e nulidade constituem-se hipóteses diversas, sendo que na primeira o ato administrativo produz seus efeitos até a declaração de sua anulação²²⁰. Em regra, tais atos padecem de vícios menos graves. Na segunda hipótese, os atos nulos (ou até inexistentes, para alguns) não produzem qualquer efeito, pois a gravidade do vício é tão latente que não há como aproveitá-lo.²²¹

Celso Antônio Bandeira de Mello bem explica o tema:

²¹⁸ Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

²¹⁹ O Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP) disponibiliza roteiro prático de atuação, com várias peças, inclusive roteiros e peças relativas a procedimentos de prestação de contas do Tribunal de Contas, na página da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais <http://www.mp.mg.gov.br>.

²²⁰ Em regra, são declarados com efeito *ex nunc*.

²²¹ Em regra são declarados com efeito *ex tunc*.

Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade).

Não há graus de invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma graduação no repúdio a eles.

É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um discrimen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes.

[...]

A ausência de leis administrativas que sistematizem casos de invalidade e seus efeitos propiciou que surgissem três diferentes posições quantos aos atos inválidos no Direito Administrativo Brasileiro.

A) Alguns entendem que o acarreta sempre nulidade do ato. É a posição de Hely Lopes Meirelles, por exemplo.

B) Outros, como Tito Prates da Fonseca e Osvaldo Arranha Bandeira de Mello, sustentam que a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis aplica-se ao Direito Administrativo. De acordo com este último autor, as espécies mencionadas se contrapõem em que:

a) os atos nulos não são convalidáveis, ao passo que os anuláveis o são. Vale dizer: conhecido o vício, há maneiras de corrigi-lo retroativamente;

b) os atos nulos, em juízo, podem ser fulminados por provocação do Ministério Público quando lhe caiba intervir no feito, ou ex officio pelo juiz, ao passo que os anuláveis dependem desta arguição pelos interessados para serem fulmináveis;

c) os atos nulos só prescrevem longi temporis (20 anos) enquanto os anuláveis prescrevem brevi temporis.

A) Seabra Fagundes defende uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares; ressaltando todavia, que as duas primeiras espécies não correspondem às do Código Civil, nem quanto aos tipos de vício nem quanto aos efeitos deles;

Todos negam relevância jurídica à espécie atos inexistentes, indicando que, de direito, equivalem aos nulos.

[...]

Quanto a nós, sem negar as premissas de ambas as correntes, discordamos das conclusões. Aceitamos que há atos nulos e anuláveis, acompanhando nisto Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, cujas lições, aliás, permeiam visivelmente todo o exame a que se precedeu dos atos administrativos.

Entretanto, parece-nos que há, além deles – e nisto modificamos a posição que vínhamos assumindo até época recente –, uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de 'conversão'. Além disto, existe direito de resistência contra eles. São os

que denominaremos com a expressão rebarbativa (reconheça-se) de “atos inexistentes”. Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas, portanto, fora do possível jurídico e radicalmente vedadas pelo Direito.

[...]

Tais atos merecem uma catalogação à parte, pois a distinção entre as diferentes espécies de atos viciados só faz sentido se a eles corresponderem diferentes tratamentos jurídicos, de tal sorte que haverá tantas categorias quantos forem os distintos regimes a que se submeterem.

Assim, em nosso entender são categorizados como inválidos os atos inexistentes, os atos nulos e os atos anuláveis.²²²

Praticados os atos administrativos, num primeiro momento, a própria Administração pode valer-se da *autotutela*²²³, para a correção do ato, mas tal situação não elide a eventual prática do ato de improbidade administrativa. A anulação ou declaração de nulidade do ato administrativo por parte da própria administração pública, se presentes os requisitos legais, não elide a aplicação das sanções tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa. Acaso a administração pública não promova correção via autotutela, deve o Ministério Público, através dos instrumentos colocados a sua disposição, buscar a declaração de invalidade do ato eivado de vício.

A primeira questão que deve ser enfrentada é afastar-se o anacrônico entendimento de que o mérito do ato administrativo não pode ser sindicado pelo Judiciário, por força da separação dos poderes²²⁴. Felizmente, hodiernamente, os *Tribunais*, em especial, o Superior Tribunal de Justiça, firme no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 e outras disposições correlatas *têm entendido que é lícito ao Judiciário verificar os requisitos do ato administrativo discricionário, inclusive, no que tange ao juízo de conveniência e oportunidade cotejando-os com os princípios constitucionais, eis que, não raras vezes, os atos administrativos bauridos de aparente legalidade trazem em seu bojo um sem-número de mazelas*.²²⁵

A propósito, lapidar Acórdão que serve de paradigma:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no *controle dos atos* da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadju-

vados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.... 11. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. [...]

12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindivável pelo Poder Judiciário, qual a oportunidade de sua implementação.

16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através

²²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros. p. 333/335

²²³ Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal.

²²⁴ Art. 2º da CF/88.

²²⁵ Perseguição política, em especial em desapropriações, favorecimento em obras públicas, etc.

da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25/10/2004.

20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 7/11/2005, decidiu verbis: "CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

[...]

21. Recurso especial provido (REsp 718203/SP – 2005/0008518-5. Min. Relator Luiz Fux. Julgado em 6/12/2006. Publicado DJ 13/02/2006. página 694, grifo nosso).²²⁶

O avanço jurisprudencial fornece aos Órgãos de Execução Ministerial a possibilidade de exercer efetivo e concreto controle e fiscalização sobre todos os atos administrativos realizados por todos os órgãos e poderes que compõem a administração pública e inserem-se nos conceitos de sujeitos passivos, delineados no art. 1º da Lei nº 8.429/92 (LIA), cotejando-os com o texto da Constituição Federal seus princípios informadores.

Destarte, deve o Órgão de Execução oficiante ficar atento à prática dos atos administrativos e na ocorrência de condutas que maculem o texto constitucional e sua principiologia e por corolário, dando azo às hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, adotar as medidas extra e judiciais ao seu cargo.

3.7.4.7 – PROCEDIMENTOS ORIUNDOS DO TRIBUNAL DE CONTAS

Providências preliminares

Recebido o expediente contendo conta municipal rejeitada do Tribunal de Contas Estadual (TCE), instaurar inquérito civil para apuração das irregularidades mencionadas, adotando as providências mencionadas em tópico acima.

Identificação das irregularidades apontadas

Localizar no parecer as irregularidades ocorridas, bem como obter, se houver, cópia integral da ata da sessão legislativa que aprovou ou rejeitou as contas e ainda a relação dos vereadores presentes. Podem ter ocorrido as seguintes hipóteses:

- a) a Câmara aprova o parecer e concorda com a existência das irregularidades apontadas pelo TCE: presume-se que as despesas apontadas como irregulares não foram feitas visando ao interesse público. Essa atitude do Legislativo terá repercussões em alguns casos de despesas públicas que poderiam ter sido convalidadas posteriormente por referido órgão.
- b) a Câmara rejeita o parecer no todo ou em parte:²²⁷ examinar a possibilidade de instauração de inquérito civil ou de ajuizamento de ação civil pública.

Análise do parecer

Normalmente as irregularidades aparecem nominadas e acompanhadas de um valor numérico, expresso na moeda corrente à época do exercício, que deverá ser posteriormente atualizada. Os itens remetem a um anexo que consta dos autos do procedimento. Tais anexos deverão ser localizados. Feito isso, deve-se atentar que eles geralmente apresentam uma sigla demonstrativa do documento que comprovará perante a administração a despesa realizada. Os mais comuns são a nota de empenho (NE) e a ordem de pagamento (OP). Esses documentos são individualizados através de um número, costumando aparecer no anexo o mês no qual ele foi emitido e o seu respectivo valor.

²²⁷ "O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal" (art. 31, § 2º, da CF/88), sendo certo que se o parecer é rejeitado por percentual inferior a este é considerado como aprovado e se o Legislativo aprova ou rejeita as contas, antes da emissão do parecer prévio pelo TCE, a decisão não tem nenhuma validade (Súmula nº 31 do TCE); de qualquer forma, é bom lembrar que a decisão da Câmara, muitas vezes implicando um julgamento político, não vincula o Ministério Público que tem amplo poder de investigar o eventual ilícito cometido.

²²⁶ Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

Requisição de informações e documentos

Para instruir o inquérito civil, requisitar do atual Prefeito ou Presidente da Câmara, conforme as irregularidades sejam relativas às contas da Prefeitura ou da Câmara, respectivamente:

- a) informações sobre quem seria a autoridade responsável por tal exercício, com a sua qualificação completa e endereço atual, visto que será ele o réu de eventual ação;
- b) os documentos pertinentes a cada irregularidade que apresentarão variações conforme a natureza de cada uma, por exemplo:
 - I) despesa sem licitação: as notas de empenho, as notas fiscais relativas à despesa e todos os documentos que digam respeito ao procedimento licitatório realizado no caso, inclusive, com cópia do contrato firmado com a empresa vencedora;
 - II) remunerações recebidas a maior pelos agentes políticos: as folhas de pagamento ou ordens de pagamento referentes às mesmas e as resoluções da Câmara que fixaram os valores (estas resoluções acham-se mencionadas geralmente em quadro comparativo entre os valores percebidos conforme a folha de pagamento e os valores que deveriam ter sido pagos consoante tais resoluções ou em virtude de lei, constante do procedimento enviado pelo TCE);
 - III) despesa realizada sem o devido convênio ou lei municipal autorizativa: cópia da nota de empenho, da nota fiscal que geralmente a acompanha, de eventual contrato e do convênio ou lei, se houver etc.

Observar que, em se tratando de documentos públicos, as cópias deverão vir autenticadas, tendo em vista que cópia sem a devida autenticação não é tida como documento público para fins penais no caso de existir alguma falsidade.

Perícia – hipóteses em que poderá ser dispensada

Recebida a documentação, caso necessário, providenciar a realização de perícia, observando as recomendações aqui contidas.

Lembrar que o parecer do Tribunal de Contas, que é um órgão público, tem por base análises técnicas das contas de determinado administrador, o que, muitas vezes, já pode ser suficiente para a prova do dano na fase de investigação e, além disso, há irregularidades que podem ser constatadas de plano, independente de qualquer análise técnica, por exemplo:

- a) despesas sem empenho prévio – comparar a data constante na NE com a data do documento que consubstancia a despesa realizada, via de regra uma nota fiscal;
- b) despesas não afetas ao município que necessitam de lei municipal autorizativa e/ou convênios, acordos ou ajustes – verificar se existem tais documentos;

c) despesas sem licitação – consultar a legislação sobre licitação em vigor à época em que foi realizada a despesa, comparando com o valor desta para fins de se determinar o tipo do certame ou de sua dispensa ou inexigibilidade. Havendo discrepância com as disposições da lei, a irregularidade já está configurada.

Em outros casos, como créditos suplementares abertos ilegalmente, valores recebidos a maior pelos agentes políticos, divergência entre o balanço financeiro e a conciliação bancária, etc., a perícia é recomendável, mas, nada impede que a ação seja proposta desde logo e que tal prova seja realizada no curso do processo, sob o crivo do contraditório, por perito contábil.

Conclusão do inquérito

Concluída a investigação, recomenda-se a adoção das providências descritas acima neste manual.

Legitimidade para cobrança de dívida fixada pelo Tribunal de Contas do Estado

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais é órgão que tem por objetivo a análise técnica, financeira e orçamentária dos atos da administração pública e seus agentes. Nesse desiderato, poderá aplicar penalidades administrativas aos agentes públicos autores de atos administrativos considerados irregulares pelo Tribunal. Contudo, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para cobrança de tais sanções, que se apresentam sob a forma de títulos executivos, em nome do Tribunal de Contas. É que o Capítulo VII do Título I, arts. 22 a 24, da Lei Complementar nº 33/94, foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo porque as atribuições do Órgão de Execução do Ministério Público dependem de Lei Complementar de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, o que não ocorreu no caso do dispositivo em foco. Além disso, a Constituição da República prevê, expressamente, a instituição de Ministério Público próprio com atribuições específicas e exclusivas junto aos Tribunais de Contas, art. 130 da Constituição da República. No entanto, sugere-se que o Promotor de Justiça faça uma *recomendação escrita*, ao responsável pela execução da multa do TCE para que ele adote a providência em prazo razoável, e se ele não o fizer ou não der qualquer resposta, instaurar inquérito civil em face dele para ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, por deixar de cumprir ato jurídico a que está obrigado pelo ordenamento legal.

Por outro lado, as eventuais irregularidades detectadas pelo Tribunal de Contas poderão consubstanciar atos de improbidade administrativa ou simplesmente atos lesivos ao erário, o que exige a atuação do Ministério Público. O procedimento oriundo do Tribunal de Contas poderá instruir ações civis

públicas em defesa do patrimônio público ou de responsabilização de danos ao erário (art. 129, III, da CF/88), sem que seja necessário instauração de Inquérito Civil Público.

Constatação do dano

Lembrar que, não raras vezes, se constata a existência de atos formalmente irregulares, que até podem configurar a prática de delitos por parte dos agentes envolvidos, mas que por si só não ensejam prejuízo material ao patrimônio público, o que ocorre nas prestações de contas analisadas e rejeitadas pelo Tribunal de Contas (por exemplo: ausência de licitação na compra de bens, contratação de serviços ou obras; despesas efetuadas sem prévio empenho; contratação irregular de servidores e outros);

No caso de compras ou contratos sem licitação, é possível que os preços praticados sejam compatíveis ou até inferiores eventualmente aos de mercado, o que descartaria a ocorrência de dano; na hipótese de servidores contratados sem concurso público, caso tenha havido a regular prestação dos serviços, também não há que se falar em prejuízo; Analisando essas hipóteses, os tribunais têm entendido que para postulação de indenização contra o agente público não basta a prova do ilícito e da culpa do agente, sendo indispensável ainda a demonstração do dano material acarretado à Administração, que não pode ser presumido, caso contrário haveria locupletamento ilícito da Administração.²²⁸

Atuação na hipótese de não constatação do dano material

Observar, contudo, que a Lei nº 8.429/92, em seu art. 21, I, instituiu importante avanço legislativo nesse tema, ao dispor que as sanções previstas na lei são aplicáveis independentemente da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.

Assim, nos casos em que subsista irregularidade de ordem normal, não sendo, porém, possível a constatação material de dano ao erário, deve o Promotor de Justiça postular a aplicação das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/92, diversas do ressarcimento do dano, consignando-se sobretudo que o ato atenta contra os princípios da administração pública, sobretudo o da legalidade (art. 11, e incisos, da Lei nº 8.429/92).

3.7.4.8 – REMUNERAÇÃO RECEBIDA A MAIOR POR AGENTES POLÍTICOS

É comum que, tomando por base os parâmetros legais balizadores dos limites remuneratórios de Vereadores, Prefeitos e Vice-Prefeitos, o Tribunal de

Contas do Estado considere que durante determinado exercício esses agentes políticos perceberam remuneração superior à permitida pelas referidas normas. Do trabalho desenvolvido pelo TCE já constarão os valores recebidos a maior, discriminados mensalmente, na unidade monetária da época.

Tão logo recebida a documentação, recomenda-se a adoção das seguintes providências:

- a) requisitar da mesa da Câmara Municipal os nomes dos Vereadores que exerceram mandato no exercício referenciado;
- b) providenciar a atualização dos valores apontados pelo TCE;
- c) notificar todos os agentes políticos beneficiários do recebimento ilícito, com o fito de verificar a possibilidade de solução extrajudicial do caso, com o ressarcimento espontâneo pelos beneficiários dos valores apurados, via termo de ajustamento de conduta, não se olvidando, porém, que, ainda que o ressarcimento seja efetuado parceladamente, é imprescindível que corresponda à integralidade do débito.
- d) caso não seja possível a composição extrajudicial, ajuizar ação civil (de conhecimento), com apoio no art. 9º, *caput* e inciso XI, da Lei nº 8.429/92, para obtenção de ressarcimento dos danos apurados.

Observar, também, que independentemente de provocação do Tribunal de Contas do Estado, o Promotor de Justiça deverá fiscalizar a regularidade da remuneração percebida pelos Vereadores dos municípios de sua comarca, tomando-se por conta a resolução regulamentadora, aprovada na gestão passada, verificando ainda se o referido ato normativo está consonante com os parâmetros estabelecidos para a matéria, ou seja, remuneração dentro dos 75% (setenta e cinco por cento) da remuneração dos Deputados Estaduais, limitada a determinado percentual da receita do município, estipulado pela legislação infraconstitucional em vigor.

3.7.4.9 – DESPESAS SEM COMPROVAÇÃO

A Corte de Contas, por vezes, constata uma série de despesas realizadas pela municipalidade, sem que os documentos fiscais respectivos instruísem a prestação de contas. O Promotor deverá notificar o ex-Prefeito (ordenador das despesas), a fim de que este, se puder, justifique documentalmente o ocorrido. Caso o ex-alcaide não comprove documentalmente a realização da despesa e não se proponha espontaneamente a ressarcir-la, contra ele, bem como contra os beneficiários identificados das despesas, deverá ser proposta ação de responsabilização, com fundamento na Lei nº 8.429/92 (art. 10, IX e XI).

3.7.4.10 – DESPESAS NÃO AFETAS AO MUNICÍPIO

É comum o Tribunal de Contas do Estado identificar na prestação de contas despesas realizadas pelo município que, na realidade, seriam de responsabi-

²²⁸ STJ - AI nº 44.761-5-RJ e AI nº 44.189-0-RJ, ambos relatados pelo Min. César Asfor Rocha, DJU de 07/12/93; TJSP 157/9; TJSP - RDA 195/211; STJ - RT 709/180 **ajud** Hugo Nigro Mazzilli in: **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 157.

lidade de outras instâncias (Estado, entidades assistenciais, etc.).

Inicialmente, verificar se ainda assim as referidas despesas atendem ao interesse público da comunidade, como, por exemplo, pagamento pela Prefeitura de aluguel do imóvel destinado ao funcionamento do Destacamento da Polícia Militar ou ao funcionamento da Delegacia de Polícia, que seriam de responsabilidade do Estado, mas atendem ao interesse comum da coletividade. Nesses casos, não há que se postular eventual ressarcimento da despesa, contudo, deve-se averiguar se a operação foi devidamente formalizada, o que se daria, normalmente, através da assinatura de convênio entre os órgãos envolvidos ou edição de lei municipal.

Caso não tenha havido formalização do ato, não obstante inexistir dano material, estará caracterizado o ato de improbidade administrativa, por inobservância dos princípios da administração pública (art. 37 da CF/88), devendo então o ex-Prefeito ser responsabilizado, com fundamento no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

Contudo, a realização de despesa não afeta ao município, que não atenda ao interesse da coletividade, como por exemplo, o pagamento de aluguel de imóvel residencial de agente público, sem previsão legal, ensejará propositura de ação de responsabilização contra o ex-Prefeito e o beneficiário da despesa, objetivando a imposição das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 (ressarcimento e restritivas de direitos).

3.7.4.11 – DESPESAS SEM PRÉVIO EMPENHO E ABERTURA DE CRÉDITOS ADICIONAIS SEM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

Em ambas as hipóteses, as irregularidades eventualmente apontadas pelo Tribunal de Contas referem-se aos aspectos formais das operações que, por si só, não ensejam dano material. Convém então investigar a correta destinação dos recursos e no caso das despesas efetuadas sem emissão prévia de nota de empenho, se foram antecedidas do necessário procedimento licitatório, quando este for obrigatório, não sendo hipótese de sua dispensa ou inexigibilidade, que devem ser formalizadas, consoante o estabelecido na Lei nº 8.666/93. Sendo comprovada a *correta destinação e aplicação dos recursos, ainda assim, estará configurado o ato de improbidade administrativa*, com supedâneo no disposto nos arts. 10, VI, IX e XI, e 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, devendo o ex-Prefeito, na condição de ordenador das despesas, ser responsabilizado.

3.7.4.12 – APLICAÇÃO DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) DAS RECEITAS MUNICIPAIS NA RUBRICA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO, CONSOANTE PRESCREVE O ART. 212, CAPUT, DA CF/88

A par da constatação pelo Tribunal de Contas do Estado da não aplicação em determinado exercício do percentual mínimo exigido pela Constituição na rubrica assinalada, deve o Promotor de Justiça inicialmente se ater ao fato de que na *hipótese incide o prazo prescricional quinquenal* instituído pelo Decreto nº 20.910/32²²⁹, haja vista que *eventual ação civil pública a ser proposta o será contra a Fazenda Pública no sentido de compelir a municipalidade a efetivar a compensação dos recursos necessários no exercício seguinte*, consoante o permissivo legal constante do art. 11 da LACP.

Nesse sentido, solicitar, então, ao *Tribunal de Contas do Estado as certidões de aplicação*, pelos municípios componentes de sua Comarca, relativamente à rubrica manutenção e desenvolvimento do ensino, dos últimos cinco exercícios.

De posse das certidões, faz-se necessário verificar se a média de aplicação do aludido período atingiu o percentual mínimo de 25% (vinte e cinco por cento).²³⁰

Em caso negativo, adotar uma das seguintes providências:

- a) procurar estabelecer contatos com a autoridade municipal, para estabelecimento de eventual termo de ajustamento de conduta, objetivando a inclusão nos orçamentos futuros dos percentuais necessários à compensação da diferença apurada;
- b) não sendo viável a compensação, deverá ser proposta ação civil pública (Lei nº 7.347/85) contra o Município, no sentido de compeli-lo a efetuar a compensação dos recursos orçamentários necessários à adequação ao preceito constitucional;²³¹
- c) concomitantemente comunicar o caso concreto ao Procurador-Geral de Justiça, objetivando a análise de eventual ação interventiva, considerando o disposto no art. 35, III, da CF/88.

3.8 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Constituição da República Federativa do Brasil.
Constituição do Estado de Minas Gerais.

²²⁹ Sobre prescrição das ações contra a Fazenda Pública, ver item 2, seção I, cap. 2, título II.

²³⁰ A necessidade de se apurar a média está no fato de que a lei permite a compensação de eventual diferença no exercício seguinte (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.348, de 24/07/85).

²³¹ O TJMG tem posicionamento contrário haja vista entender que a intervenção do Estado no Município seria o meio constitucionalmente mais adequado. No entanto, recomenda-se que a ação civil pública seja ajuizada até que o STJ e o STF apreciem os diversos recursos excepcionais manifestados pelo Ministério Público de Minas Gerais.

Lei nº 8.429/92 - Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Lei nº 8.666/93 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Decreto nº 23.780/84 - Aprova a Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG).

Decreto nº 1.306 - Regulamenta o Fundo Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os artigos 13 e 20 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, seu Conselho Gestor e dá outras providências.

Decreto-Lei nº 201/67 - Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Decreto nº 5.687/06 - Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

Lei nº 91/35 - Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública.

Lei nº 1.493/51 - Dispõe sobre o pagamento de auxílios e subvenções.

Lei nº 6.639/79 - Introduz alteração na Lei nº 91, de 28/8/1935, que determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública.

Lei Complementar nº 101/00 - Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

Lei Estadual nº 4.086/01 - Cria o Fundo Estadual de Defesa de Direito Difusos e o Conselho Estadual de Direito Difusos e dá outras providências.

Lei Estadual nº 869/52 - Estatuto do Servidor Público Estadual.

Lei nº 4.320/64 - Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Lei nº 7.347/85 - Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e dá outras providências.

Lei nº 8.078/90 - Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Lei nº 8.437/92 - Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contras atos do Poder Público e dá outras providências.

Lei nº 8.625/93 - Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

Lei nº 11.079/04 - Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Lei nº 11.107/05 - Dispõe sobre as normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

3.9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Ato de Improbidade Administrativa** - 15 anos da Lei nº 8.429/92. São Paulo: RT, 2007.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei de improbidade administrativa** - aplicada e comentada. Curitiba: Juruá, 2005.

BITTENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BOSCO, Maria Goretti Dal. **Responsabilidade do Agente Público por Ato de Improbidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Coord.). **Improbidade Administrativa: Questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

COSTA, Epaminondas da. **Manual do Patrimônio Público**. Belo Horizonte: Inédita, 1999.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo Atos de **improbidade administrativa** - Doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativas e Crimes de Prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (Coord.). **Manual Prático: A Investigação e as Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa e de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Jurídica**. Publicação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 2007.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILMAN, Fábio. **Improbidade Processual**. São Paulo: Forense, 2006.

Ministério Público do Estado de Goiás. Patrimônio Público – Coleção Centros de Apoio Operacional.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do Juiz Natural e sua Aplicação na Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2007.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa** – Estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar. Niterói: Impetus, 2005.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Improbidade Administrativa**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: Má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: RT, 2007

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Improbidade Administrativa** – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral** – Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil**. São Paulo: RT, 2001.

ROSA, Márcio Fernando Elias; PAZZAGLINI FILHO, Marino; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa** – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1998.

SANTOS, Carlos Frederico Brito do. **Improbidade Administrativa** – Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. São Paulo: Forense, 2007.

SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SEABRA, Antônio Luiz Bandeira. **Improbidade Administrativa**. Campinas: Vale do Mogi, 2002.

SEABRA, Antônio Luiz Bandeira. **Prática Forense da Improbidade Administrativa**. Lei nº 8429/92. Interpretada. Campinas: Syslook, 2007.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. **Improbidade Administrativa** – No exercício das funções do Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2002.

TOLOSA FILHO, Benedicto. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Forense, 2003.

TOURINHO, RITA. **Discricionariedade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2004.

3.10 - JURISPRUDÊNCIA

EMENTA: ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE. 1. Por óbice da Súmula nº 282/STF, não pode ser conhecido recurso especial sobre ponto que não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal a quo. 2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. 4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador “desorganizado” e “despreparado”, não se podendo conceber que um Prefeito assumia a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade. 5. Recurso especial conhecido em parte e, no mérito, improvi-

do. (Resp. nº 708.170 - MG (2004/0171187-2), Rel. Ministra Eliana Calmon, Brasília-DF, julgamento: 06 de dezembro de 2005).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/92. ATO DE IMPROBIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE

SOLIDÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CABIMENTO.

1. Os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º) normalmente sujeitam o agente a todas as sanções previstas no art. 12, I, pois referidos atos sempre são dolosos e ferem o interesse público, ocupando o mais alto grau da escala de reprovabilidade. Todos são prejudicados, até mesmo os agentes do ato ímprobo, porque, quer queiram ou não, estão inseridos na sociedade que não respeitam.

2. Na reparação de danos prevista no inciso I do art. 12 da Lei nº 8.429/92, deverá o julgador considerar o dano ao erário público, e não apenas o efetivo ganho ilícito auferido pelo agente do ato ímprobo, porque referida norma busca punir o agente não só pelo proveito econômico obtido ilicitamente, mas pela prática da conduta dolosa, perpetrada em ferimento ao dever de probidade.

3. Na hipótese em que sejam vários os agentes, cada um agindo em determinado campo de atuação, mas de cujos atos resultem o dano à Administração Pública, correta a condenação solidária de todos na restituição do patrimônio público e indenização pelos danos causados.

4. Recursos especiais conhecidos em parte e improvidos. (RESP 678599/MG – STJ)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 10, INCISO XII, DA LEI nº 8.429/92 – PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – ELEMENTO SUBJETIVO – DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO.

1. Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal.

2. Os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art. 10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração).

3. Os atos de improbidade só são punidos a título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92.

4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio *caput*, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário.

5. Recurso especial provido. (Resp 842428 / ES RECURSO ESPECIAL 2006/0068856-1 - STJ)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR AGENTE PÚBLICO. REXEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N.º 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estado de Minas Gerais em face de servidores públicos municipais, membros de Comissão de Julgamento de Licitação, na modalidade de convite, por ato de improbidade administrativa, decorrente do favorecimento de empresa no procedimento atinente à contratação de serviços de transporte e monitoramento de crianças cadastradas no Programa Brasil Criança Cidadã - Projeto a Caminho do Futuro.

2. É de sabença o caráter sancionador da Lei nº 8.429/92 aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

3. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoirar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

4. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

5. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido. [...]” (Resp 807551 / MG RECURSO ESPECIAL 2006/0006443-0 – STJ)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ADMINISTRADOR PÚBLICO - CONTAS REJEITADAS - RESSARCIMENTO - SEQUESTRO DE BENS - PRESCRIÇÃO - LEI nº 8.429/92 - ALCANCE DA APLICABILIDADE - COMPETÊNCIA - LEI nº 10.628/02 – INAPLICABILIDADE - FUNDAMENTOS DA MEDIDA - RECURSO DESPROVIDO. Cuidando-se de ação civil pública que, diversamente daquela que busca a responsabilização e a sanção do administrador, persegue a reposição de valores ao erário com sustentação em rejeição de contas pelo Tribunal de Contas do Estado, não há que se falar em prescrição, eis que a ação consagra situação de indisponibilidade de direitos; da mesma forma, na esfera exclusiva do sequestro, norma de natureza processual, pouco importa que tal se dê com base em lei vigente depois do período a que se referem

as contas rejeitadas. A Lei nº 10.628/02 não é - independente do exame de sua constitucionalidade - aplicável às ações em que se busca apenas o ressarcimento de valores ao erário público, e não a responsabilização por atos de improbidade administrativa, o que torna competente o juízo singular. A medida de seqüestro de bens, tal como prevista na Lei nº 8.429/92, se presta para garantir a preservação do patrimônio público, e, baseando-se em legislação menos exigente - quanto aos requisitos - do que a norma processual comum, deve ser concedida quando se vê que a ação de ressarcimento se funda em rejeição de contas por órgão técnico, cuja decisão é desprovida, por natureza, de conotação política. (Relator Moreira Diniz, Data do acórdão: 18/03/2004 e Data da publicação:04/05/2004)

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - LESÃO CAUSADA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA, ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO SENTENCIADAS: PROCESSO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL - REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO - INAPLICABILIDADE DAS PENALIDADES DA LEI Nº 8429/92 AOS FATOS A ESTA ANTERIORES - DEVER DE RESSARCIR - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 37, § 5º, E 129, III, DA CF/88; 1º, IV, E 5º, DA LEI Nº 7347/85 (LACP) - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A par da possibilidade de cidadão legitimado intentar ação popular, com idêntica finalidade, admissível e próprio o manejo, pelo Ministério Público, de ação civil pública para defesa do patrimônio público, inclusive com eventual reparação de danos ao erário, consoante a CF/88 e a Lei nº 7347/85. 2. A despeito na inaplicabilidade das sanções da Lei nº 8429/92 aos fatos a esta anteriores, o dever de ressarcir é imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da CF/88, sendo imperativo se comprovado efetivo dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. 3. Recurso ministerial parcialmente provido. (Relator Pedro Henriques, Data do acórdão: 05/02/04, Data da publicação: 30/04/04)

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - REPARAÇÃO AO ERÁRIO - PRESCRIÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* CARACTERIZADOS. A prescrição quinquenal não se aplica às ações de ressarcimento aos cofres públicos, oriundas de ilícitos administrativos, pelo que dispõe a parte final do art. 37, § 5º, da CF/88. Evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no processado, em face da existência de indícios da prática de improbidade administrativa pelo agravante, haverá de persistir a decisão que determinou a indisponibilidade dos seus bens, a qual somente alcançará aqueles que se mostrem suficientes para garantir eventual reparação do erário, a teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. Agravo desprovido. (Relator Lucas Sávio V. Gomes, Data do acórdão: 18/03/04 e Data da Publicação: 06/04/04)

“Resp 586248 / MG

2003/0129146-0

Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116)

Órgão julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do julgamento: 06/04/2006

Data da publicação/fonte: DJ 04.05.2006 p. 135
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE DA ACÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ.

CARACTERIZAÇÃO DE CULPA POR PARTE DOS AGENTES POLÍTICOS.

I - O Tribunal *a quo* realizou a prestação jurisdicional invocada, pronunciando-se sobre os temas propostos, tecendo considerações acerca da demanda, não sendo obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos avançados pelas partes, mas sim decidir a contenda nos limites da *litis contestatio*, o que ocorreu no presente caso.

II - É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de ser o Ministério Público legítimo para propor ação civil pública na hipótese de dano ao erário público.

III - A ação civil pública é imprescritível, porquanto inexistente disposição legal prevendo o seu prazo prescricional, não se aplicando a ela os ditames previstos na Lei nº 4.717/65, específica para a ação popular.

IV - A análise do recurso especial acerca da ocorrência de cerceamento de defesa, pela impossibilidade de produção de prova pericial, resta prejudicada quando enseja o reexame do substrato fático-probatório contido nos autos, o que é vedado pela Súmula nº 07/STJ.

V - “No que se refere à alegada ausência de comprovação de culpa ou dolo dos agentes políticos, essencial destacar que a culpa dos recorrentes está consubstanciada na maneira negligente e imprudente em que aprovaram a resolução (fls. 102) para aumentar seus vencimentos sem um mínimo de fundamento legal, posto que o art. 29, V, VI, e 37, XIII, da Constituição Federal, são claros em estabelecer o modo de fixação, dos subsídios dos agentes políticos municipais, vedando qualquer vinculação ou equiparação salarial, não deixando qualquer margem de interpretação” (parecer do douto Ministério Público Federal, fls. 571).

VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido”. (grifo nosso).

Ação Popular. Abertura de Conta Corrente em Nome de Particular para Movimentar Recursos Públicos. Patrimônio Material do Poder Público. Moralidade Administrativa. Art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se

desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico [...] Recurso não conhecido. (STF, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26/3/1999, DJ 13/8/99)

MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO. ACESSO. NECESSIDADE DE SIGILO. JUSTIFICATIVA. ORDEM DENEGADA. 1. O direito do advogado a ter acesso a inquérito policial não é absoluto, devendo ceder diante da necessidade de sigilo na investigação, examinada no caso concreto. 2. Tratando-se de exceção à regra geral, a autoridade policial deverá apresentar as razões da necessidade do sigilo. 3. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada. (DJU, 16/12/02, p. 245)

EMENTA: - Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de se-

gurança indeferido. (STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança 21729-4/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 19/10/2001, p. 33)

RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. DIREITO RELATIVO. SUSPEITA DE CRIME FINANCEIRO. 1. A suspeita de crime financeiro, calcado em prova de lesividade manifesta autoriza a obtenção de informações preliminares acerca de movimentação bancária de pessoa física ou jurídica determinada por autoridade judicial com o escopo de instruir inquérito instaurado por órgão competente. 2. A quebra do sigilo bancário encerra um procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitiva, diverso da natureza do processo, o que afasta a alegação de violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 3. O sigilo bancário não é um direito absoluto, deparando-se ele com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes. (Vide § 3º e § 4º do art. 1º e 7º da Lei Complementar nº 105/2001) 4. Recurso Ordinário improvido. (STJ, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15149/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/03/2003, DJU 07/04/2003, p. 223.)

Com efeito, é assente na doutrina que a denominação “agentes públicos” refere-se genérica e indistintamente a todos os sujeitos que servem ao poder público, que desempenhem funções estatais, considerando-se um “gênero” do qual são espécies os agentes políticos, administrativos, honoríficos e delegados.

Nesse sentido, assim dispõem os arts. 1º, 2º e 3º da Lei de Improbidade Administrativa:

[...]

Da análise conjunta e teleológica de tais dispositivos legais, verifica-se que o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão “agente público” possui expressivo elástico o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao poder público.

A própria lei, em seu art. 2º, amplia o seu espectro, por isso que de maneira exemplificativa emprega a expressão “ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” fazendo remissão ao art. 1º o qual retrata os sujeitos ativos dos atos de improbidade.

OSÓRIO Fábio Medina. In: **Improbidade Administrativa**. 2 ed. Síntese, 1997. p. 97-99, ao tratar da conceituação do termo “agentes públicos”, afirma que quanto às atividades delegadas, quando engendradas em detrimento de qualquer entidade de Direito Público, podem ser considerados sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa os denominados “agentes delegados”:

Cumprir examinar os sujeitos ativos do ato de improbidade à luz da Lei nº 8.429/92.

Imperioso analisar as diversas acepções de agente público que se destinam a ser tutelados pela legislação repressora da improbidade, interpretando o art. 2º da Lei nº 8.429/92.

Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. A regra é a atribuição de funções ao órgão, as quais são repartidas entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargos. O agente titulariza o cargo – o qual integra o órgão – para servir ao órgão. As funções são os encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes.

A verdade é que os agentes públicos repartem-se em quatro espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados.

O conceito de agente público, para efeitos de controle da probidade administrativa, levará em linha de conta, fundamentalmente, o art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, diferenciando-se, em certa medida, das concepções doutrinárias que visualizam os agentes delegados como espécies de agentes públicos.

Os agentes delegados são aqueles que são particulares e recebem incumbência de execução de determinada atividade, obra ou serviço público, realizando-o em nome próprio. São colaboradores com o poder público. 'Nesta categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo'.

Os chamados permissionários, concessionários e autorizatários realizam serviços públicos pela descentralização administrativa. Serviços concedidos são aqueles que o particular realiza ou executa, em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do poder público executado por particular em razão da concessão.

HELY LOPES MEIRELLES é de opinião no sentido de que os agentes delegados, quando lesam direitos no desempenho das funções delegadas, devem responder civil e criminalmente sob o império das normas que regem a Administração Pública de que são delegados, inclusive por crime funcional, pois a transferência da execução não descaracteriza o caráter público da atividade, tanto que a lei de mandato de segurança considera 'autoridade', para fins de impetração, as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público.

Estarão os agentes delegados, todavia, sob o império direto da Lei nº 8.429/92?

Interessante observar, nesse tópico, que a lei busca, primordialmente, tutelar o dinheiro público, o patrimônio público material, tanto que a definição

dos sujeitos passivos alcança aqueles que atuam comumente ao abrigo das normas de direito privado, mas, por circunstâncias especiais, se encontram tocados pelo setor público.

Neste campo, ocorre aquilo que se denomina de convergência entre os direitos público e privado, pois as entidades privadas são atingidas pela legislação, na medida em que estiverem em contato com o dinheiro público, pouco importando que suas atividades ficassem enquadradas nas normas privatísticas.

As concessionárias, autorizatárias e permissionárias de serviços públicos atuam, na verdade, como empresas privadas, ao abrigo de regras do direito privado, salvo se houver nelas injeção de dinheiro público. Assim, uma empresa de telecomunicações exerce atividade concedida pelo poder público, no que se refere ao canal televisivo, mas nem por isso estará, automaticamente, enquadrada como sujeito passivo da lei de improbidade em razão exclusiva da natureza da atividade. Em decorrência, os empregados da entidade, os agentes delegados também não se encontram sob o império da definição de sujeitos ativos, embora, por ângulo diverso, até pudessem se subsumir na ampla conceituação de agente público. É que, não obstante não sejam agentes públicos, podem concorrer ao ato de improbidade praticado por agente público, quando lesarem o erário.

Os sujeitos ativos do ato de improbidade serão definidos, fundamentalmente, em razão do reconhecimento dos sujeitos passivos, porque é agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego, ou função nas entidades mencionadas no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. Dentre essas entidades, s.m.j., não se consegue vislumbrar todas as empresas concessionárias, autorizatárias ou permissionárias de serviços públicos, pelo só fato de estarem nessa condição, salvo se fosse possível inseri-la na conceituação mais ampla de 'administração indireta' exigida pelo art. 1º, *caput*, da lei, diante da exigência de tipicidade. (STJ, Ministro Luiz Fux, no Resp 455933).

ADMINISTRATIVO – LEI DE IMPROBIDADE – CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO 'AGENTES PÚBLICOS' – HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE) – FUNÇÃO DELEGADA – 1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º da Lei nº 8.429/92: 'a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário

rio público contido no Código Penal (art. 327). 2. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. 3. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento. 4. Em conseqüência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato ímprobo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula nº. 07 do STJ. 5. Recursos providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local. (STJ – REsp 416.329/RS – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 23/092002 – p. 254)

PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PETIÇÃO INICIAL – ARTIGO 282, III, DO CPC – REQUISITOS PROCESSUAIS DA AÇÃO – EFEITOS – A ação de improbidade administrativa, de alto destaque na vida democrática da nação, notadamente para fiscalizar o agente público, no pertinente ao patrimônio público que lhe está afeto, enseja, através de meios prontos e eficazes, alcançar judicialmente a decretação de invalidade dos atos lesivos ao erário, obrigando os responsáveis ao ressarcimento do dano causado. A demanda, contudo, deverá ser idônea para produzir os efeitos procurados, ou seja, uma decisão de mérito. Para isso há certas exigências, de cunho processual, que precisam transparecer na petição inicial que necessita estar apta ao estabelecimento da relação processual. Destarte, a peça vestibular deve ser precisa quanto à indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido; para a espécie, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício que o contaminou e em que consistiu sua lesividade ao patrimônio público da entidade indicada. Dessa forma, os fatos, antes da citação, devem estar devidamente expostos, bem como os fundamentos do pedido, para que os réus possam, com base neles, oferecer a sua defesa. No caso em exame, a inicial não apontou o ato ilícito atribuído ao recorrente, a justificar a sua permanência na presente ação, na forma do art. 282, III, do CPC. Com efeito, é ônus do autor da ação de improbidade administrativa apresentar na peça vestibular a indicação precisa do fato e dos fundamentos jurídicos da demanda, ou seja, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício de ilegalidade e a sua lesividade ao patrimônio público. No que concerne ao recorrente não se aponta, de forma concreta e objetiva, como é em que condições teria praticado o apelado os atos de improbidade que lhe são imputados. No caso dos autos, em nenhum momento da inicial é apontado pelo autor, concretamente, a ilegalidade e a lesividade ao patrimônio público. Em alentado

parecer, onde são analisados os pressupostos processuais que autorizam o ajuizamento da ação popular, aplicável ao caso dos autos, leciona o ilustre ministro Thompson Flores, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “[...] 5. A ação em comentário, erigida em garantia constitucional, de alto destaque na vida democrática da nação, atribuiu a ‘qualquer cidadão’ como parcela do povo, de onde provém todo o poder, como é expressa a própria Lei Maior (art. 1º, § 1º), legitimidade ativa para fiscalizar a administração, no pertinente ao patrimônio público que lhe está afeto, ensejando-lhe, através de meios prontos e eficazes, alcançar judicialmente, a decretação e invalidade dos atos que sejam lesíveis ao erário, obrigando os responsáveis ao ressarcimento do mal causado. Não poderia, como nem seria curial, que instaurasse ele a grave lide, sem que ‘aparelhado’ estivesse para ela. 6. Por isso, acentuou com propriedade José Afonso da Silva (ob. cit., p. 221, nº. 189): ‘[...] a demanda, contudo, deverá ser idônea, para produzir os efeitos procurados, ou seja, uma decisão de mérito. Para isso há certas exigências que precisam transparecer na petição inicial que necessita ser apta ao estabelecimento da relação processual. [...] a demanda popular propõe-se por petição na forma do art. 158 do CPC, com todos os requisitos ali especificados e mais os que no caso concreto exigir. ‘ o socorro ao CPC citado deflui do disposto no art. 22 da Lei nº 4.717/65; e o invocado art. 158 corresponde ao art. 282 do CPC vigente. 7. Destarte, o libelo inicial deve ser preciso quanto à indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido; para a espécie, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício que o contaminou e em que consistiu sua lesividade ao patrimônio público da entidade indicada. É possível que o autor, de início, não disponha de todos os elementos necessários, porque não tenham sido fornecidos pelas entidades em questão. O remédio está, claramente, assegurado no art. 7º, I, ‘b’, e § 2º, da Lei nº 4.717. O certo, porém, é que os fatos, antes da citação devem estar devidamente expostos, bem como os fundamentos do pedido, para que os réus possam, com base neles, oferecer sua defesa. [...]’”. (In: **Revista de Processo**. p. 61/221) no caso dos autos, o autor não demonstrou, concreta e efetivamente, como se teria caracterizado a lesividade ao patrimônio público, ônus que lhe cabia, a teor do art. 333, I, do CPC. Incide, aqui, a lição do mestre da hermenêutica jurídica francesa, Fabreguettes, quando pontifica: *tout fait quelconque (4), allégué en justice, contraire à L’état normal ou habituel des choses, ou à une situation acquise, doit être prouvé*” (FABREGUETTES, M. P. **la logique judiciaire et L’art de juger**, 2 ed. Paris: Librairie Générale, 1926. p. 55). A propósito, convém recordar a velha, mas sempre nova lição de Henri de Page, in de *L’interprétation des lois*, éditions swinnen, Bruxelles, 1978, t. II, pp. 22/3, *verbis*: “dans le domaine de L’application de la loi, le juge, peut-être, en tempérrera ou en élargira L’exercice. Il usera d’une certaine souplesse suivant les circons-

tances. Mais son oeuvre, quelque large ou discrète qu'elle soit, devra demeurer compatible avec les pouvoirs limités de juge qui lui donne la division du travail. Il n'est que juge et non pas législateur. Prisonnier de la décision d'espèce, il lui est impossible de s'en évader. Par définition, il est incapable de créer des règles générales, de "légiférer". " dessa forma, incensurável a conclusão da r. Sentença, eis que, com a devida vênia, a petição inicial padece dos vícios apontados no decism impugnado, acarretando a improcedência da ação. Improvimento da apelação. (TRF 4ª R. – AC 2004.71.01.002194-0 – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – DJU 31/10/2007, grifo nosso).²³²

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DECISÃO SINGULAR QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS REQUERIDOS – IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DA INICIAL, EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR E IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE À PRÁTICA DOS SUPPOSTOS ATOS, BEM COMO DOS VALORES EM SUA CONTA CORRENTE – FUNDAMENTOS EXARADOS QUE NÃO MERECEM SER ACOLHIDOS – DECISÃO CORRETA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – Questões atinentes à existência ou não de improbidade pertencem ao mérito da ação civil pública, necessitando de cognição mais completa e exauriente, com a realização do contraditório, dentro do devido processo legal. Entretanto, pelo contido nos autos, há indícios de atos que infringiram condutas descritas como improbas, devendo ser recebida a inicial. Desde que justificado o pedido, demonstrada a necessidade de assegurar ao processo principal a sua idoneidade para cumprir, de maneira eficaz, a tutela jurisdicional definitiva, nada obsta que seja decretada a indisponibilidade dos bens dos réus da ação principal. A providência não exige prova cabal, mas razoáveis elementos configuradores da lesão, sendo que, as provas colacionadas na ação civil pública deixam ver, ao menos a priori, os requisitos necessários a sua concessão, revelando a plausibilidade de virem os réus a ser responsabilizados nos termos da Lei de improbidade administrativa. O art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa determina que, a indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, dirigindo-se à qualquer um deles, pouco importando se foram adquiridos antes, durante ou posteriormente à prática dos supostos atos de improbidade. Neste contexto, mostra-se prudente e recomendável o bloqueio dos bens pertencentes aos requeridos, dentre eles os do agravante, até que estejam devidamente esclarecidos os fatos e as alegações formuladas pelo Ministério

Público, não se evidenciando ilegalidade ou arbitrariedade na decisão atacada. (TJPR – AI 0368300-1 – Palotina – 4ª C.Cív. – Relª Desª Anny Mary Kuss – DJPR 6/07/2007)

ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO EM CARGOS PÚBLICOS – REMUNERAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO – ADMISSIBILIDADE – AGRAVO CONHECIDO MAS IMPROVIDO – 1. Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto em face de decisão proferida pelo Juiz Federal da 2ª Vara/PB, Dr. Alexandre Costa de Luna Freire, que em sede de ação de improbidade administrativa, concedeu a antecipação da tutela para afastar do exercício das funções públicas os servidores do INSS ora Agravantes, com fundamento no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92, desde 30 de agosto de 2005. 2. Perda temporária dos vales-alimentação e vales-transportes. Ausência de prejuízo para os agravantes, pois tais benefícios visam ao suprimento de despesas inerentes ao servidor ativo, ou seja, em exercício, não se incorporando à sua remuneração. 3. No caso dos autos, incorreu a antecipação dos efeitos da condenação com o afastamento dos Agravantes de seus cargos públicos, eis que há previsão legal determinando tal afastamento, sem prejuízo da remuneração, visando à proteção da instrução processual. 4. Agravo conhecido, mas improvido. (TRF 5ª R. – AGTR 2005.05.00.034858-2 – 1ª T. – PB – Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde – DJU 13/12/2007 – p. 794, grifo nosso).²³³

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE – 1. Por óbice da Súmula nº 282/STF, não pode ser conhecido Recurso Especial sobre ponto que não foi objeto de prequestionamento pelo tribunal a quo. 2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. 4. Diante das Leis de improbidade e de responsabilidade fiscal, inexiste espaço para o administrador "desorganizado" e "despreparado", não se podendo conceber que um prefeito assuma a administração de um município sem a observância das mais comensais regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do

²³² Disponível em: <http://www.trf4.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

²³³ Disponível em: <http://www.trf5.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

princípio da legalidade. 5. Recurso Especial conhecido em parte e, no mérito, improvido. (STJ – RESP 200401711872 – (708170 MG) – 2ª T. – Relª Min. Eliana Calmon – DJU 19/12/2005 – p. 00355)

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO – O Ministério Público, sob o suporte da Constituição Federal (art. 129, inc. III) e da Lei nº 8.429/92 (art. 17), tem indiscutível legitimidade para propor ação civil pública, tendente a obter o ressarcimento de danos ao erário público e/ou a penalização dos agentes, públicos ou particulares, que tenham praticado atos de improbidade administrativa. Transferência ilegal de valores do fundo de previdência dos servidores municipais para o pagamento de dívidas do executivo. Vedação prevista em Lei Municipal. Violação ao princípio da legalidade. Superveniente extinção do fundo e incorporação ao patrimônio do município. Improbidade administrativa tipificada no art. 11 da Lei nº 8.429/92. Viola o princípio da legalidade e, como tal, traduz ato de improbidade administrativa submetido ao alcance do art. 11 da Lei nº 8.429/92, a conduta do prefeito municipal que, às vésperas de encerrar o seu mandato, em consenso de vontades com os gestores do fundo de previdência e assistência dos servidores municipais, toma de empréstimo recursos desta entidade para resgatar dívidas do município, com violação a literal disposição de Lei local. (TJSC – AC 2005.024819-3 – Maravilha – 1ª CDPúb. – Rel. Des. Newton Janke – J. 05/10/2006)

OBSERVAÇÃO: Os modelos de peças práticas poderão ser encontrados na página do CAOPP, no *site* do MPMG: www.mp.mg.gov.br.

4 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E TURÍSTICO

Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda

4.1 - INTRODUÇÃO - PATRIMÔNIO CULTURAL E MEIO AMBIENTE

Percebe-se, nos últimos tempos, a especial atenção que vem sendo dispensada pela sociedade, pela imprensa e pelos órgãos estatais à preservação do patrimônio cultural brasileiro. Parece-nos que, depois de duas décadas de vigência da chamada *Constituição Cidadã*, o poder público e a sociedade finalmente estão se apercebendo do dever solidário de proteger nossos bens culturais e da responsabilidade de transmiti-los, na plenitude de sua integridade, às gerações vindouras.

Se por um lado é gratificante constatar essa importante e auspiciosa mudança de paradigma, por outro é impositivo que os operadores do Direito estejam preparados para enfrentar os novos e crescentes desafios que passam a se apresentar a partir desta nova tendência, sendo indispensável

conhecer e manejar com habilidade os instrumentos aptos à satisfação da grande expectativa social acerca da efetiva proteção do patrimônio cultural de nosso país.

Como ponto de partida para a efetiva proteção do patrimônio cultural brasileiro, é necessário que se deixe de lado a visão puramente administrativista que norteou por longo tempo a aplicação dos institutos protetivos pertinentes (tombamento, desapropriação etc.) passando a encarar tal bem jurídico como integrante do meio ambiente globalmente considerado, tratando a temática, por consequência, sob as luzes do Direito ambiental.

Infelizmente, está ainda arraigada na concepção de grande parte dos brasileiros a impressão de que o meio ambiente se resume tão somente ao seu aspecto naturalístico, compreendendo apenas o solo, os recursos hídricos, o ar, a fauna e a flora. Trata-se de uma concepção equivocada e estreita da real conceituação de meio ambiente.

Já em 1976, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em sua décima nona sessão realizada em *Nairóbi*, através da Recomendação relativa à salvaguarda dos conjuntos históricos e sua função na vida contemporânea, reconhecia que:

[...] os conjuntos históricos ou tradicionais fazem parte do ambiente cotidiano dos seres humanos em todos os países, constituem a presença viva do passado que lhes deu forma, asseguram ao quadro da vida a variedade necessária para responder à diversidade da sociedade e, por isso, adquirem um valor e uma dimensão humana suplementares.

Seguindo tal direcionamento, os estudiosos do Direito ambiental em nosso país afirmam, à unanimidade, que o meio ambiente não se resume ao aspecto meramente naturalístico ou físico, mas comporta hodiernamente uma conotação abrangente, holística, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência no seu desenvolvimento na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o envolve.

Calha trazer à colação, a propósito, a singular e precisa manifestação de Carlos Frederico Marés de Souza Filho sobre o tema:

O meio ambiente, entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Assim, o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo. Alguns destes elementos existem independente-

mente da ação do homem e os chamamos de meio ambiente natural; outros são frutos da sua intervenção, e os chamamos de meio ambiente cultural.²³⁴

Sobreleva ressaltar que também no direito comparado iremos encontrar esta concepção unitária de meio ambiente, sendo este definido como:

As condições físicas que existem numa área, incluindo o solo, a água, o ar, os minerais, a flora, a fauna, o ruído e os elementos de significado histórico ou estético. (California Environmental Quality Act, 1981).

Com efeito, o meio ambiente deve ser entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, que compreenda a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano.

Como se sabe, nos dias atuais torna-se cada vez mais difícil separar o natural do cultural, até mesmo porque são pouquíssimos os lugares na Terra que têm escapado ao impacto da atividade humana. Desde os tempos pré-históricos até a época moderna, pouco resta da superfície terrena que não tenha sido afetado pelas atividades humanas, razão pela qual a identificação de áreas *absolutamente naturais* está cada vez mais rara.

Por isso, para os fins protecionais, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, arquivístico, arquitetônico, monumental, espeleológico, arqueológico, fossilífero, urbanístico etc.

É este, a propósito, o entendimento que vem sendo acolhido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que acerca do tema já decidiu:

MEIO AMBIENTE – Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente *ao meio ambiente natural* (dunas) e *ao meio ambiente cultural* (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). (STJ – RESP 115599 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 02.09.2002 – grifos nossos).

Em termos legislativos, é de se lembrar que a Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) traz seção tratando especificamente dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (arts. 62 a 65), o que demonstra a consolidação em nosso País do entendimento segundo o qual meio ambiente é conceito amplo, no qual se inclui também o patrimônio cultural.

É realmente incontroverso que natureza e cultura são bens interdependentes e inseparáveis, o que deve ser objeto de consideração das autoridades públicas, operadores do direito, organizações não governamentais, imprensa, enfim, de todos os que militam na seara da defesa ambiental, em seus mais variados aspectos.

Sob o ponto de vista do Direito, as conseqüências práticas decorrentes de tal entendimento são extremamente significativas, podendo-se elencar as seguintes:

- a) Possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes cometidos contra o patrimônio cultural;
- b) Aplicação dos princípios de Direito ambiental em defesa do patrimônio cultural (princípios da prevenção, da reparação, da responsabilização, da intervenção estatal obrigatória do *in dubio pro ambiente* etc.);
- c) Imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos causados ao patrimônio cultural.
- d) A indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico – quando o *Parquet* não for o próprio autor –, ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 127, CF/88 e art. 82, III, CPC).

Enfim, para a melhor tutela do patrimônio cultural brasileiro é necessário compreender esse bem jurídico como integrante do meio ambiente *lato sensu*.

4.2 - EVOLUÇÃO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL

O primeiro indício de preocupação governamental com a preservação do patrimônio cultural brasileiro data do ano de 1742, quando o então Vice-Rei do Brasil, André de Melo e Castro, Conde de Galveias, escreveu ao Governador de Pernambuco, Luis Pereira Freire de Andrade, ordenando a paralisação das obras de transformação do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau, em um quartel para as tropas locais, ocasião em que foi determinada a restauração do palácio.

Em âmbito penal, a primeira tipificação no ordenamento jurídico brasileiro objetivando a tutela do patrimônio cultural – ainda que de forma tímida e indireta – adveio com o art. 178 do Código Criminal do Império (1830), que considerava criminosa a conduta consistente em “destruir, abater, mutilar ou danificar monumentos, edifícios, bens públicos ou quaisquer outros objetos destinados à utilidade, decoração ou recreio público, cominando pena de prisão com trabalho de dois meses a quatro anos e multa de vinte por cento do valor do dano”. O Código Penal Republicano (1890) repetiu a tipificação em seu art. 328. No âmbito cível, apesar do interes-

²³⁴ Op. Cit, p. 21.

se de Dom Pedro II pelos estudos da história e das artes, pouca evolução houve acerca da proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Merece registro o Aviso de 13 de dezembro de 1855, expedido pelo Ministro do Império, Conselheiro Luiz Pedreira de Couto Ferraz, que transmitia ordens aos Presidentes das Províncias e ao Diretor das Obras Públicas da Corte para terem cuidados especiais na restauração dos monumentos, protegendo as inscrições neles gravadas.

Entretanto, somente em 1933 surgiu o primeiro diploma federal brasileiro tratando do patrimônio cultural. Foi o Decreto nº 22.928, de 12 de julho daquele ano, que erigiu a cidade de Ouro Preto a Monumento Nacional.

Materializava-se em um ato emanado do Governo Federal, finalmente, o reconhecimento da obrigação estatal de preservar o patrimônio cultural brasileiro, uma vez que constava do Decreto:

[...] considerando que é dever do Poder Público defender o patrimônio artístico da Nação e que fazem parte das tradições de um povo os lugares em que se realizaram os grandes feitos de sua história; considerando que a cidade de Ouro Preto, antiga Capital do Estado de Minas Gerais, foi teatro de acontecimentos de alto relevo histórico na formação de nossa nacionalidade e que possui velhos monumentos, edifícios e templos de arquitetura colonial, verdadeiras obras d' arte, que merecem defesa e conservação.

No ano seguinte, iniciou-se a organização de um serviço de proteção aos monumentos históricos e às obras de arte através do Decreto nº 24.735, que aprovou um novo regulamento para o Museu Histórico Nacional.

Mas o grande avanço se deu em 1934 com a consagração da proteção ao patrimônio cultural através da Constituição Federal promulgada em 16 de julho daquele ano. A novel Carta Magna instituiu a função social da propriedade como princípio constitucional (art. 133, inciso XVII) e estabeleceu em seu art. 134 que:

Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional. Em seu art. 10 dispunha ainda a Lex maxima: Compete concorrentemente à União e aos Estados: III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a saída de obras de arte.

As importantíssimas inovações constitucionais assestaram as bases para a criação de instrumentos legais capazes de garantir eficazmente a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Em 1935, durante o Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Natureza, ocorrido no Rio de Janeiro, foi idealizada a criação de um serviço técnico especial de monumentos nacionais. O então Ministro da Educação, Gustavo Capanema foi quem tomou a iniciativa de um projeto de lei federal referente ao assunto. Contando com a colaboração do historiador Luís Camilo de Oliveira Neto e com alusão às leis francesas e ao projeto de José Wanderley de Araújo Pinho, o Ministro encarregou o escritor Mário de Andrade, então diretor do Departamento de Cultura do Município de São Paulo, da elaboração de um plano de criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Em 13 de janeiro de 1937, através da Lei nº 378 que tratava da estrutura do Ministério da Educação, Getúlio Vargas criou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com o objetivo de promover no território nacional o tombamento, a conservação e a divulgação desse patrimônio. Para a direção do novel órgão de proteção, foi escolhido o nome de Rodrigo Melo Franco de Andrade.

O projeto de lei sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, elaborado por Mário de Andrade e por Rodrigo de Melo Franco Andrade, foi apresentado à Câmara dos Deputados em 15 de outubro de 1936, quando tramitou muito rapidamente, sendo aprovado e encaminhado ao Senado. No Senado, o texto foi aprovado com emendas e retornou à Câmara, sendo marcada a data de 10 de novembro de 1937 para a discussão final. Naquela mesmo dia, por ironia da História, um golpe de Estado dissolveu o Congresso e entrou em vigor a nova Constituição Federal que, embora sendo produto do autoritarismo, era mais eficaz na defesa do patrimônio cultural brasileiro.

Na Carta do Estado Novo, a matéria foi regulada pelo art. 134, nos seguintes termos:

Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Cumprindo a vontade constitucional, o Estado Novo editou, com apenas vinte dias de sua existência, o seu 25º Decreto-Lei, no dia 30 de novembro de 1937, organizando a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O texto do Decreto era praticamente uma cópia do projeto de Mário de Andrade já aprovado na Câmara e no Senado²³⁵. Com a sua edição, o sistema jurídico brasileiro obteve um instrumento legal para a proteção do patrimônio cultural, batizado popularmente como *Lei do Tombamento*.

²³⁵ MARÉS, Carlos Frederico. p. 22.

Apesar do produto final da lei de proteção ao patrimônio cultural ter se materializado em um ato típico do autoritarismo (Decreto-Lei), ele passou por todo o procedimento democrático que antecede à sanção e promulgação dos projetos de leis e o seu conteúdo era o resultado de trabalhos aprofundados e sérios de intelectuais e políticos comprometidos com a defesa da cultura brasileira.

Objetivando assegurar maior efetividade aos comandos protetivos do Decreto-Lei nº 25/37, no Código Penal de 1940 foi introduzido um tipo penal incriminando a destruição, deterioração ou alteração dolosas de bens tombados pela autoridade competente (art. 165).

O Decreto-Lei nº 3.866, de 21 de novembro de 1941, fruto nefasto do autoritarismo, dispôs sobre o cancelamento de tombamento de bens do patrimônio histórico e artístico nacional, sendo tal ato normativo duramente criticado por toda a doutrina especializada no assunto.

Findo o regime autoritário implantando pelo Estado Novo, a nova Constituição promulgada em 1946 estabelecia no art. 178 que os bens culturais da nação ficam sob proteção do poder público: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob proteção do poder público”. Com essa disposição de natureza programática, houve um relativo retrocesso em relação à posição adotada pelo constituinte de 1937, que deu vigor à proteção dos bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro, equiparando a crime contra o patrimônio nacional qualquer atentado em relação a tais valores.

Importantíssima inovação legislativa adveio no ano de 1961, com o então presidente Jânio Quadros, quando foi sancionada a Lei nº 3.924, de 26 de junho, dispondo sobre o nosso patrimônio arqueológico.

O texto deste diploma legal foi resultado dos trabalhos desenvolvidos por uma comissão formada por estudiosos do assunto, dentre os quais estavam Paulo Duarte (USP), José Loureiro Fernandes (Universidade do Paraná), Rodrigo Melo Franco de Andrade (IPHAN) e Benjamin Campos (Procuradoria do Ministério da Agricultura).

Em 1965, objetivando o controle da evasão dos bens moveis integrantes do patrimônio cultural brasileiro, houve a proibição da saída para o exterior de obras de arte produzidas no país até o fim do período monárquico com a edição da Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965.

A Carta Magna de 1967 reiterou a norma programática estabelecida em 1946, dispondo no Título

II, que trata *da família, da educação e da cultura*, que o amparo a esta última deve ser dado pelo Estado. A Emenda de 1969 reproduziu os preceitos da Carta de 1967, alterando-se apenas a numeração dos dispositivos.

No ano de 1968, foi sancionada a Lei nº 5.471 que proibiu, sob qualquer forma, a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros editados entre os séculos XVI e XIX.

Em meados da década de 70, no governo do General Ernesto Geisel, foi sancionada a Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, que tornou o tombamento e seus cancelamentos dependentes da homologação do Ministério da Educação e Cultura.

No ano de 1988, com o advento da Nova Carta Magna, alcançamos o mais alto degrau na evolução normativa de proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

Como bem salientado por Carlos Frederico Marés acerca das várias conquistas alcançadas com a nova ordem constitucional e dos desafios para se efetivar as determinações lançadas na *Lex Magna*:

A novidade mais importante trazida em 1988, sem dúvida, foi alterar o conceito de bens integrantes do patrimônio cultural passando a considerar que são aqueles *portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*. Pela primeira vez no Brasil, foi reconhecida, em texto legal, a diversidade cultural brasileira, que em consequência passou a ser protegida e enaltecida, passando a ter relevância jurídica os valores populares, indígenas e afro-brasileiros. A tradição constitucional anterior, marcava como referência conceitual expressa a monumentalidade, ao abandonar esta referência. O que a Constituição atual deseja proteger não é o monumento, a grandiosidade de aparência, mas o íntimo valor da representatividade nacional, a essência da nacionalidade, a razão de ser da cidadania.

A inclusão de todos esses conceitos na nova Constituição brasileira não é apenas um avanço jurídico, no sentido de inovar na matéria constitucional, mas traz efetivas alterações nos conceitos jurídicos de proteção:

1. consolida o termo *patrimônio cultural* que já era usado internacionalmente e estava consagrado na literatura brasileira, mesmo oficial, mas não na lei;
2. cria formas novas de proteção, como o inventário, registro, vigilância;
3. possibilita a inovação, pelo poder público, de outras formas, além do tradicional tombamento e da desapropriação. Além disso, o texto constitucional, ele mesmo, declara tombados bens que considera relevantes para o patrimônio cultural brasileiro, como os documentos e sítios dos antigos quilombos.

Porém, para que todos esses dispositivos protecionistas sejam efetivamente aplicados, será necessário novo esforço legislativo. Apesar das leis em vigor não se chocarem diretamente com o texto constitucional, estão muito aquém de sua vontade e determinação. É necessário, p. ex., regulamentar o inventário, o registro e dar nova roupagem e dimensão ao tombamento que restou acanhado na configuração que lhe deu o legislador em 1937.²³⁶

Atendendo à real necessidade de reformulação da proteção do patrimônio ambiental brasileiro foi promulgada em 12 de fevereiro de 1998 a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. No referido diploma legal, a Seção IV do Capítulo V é dedicada aos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, que estão dispostos nos arts. 62 a 65.

A nova Lei de Crimes Ambientais tem sido considerada como um marco de eficiência no aparato legislativo brasileiro de proteção ao meio ambiente. Especificamente no que tange aos delitos contra o patrimônio cultural, estão atualmente tipificadas condutas culposas violadoras de tal bem jurídico e não há mais a necessidade de prévio tombamento para se viabilizar a tutela penal.

Ademais, o art. 3º da Lei nº 9.605/98 atribuiu expressamente responsabilidade penal à pessoa jurídica pelos crimes contra o meio ambiente, no qual se inclui o chamado meio ambiente cultural.

Outra conquista legislativa adveio com a edição do Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e criou o programa nacional do patrimônio imaterial, viabilizando a proteção dos bens culturais de natureza intangível e resgatando uma dívida histórica com os bens culturais imateriais tais como: saberes, celebrações, expressões, os quais irão procurar resguardar os cantos, lendas, hábitos, festas, rituais e outras práticas populares.

Por último, a Lei nº 10.257/2001 trouxe ao nosso ordenamento jurídico o Estatuto da Cidade que estabeleceu normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, do equilíbrio ambiental, da segurança e do bem-estar dos cidadãos. Em seu art. 2º, o Estatuto definiu dezesseis postulados orientadores da política urbanística, sendo prevista como uma delas no inciso XII a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”. Por outro lado, a ad-

ministração passou a contar também com novos e valiosos instrumentos de acautelamento, proteção e preservação do patrimônio cultural (estudo de impacto de vizinhança, transferência do direito de construir, direito de preempção etc.) que reforçaram, em nível nacional, o rol daqueles já tradicionais e previstos de forma exemplificativa na Constituição Federal vigente (art. 216, § 1º).

4.3 - PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

4.3.1 – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

A proteção do patrimônio cultural é uma obrigação imposta ao poder público, com a colaboração da comunidade, por força do que dispõe a Constituição Federal em seus arts. 216, § 1º, e 23, III e IV. Desta forma, a ação protetiva em prol do patrimônio cultural não se trata de mera opção ou de faculdade discricionária do poder público, mas sim de imposição cogente, que obriga juridicamente todos os entes federativos.

Em decorrência, podemos falar no subprincípio da *intervenção obrigatória do poder público* em prol da proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural, uma vez que, em havendo necessidade de ação do poder público para assegurar a integridade de bens culturais, esta deve se dar de imediato, sob pena de responsabilização²³⁷. Ressalte-se que a atuação do poder público nessa área deve se dar tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito legislativo e até no judiciário, de vez que cabe ao Estado a adoção e execução das políticas e programas de ação necessários à proteção do patrimônio cultural.

4.3.2 – PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIOCULTURAL DA PROPRIEDADE

A nossa Constituição Federal estabelece no art. 5º, XXIII, que *a propriedade atenderá a sua função social*. É ainda a Carta Magna que estatui como princípio norteador da ordem econômica (que tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social) a função social da propriedade (art. 170, III).

Como a Carta Magna impôs tanto ao poder público quanto à comunidade o dever de preservar o patrimônio cultural (art. 216, § 1º), evidente que os proprietários de bens culturais não podem exercer o seu direito de propriedade de maneira ilimitada, de forma a causar danos a eles, uma vez que estão sujeitos a um regime jurídico próprio, sendo considerados bens de interesse público.

²³⁷ Na Carta de Goiânia, a Conclusão de nº 34 sintetizou que: “É vinculada, e não discricionária, a atividade do Poder Público na proteção, preservação e promoção do Patrimônio Cultural, sob pena de responsabilização”.

²³⁶ Op. Cit, p. 23.

Assim, os proprietários de bens culturais devem exercer o direito sobre eles não unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas em benefício da coletividade, observando-se todo o regramento constitucional e legal sobre a proteção do patrimônio cultural, sendo precisamente o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo titular. Para o alcance da função social, ambiental e cultural da propriedade, pode-se valer o poder público de instrumentos inclusive que imponham ao proprietário comportamentos positivos (e não meramente de abstenção), para que a sua propriedade concretamente se adeque à preservação do meio ambiente cultural.

4.3.3 – PRINCÍPIO DA FRUIÇÃO COLETIVA

Este princípio decorre diretamente do art. 215, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Como os bens culturais são a toda evidência *fontes de cultura*, o acesso ao conhecimento sobre eles deve ser assegurado à coletividade, não podendo se lhes dispensar o mesmo tratamento dado aos bens não-culturais.

O alcance do princípio da fruição coletiva dos bens culturais está bem sintetizado na Conclusão de nº 06 da Carta de Santos, assim lavrada:

O pleno exercício dos direitos de cidadania relacionados à fruição do patrimônio cultural só se torna efetivo se as medidas adotadas para a identificação, pesquisa, registro, proteção, conservação e preservação dos bens e manifestações de valor cultural assegurem a ampla e pública divulgação das medidas adotadas e do valor cultural dos referidos bens e manifestações, bem como o acesso público, às presentes e futuras gerações.

4.3.4 – PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO DE DANOS

A prevenção de danos ao patrimônio cultural é uma das mais importantes imposições no que tange à matéria sob análise, sendo de se lembrar que nosso legislador constituinte estatuiu que meras ameaças (e não necessariamente danos) ao patrimônio cultural devem ser punidas na forma da lei (art. 216, § 4º). Ou seja, em termos de patrimônio cultural nosso ordenamento está orientado para uma posição de caráter fundamentalmente preventiva, voltada para o momento anterior à consumação do dano – o mero risco.

Diante da pouca valia da mera reparação, sempre incerta e, quando possível, na maioria das vezes excessivamente onerosa, a prevenção de danos ao patrimônio cultural é a melhor, quando não a única solução ante a dificuldade de retornar ao *status quo ante* bens dotados de especial valor, representando sua degradação ou desaparecimento um empobrecimento imensurável do patrimônio de toda a humanidade.

Por isso, a proteção do meio ambiente cultural deve ser eficaz e temporalmente adequada.

4.3.5 – PRINCÍPIO DA RESPONSABILIZAÇÃO

O princípio da responsabilização decorre do que dispõe a Constituição Federal em seu art. 225, § 3º, *verbis*:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A ampla responsabilidade pelos danos causados ao patrimônio cultural está relacionada com a autonomia e independência entre os três sistemas existentes: civil, administrativo e criminal, de forma que um mesmo ato de ofensa a tal bem jurídico pode e deve acarretar responsabilização, de forma simultânea e cumulativa, nas três esferas, nos exatos termos do que determina a nossa Constituição Federal.

4.3.6 – PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO

Por força deste princípio, deve-se buscar a criação dos meios adequados para assegurar a integração das políticas de crescimento econômico e social e de conservação do patrimônio cultural, tendo como finalidade o desenvolvimento integrado, harmônico e sustentável.

Não há dúvida de que o desenvolvimento econômico é um valor precioso da sociedade, mas ele deve coexistir com a preservação do meio ambiente cultural, de forma que aquele não implique anulação deste último. Ou seja, há necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio de forma que o desenvolvimento atenda às necessidades do presente sem comprometer os direitos das gerações vindouras.

4.3.7 – PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

O princípio da participação comunitária na proteção do patrimônio cultural expressa a idéia de que para a resolução dos problemas atinentes a tal área deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política de preservação dos bens culturais.

As *Normas de Quito*, sobre conservação e utilização de monumentos e lugares de interesse histórico e artístico editadas em 1967, após reunião da Organização dos Estados Americanos, já prenunciavam que:

Do seio de cada comunidade pode e deve surgir a voz de alarme e ação vigilante e preventiva. O estímulo a agrupamentos cívicos de defesa do patrimônio, qualquer que seja sua denominação e

composição, tem dado excelentes resultados, especialmente em localidades que não dispõem ainda de diretrizes urbanísticas e onde a ação protetora em nível nacional é débil ou nem sempre eficaz.

Os novos tempos mostram efetivamente que o Estado, por si só, na maioria das vezes não tem condições de atuar de maneira pronta e eficaz para a satisfação de todos os anseios públicos. Daí, a nova tendência constitucional de incentivar a participação da sociedade na definição e execução de medidas que visam à melhoria da condição de vida da própria população.

4.3.8 – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DOS BENS CULTURAIS

Este princípio tem assento constitucional e decorre do disposto no art. 23, IV, da vigente Carta Magna que estatui ser competência comum da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios *impedir a evasão* de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

Ou seja, quis o legislador constituinte que o poder público adotasse as medidas cabíveis para assegurar a manutenção de tais bens em suas origens, tendo em vista o seu elevado significado para a memória e identidade de nosso povo.

Como decorrência deste princípio, os bens culturais brasileiros devem ser mantidos no país, ressalvada a saída temporária para o exterior com objetivos de intercâmbio científico ou cultural. Neste sentido, o Decreto-Lei nº 25/37 (art. 14), as Leis nº 3.924/61 (art. 20), nº 4.845/65 (arts. 1º a 5º) e nº 5.471/68 (arts. 1º a 3º).

4.3.9 – PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO PATRIMONIAL

A educação patrimonial decorre do princípio da participação comunitária na preservação do patrimônio cultural, acima já estudado, além de ser uma imposição constitucional expressa (art. 225, VI, CF/88).

A educação patrimonial consiste em um processo de trabalho educacional centrado no patrimônio cultural como fonte de conhecimento. O termo é uma tradução da expressão inglesa *heritage education*, que surgiu no contexto de programas educativos realizados principalmente por museus e foi posteriormente incorporada por diversas instituições educacionais e culturais.

Na profícua Carta de Goiânia, ficou consignado na conclusão de nº 04:

Só por meio da educação é possível mudar valores e incluir a preservação do Patrimônio Cultural na rotina de vida dos cidadãos. É preciso que as instituições de cultura, educação e a sociedade em geral incluam a educação sobre o patrimônio em seus projetos.

4.3.10 – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL

A nossa Constituição Federal dispõe que é dever do poder público e da coletividade a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*).

Sendo certo que os bens que integram o patrimônio cultural estão incluídos entre os bens ambientais, em seu sentido amplo, impõe-se-lhes a defesa com vistas às gerações vindouras, já que são de fundamental importância para a sadia qualidade de vida e para a dignidade da pessoa humana.

Assim, podemos afirmar que as gerações atuais têm a responsabilidade de cuidar para que as necessidades e os interesses das gerações futuras no que tange ao acesso e a fruição aos bens culturais, de forma sadia e adequada, sejam plenamente salvaguardados.

4.3.11 – PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 4º, IX, estabelece como princípio nas suas relações internacionais a *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*.

No que tange ao meio ambiente cultural é incontroverso que a resolução de inúmeras situações de violação aos bens que o integram deve passar pelo concurso de diversos países e pelo suporte de organizações internacionais especializadas, mormente porque a proteção desse patrimônio em escala nacional é frequentemente incompleta, devido à magnitude dos meios que necessita e à insuficiência de recursos econômicos, científicos e técnicos do país em cujo território se encontra o bem a ser protegido.

A cooperação deve ser entendida como uma política solidária dos diversos países, inclusive em razão da necessidade intergeracional de proteção dos bens ambientais de valor cultural.

4.4 - INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

Com o advento da nova ordem constitucional, restou assente e incontroverso que o tombamento (até então visto por muitos como a única ferramenta de proteção do patrimônio cultural brasileiro) tornou-se tão somente uma das formas de se proteger os bens culturais existentes em nosso país, ao lado de vários outros instrumentos.

Com efeito, dispôs o legislador constituinte, no art. 216, § 1º, da CF/88, que o

§ 1º Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultu-

ral brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Destarte, qualquer instrumento – seja administrativo, legal ou judicial – ou iniciativa – seja pública ou privada – que detenha potencialidade para acautelar e preservar o patrimônio cultural brasileiro encontrará amparo explícito na parte final do citado dispositivo legal.

Assim, o tombamento é uma das muitas formas de preservação de um bem que possui valor cultural. Entretanto, a preservação não possui uma única face, traduzindo-se, em verdade, num conjunto de ações que podem ser tomadas pelo poder público ou mesmo por particulares que visem à manutenção da memória de uma população com referência a fatos e dados históricos.

A Professora Sônia Rabello de Castro em sua obra intitulada *O Estado na Preservação de Bens Culturais* explicita de forma bastante didática que não se pode confundir preservação com tombamento, esclarecendo:

Comumente costuma-se entender e usar como se sinônimos fossem os conceitos de preservação e de tombamento. Porém é importante distingui-los, já que diferem quanto a seus efeitos no mundo jurídico, mormente para a apreensão mais rigorosa do que seja o ato de tombamento. Preservação é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise a conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação. É importante acentuar este aspecto já que, do ponto de vista normativo, existem várias possibilidades de formas legais de preservação. A par da Legislação, há também as atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, caracterizam-se como ações de fomento ou têm como consequência a preservação da memória. Portanto, o conceito de preservação é genérico, não se restringindo a uma única lei, ou forma e preservação específica. (Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.5).

A propósito, o mestre constitucionalista José Afonso da Silva, em sua obra *Ordenação Constitucional da Cultura*²³⁸, ensina-nos que os meios de atuação tutelar do patrimônio cultural – constituídos por formas, procedimentos ou instrumentos preordenados para promover e proteger os bens culturais – são vários e têm por objetivo fundamental:

[...] defendê-los de ataques, tais como a degradação, o abandono, a destruição total ou parcial, o uso indiscriminado e a utilização para fins desviados, que envilecem o patrimônio, desnaturando seus objetivos.

O Ministério Público, para cumprir sua missão constitucional de tutelar a integridade do patrimônio cultural brasileiro, poderá (mediante atuação

administrativa ou judicial) agir diretamente ou provocar a iniciativa do poder público ou do setor privado para que seja utilizado um, ou mais, dos diversos instrumentos de proteção, prevenção e preservação existentes em nosso ordenamento jurídico, dentre os quais se destacam os listados a seguir.

4.4.1 – INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

O Inquérito Civil permite ao Promotor de Justiça que o preside a formação de sua convicção sobre os fatos trazidos a seu conhecimento, apontados como violadores de interesses e direitos mercedores de tutela no âmbito das atribuições conferidas à Instituição.

Através dele, e no uso de suas prerrogativas requisitórias, o Ministério Público pode ter acesso às informações necessárias ao deslinde da questão posta, sendo coligida a prova sem intermediários e possibilitando sua conclusão com a adoção de solução legitimada, inclusive, pelo consenso.²³⁹

Objetiva o inquérito civil colher os elementos necessários para o exercício responsável da ação civil pública, quando não dispuser o Ministério Público dos subsídios necessários para tanto.

Subsidiariamente o inquérito civil poderá servir para:

1. colher elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou outra forma de atuação a seu cargo;
2. preparar a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, realização de audiências públicas e expedição de recomendações, viabilizando o alcance de soluções de conflitos sem a necessidade de acionamento do Poder Judiciário.

Não resta dúvida de que o inquérito civil constitua-se em um importante instrumento de cidadania. Não raras vezes a simples instauração do procedimento investigatório acaba por abortar a possibilidade do conflito transindividual. Ademais, a sua adequada utilização previne a propositura de lides temerárias (contribuindo para desafogar o Judiciário) e viabiliza a adoção de medidas extrajudiciais de relevo, permitindo a composição do conflito coletivo sem a necessidade de se acionar a lenta, burocrática e às vezes ineficiente máquina judiciária.

Nelson R. Bugalho sustenta ser indiscutível que o inquérito civil cumpre um papel de prevenção e até mesmo de intimidação sobre o potencial causador de dano a interesse transindividual, de forma a desistir da atividade ou ajustar-se à legislação pertinente.²⁴⁰

²³⁹ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental.** Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina>. Acesso em: jan. 2007.

²⁴⁰ BUGALHO, Nelson R. **Instrumentos de controle ex-**

²³⁸ São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149 e 155.

Sobre a utilização do inquérito civil público para a defesa do patrimônio cultural brasileiro, leciona Ana Maria Moreira Marchesan:

Conquanto coexistam outros co-legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, somente ao Ministério Público foi conferido o instrumento do inquérito civil como meio de investigação.

Inicialmente gestado para a finalidade precípua de colher elementos para que o Ministério Público pudesse identificar a ocorrência de circunstância justificadora do ajuizamento de ação civil pública, o inquérito civil vem se afirmando como valioso instrumento de tutela a priori e a fortiori dos danos ambientais.

Muitos inquéritos, e na área do Patrimônio Cultural são pródigos os exemplos, servem como verdadeiros instrumentos de fomento de políticas públicas voltadas a ações preservacionistas desencadeadas pelos governos e pelos particulares. Mesmo sem redundarem em termos de ajustamento de conduta, ações civis públicas ou recomendações, há inquérito civis que chegam ao seu ocaso obtendo a solução do problema, como, por exemplo, o inquérito que tramitou na Promotoria de Justiça de Porto Alegre em que praticamente se monitorou a restauração completa de um prédio da antiga Companhia Estadual de Força e Luz, atual sede do Centro Cultural Érico Veríssimo.

Nesses casos, o promotor atua tensionando o poder público e, por vezes, particulares, a buscarem soluções para que bens dotados de valor cultural, tombados ou não, escapem de tombamento no sentido físico da palavra. Essa atuação ministerial como protagonista na construção de políticas públicas voltadas à conservação de nosso Patrimônio Cultural adquire relevo no contexto brasileiro, em que vivemos uma realidade marcada por carências materiais básicas, havendo uma natural tendência dos governantes de priorizarem outras áreas, de maior visibilidade ou de maior alcance social, em detrimento à atuação preservacionista objeto deste trabalho.²⁴¹

4.4.2 – RECOMENDAÇÃO

A recomendação ministerial é o instrumento extrajudicial pelo qual o Ministério Público expõe, através de ato formal e não diretamente coercitivo, suas razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão concreta para o fim de advertir e exortar o destinatário (ou recomendado) a que pratique ou deixe de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa incumbe ao *Parquet*.

traprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*. p. 105.

²⁴¹ **Inquérito civil público e ação civil pública na tutela do patrimônio cultural.** p. 128.

A vinculação do instituto da recomendação à função ministerial de *ombudsman* abre-lhe a possibilidade de provocar os agentes do poder público mesmo em situações em que a discricionariedade administrativa seja latente.

Trata-se de especial forma de controle do poder público que é assim sintetizada por João Gaspar Rodrigues:

Em função, exatamente, da insuficiência dos diversos controles, fez-se necessário o surgimento de um órgão que se encarregasse do controle residual, buscando associar as vantagens das diversas espécies de controle. Há situações em que não é cabível o exercício legal de qualquer espécie de controle, seja parlamentar, judicial ou administrativo, precisamente porque há casos concretos, de natureza discricionária, que refogem a qualquer dos tipos de controle interno ou externo: para tais casos concretos, o contrasteamento jurídico, somente pode ser realizado eficazmente por intermédio do *Ombudsman*. O ouvidor do povo supre e supera a rigidez granítica, a limitação e as deficiências eventuais das outras espécies de controle.²⁴²

Busca-se, com a recomendação, a escorreita prestação de serviços públicos ou de relevância pública, bem como o respeito a direitos e bens pelos quais tem incumbência de velar o membro do Ministério Público, dentre os quais se encontra o direito à fruição e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

São exemplos de conseqüências que podem atingir o agente recomendado em decorrência do não cumprimento das medidas apontadas pelo Ministério Público: a) caracterização de dolo para viabilizar futura responsabilização em sede de ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal; b) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*); c) caracterização do dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por ato de improbidade administrativa²⁴³ quando tal elemento subjetivo for exigido.

²⁴² RODRIGUES, João Gaspar. **O defensor do povo (*ombudsman*)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 5, jan. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=280>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

²⁴³ **AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREAS VERDES E INSTITUCIONAIS DO LOTEAMENTO SÃO GERALDO II NO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO - CULPA DO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL QUE NEGLIGENCIOU NA ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA A RÁPIDA DESOCUPAÇÃO, DESATENDENDO RECOMENDAÇÃO A ELE ENCAMINHADA PELA PROMOTORIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO, COM PRAZO FIXADO - DANOS AO ERÁRIO COM A MORA DO RÉU QUE DETERMINOU A CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO EXISTENTE E O AUMENTO DOS GASTOS COM A DESOCUPAÇÃO DAS ÁREAS. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70020363842, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 30/01/2008).**

4.4.3 – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, os órgãos públicos legitimados para a propositura da Ação civil pública poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O termo de ajustamento de conduta é um instrumento que se afigura como de indiscutível importância em termos de defesa de direitos difusos uma vez que permite a rápida solução extrajudicial de conflitos permitindo a recomposição do meio ambiente lesado, muitas vezes com resultados mais significativos e eficazes do que aqueles oriundos dos comandos frios de uma serôdia decisão judicial.

Sabe-se que o meio ambiente, neste inserido também o aspecto cultural, é um direito difuso e indisponível, a respeito do qual não se admite a transação.

Contudo, conforme preleciona Daniel Roberto Fink:

Quando a lei autoriza celebrar-se o ajustamento de conduta, o que se quer é que o infrator ambiental se disponha, mediante a assunção de obrigações, consubstanciadas em cláusulas e condições, a recuperar o ecossistema alterado por sua ação ou atividade, de tal forma a recompor integralmente o interesse público representado pelo bem ambiental.

Vê-se, assim, que o objeto a ser negociado não é o meio ambiente, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento da obrigação de recuperar integralmente o meio ambiente.²⁴⁴

O termo de ajustamento de conduta, quando possível, deve ser sempre privilegiado em detrimento do aforamento de ações civis públicas. Dentre as vantagens da constituição do título executivo extrajudicial, destacam-se:

1. A parte compromissária negocia a realização de algo possível faticamente, o que facilita o cumprimento da obrigação;
2. Há, via de regra, um aprendizado sereno, por parte do degradador, acerca das obrigações impostas a todos em benefício da preservação do meio ambiente, com resultados preventivos mais eficazes;
3. Solução economicamente barata e célere para a resolução dos conflitos, privilegiando a defesa do meio ambiente; d) viabilidade de compor os danos ambientais de forma a permitir a aplicação dos benefícios penais relativos à transação penal, suspensão condicional do processo e da pena (arts. 17, 27 e 28, I, da Lei nº 9.605/98).

²⁴⁴ Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública**: Lei nº 73.47/1985 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 121.

4.4.4 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Vide seção 4.6.

4.4.5 – AÇÃO PENAL PÚBLICA

A nova Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) tem sido considerada como um marco de eficiência no aparato legislativo brasileiro de proteção ao meio ambiente. Especificamente no que tange aos delitos contra o patrimônio cultural, estão atualmente tipificadas na norma em comento (arts. 62 a 65) condutas culposas violadoras de tal bem jurídico e superou-se a exigência do tombamento como pressuposto exclusivo para a proteção penal, assegurando ampla possibilidade de reconhecimento do patrimônio cultural por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Como salienta Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

Incluída na categoria dos direitos difusos, de qual é titular toda a coletividade, pode-se afirmar que a higidez do patrimônio cultural representa uma faceta daquilo que se convencionou chamar de meio ambiente sadio. Com efeito, numa perspectiva antropocêntrica, não só os elementos constitutivos do meio ambiente natural são relevantes para a preservação da espécie humana. É necessário assegurar ao indivíduo um referencial histórico, cultural, revelador de sua identidade, vinculando o presente ao seu passado e garantindo, dessa forma, o embasamento indisponível à edificação do futuro da humanidade.

Os bens culturais (reminiscências do passado, testemunhos do presente e vaticínios do futuro) constituem, assim, parte integrante do patrimônio ambiental lato sensu, de indiscutível relevância para a conformação de uma sadia qualidade de vida. Daí a correta inserção dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural no rol dos crimes contra o meio ambiente.²⁴⁵

Outra grande inovação da Lei de Crimes Ambientais está prevista em seu art. 3º, que atribuiu expressamente responsabilidade penal à pessoa jurídica pelos crimes contra o meio ambiente (neste incluído o seu aspecto cultural, como já visto) nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Ainda segundo o diploma legal, a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

4.4.6 – TOMBAMENTO

Em nosso ordenamento jurídico, o instituto do tombamento surgiu com a edição do Decreto-Lei nº 25/37, que é ainda hoje a lei nacional sobre

²⁴⁵ Op.cit. p. 349.

tombamentos. O legislador da época entendeu por conservar as antigas expressões reinícolas²⁴⁶ no aludido diploma legal, acabando por preservar com tal iniciativa o nosso patrimônio lingüístico.

José Eduardo Ramos Rodrigues define o tombamento como sendo:

[...] um ato administrativo pelo qual o Poder Público declara o valor cultural de coisas móveis ou imóveis, inscrevendo-as no respectivo Livro do Tombo, sujeitando-as a um regime especial que impõe limitações ao exercício de propriedade, com a finalidade de preservá-las. Portanto, trata-se de ato ao mesmo tempo declaratório, já que declara um bem de valor cultural, e constitutivo, vez que altera o seu regime jurídico.²⁴⁷

Já para Maria Coeli Simões Pires, o tombamento é conceituado como sendo:

[...] o ato final resultante de procedimento administrativo mediante o qual o Poder Público, intervindo na propriedade privada ou pública, integra-se na gestão do bem móvel ou imóvel de caráter histórico, artístico, arqueológico, documental ou natural, sujeitando-o a regime jurídico especial de tutela pública, tendo em vista a realização de interesse coletivo de preservação do patrimônio²⁴⁸.

A finalidade do tombamento é a conservação da integridade dos bens acerca dos quais haja um interesse público pela proteção em razão de suas características especiais.

No que tange ao objeto, o tombamento pode ser aplicado aos bens móveis e imóveis, públicos ou privados, de interesse cultural ou ambiental, quais sejam: fotografias, livros, mobiliários, utensílios, obras de arte, edifícios, ruas, praças, cidades, regiões, florestas, cascatas etc.

Com a submissão de determinado bem ao regime jurídico do tombamento, surgem obrigações positivas e negativas para o seu proprietário, o poder público, a vizinhança e a coletividade.

4.4.7 – INVENTÁRIO

Com a Constituição Federal de 1988, o inventário passou a integrar, expressamente, o rol dos instrumentos de preservação do patrimônio cultural bra-

²⁴⁶ A palavra *tombo*, com o sentido de inventário ou registro, foi usada por Dom Fernando, em 1375, designando o Arquivo Nacional de Portugal, instalado em uma das torres que amuralhavam a cidade de Lisboa, local que ficou conhecido com o nome de Torre do Tombo. Os registros da administração portuguesa eram feitos nos Livros de Tombo, daí a sua denominação. Tombar significava, pois, inscrever nos arquivos do Reino, inventariar, arrolar.

²⁴⁷ **Meio Ambiente Cultural:** Tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais. p. 313.

²⁴⁸ **Da proteção ao patrimônio cultural.** p. 78.

sileiro. Ou seja, trata-se de ferramenta protetiva de estatura constitucional, autônoma e auto-aplicável por se constituir em uma das formas de garantia à preservação do patrimônio cultural brasileiro como direito fundamental e difuso.

Em nosso ordenamento jurídico, não há, ainda, lei nacional regulamentando especificamente os efeitos decorrentes do inventário como instrumento de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Independentemente da ausência da lei regulamentadora acima referida, os órgãos públicos responsáveis pela preservação do patrimônio cultural brasileiro podem e devem realizar o inventário de bens de valor cultural e que, com a inventariação, conseqüências jurídicas advêm para o proprietário do bem (desde que cabalmente cientificado do ato) e para o próprio ente responsável pelo trabalho técnico.

Logo, pode-se concluir que o bem inventariado como patrimônio cultural submete-se – conforme os ditames da Constituição de 1988 – a medidas restritivas do livre uso, gozo e disposição do bem, tornando-se, por outro lado, obrigatória a sua preservação e conservação para as presentes e futuras gerações.

Por isso, independentemente de tratar-se de bem público ou privado, os bens culturais inventariados passam a ser considerados pela doutrina mais moderna como sendo *bens de interesse público*.

José Afonso da Silva, invocando ensinamentos de doutrinadores italianos, afirma sobre esse regime jurídico diferenciado dos bens culturais:

A doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens – os ‘bens de interesse público’ – na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público. Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Essa disciplina condiciona a atividade e os negócios relativos a esses bens, sob várias modalidades, com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso – de onde as duas categorias de bens de interesse público: os de circulação controlada e os de uso controlado.

São inegavelmente dessa natureza os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens de notável beleza natural, que integram o meio ambiente cultural, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural (a qualidade do solo, da água, do ar etc.)²⁴⁹

Ante o exposto, entendemos que advêm com o ato formal da inventariação os seguintes efeitos jurídicos:

²⁴⁹ **Direito Ambiental Constitucional.** p. 83.

1. Os bens inventariados devem ser conservados adequadamente por seus proprietários e sua preservação respeitada por todos os cidadãos, uma vez que ficam submetidos ao regime jurídico específico dos bens culturais protegidos.
2. Os bens inventariados somente poderão ser destruídos, inutilizados, deteriorados ou alterados mediante prévia autorização do órgão responsável pelo ato protetivo, que deve exercer especial vigilância sobre o bem.
3. Os bens inventariados ficam qualificados como objeto material dos crimes previstos nos arts. 62 e 63 da Lei nº 9.605/98.²⁵⁰

4.4.8 – REGISTRO

Em nosso ordenamento jurídico, o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e criou o programa nacional do patrimônio imaterial, viabilizando a efetiva proteção administrativa dos bens culturais intangíveis que se relacionam à identidade e à ação dos grupos sociais.

O registro implica a identificação e produção de conhecimento sobre o bem cultural pelos meios técnicos mais adequados e amplamente acessíveis ao público, permitindo a continuidade dessa forma de patrimônio, assim como a sua disseminação.

O processo de registro dos bens culturais em livros se assemelha ao processo de tombamento, mas não produz os efeitos restritivos que são próprios daquele. O registro identifica a referência cultural e, na medida em que contenha informações relativas aos seus dados históricos e características peculiares, permite o acesso das pessoas às informações necessárias ao conhecimento e divulgação da manifestação cultural.

A proteção que o registro é capaz de oferecer se materializa no reconhecimento da existência e valor de determinada manifestação cultural. Registrar documentalmente a existência da manifestação é ato protetivo na medida em que constitui prova capaz de dar suporte a ações que visem impedir posterior utilização indevida dos conhecimentos e práticas envolvidos na manifestação cultural.²⁵¹

²⁵⁰ Comungamos do entendimento de Nicolao Dino de Castro e Costa Neto no sentido de que: A norma do art. 216, § 1º, da Constituição Federal, corroborada agora pelo disposto no art. 63 desta Lei, permite concluir sem esforço que a autorização para proceder a alterações é exigível não apenas em relação aos bens tombados, devendo-se levar em conta, também, as demais formas de proteção já referenciadas. Op. Cit., p. 358

²⁵¹ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Op. Cit.

De acordo com o art. 1º do decreto, o registro do patrimônio imaterial poderá ser efetuado em quatro livros, quais sejam: Livro de Registro dos Saberes; Livro de Registro das Celebrações; Livro de Registro das Formas de Expressão; Livro de Registro dos Lugares.

Em Minas Gerais, o Decreto nº 42.505/2002 instituiu as formas de registros de bens culturais de natureza imaterial ou intangível que constituem patrimônio cultural do Estado. O modo de fazer o tradicional do queijo do Serro – MG (Vale do Jequitinhonha) foi o primeiro bem registrado como patrimônio cultural imaterial de Minas Gerais pelo IEPHA.

4.4.9 – VIGILÂNCIA

A vigilância sobre os bens integrantes do patrimônio cultural diz respeito a uma das manifestações do poder de polícia outorgado aos entes federados para que possam tutelar administrativamente tal bem jurídico.

Com efeito, a vigilância é uma das formas mais visíveis de manifestação do poder de polícia, viabilizando à administração, por exemplo, a inspeção de bens imóveis tombados para verificar-lhes o estado e a conservação, as vistorias para verificação do cumprimento das normas edilícias, as inspeções prévias para se evitar a expedição de alvarás ou licenças que ponham em risco imóveis de valor cultural pela poluição, perda de visibilidade ou qualquer outra contingência nociva ao uso, etc.

No que tange aos bens tombados, por exemplo, o Decreto-Lei nº 25/37 dispõe em seu art. 20 que eles ficam sujeitos à *vigilância permanente* do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa.

Ressalte-se que aquele que dificultar ou obstar a ação fiscalizadora do poder público no trato de questões ambientais estará sujeito à pena de detenção, de um a três anos, e multa, nos termos do que dispõe o art. 69 da Lei nº 9.605/98.

4.4.10 – EDUCAÇÃO PATRIMONIAL

Não há dúvida acerca da necessidade de que todos tenham consciência da importância da preservação da memória para que possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres em relação ao patrimônio cultural, uma vez que a comunidade é co-responsável pela sua gestão e defesa (CF/88, art. 216, § 1º).

Por isso, a educação patrimonial é um dos mais importantes e eficazes instrumentos de proteção do patrimônio cultural, uma vez que através dela tor-

na-se possível mudar valores e incluir a preservação dos bens culturais na rotina de vida dos cidadãos.

A educação patrimonial pode ser definida como sendo:

[...] um processo permanente e sistemático de trabalho educacional centrado no patrimônio cultural como fonte primária de conhecimento individual e coletivo. A partir da experiência e do contato direto com as evidências e manifestações da cultura, em todos os seus múltiplos aspectos, sentidos e significados, o trabalho de educação patrimonial busca levar as crianças e adultos a um processo ativo de conhecimento, apropriação e valorização de sua herança cultural, capacitando-os para um melhor usufruto desses bens, e propiciando a geração e a produção de novos conhecimentos, num processo contínuo de criação cultural.²⁵²

A conscientização das comunidades sobre o valor dos bens culturais materiais e imateriais que as cercam, a divulgação eficiente das leis (lei de crimes ambientais, leis que condicionam ou proíbem a exportação de antiguidades, leis de incentivo à cultura etc.), programas (programa de divulgação e recuperação de bens culturais subtraídos, p. ex.), de informações sobre bens culturais (museus virtuais, cadastro nacional de sítios arqueológicos, inventário nacional de bens imóveis em sítios urbanos tombados, guia dos bens tombados, acervo iconográfico e a rede informatizada de bibliotecas do IPHAN, p. ex.), de mecanismos de proteção (tombamento, inventário, registro, ação popular, ação civil pública etc.), bem como a visibilidade das ações concernentes ao patrimônio e a seus benefícios sociais e econômicos são alguns exemplos de iniciativas que podem ser desenvolvidas em sede de educação patrimonial.

Enfim, a educação patrimonial, em suas mais variadas formas, possibilita a compreensão da importância de preservação dos bens culturais e de quais os instrumentos existentes para tanto, tornando-se uma valiosa ferramenta de promoção e vivência da cidadania, despertando a responsabilidade individual e coletiva em relação ao patrimônio cultural nacional.

4.4.11 – PROTEÇÃO POR MEIO DE LEI

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer impedimento à ação legislativa tendente à preservação de bem específico em razão de seu valor cultural. Ressalte-se que a via legislativa mostra-se como uma das alternativas de proteção mais eficazes nas hipóteses de inércia ou desinteresse dos órgãos administrativos competentes para deflagrar o processo administrativo de tombamento. E

²⁵² FERRARI, Aída Lúcia. Educação Patrimonial. In: **Reflexões e contribuições para a educação Patrimonial**. Grupo Gestor (org.). Belo Horizonte: SEE/MG, 2002. p. 108.

com uma grande vantagem: o desfazimento do ato só pode se dar através de outro diploma legislativo de mesma hierarquia.

Esse tipo de proteção muitas vezes tem sido chamado de *tombamento por lei*, expressão que nos afigura como imprópria uma vez que, classicamente, o tombamento é considerado como sendo um típico ato administrativo.

A proteção através de lei, ainda que no texto da norma protetiva conste o vocábulo *tombamento*, deve ser entendida tecnicamente como inserida no conceito das *outras formas de acautelamento e preservação* de que fala a Constituição Federal após enumerar no § 1º. do art. 216 alguns dos instrumentos de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Como bem ressalta Carlos Frederico Marés, a tradição legislativa brasileira é no sentido de reconhecer, por meio da própria lei, bens do patrimônio cultural, tomando como exemplo a cidade de Ouro Preto, monumento nacional desde 1933, portanto legalmente protegido, por meio do Decreto nº 22.928, de 12 de julho.

A inexistência de consulta ao órgão técnico administrativo para fins de alicerçar a decisão através de lei não se mostra como empecilho à proteção. Os Poderes Legislativo e Executivo são autônomos e independentes e conforme realça Paulo Affonso Leme Machado:

[...] parece-nos mais importante a intervenção de um corpo técnico na gestão do bem tombado do que na instituição dessa medida. Não é preciso ser um perito de nomeada para ter sensibilidade de que um bem deva ser conservado. Além disso, o Legislativo, nos seus três níveis, pode ser assessorado, como em outras matérias, também relevantes para o país, por especialistas de notória sabedoria e idoneidade²⁵³.

A possibilidade de reconhecer o valor cultural de bens pela via legislativa ficou evidenciada na própria Carta Magna, quando ela mesma, de forma expressa, *tombou* todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º).

Também em Minas Gerais a Constituição Estadual dispôs no art. 84 do ADCT que:

Art. 84 - Ficam tombados para o fim de conservação e declarados monumentos naturais os picos do Itabirito o do Itabira, do Ibituruna e do Itambé e as serras do Caraça, da Piedade, de Ibitipoca, do Cabral e, no planalto de Poços de Caldas, a de São Domingos.

§ 1º - O Estado providenciará, no prazo de trezentos e sessenta dias contados da promulgação de sua Constituição a demarcação das unidades de

²⁵³ **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 873.

conservação de que trata este artigo e cujos limites serão definidos em lei.

§ 2º - O disposto neste artigo se aplica à bacia hidrográfica do rio Jequitinhonha e aos complexos hidrotermais e hoteleiros do Barreiro de Araxá e de Poços de Caldas.

§ 3º - O Estado desenvolverá programas de emergência para recuperação e manutenção das estâncias hidrominerais.

São inúmeras as Leis Orgânicas Municipais que seguiram o mesmo exemplo, com reflexos extremamente benéficos para a proteção do patrimônio cultural de Minas Gerais.

Um aspecto de relevo prático para os fins protetivos diz respeito à menção no texto legal das limitações a que ficam sujeitos os bens protegidos (que podem ser diversas daquelas previstas para o tombamento). Uma outra alternativa em termos de técnica legislativa é a simples referência à legislação específica que dispõe sobre a proteção do patrimônio cultural (Ex: fica submetido ao regime jurídico previsto na Lei Municipal nº tal o bem protegido por esta lei). Não havendo menção expressa no texto legal e fazendo ele referência ao instituto do tombamento, entendemos que o regime jurídico a que se submeterá o bem protegido será o previsto no Decreto-Lei nº 25/37, que encerra as normas gerais sobre o referido instituto.

4.4.12 – PLANO DIRETOR

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu, em seu art. 182, a obrigatoriedade da elaboração do Plano Diretor para os municípios que tenham mais de 20 mil habitantes, por tratar-se de *instrumento básico da política e de expansão urbana* que tem por objetivo *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*.

O Estatuto da Cidade reforça essa obrigatoriedade, estendendo-a às cidades de especial interesse turístico, dentre outras (art. 41), e estabelecendo um prazo máximo de cinco anos para sua aprovação (art. 50).

O Plano Diretor é instrumento que, ao definir as diretrizes de desenvolvimento urbano, o faz compatibilizando os setores administrativo, econômico (extrativo, industrial e serviços), social (cultura, saúde e educação) e físico (desenvolvimento urbano e infra-estrutura).

Ele deve ser a expressão das aspirações dos municípios quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade/campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada municipalidade para orientar a ação da administração pública e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.²⁵⁴

A elaboração do plano diretor é tarefa de especialistas nas diversas áreas de sua abrangência. As principais fases de elaboração são: coleta de dados, interpretação dos dados e fixação dos objetivos. Todo esse instrumental deve ser convertido em lei municipal (art. 40, Estatuto da Cidade) para que se torne impositivo ao poder público e aos particulares.

Para que o Plano Diretor não seja, apenas, um elenco de diretrizes ou uma *carta de intenções* deve ser amparado por legislação urbanística complementar e estratégia de desenvolvimento que estabeleça, com objetividade, metas, estratégias, ações e recursos para sua consecução. A visão contemporânea coloca a questão cultural como fundamento do Plano Diretor, não apenas no capítulo que trata da preservação da memória e do patrimônio cultural, mas como chave metodológica importante. Assim, exploram-se as questões de apropriação do tecido urbano pelas populações e da proteção da paisagem, dentro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável também do ponto de vista cultural.

4.4.13 – ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA

O instrumento do *estudo de impacto de vizinhança* (EIV) foi regulamentado pelo Estatuto da Cidade em seus arts. 36 a 38. De acordo com o Estatuto, lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do poder público municipal.

O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: I - adensamento populacional; II - equipamentos urbanos e comunitários; III - uso e ocupação do solo; IV - valorização imobiliária; V - geração de tráfego e demanda por transporte público; VI - ventilação e iluminação; VII - paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Os estudos poderão indicar ao poder público a total inviabilidade do empreendimento/atividade ou apontar a necessidade de adoção de medidas que mitiguem os impactos negativos ou os compensem.

O EIV já vem sendo utilizado concretamente como instrumento de defesa do patrimônio cultural brasileiro. Em Belo Horizonte, por exemplo, a Lei Municipal nº 9.037, de 14 de janeiro de 2005, que regulamenta a Área de Diretrizes Especiais da Pampulha exige para a instalação de empreendimentos admitidos na região pela Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo a obrigatoriedade de apresentação de estudo de impacto de vizinhança a ser aprovado pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município.

²⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. p. 519.

Um dos fatores que determinaram a exigência do EIV pela lei, que objetiva alcançar a requalificação urbana das áreas integrantes da região, de modo a propiciar a realização de potenciais econômicos, ampliar a oferta e as condições de apropriação de espaços públicos e acentuar a atratividade da Pampulha como espaço de lazer, cultura e turismo de âmbito metropolitano, foi exatamente a existência na região do importante Conjunto Arquitetônico da Pampulha, projetado por Oscar Niemayer e tombado nos níveis federal, estadual e municipal.

4.4.14 – INSTITUIÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO

As unidades de conservação são espaços territoriais com limites definidos e características ambientais relevantes, formalmente reconhecidos pelo poder público, com objetivos de conservação. Elas se submetem a um regime especial de administração e são objeto de medidas administrativas específicas de proteção.

Tem se tornado comum nos últimos tempos a instituição de unidades de conservação com o escopo de se proteger não só atributos naturais de determinada região, mas também aspectos integrantes do chamado meio ambiente cultural, tais como sítios arqueológicos, paleontológicos, espeleológicos etc.

Aliás, um dos objetivos expressos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, regulamentado pela Lei nº 9.985/2000, é exatamente “proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural” (art. 4º, VII).

Na zona urbana do município de Ouro Preto, por exemplo, existe o Morro da Queimada, um sítio arqueológico de inestimável valor, que guarda testemunhos materiais das primeiras tipologias arquitetônicas da cidade e preciosos registros da exploração do ouro no início do século XVIII (ruínas das edificações da época, grandes galerias, bocas das antigas minas, construções feitas para a lavagem do ouro etc.).

Recentemente foi criada no município a unidade de conservação intitulada Parque Arqueológico Morro da Queimada. A unidade pretende reverter a situação de degradação da região, que vinha passando por um processo de dilapidação das ruínas pela ocupação desordenada, com as novas construções utilizando as estruturas e pedras dos antigos vestígios arqueológicos.

A proteção do patrimônio cultural através da instituição de unidades de conservação mostra-se como uma iniciativa inteligente e prática, permitindo que o poder público possa escolher a categoria disciplinada na Lei do SNUC que possua o regime jurídico mais condizente com a área a ser protegida dentre

os grupos de unidades de proteção integral ou de uso sustentável. E com uma outra grande vantagem sobre o clássico instituto do tombamento: embora possa ser criada a partir de simples ato administrativo do poder público, a desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica (art. 21, § 7º, Lei nº 9.985/2000).

4.5 - BENS CULTURAIS EM ESPÉCIE

O art. 216 da Constituição Federal traz uma enumeração meramente exemplificativa (e não taxativa) de bens culturais²⁵⁵ que integram o patrimônio cultural brasileiro, fazendo expressa menção às formas de expressão, aos modos de criar, fazer e viver; às criações científicas, artísticas e tecnológicas; às obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e aos os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Não pretendeu o legislador constitucional – e seria praticamente impossível fazê-lo – referir-se a cada um dos inúmeros e diversificados bens culturais de nosso povo, de forma que ficou aberta a possibilidade de inserção de outros elementos além dos referidos no texto da Constituição.

Abaixo, fazemos breve análise de algumas das principais categorias de bens que integram o patrimônio cultural nacional.

4.5.1 – AS FORMAS DE EXPRESSÃO

São consideradas como formas de expressão passíveis de integrarem o patrimônio cultural as línguas (não só a portuguesa, mas também as indígenas e africanas), a literatura, a música, a dança, as artes, as festas, o folclore, dentre outras.

As formas de expressão são grandes responsáveis pela transmissão de costumes, tradições e hábitos, razão pela qual são consideradas como poderosos instrumentos de divulgação da cultura.

Dentre as formas de expressão destacam-se as línguas, que possibilitam ao homem a criação de tradições e transmissão de conhecimentos entre as gerações.

²⁵⁵ O bem cultural é algo apto a satisfazer uma necessidade de cunho cultural e que se caracteriza por seu valor próprio, independentemente de qualquer valor pecuniário, de ser testemunho da criação humana, da civilização, da evolução da natureza ou da técnica, não se esgotando em seus componentes materiais, mas abarcando sobretudo o “valor” emanado de sua composição, de suas características, utilidade, significado, etc. (MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. p. 39).

A língua portuguesa, adotada como a oficial da República Federativa do Brasil pelo art. 13, *caput*, da Constituição Federal, foi alçada a uma condição jurídica especial, diferente da condição jurídica de quaisquer outros idiomas. Por força de tal dispositivo constitucional, o português deve ser considerado o instrumento de comunicação por excelência, ou seja, a comunicação em nosso país deve-se fazer prioritariamente (mas não exclusivamente) nessa língua.

Objetivando a proteção das formas de expressão, o Decreto nº 3.551/2000, que trata do patrimônio cultural imaterial, previu em seu art. 1º a instituição do Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas.

Também algumas práticas desportivas podem ser inseridas dentre as formas de expressão do povo brasileiro, como, por exemplo, o futebol.²⁵⁶ Aliás, a Lei nº 9.615/98 dispõe expressamente em seu art. 4º, § 2º, que:

A organização desportiva do País, fundada na liberdade de associação, integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social, inclusive para os fins do disposto nos incisos I e III do art. 5º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

4.5.2 – OS MODOS DE CRIAR, FAZER E VIVER

Os modos de criar, fazer e viver nada mais são do que os hábitos, os costumes e as tradições de nosso povo, oriundos das influências sofridas por parte dos grupos formadores da sociedade brasileira. Dizem respeito à maneira como vivem os brasileiros, abrangendo sua culinária, agricultura, crenças, costumes, hábitos, religião etc.

Objetivando a proteção desses bens, o Decreto nº 3.551/2000, que trata do patrimônio cultural imaterial, previu em seu art. 1º a instituição do Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades, e o Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social.

No Estado de Minas Gerais, que possui legislação própria sobre a proteção do patrimônio imaterial, foi inscrito no Livro dos Saberes, em 7 de agosto de 2002, o processo de fabricação do famoso queijo da cidade do Serro, no Alto Jequitinhonha. Este modo de fazer, isto é, o processo ou técnica de produção do queijo artesanal da região do Serro, representa uma das mais significativas e importantes manifes-

tações tradicionais, do ponto de vista econômico e social, enraizadas no universo do cotidiano daquela comunidade. Por assim ser, constitui-se em referência cultural relacionada à identidade, à memória e à ação daquele grupo social.

4.5.3 – AS CRIAÇÕES CIENTÍFICAS, ARTÍSTICAS E TECNOLÓGICAS

As criações científicas, artísticas e tecnológicas também podem integrar o patrimônio cultural brasileiro. Um produto que podemos citar como resultado de tecnologia (conjunto de conhecimentos) genuinamente brasileira é a rapadura, nome dado ao açúcar mascavo produzido em tijolos, principalmente no Nordeste do país há séculos. O gênero não é apenas um subproduto da cana-de-açúcar. É patrimônio cultural, pois se entrelaça com nossa história desde o período colonial. Assim, a titularidade sobre o nome *rapadura* é coletiva, pertence a todos os brasileiros, sendo seu uso público e notório, não se mostrando lícito, portanto, o registro comercial da marca *Rapadura*, designativa do produto.

Com efeito, em âmbito nacional, a Lei Federal nº 9.276/96 dispõe em seu art. 126 que:

A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

Entretanto, foi objeto de recente divulgação na imprensa nacional o fato de que a empresa alemã Rapunzel efetuou, ilícitamente, o registro da marca *Rapadura* nos EUA (*United States Patent and Trademark Office*) e na Alemanha (Empa, antigo *Reichspatentamt*).

Em âmbito internacional, existem tratados que vedam o registro de marca usual nos hábitos constantes do comércio de um país. As principais regras internacionais que regem a proteção das marcas e patentes são a Convenção de Paris (1883), suas revisões de *Haia* (1925) e Estocolmo (1975), recepcionadas pelo Brasil através dos Decretos nº 10.056/29 e nº 75.572/75, respectivamente. Por isso, segmentos interessados estão adotando medidas administrativas e judiciais para requerer a anulação do equivocado registro, feito ao arrepio da normatização internacional.

4.5.4 – ESPAÇOS DESTINADOS ÀS MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICO-CULTURAIS

Procurou a Constituição Federal a preservação dos espaços físicos onde são realizadas manifestações artístico-culturais, tais como cinemas, teatros, galerias de arte, museus, bibliotecas, ginásios esportivos, casas de cultura etc.

²⁵⁶ No Ag. 1998.01.00.057324-4-DF o TRF1, em decisão de 14/12/1999, reconheceu o futebol como integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Os espaços referidos no texto constitucional não precisam ter intrinsecamente valor cultural, mas apenas sediar ou serem utilizados em atividades que o tenham, o que constituiu em uma inovadora e inteligente previsão em nossa Carta Magna.²⁵⁷

Para a identificação e individualização desses locais, o Decreto nº 3.551/2000, que trata do patrimônio cultural imaterial, previu em seu art. 1º, § 1º, IV, o Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem-se práticas culturais coletivas.

Frise-se que o registro de determinado bem imóvel no Livro de Lugares não se confunde com o tombamento. Trata-se de institutos jurídicos autônomos e distintos, pelo que não necessariamente o bem cultural inscrito em Livro preencherá os requisitos para ser tombado. É possível inclusive a dualidade de tutelas.²⁵⁸

4.5.5 – OS CONJUNTOS URBANOS E SÍTIOS DE VALOR HISTÓRICO, PAISAGÍSTICO E ARTÍSTICO

Os conjuntos urbanos são considerados como segmentos do espaço urbano caracterizados por uma unidade morfológica de seu traçado e pela homogeneidade de seus prédios com caráter específico que lhe conferem uma ambiência especial.

Paulo Affonso Leme Machado ressalta que a noção de conjuntos urbanos foi bem empregada pela Constituição Federal porque é mais larga do que a de cidade. Desta forma, ruas, becos, bairros, vielas, subdistritos, distritos, aglomerações e cidades estão compreendidos na expressão *conjuntos urbanos*.²⁵⁹

O sítio histórico, segundo definição do Comitê Internacional de Jardins Históricos inserida na Carta de Florença, de maio de 1981, é uma paisagem definida, evocadora de um fato memorável, lugar de um acontecimento histórico maior, origem de um mito ilustre ou de um combate épico, assunto de um quadro célebre, etc.²⁶⁰ Ou seja, é aquele que pode ser associado a um evento ou aspecto específico da história.

O sítio de valor paisagístico, como o próprio nome sugere, é aquele que engloba uma paisagem natural de especial significado simbólico para o homem

²⁵⁷ RODRIGUES, José Eduardo. **Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos**. p. 46.

²⁵⁸ MENDES, Antônio Arthur Barros. **A tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro**. Breves reflexões. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 633, 2 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6543>>. Acesso em: 02 jul. 2005.

²⁵⁹ op. Cit., p. 849.

²⁶⁰ CURY, p. 254.

e a comunidade, sendo ela representativa da noção de lugar e história e que identifique, especialmente, determinado povo. A paisagem transformada pelo homem, como jardins históricos ou espaços abertos no campo ou nas cidades é, também, considerada patrimônio paisagístico, inserido, neste caso, na idéia de paisagem cultural.²⁶¹

4.5.6 – PATRIMÔNIO DOCUMENTAL

O patrimônio documental é formado por documentos que constituem acervo e fonte de comprovação de fatos históricos e memoráveis. Materializado sob diversas formas e sobre diferentes bases, constitui muitas vezes o principal acervo dos arquivos públicos e privados.

A importância da preservação do patrimônio documental como forma de preservação da memória nacional é indiscutível.

Se hoje sabemos, com razoável fidelidade, como ocorreu o descobrimento de nosso país, por exemplo, isso se deve aos documentos que foram preservados nos arquivos de Portugal, entre os quais estão: Torre do Tombo, Alfândega, Ajuda, Coimbra, Évora, Porto e o Arquivo Histórico Ultramarino.

O papel básico dos arquivos é recolher e conservar os documentos (principalmente os públicos) após terem eles desempenhado a finalidade que os fizera surgir. Os arquivistas são os responsáveis pela *arsenal* desses documentos de sua condição de *arsenal da administração* para a de *celeiro de história*.

Para reconstituir o passado brasileiro, o desenvolvimento de sua estrutura sociopolítica e econômica, é indispensável à existência de arquivos públicos.

Por isso, torna-se imprescindível que esses documentos sejam conservados e organizados de forma que possibilitem a pesquisa histórica. O direito à memória significa não só criar condições para os pesquisadores realizarem suas consultas, mas, também, para a sociedade constituir e reforçar sua identidade cultural.

Reconhecendo a grande importância da preservação do patrimônio documental brasileiro, a atual Carta Magna dispôs que a proteção dos documentos é competência comum de todos os entes federados (art. 23, III) e decretou o tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º).

Ademais, atribuiu à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (art. 216, § 4º).

²⁶¹ Caderno de Diretrizes do IEPHA.

A Lei nº 8.159/91 dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências, reconhecendo que é dever do poder público a gestão documental²⁶² e a proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação.

De acordo com a lei, consideram-se arquivos os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades específicas, bem como por pessoa física, qualquer que seja o suporte da informação ou a natureza dos documentos.

Aproveitando a oportunidade de tratar da preservação do patrimônio documental brasileiro, chamamos a atenção para a triste situação que via de regra se observa no que tange ao patrimônio arquivístico existente sob a guarda do Poder Judiciário, constituído, sobretudo, pelo acervo dos autos processuais findos.

É indiscutível a importância da preservação dos autos judiciais findos que são patrimônio público tanto no sentido administrativo quanto do ponto de vista cultural. Como depositária desse relevante patrimônio, incumbe à Justiça o dever de zelar por ele e propiciar o acesso a seus documentos, de modo a assegurar o direito à informação (art. 5º, XIV, CF/88), bem como cumprir o dever de preservar o patrimônio cultural (arts. 215 e 216, CF/88), já que os processos sob a guarda do Poder Judiciário constituem elementos para o exercício da cidadania, bem como base de preservação da memória da sociedade²⁶³.

Contudo, são quase sempre críticas as condições de acondicionamento e organização desse precioso acervo.

Mas o pior é que muitos Tribunais Estaduais, fazendo indevida utilização de atos administrativos internos, acabaram por dar ensejo à eliminação sumária de muitos processos históricos autorizando a sua incineração sem qualquer tipo de avaliação técnica prévia.

Impende ressaltar que a Lei nº 6.246, de 7 de outubro de 1975, suspendeu a vigência do art. 1.215 do

Código de Processo Civil – que autorizava a eliminação por incineração, destruição mecânica ou por outro meio adequado, findo o prazo de cinco anos, contado da data do arquivamento – *até que lei especial discipline a matéria nele contida*.

Ou seja, somente uma norma federal, que trate especificamente sobre a matéria, poderá dizer, eventualmente, da destruição física de autos findos. E esta lei ainda não foi editada.

Em Minas Gerais, por exemplo, a Resolução nº 267/94 da Corte Superior do TJMG, autorizava a destruição de autos judiciais findos, argumentando que o arquivamento de tais processos constitui um dos mais tormentosos problemas da justiça, diante da impossibilidade de destinar espaços cada vez maiores para guarda de documentos forenses, com arquivos gigantescos e ineficientes e que a inexistência de lei, autorizando a incineração desses documentos, impunha a busca de solução pronta e eficaz, qual seja, um ato administrativo do próprio Tribunal.

Já no Estado de São Paulo, em 1997, o Conselho Superior da Magistratura baixou o Provimento 556/97 autorizando a destruição de processos nos mesmos termos do que permitia o malfadado art. 1.215 do Código de Processo Civil.

Indignada com a aberração, a Associação dos Advogados de São Paulo, em feliz iniciativa, impetrou mandado de segurança coletivo contra o ato, alegando violação aos arts. 22 e 133 da Constituição Federal e às Leis nº 8.159/91 e nº 6.246/75, mas o TJSP indeferiu a segurança pleiteada ao argumento segundo o qual o ato impetrado encerrava norma administrativa de organização judiciária e não padecia de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Aviado recurso ordinário, o Superior Tribunal de Justiça em decisão datada de 16 de abril de 2002 deu provimento ao apelo e reconheceu a flagrante ilegalidade do ato impugnado, que infringia frontalmente a Lei nº 6.246/75.

Paralelamente o Procurador-Geral da República, atendendo a representação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal inclusive pleiteando medida cautelar suspendendo os efeitos do ato impugnado, o que foi deferido.

Por ocasião da apreciação do mérito da ADIN, apesar de saber de antemão que o Recurso em Mandado de Segurança nº 11.824 havia sido julgado pelo STJ e que a decisão transitara em julgado, impossibilitando o julgamento da ação proposta junto ao Supremo Tribunal, a Ministra Ellen Gracie proferiu seu voto, por considerar de grande importância a matéria sobre eliminação de autos.

²⁶² A Gestão Documental é caracterizada como um conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à produção, transmissão, uso, avaliação e arquivamento dos documentos em fase corrente e intermediária, visando à sua eliminação, transferência ou recolhimento para guarda permanente.

²⁶³ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio arquivístico sob a guarda do Poder Judiciário**: o problema da eliminação e do acesso aos autos processuais findos.

A Ministra fez um profundo estudo das normas envolvendo a conservação de autos findos e rechaçou a tese de que a Lei nº 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, tenha autorizado a destruição de processos. Entendeu estar plenamente vigente a Lei nº 6.246/75, que remeteu a *lei especial* à disciplina da matéria.

Ademais, invocando lições de Pontes de Miranda, a Relatora sustentou a inconstitucionalidade de norma que autorize a destruição de processos judiciais arquivados exatamente pelo alcance constitucional do dever de preservação dos documentos de valor histórico e cultural, já que o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, dentre as quais estão os documentos dotados de valor histórico (arts. 215, *caput*, e 216, IV, da Constituição Federal).

As decisões do STJ e do STF sobre a matéria tiveram uma repercussão extremamente benéfica para a preservação do patrimônio cultural brasileiro, sendo que vários Tribunais que haviam trilhado o mesmo caminho do Conselho da Magistratura de São Paulo revogaram ou suspenderam os efeitos de seus atos administrativos.

Em Minas Gerais, por exemplo, a Resolução nº 267/94 teve seus efeitos suspensos em 28 de dezembro de 1998, pela Resolução nº 344/98.

4.5.7 – PATRIMÔNIO BIBLIOGRÁFICO

A preservação dos livros, que são fontes primárias e testemunhas materiais do desenvolvimento socio-cultural humano, garante a transmissão de informação e de conhecimento (de natureza científica, técnica, artística, filosófica, humanística, de entretenimento etc.) para as futuras gerações.

Muito mais do que um simples documento, o livro é um veículo de disseminação de informação, um meio de comunicação social, estando presente no cotidiano humano há milhares de anos, nas mais diversas situações. Daí a importância de se preservar, organizar e difundir o patrimônio bibliográfico nacional.

Em nosso ordenamento jurídico, a proteção do patrimônio bibliográfico através do processo de tombamento é expressamente prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 25/37.

Procurando impedir a evasão do acervo bibliográfico brasileiro para o exterior (independentemente de prévio ato de tombamento), a Lei nº 5.471/68 proíbe a saída do País, ressalvados os casos autorizados pelo Ministério da Cultura, de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasi-

leiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX, inclusive aquelas que, por desmembramento dos conjuntos bibliográficos, ou isoladamente, hajam sido vendidos.

Mais recentemente, objetivando assegurar o registro e a guarda da produção intelectual nacional, além de possibilitar o controle, a elaboração e a divulgação da bibliografia brasileira corrente, bem como a defesa e a preservação da língua e cultura nacionais, a Lei nº 10.994/2004 regulamentou o depósito legal de publicações (todas as publicações, produzidas por qualquer meio ou processo, para distribuição gratuita ou venda) junto à Biblioteca Nacional.

4.5.8 – PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO

Segundo a Carta de Lausanne para a proteção e a gestão do patrimônio arqueológico (ICOMOS, 1990), este é definido como a porção do patrimônio material para a qual os métodos da arqueologia fornecem os conhecimentos primários, englobando todos os vestígios da existência humana, não importando quais sejam eles, que podem ser encontrados na superfície, no subsolo ou sob as águas.

Em nosso país, a proteção específica para os bens de valor arqueológico surgiu com a edição da Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos. Até então, a proteção de tais bens ficava na dependência do tombamento (regido pelo Decreto-Lei nº 25/37), instituto pouco adequado à tutela do patrimônio arqueológico tendo em vista que em muitos casos a pesquisa científica necessária para o estudo dos sítios acaba por desmontá-los integralmente, o que a rigor contraria a norma de proteção integral inserta no art. 17 da Lei de Tombamento.²⁶⁴ A propósito, como bem ressalta o insigne arqueólogo André Prous, da Universidade Federal de Minas Gerais: o sítio que escavamos está sendo irremediavelmente destruído por nós mesmos, como se alguém, interessado em Camões, não tivesse outra possibilidade de ler *Os Lusíadas* a não ser recortando as letras e colocando-as, uma após outra, dentro de uma caixa, tendo que reconstruir o texto a partir das anotações sobre a posição de cada uma ²⁶⁵.

Com o advento da Lei nº 3.924/61, foi estabelecido um regime jurídico próprio para os bens de valor arqueológico cuja proteção passou a decorrer *ex vi legis*, não havendo mais necessidade de tombamento. Atualmente todo sítio arqueológico submete-se

²⁶⁴ Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena da multa de cinquenta por cento do dano causado.

²⁶⁵ PROUS, André. *Arqueologia Brasileira*. Brasília: UNB, 1992. p. 34.

à especial proteção estabelecida pela norma federal acima referida (art. 1º) e a sua individualização, fundamental para se determinar exatamente qual o objeto tutelado, gerando segurança jurídica, é feita através do registro da jazida (ato administrativo individualizador) no Cadastro dos Monumentos Arqueológicos do Brasil, gerenciado pelo IPHAN (art. 27).

Ressalte-se que bens arqueológicos e bens pré-históricos não são sinônimos. Estes últimos dizem respeito ao período em que o homem viveu antes da descoberta da escrita, enquanto os bens arqueológicos podem ser posteriores, como no caso de vestígios de aldeamentos indígenas pós-cabralinos.

Existem atualmente cerca de 20.000 sítios arqueológicos identificados no país, dos quais apenas cinco são tombados em nível federal.

O art. 20, X, da Constituição Federal dispõe que as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos são bens da União Federal e, por conseguinte, são bens inalienáveis e imprescritíveis. Por sua vez, o art. 5º da Lei nº 3.924/61 declara que qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos arqueológicos ou pré-históricos é considerado crime contra o patrimônio nacional.

Também versando sobre o patrimônio arqueológico em nosso país, a Lei nº 7.542, de 1986, dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

A Portaria nº 07, de 1988 (IPHAN), estabelece os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisas e escavações arqueológicas previstas na Lei nº 3.924/61. Também sobre a matéria existe a Carta de Nova Delhi, editada pela UNESCO em 5 de dezembro de 1956, que define os princípios internacionais a serem aplicados em matérias de pesquisas arqueológicas.

A Portaria nº 230, de 2002, trata dos levantamentos arqueológicos que devem ser realizados para a obtenção de licenças ambientais junto aos órgãos competentes. A Portaria nº 28/2003, por derradeiro, trata dos estudos arqueológicos que devem ser realizados previamente à instalação de usinas hidrelétricas.

4.5.9 – PATRIMÔNIO PALEONTOLÓGICO

A Paleontologia é a ciência que se ocupa do estudo de espécies desaparecidas, mediante análise de fósseis, que são vestígios de seres vivos contidos em rochas sedimentares.

O fóssil pode ser considerado como qualquer registro de vida pré-histórica, preservado em rocha, inclusive partes de organismos, suas atividades fisiológicas, tais como ovos e coprólitos, bem como pegadas e pistas.

A mais antiga norma legal sobre o patrimônio paleontológico brasileiro é o Decreto-Lei nº 4.146, de 4 de março de 1942, ainda vigente, que dispõe:

Art. 1º - Os depósitos fossilíferos são propriedade da Nação, e, como tais, a extração de espécimes fósseis depende de autorização prévia e fiscalização do Departamento Nacional de Produção Mineral, do Ministério da Agricultura.

Parágrafo único. Independem dessa autorização e fiscalização as explorações de depósitos fossilíferos, feitas por museus nacionais e estaduais, e estabelecimentos oficiais congêneres, devendo, nesse caso, haver prévia comunicação ao Departamento Nacional da Produção Mineral.

O Decreto nº 98.830, de 30 de janeiro de 1990, sujeita as atividades de campo, para coleta de materiais (inclusive espécimes biológicos e minerais) por pessoa natural ou jurídica estrangeira, ao controle do Ministério da Ciência e Tecnologia (atual Secretaria Especial da Ciência e Tecnologia), a qual deve avaliar, autorizar, assim como supervisionar e analisar os resultados dos trabalhos de coleta, dispondo:

Artigo 13 - Sem prejuízo da responsabilidade civil e penal, a infração às normas deste Decreto poderão importar, segundo a gravidade do fato

[...]

V - A apreensão e a perda do equipamento utilizado nos trabalhos, bem assim do material coletado, nos termos da legislação brasileira em vigor.

A Portaria nº 385 do Ministério das Minas e Energia, de 13 de agosto de 2003, destaca como competência da Diretoria de Desenvolvimento e Economia Exploração Mineral do DNPM a proteção e fiscalização do acervo fossilífero brasileiro e a preservação da memória geológica, incumbindo-lhe nos termos do art. 10:

X - realizar estudos e ações visando à preservação, proteção e difusão do acervo técnico-científico que constitui a memória geológica do País, afeto à Autarquia, em especial os monumentos naturais, os sítios geológicos, os depósitos fossilíferos, os museus de minerais e rochas e as litotecas, fósseis e materiais relacionados, em articulação com os demais Órgãos do DNPM.

De acordo com a legislação brasileira, os fósseis são bens da União e, por conseguinte, são bens inalienáveis e imprescritíveis. A sua exploração sem a autorização legal do DNPM constitui crime ambiental. Também comete crime quem, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar o patrimônio paleontológico.

4.5.10 – PATRIMÔNIO ESPELEOLÓGICO

Embora não expressamente previstos no texto constitucional, os bens espeleológicos inserem-se no conceito de bens de valor ecológico e científico a que se refere o inciso V do art. 216 da CF/88.

O patrimônio espeleológico (do grego *spelaiou* = caverna), é constituído pelo conjunto de ocorrências geológicas que criam formações especiais e cavidades naturais no solo tais como grutas, cavernas, lapas, abrigos sob rochas etc., que são considerados bens da união a teor do disposto no art. 20, X, da Constituição Federal.

No ano de 2006, segundo a Sociedade Brasileira de Espeleologia, o Brasil possuía um número aproximado de 4.245 cavernas identificadas, conforme dados do Cadastro Nacional de Cavernas do Brasil, número este que demonstra a grandiosidade do patrimônio espeleológico de nosso país e, portanto, a importância e relevância do estudo dessas cavidades naturais.

A proteção desses locais é de fundamental importância sob o ponto de vista do patrimônio cultural principalmente pelo fato de que neles os arqueólogos e paleontólogos comumente encontram elementos informativos de grande relevância para melhor compreensão do passado da vida sobre a terra.

As cavernas, lapas, grutas e abrigos sob rocha onde são encontrados vestígios de natureza arqueológica são considerados monumentos arqueológicos pelo art. 2º, “b”, da Lei nº 3.924/61, sendo proibido o seu aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, antes de serem devidamente pesquisadas (art. 3º).

Nos termos do art. 20, X, da CF/88, as cavidades naturais subterrâneas são consideradas bens de propriedade da União. Como salienta Paulo Affonso Leme Machado, não há necessidade de cada cavidade natural subterrânea ser declarada como bem da União. A norma é auto-aplicável. Vale chamar a atenção para o fato que não se exigiu excepcional ou notável interesse científico ou turístico para que a cavidade natural subterrânea seja bem público.²⁶⁶

O Decreto nº 99.556, publicado em 01/10/1990, reafirmou o estabelecido na antiga Portaria nº 887 do IBAMA e, pela primeira vez, enfocou objetivamente a proteção e o manejo das cavernas como uma questão de cunho ambiental, enfatizando que as cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional constituem patrimônio cultural brasileiro, e, como tal, devem ser preservadas e conservadas de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

Segundo o parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 99.556/90:

Entende-se como cavidade natural subterrânea todo e qualquer espaço subterrâneo penetrável pelo homem, com ou sem abertura identificada, popularmente conhecido como caverna, incluindo seu ambiente, conteúdo mineral e hídrico, a fauna e a flora ali encontrados e o corpo rochoso onde os mesmos se inserem, desde que a sua formação haja ocorrido por processos naturais, independentemente de suas dimensões ou do tipo de rocha encaixante. Nesta designação estão incluídos todos os termos regionais, tais como gruta, lapa, toca, abismo, furna e buraco.

O art. 3º do decreto em referência estabelece com clareza a necessidade de elaboração de estudos prévios para empreendimentos de qualquer natureza em áreas de ocorrência de cavidades naturais:

[...] é obrigatória a elaboração de estudo de impacto ambiental para as ações ou os empreendimentos de qualquer natureza, ativos ou não, temporários ou permanentes, previstos em áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas ou de potencial espeleológico, os quais, de modo direto ou indireto, possam ser lesivos a essas cavidades, ficando sua realização, instalação e funcionamento condicionados à aprovação, pelo órgão ambiental competente, do respectivo relatório de impacto ambiental.

A Resolução CONAMA nº 347, de 10 de setembro de 2004, dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico brasileiro.

Em Minas Gerais, onde é imenso o número de cavidades subterrâneas que não raras vezes guardam em seu interior bens de valor arqueológico e paleontológico, a Lei Estadual nº 11.726/94 estabeleceu especial proteção para elas:

Seção II

Do Patrimônio Arqueológico, Paleontológico e Espeleológico

Art. 13 - Os bens e sítios arqueológicos, as cavidades naturais subterrâneas e os depósitos fossilíferos sujeitam-se à guarda e proteção do Estado, que as exercerá em colaboração com a comunidade.

§ 1º - O dever de proteção estende-se às áreas de entorno, até o limite necessário à preservação do equilíbrio ambiental, dos ecossistemas e do fluxo das águas e à manutenção da harmonia da paisagem local.

§ 2º - Os limites das áreas de entorno devem ser definidos mediante estudos técnicos específicos, de acordo com as peculiaridades de cada caso

§ 3º - O Estado dará proteção especial às áreas cársticas, das quais manterá cadastro e registro cartográfico específico e atualizados, destinados a orientar a sua preservação.

Art. 14 -Para os efeitos do disposto nesta lei, consideram-se:

²⁶⁶ **Direito Ambiental Brasileiro.** p. 107.

I - bens arqueológicos os testemunhos móveis e imóveis da presença e da atividade humana, assim como os restos da flora e da fauna com este relacionados, por meio dos quais possam ser reconstituídos os modos de criar, fazer e viver dos grupos humanos;

II - sítio arqueológico o local ou área em que se encontrem bens arqueológicos;

III - sítios espeleológicos as cavidades naturais subterrâneas.

Parágrafo único - Constituem cavidades naturais subterrâneas os espaços conhecidos como caverna, gruta, lapa, furna ou assemelhados, formados por processos naturais, incluídos o seu conteúdo mineral e hídrico, o corpo rochoso em que estejam inseridos e as comunidades bióticas abrigadas em seu interior.

Art. 15 - A exploração econômica de qualquer natureza, bem como a realização de obra de infra-estrutura e a construção em área identificada como de interesse arqueológico, espeleológico ou paleontológico dependem da realização de estudo prévio de impacto cultural e da aprovação, pelo Conselho Estadual de Cultura, do respectivo relatório de impacto cultural, observado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 10.

Art. 16 - O permissionário do direito de realizar escavações ou estudos de interesse arqueológico, paleontológico ou espeleológico em território estadual deverá enviar, anualmente, ao IEPHA-MG relatório informativo do andamento dos seus trabalhos, bem como das descobertas efetuadas, para fins do disposto no art. 25 desta lei.

Art. 17 - A descoberta fortuita de bem ou sítio arqueológico, paleontológico ou espeleológico deverá ser comunicada no prazo de 5 (cinco) dias ao Conselho Estadual de Cultura, pelo autor do achado ou pelo proprietário do local onde a descoberta houver ocorrido.

§ 1º - A descoberta de que trata o artigo determina a imediata interrupção das atividades que se realizem no local e a interdição de este, até o pronunciamento do Conselho Estadual de Cultura, ouvidos o IEPHA-MG e o Conselho de Política Ambiental - COPAM.

§ 2º - O trabalho, estudo, pesquisa ou qualquer atividade que envolva bem arqueológico, paleontológico ou espeleológico poderão ser suspensos, restringidos ou proibidos, a qualquer tempo, no todo ou em parte, quando se verificar utilização não permitida do bem.

Art. 18 - O descumprimento do disposto no art. 16 e no *caput* do art. 17 desta lei acarretará a apreensão dos bens descobertos e a interdição dos sítios achados, sem prejuízo das demais penalidades previstas na legislação.

Art. 19 - É proibida a retirada de bem arqueológico, espeleológico ou paleontológico da área em que foi encontrado, salvo para fins científicos.

Art. 20 - A transferência, com finalidade científica ou educativa, de bem arqueológico, espeleológico ou paleontológico para outro Estado da Federação só será permitida por tempo determinado e com autorização expressa do Conselho Estadual de Cultura.

Art. 21 - O Estado poderá, mediante convênio, transferir a guarda e a vigilância de bem ou sítio arqueológico, paleontológico ou espeleológico para o município em que se encontre localizado,

observada a existência de plenas garantias à sua preservação.

Art. 22 - A exploração de atividade turística em área identificada como de interesse arqueológico, paleontológico ou espeleológico obedecerá ao disposto no art. 11 desta lei.

Art. 23 - A organização das ações de proteção e a definição das formas de uso e manejo das áreas identificadas como de interesse arqueológico, paleontológico ou espeleológico pelo Estado serão feitas pela Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente e pela Secretaria de Estado da Cultura, mediante articulação entre seus órgãos, nos termos de decreto específico.

Art. 24 - O Estado promoverá ações educativas junto a instituições públicas e privadas e à comunidade em geral, especialmente nas regiões em que se localizam conjuntos arqueológicos, espeleológicos e paleontológicos conhecidos, com vistas a divulgar, valorizar e orientar a preservação do respectivo patrimônio.

Art. 25 - O IEPHA-MG manterá cadastro centralizado e atualizado dos bens, sítios e áreas de interesse arqueológico, paleontológico e espeleológico existentes no território do Estado.

Importante ressaltar a incompatibilidade do exercício de atividades minerárias em detrimento do patrimônio espeleológico nacional, já que é dever do poder público defendê-lo e preservá-lo, não podendo ser conivente com a sua destruição. O Decreto nº 99.556/90, em seu art. 1º, é claro:

As cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional constituem patrimônio cultural brasileiro, e, como tal, serão preservadas e conservadas de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

Como bem salienta Paulo Affonso Leme Machado, as cavernas não podem ser utilizadas para exploração mineral, incumbindo ao DNPM e ao IBAMA negar licenças, autorizações, permissões e/ou concessões para ser feita qualquer atividade de mineração nesses locais, como nas suas áreas de influência. Seria ilógico querer proteger-se as cavernas, se, de outro lado, as prejudicarmos pela utilização inadequada de suas áreas de entorno ou de influência (art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 99.556/90).²⁶⁷

Outro ponto de relevo diz respeito às atividades turísticas envolvendo o patrimônio espeleológico (ecoturismo). Para que as visitas sejam possíveis, é necessário que se faça um planejamento prévio, bem como devem ser fornecidas todas as informações necessárias aos visitantes, evitando, assim, a ocorrência de impactos ambientais²⁶⁸.

²⁶⁷ Op. Cit., p. 638.

²⁶⁸ O turismo pode ser responsável pela entrada de inúmeros materiais estranhos ao ambiente espeleológico, ocasionando desequilíbrio em seu ecossistema. Além disso, todas as instalações feitas nesses ambientes a fim de proporcionar a visita, como escadas e iluminação

4.5.11 – PATRIMÔNIO QUILOMBOLA

A Constituição Federal de 1988 despendeu especial atenção em relação à preservação da cultura das comunidades originárias de quilombos²⁶⁹, também chamadas de quilombolas.

A conjuntura histórico-social vivenciada no Brasil contribuiu para tanto, uma vez que quando da promulgação da Carta Magna celebrava-se o centenário da abolição da escravidão e o movimento negro apresentava-se intensamente mobilizado. Também, após o fim de duas décadas de regime militar, buscava-se restituir a cidadania às minorias até então excluídas do processo político.

Desta forma, a Constituição assegurou às comunidades remanescentes de quilombos o direito à propriedade de suas terras, de acordo com o disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como declarou tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º).

O Decreto nº 4.887/2003 regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo como tais considerados os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (art. 2º).

Nos termos do Decreto em referência, compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 3º).

4.5.12 – PATRIMÔNIO FERROVIÁRIO

O patrimônio cultural ferroviário é constituído por bens imóveis (estações, oficinas, rotundas etc) e móveis (relógios, telégrafos, sinos, lanternas, ferramentas, documentos etc) que contam a trajetória das ferrovias no Brasil a partir do século XIX.

artificial, também influenciam para o desequilíbrio ecológico interno, razão pela qual elas somente poderão ser efetuadas após um estudo prévio do impacto ambiental que poderiam causar.

²⁶⁹ A palavra quilombo é originária do quimbundo, quicongo e do umbundo lumbu, 'muro', "paliçada", donde kilumbu, "recinto murado", "campo de guerra", "povoação", ou do umbundo kilombo, "associação guerreira". No Brasil significa esconderijo, aldeia, cidade ou conjunto de povoações em que se abrigavam escravos fugidos.

A maior parte desse patrimônio pertenceu à antiga Rede Ferroviária Federal S/A, que foi extinta.

Nos termos da Lei nº 1.483/2007:

Art. 9º Caberá ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN receber e administrar os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, bem como zelar pela sua guarda e manutenção.

§ 1º Caso o bem seja classificado como operacional, o IPHAN deverá garantir seu compartilhamento para uso ferroviário.

§ 2º A preservação e a difusão da Memória Ferroviária constituída pelo patrimônio artístico, cultural e histórico do setor ferroviário serão promovidas mediante:

I - construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos;

II - conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços oriundos da extinta RFFSA.

§ 3º As atividades previstas no § 2º deste artigo serão financiadas, dentre outras formas, por meio de recursos captados e canalizados pelo Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC, instituído pela Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991.

[...]

Art. 21. A União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, poderá, na forma do regulamento, formalizar termos de entrega ou cessão provisórios de bens imóveis não-operacionais oriundos da extinta RFFSA, executados aqueles destinados ao FC, previstos no inciso II do *caput* do art. 6º desta Lei, aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, promovendo a sua substituição por instrumentos definitivos.

4.6 – TÉCNICA DE ATUAÇÃO JUDICIAL – A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

4.6.1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

A ação civil pública é, sem dúvida alguma, o mais importante e eficaz instrumento processual existente no ordenamento jurídico brasileiro apto a promover, através do acionamento do Judiciário, a proteção dos bens integrantes do patrimônio cultural nacional.

Disciplinada pela Lei nº 7.347/85, a ação civil pública pode ser utilizada para a defesa do meio ambiente (*latu sensu*), do consumidor, da ordem urbanística, da ordem econômica, da economia popular e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

No dizer do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, as ações civis públicas conduzidas pelo Ministério Público, objetivando a preservação

do meio ambiente e a reparação dos danos a ele causados, constituem o maior avanço em matéria de proteção da qualidade ambiental e da saúde da população observado em nosso País nos últimos anos.²⁷⁰

4.6.2 – COMPETÊNCIA

No que tange à competência para a apreciação das ações civis públicas, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.347/85, elas devem ser propostas no foro do local do dano, cujo juízo tem competência funcional para processar e julgar a causa.

O fato do bem cultural ser protegido por ato administrativo federal ou mesmo se tratar de bem de propriedade da União não exclui, *prima facie*, a atribuição do Ministério Público Estadual para adotar as medidas cabíveis e deduzir eventuais proventos jurisdicionais, em âmbito cível, perante a Justiça Estadual.

Como sabido, a competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na Constituição da República. Assim, a regra geral é que a competência da Justiça dos Estados se apura por exclusão da reservada pela Constituição aos Juízes e Tribunais da União.

Assim, o simples fato de determinada lide se referir a bens que são considerados como de domínio federal ou que estejam sobre proteção de um órgão federal, por si só, não implica competência da Justiça Federal para apreciar a lide em âmbito cível, pois tal hipótese não se enquadra naquelas expressamente previstas no art. 109 da CF/88.

Entendimento contrário levaria à conclusão, por exemplo, de que toda e qualquer causa que verse sobre mineração (os recursos minerais são propriedade da União, a teor do disposto no art. 20, IX, da CF/88) seriam de competência da Justiça Federal, o que sabidamente não ocorre.

A jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, a propósito, já se manifestou:

COMPETÊNCIA. MINERAÇÃO. ALVARÁ, DE PESQUISA. NÃO TENDO A UNIÃO INTERESSE COMO AUTORA, RE, ASSISTENTE OU OPOENTE, NO PROCESSO DE AVALIAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA EXPLOSAÇÃO MINERAL, COMPETENTE E A JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGÁ-LO. (STF – Conflito de Jurisdição 6663/MG - DJ 07-08-1987 PP-15433 EMENT VOL-014468-01 PP-00157 – Rel. Min. Carlos Madeira)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MINERAÇÃO. AÇÃO VISANDO À PRIORIDADE NA PESQUISA DE LAVRA. LEI Nº 227/67. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA

FEDERAL É A FIXADA TAXATIVAMENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODENDO SER RESTRINGIDA NEM AMPLIADA POR LEI INFRACONSTITUCIONAL. A DISPUTA SOBRE DIREITOS DE MINERAÇÃO NÃO ESTA INCLUÍDA NA COMPETÊNCIA “RATIONE MATERIAE” DA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO PARTICIPANDO NA RELAÇÃO PROCESSUAL A UNIÃO, AUTARQUIA OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL, O JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DA SITUAÇÃO DA JAZIDA (DLEI 227/67, ART. 27, INC. VI) NÃO AGE POR “DELEGAÇÃO”, MAS NO EXERCÍCIO DE SUA PRÓPRIA JURISDIÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZ DE DIREITO E JUIZ FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STJ PARA DIRIMI-LO. DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO MAGISTRADO ESTADUAL. (STJ - CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 2779 - Processo: 199200022391 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA SECAO - Data da decisão: 28/10/1992)

Em assomo, os Tribunais de Justiça dos Estados têm constantemente examinado questões relativas à proteção de bens culturais que constituem patrimônio da União, tais como os bens arqueológicos e espeleológicos.

Vejamos:

Desmatamento de área de preservação permanente – Lei 6.938/81 – Responsabilidade objetiva – Recomposição da área degradada – Legalidade. – Preservação de cavernas e grutas – Exploração de jazida de calcário – Atividade que põe em risco as cavernas e grutas situadas nas proximidades da jazida e localizadas em propriedade do Estado – Ausência de Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, exigido pelo Decreto n. 99.556/90 – Cavernas e grutas preservadas e protegidas pelo Decreto Federal n. 99.274/90 e pela Resolução Conama – Impedimento legal para a atividade extrativa – Mantida sentença que julgou ação improcedente – Recurso improvido. (TJSP - Ap.Civ 008.661.5/2-00 — Rel. Ribeiro Machado – j. 09/12/1997).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINERAÇÃO DE CALCÁRIO EM ÁREA PRÓXIMA A SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS. EMBARGO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 273 DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. Uma vez atendidos os requisitos da verossimilhança das alegações do MP quanto ao caráter irreversível dos danos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, paleontológico e espeleológico da exploração minerária de extração de calcário em área contígua à outra já sujeita embargo judicial, impõe-se a confirmação da decisão pela qual foi concedida antecipação de tutela no sentido da abstenção, pelos Órgãos ambientais, de proceder aos atos administrativos preparatórios do licenciamento ambiental do empreendimento. (TJMG – Ag. 1.0000.00.350774-6/000 - Rel. Des. Fernando Bráulio - J. 18/03/2004)

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Competência. Eventual interesse da União Federal. Integração na relação jurídica processual ainda não

²⁷⁰ O meio ambiente na visão do STJ. O papel do Judiciário na proteção ambiental. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: AMB, ano 4, n. 9, p. 7, 2000.

ocorrida. Incompetência da Justiça Comum estadual incoerente. Até que a União Federal eventualmente venha a integrar a relação jurídica processual em ação civil pública envolvendo proteção ao meio ambiente, ainda não se pode afirmar a incompetência da Justiça Comum estadual nos dois graus de jurisdição. (Agravo de instrumento nº 1.0194.03.031452-1/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 17/08/2004, p. 22/10/2004).

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE OBJETOS SACROS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Não havendo, na ação cautelar de busca e apreensão de imagens sacras, ajuizada pelo Ministério Público, qualquer discussão sobre relação jurídica a envolver o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e inexistindo demonstração de interesse da autarquia federal – ou mesmo litisconsórcio a envolver a União -- a competência para o julgamento da ação é da Justiça Estadual. - Tratando-se de discussão sobre a propriedade de imagens, com suspeita de que pertençam ao acervo cultural do Estado de Minas Gerais, possivelmente furtadas, e se o prejuízo aqui ocorreu, a competência é da Justiça Estadual. (TJMG – Agravo nº 1.0024.04.341695-7/001 – Comarca de Belo Horizonte – Órgão julgador: 7ª Cam. Cív. – Rel: Wander Marotta – julgado em: 27/09/2005)

4.6.3 – OBJETO

A ação civil pública poderá ter por objeto evitar o dano, repará-lo ou buscar a indenização pelo dano causado, sendo viável a pretensão de condenação em dinheiro, do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer bem como da declaração de situação jurídica.

Nos termos do que dispõem os arts. 83 e 90 do Código de Defesa do Consumidor combinados com os arts. 1º e 21 da Lei nº 7.347/85, para a defesa do patrimônio cultural brasileiro são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Como salienta Hugo Nigro Mazzilli:

Cabem ações civis públicas condenatórias, cautelares, de execução, meramente declaratórias, constitutivas ou as chamadas ações mandamentais. Como exemplos afigure-se a necessidade de reparar ou impedir um dano (ação condenatória ou cautelar satisfativa), ou declarar nulo (ação declaratória) ou anular (ação constitutiva negativa) um ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural. Ou a necessidade de anular um contrato administrativo que contenha algum vício, ou que indevidamente permita a demolição de um bem de valor histórico.²⁷¹

Em sede de ação civil pública versando sobre a defesa do patrimônio cultural, tendo em vista os

²⁷¹ Op. Cit. p. 196.

princípios da prevenção e da reparação integral, há plena viabilidade de se cumular pedidos consistentes em obrigações de fazer ou não fazer com indenização em virtude dos danos tecnicamente irreparáveis e também dos danos extrapatrimoniais. Somente assim será possível a integral reparação objetivada pelo Direito ambiental, evitando-se o enriquecimento ilícito do degradador em detrimento dos direitos da coletividade²⁷².

Poderá ser ajuizada ação cautelar objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Poderá o Juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Havendo condenação em dinheiro, em Minas Gerais os valores deverão ser destinados ao Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Lei Estadual nº 14.086/2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.4751/2008.

4.6.4 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARATÓRIA DE VALOR CULTURAL

Hodiernamente, em caso de omissão do poder público no dever de zelar pela integridade dos bens culturais, é incontroversa a possibilidade de se buscar a proteção de determinado bem através de um provimento emanado do Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário, a quem incumbe, por força de preceito constitucional, apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, também é dada a tarefa de dizer do valor cultural de determinado bem e de ditar regras de observância obrigatória, no sentido de sua preservação ante a omissão de seu proprietário ou do poder público.

O art. 216, § 1º, da CF/88 é claro ao estabelecer que o tombamento é uma das formas de proteção do patrimônio cultural, mas não a única. Como abaixo se vê, de há muito a doutrina, a jurisprudência e, mais recentemente, a própria legislação federal vem consagrando a possibilidade do Poder Judiciário reconhecer o valor cultural de determinado bem e determinar as medidas necessárias à sua conservação, independentemente de prévio ato de tombamento.

²⁷² Sobre o tema *vide*: Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais. Análise dos pressupostos. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. et al.

Nelson Nery Júnior, em parecer acerca da viabilidade do reconhecimento do valor cultural de determinado bem pelo Poder Judiciário, argumenta judiciosamente que:

Não se exige o tombamento formal do bem para que se possa classificá-lo como de interesse histórico. Ou o bem é de interesse histórico ou não é. E sendo, já merece a proteção pela via da ação judicial (Lei nº 7.347/85). O tombamento é formalidade que torna *juris et de jure* a presunção de que o monumento tem valor histórico. Somente isso. Não pode constituir-se em requisito para que o patrimônio histórico possa ser protegido, o que seria desastroso principalmente num Estado como São Paulo, onde há muitos edifícios de valor histórico. O mesmo alvitre é propugnado pela doutrina alemã, a propósito da interpretação do art. 2º da Lei de Proteção aos Monumentos do Estado da Baviera, de 25/06/1973. Esse art. 2º estipula a necessidade de haver um rol dos bens tombados (*Denkmalliste*), que devem ser-lo *ex officio*, dando-se ciência ao proprietário. Em comentário a esse dispositivo já se afirmou que ‘o ingresso do bem no rol dos bens tombados, segundo o sistema da Lei de Proteção aos Monumentos, não é condição nem para classificá-lo como bem de valor arquitetônico, nem para a aplicabilidade da Lei de Proteção aos Monumentos (Erbel-Schiedermais-Petzet, Bayerische Denkmalschutzgesetz, Munchen, 2. ed., Comentário n. 2, I, 1, ao art. 2º, p. 41)’.²⁷³

O Mestre Hugo Nigro Mazzilli leciona que:

Fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado. Em caso de tombamento, temos proteção administrativa especial. Sempre que o legislador, por qualquer razão, quis exigir tombamento, ele o explicitou claramente. Na Lei nº 7.347/85, entretanto, o legislador não limitou a proteção jurisdicional de valores culturais apenas aos bens tombados — e seria rematado absurdo se o fizesse.

Final, nada impede que um bem tenha acentuado valor cultural, mesmo que ainda não reconhecido ou até mesmo se negado pelo administrador; quantas vezes não é o próprio administrador que agride um bem de valor cultural ?!

O tombamento, na verdade, é um ato administrativo complexo: de um lado, declara ou reconhece a preexistência do valor cultural do bem; de outro, constitui limitações especiais ao uso e à propriedade do bem. Quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é *ato meramente declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe este último e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento*.

Em complemento ao afirmado, arremata o doutrinador:

²⁷³ Parecer na Apelação TJSP 119.378-1 *apud* EI nº 55.415-5/3-02 – TJSP, j. 28/03/2001.

Admitir que necessário fosse o prévio tombamento para posterior defesa em juízo, seria, na verdade, tornar inócua na maioria das vezes a proteção jurisdicional. Se só bens tombados (definitiva ou provisoriamente) pudessem ser protegidos pela ação civil pública, por absurdo nem mesmo uma cautelar, dita satisfativa, destinada a impedir um dano iminente, poderia ser proposta, se o bem de valor cultural não estivesse tombado ... Frustrar-se-ia o escopo das leis, seja o da Lei nº 7.347/85 (que cuida não só da reparação do dano, como de sua prevenção), seja até mesmo o escopo da Constituição da República (cujo art. 216, § 4º, prevê punição não só pelos danos, como pelas próprias situações de risco causadas ao patrimônio cultural). Além do mais, partindo do raciocínio de que o bem tenha valor cultural para a comunidade, titulares deste interesse são os indivíduos que compõem a coletividade (por isso que o interesse é difuso). Ora, seria inadmissível impedir, por falta de tombamento, o acesso ao Judiciário para proteção a valores culturais fundamentais da coletividade. Não há nenhuma exigência da lei condicionando a defesa do patrimônio cultural ao prévio tombamento administrativo do bem, que, como se viu, é apenas uma forma administrativa, mas não sequer a única forma de regime especial de proteção que um bem de valor cultural pode ensejar.²⁷⁴

Rui Arno Richter, em brilhante estudo sobre o tema, afirma com correção:

Assim, se o Poder Executivo e o Poder Legislativo omitirem-se na preservação e acatamento de determinado bem ou de um conjunto de bens de valor cultural, a iminência de sua destruição, deterioração ou mutilação exige a possibilidade de remédios jurídicos à disposição da sociedade civil e do cidadão para invocar a tutela do Poder judiciário, buscando decisão judicial como outra forma de acatamento e preservação do patrimônio cultural.

Estes instrumentos imprescindíveis são a ação civil pública e a ação popular, que mais irão contribuir para atingir os fins para as quais foram concebidas e interpretadas pelos profissionais do Direito com o mesmo sentido de garantia de acesso à ordem jurídica justa que inspirou estas criações.²⁷⁵

Recentemente a Lei de Crimes Ambientais, na Seção atinente aos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, tipificou como crimes a lesão a bens especialmente protegidos por lei, ato administrativo *ou decisão judicial*, o que importou no reconhecimento explícito em âmbito nacional da possibilidade de se proteger, através da via judicial, o patrimônio cultural brasileiro.

²⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo** (meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural) 3. ed. revis. ampl. e atual. São Paulo: RT, 1991. p. 85-86.

²⁷⁵ RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural** – Omissão do Estado e Tutela Judicial.

Desta forma, a ação civil pública tem se mostrado como um instrumento extremamente útil em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativos no dever de preservar o patrimônio cultural brasileiro, sendo viável o reconhecimento judicial do valor de determinado bem e a imposição a seu proprietário e ao poder público de obrigações de fazer e não fazer necessárias à manutenção de sua integridade.

Sob o ponto de vista da prática processual, importante ressaltar a lição de José Eduardo Ramos Rodrigues:

Nem sempre o bom senso costuma imperar na Administração Pública. Daí parecer-nos essencial que, em caso de propositura de ação civil pública, tanto na cautelar como na principal, visando a preservar um bem por seu valor cultural, devam integrar o seu pólo passivo como litisconsortes não apenas o proprietário do móvel ou imóvel, mas também a pessoa jurídica de direito público interno mais próxima e que possua um órgão próprio especializado com condições e infra-estrutura capazes de efetivar a proteção e fiscalização daquele bem.²⁷⁶

Há diversos precedentes jurisprudenciais sobre a possibilidade de se declarar o valor cultural de determinado bem por meio de ação civil pública.

4.6.5 – LEGITIMIDADE ATIVA

Quanto à legitimidade do Ministério Público para tutelar o patrimônio cultural por meio de ação civil pública, ela decorre expressamente do art. 129, III, da CF/88 e art. 5º, I, da Lei nº 7.347/85. Ressalta-se que não há necessidade de qualquer ato protetivo prévio sobre determinado bem cultural para que se verifique a legitimidade ministerial para a adoção das medidas cabíveis²⁷⁷.

O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Admite-se o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos passíveis de serem defendidos pela ação civil pública.

²⁷⁶ **Meio Ambiente Cultural:** Tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais. p. 328-329.

²⁷⁷ **AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PERIGO DE REMOÇÃO DO BEM.** O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio histórico e cultural, mesmo que o bem ainda não tenha sido tombado. Ante o perigo iminente de remoção do bem tombado para outra localidade, como se alega oficialmente, é correto o deferimento da liminar que limite a possibilidade dessa remoção. (TJMG – Agravo Nº 000.335.443-8/00 – Comarca de Pirapora - 7ª C.Civ.- Rel. Des. Wander Marotta DJPR 05/05/2003)

Fica facultado ao poder público e a outras associações legitimadas habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes.

Sobre a legitimidade do Ministério Público para propor ações civis públicas em defesa do patrimônio cultural, o STJ já assentou:

Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimação ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. (STJ - RESP - 586307 - Processo: 200301512700 - UF: MT - Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX 14/09/2004)

4.6.6 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É plenamente viável a propositura de ação civil pública objetivando a defesa concreta do patrimônio cultural invocando como causa de pedir da ação (não o próprio pedido) a inconstitucionalidade de atos normativos. Nesses casos, opera-se o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade, não havendo se falar em invasão da competência constitucional dos Tribunais para conhecerem, com exclusividade, sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em tese (o que só é viável através de ação declaratória de inconstitucionalidade).

Assim, por exemplo, suponhamos que em uma lei municipal conste, dentre outros dispositivos, um que determine a destruição de todos os documentos de valor histórico existentes em seus arquivos e outro que disponha que no âmbito do município não serão admitidos doravante as aplicações, pelo Conselho do Patrimônio Cultural, dos instrumentos administrativos de defesa e proteção dos bens culturais imóveis, tais como o tombamento e o inventário.

Em ambos os casos, há evidente violação ao que dispõe a Constituição Federal em seu art. 216, § 1º e § 2º, sendo viável a propositura de ação civil pública pleiteando a declaração *incidenter tantum* (na parte fundamentadora da sentença) da inconstitucionalidade dos dispositivos e pleiteando que a administração se abstenha de destruir os documentos e de impedir a aplicação dos instrumentos constitucionais de proteção ao patrimônio cultural pelos órgãos municipais competentes.

Como salienta o constitucionalista Alexandre Moraes:

O controle de constitucionalidade difuso, conforme já estudado, caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucionar-lo e para tanto, incidentalmente, poderá analisar a constitucionalidade ou não de lei ou do ato normativo – seja ele municipal, estadual, distrital ou federal. Dessa forma, em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, seja em relação às leis federais, seja em relação às leis estaduais, distritais ou municipais em face da Constituição Federal (por ex.: O Ministério Público ajuíza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal.

O Juiz ou Tribunal – CF, art. 97 – poderão declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da citada lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com efeitos somente para as partes e naquele caso concreto.²⁷⁸

Precedentes favoráveis a respeito: STJ – RESP 493270 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 24.11.2003 – p. 00221; STJ – RESP 166877 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – DJU 13.12.2004 – p. 00272; TJDF - APC 5181599 – 4ª T.Cív. – Rel. Des. Estevam Maia – DJU 30.06.2005 – p. 55.

4.6.7 – MODELOS DE PEÇAS PRÁTICAS

Modelos de iniciais de ação civil pública sobre todos os temas abordados neste tópico podem ser encontradas no site da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais (www.mp.mg.gov.br >>> Execução >>> Coordenadoria do patrimônio cultural >>> Peças práticas >>> Ação civil pública)

4.7 - DEFESA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO

4.7.1 – TUTELA LEGAL DOS BENS TURÍSTICOS

A Constituição Federal Brasileira tratou expressamente da promoção do turismo como um fator de desenvolvimento econômico e social (art. 180), além de prever a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre a proteção e a responsabilidade por danos ao patrimônio turístico (art. 24, VII e VIII).

Em Minas Gerais, a Constituição Estadual traçou diretrizes específicas para a proteção e a promoção dos bens turísticos nos arts. 242 e 243.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977, dispõe sobre a criação de

Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico, sendo tal norma regulamentada pelo Decreto nº 86.176, de 06/07/1981.

Tal normatização objetiva dar condições para se atingir o justo equilíbrio entre a necessidade de facilitar e estimular a prática do lazer e do turismo como instrumento de paz social e alívio das tensões próprias da vida urbana, e a preservação das manifestações culturais, as belezas naturais, a flora, a fauna e os demais recursos naturais renováveis, para uso das futuras gerações.²⁷⁹

Percebe-se que os bens turísticos são, na grande maioria das vezes, bens naturais (cachoeiras, serras, praias, matas etc.) ou culturais (prédios históricos, museus, manifestações folclóricas e religiosas etc.) dotados de um aspecto adicional que os qualificam como tais: o especial interesse humano pelo seu conhecimento e visitação. Assim, os bens turísticos são essenciais à sadia qualidade de vida dos cidadãos e integram a categoria de bens ambientais, ou seja, bens de interesse público sujeito a um especial regime jurídico.

Sob o ponto de vista processual, a Lei nº 7.347/85 disciplina a ação civil pública de que pode ser utilizada para se evitar ou reprimir danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, *turístico* e paisagístico. De igual sorte, a Ação Popular é também um instrumento de proteção expressa do patrimônio turístico.

Conclui-se, desta forma, que nosso ordenamento jurídico reconhece o patrimônio turístico como bem a ser protegido como direito difuso da coletividade, estando o Ministério Público, portanto, legitimado a promover a sua defesa²⁸⁰.

4.7.2 – PROTEÇÃO DOS BENS TURÍSTICOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.7.2.1 – PROTEÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

A proteção dos bens de valor turístico pelo Ministério Público pode se dar tanto no âmbito administrativo (por meio da expedição de recomendações e celebração de termos de compromisso, *v.g.*),

²⁷⁹ PINTO, Antônio Carlos Brasil. **Turismo e Meio Ambiente: Aspectos Jurídicos**. 5. ed. Campinas: Papyrus, 2003. p. 30.

²⁸⁰ Nos exatos termos da Lei nº 7.347/85, a Ação Civil Pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo, dessa forma, os interesses difusos da sociedade. Legitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora. Recurso Especial improvido. Retorno dos autos ao Juízo de origem, para cumprir o acórdão recorrido. (STJ – REsp – 327297 – SP – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 24/09/2001 – p. 00249)

²⁷⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 547.

quanto no âmbito judicial (por meio de ação civil pública ou denúncia criminal, v.g.).

O papel do Ministério Público na defesa dos bens turísticos pode ser para exigir condutas comissivas ou omissivas, tanto do proprietário como da administração pública.²⁸¹

A ação daqueles que destruírem, danificarem ou mutilarem bens de valor turístico encontrará adequação típica no art. 62 da Lei nº 9.605/98. A alteração do aspecto de bens turísticos sem licença ou autorização das autoridades competentes é tipificada como crime no art. 63 da Lei nº 9.605/98. Para a configuração de tais delitos, há necessidade de que o objeto material da ação danosa seja especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Já para a proteção em âmbito cível, despiendo se torna o prévio reconhecimento do valor turístico de determinado bem para se evitar o seu mau uso, a degradação, o abandono, a destruição etc.

O reconhecimento do valor turístico pode se dar pelo próprio Poder Judiciário, em sede de ação popular ou ação civil pública, como ressalta Édis Milaré:

Realmente, a identificação do valor cultural de um bem não emerge da mera criação da autoridade, visto que ele já tinha existência histórica no quadro da sociedade. O fato de um bem determinado pertencer ao patrimônio cultural ou, como diz a lei, ser bem ou direito 'de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico', pode ser provado no curso da ação civil pública e referendado por provimento jurisdicional.²⁸²

A jurisprudência, de igual sorte, tem entendido:

Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural - artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico - ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através de ação popular e ação civil pública, uma vez que a Constituição estabelece que "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (art. 216, § 1º). (Apelação Cível nº 97.001063-0, 3ª Câmara Civil do TJSC, Criciúma, Rel. Des. Silveira Lenzi. j. 24.08.1999).

²⁸¹ LOUBET, Luciano Furtado. **Regime jurídico do ecoturismo e o papel do Ministério Público em sua defesa e controle.** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ecoturismo.pdf> Acesso em: 10 maio 2008.

²⁸² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** São Paulo: RT, 2000. p.193.

MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA EM DEFESA DE BEM CULTURAL DE VALOR HISTÓRICO, ARTÍSTICO E TURÍSTICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR PARA OBSTAR DEMOLIÇÃO DE CORETO. PODER GERAL DE CAUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS PELO ARTIGO 4º, DA LEI N. 7347/85. (TJMG - AGRAVO Nº 1.0338.06.052707-8/001 - RELATOR: EXMO. SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA - j. 31/07/2007)

É de se registrar que a Lei nº 6.015/73, por sua própria força e independentemente de qualquer outro ato, reconhece genericamente, em seu art. 1º, o valor turístico dos bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico; das áreas destinadas à proteção dos recursos naturais renováveis; das manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorram; das paisagens notáveis; das localidades e os acidentes naturais adequados ao repouso e à prática de atividades recreativas, desportivas ou de lazer; das fontes hidrominerais aproveitáveis e das localidades que apresentem condições climáticas especiais.

Por isso, a tutela dos bens expressamente mencionados pela Lei nº 6.015/73 torna-se mais fácil sob o ponto de vista jurídico, pois há uma presunção legal *juris tantum* de que eles ostentam valor turístico, independentemente da existência de qualquer outro ato administrativo (tombamento, inventário etc.) ou legal (plano diretor, instituição de unidade de conservação) incidindo sobre eles.

Como destaca Luciano Loubet:

Portanto, independentemente do bem ser protegido por alguma legislação específica, tendo ele função turística, seja para práticas recreativas ou desportivas, já poderá ser protegido por ser integrante do meio ambiente cultural. Assim, em exemplo hipotético, não poderia a Pedra da Gávea no Rio de Janeiro – local utilizado para prática de vôo livre – ser utilizada para construção de um restaurante ou qualquer outra obra que inviabilizasse a prática desse esporte, pois haveria violação ao bem turístico, o que é inadmissível, sob pena de violação da ordem infraconstitucional e constitucional.

De igual maneira, também parece ser possível a utilização de ação civil pública objetivando evitar a implantação de um grande resort em praia paradisíaca cujo projeto arquitetônico destoe totalmente da paisagem natural ali estabelecida, prejudicando assim o interesse turístico do local.²⁸³

4.7.2.2 – LICENCIAMENTO DE ATIVIDADES TURÍSTICAS

A proteção dos bens de valor turístico não raras vezes demanda ações do Ministério Público a fim de que o exercício do turismo se dê de maneira organizada, segura e sustentável.

²⁸³ Op. Cit.

Com efeito, como consignado no item 4 da Carta de Turismo Cultural (ICOMOS, 1976):

Sem dúvida, qualquer que seja sua motivação e os benefícios que possui, o turismo cultural não pode estar desligado dos efeitos negativos, nocivos e destrutivos que acarreta o uso massivo e descontrolado dos monumentos e dos sítios. O respeito a estes, ainda que se trate do desejo elementar de mantê-los num estado de aparência que lhes permita desempenhar seu papel como elementos de atração turística e de educação cultural, leva consigo a definição; o desenvolvimento de regras que mantenham níveis aceitáveis. Em todo caso, com uma perspectiva de futuro, o respeito ao patrimônio mundial, cultural e natural, é o que deve prevalecer sobre qualquer outra consideração, por muito justificada que esta se paute desde o ponto-de-vista social, político ou econômico. Tal respeito só pode assegurar-se mediante uma política dirigida à doação do equipamento necessário e à orientação do movimento turístico, que tenha em conta as limitações de uso e de densidade que não podem ser ignoradas impunemente. Além do mais, é preciso condenar toda doação de equipamento turísticos ou de serviços que entre em contradição com a primordial preocupação que há de ser o respeito devido ao patrimônio cultural existente.

Uma das formas de se fazer com que as atividades turísticas sejam compatíveis com a proteção dos bens visitados é através do licenciamento das atividades por meio dos órgãos de defesa do meio ambiente e patrimônio cultural, mediante o estabelecimento de regras para a visitação, além da elaboração de planos de manejo e do cumprimento de medidas mitigadoras e compensatórias.

Não havendo licenciamento, o Ministério Público poderá, inclusive, pleitear a paralisação das atividades turísticas até a sua obtenção. A propósito, já há precedente jurisprudencial a tal respeito:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TURÍSTICAS - MUNICÍPIO DE BONITO - PREVENÇÃO A DANOS AO MEIO AMBIENTE - AUSÊNCIA DE LICENÇA DE OPERAÇÃO - INTERDIÇÃO ATÉ OBTENÇÃO - PROVIMENTO. Se a autora exerce atividades turísticas sem a devida licença de operação dada pelos órgãos ambientais, deve ter suas atividades interditas até a obtenção desta. (TJMS – Ap. Civ. 2007.011472-6 - Rel. Des. Luiz Carlos Santini – j. 26/06/2007)

Citamos abaixo, a título de ilustração, algumas das principais normas que exigem a elaboração de estudos técnicos ou a aprovação do licenciamento ambiental para o exercício de atividades turísticas:

- RESOLUÇÃO CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997 – Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental e elenca como empreendimentos sujeitos ao

licenciamento ambiental os complexos turísticos e de lazer, inclusive parques temáticos e autódromos

- RESOLUÇÃO CONAMA nº 347, de 10 de setembro de 2004 – Dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico. Segundo a norma, os empreendimentos ou atividades turísticas, religiosas ou culturais que utilizem o ambiente constituído pelo patrimônio espeleológico deverão respeitar o Plano de Manejo Espeleológico, elaborado pelo órgão gestor ou o proprietário da terra onde se encontra a caverna, aprovado pelo IBAMA (art. 6º). O plano de manejo espeleológico é o documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais da área, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da cavidade natural subterrânea.
- LEI ESTADUAL nº 11.726/94 – Dispõe sobre a política cultural do Estado de Minas Gerais, estabelecendo em seu art. 11 que:

A exploração de atividade turística em área identificada como de interesse histórico, artístico, arquitetônico ou paisagístico será precedida de estudo e planejamento pormenorizados, a serem submetidos à aprovação do Conselho Estadual de Cultura. Parágrafo único - Resolução do Conselho Estadual de Cultura definirá as normas de elaboração e apresentação do estudo de que trata o *caput* deste artigo.

- LEI ESTADUAL nº 14.368/2002 – Estabelece a política estadual de desenvolvimento do ecoturismo no Estado de Minas Gerais, estatuinto que:

Art. 5º - A implantação de empreendimento ou de serviço voltado para a exploração do ecoturismo dependerá da aprovação prévia, pelo órgão estadual competente, de projeto de exploração turística que inclua:

I - estudo do impacto da atividade econômica sobre os elementos discriminados no inciso I do artigo 3º desta Lei, com previsão de avaliação periódica;

II - ações voltadas para a conscientização e sensibilização do profissional atuante no empreendimento, do turista e da população local e fluente quanto à necessidade de preservação dos elementos discriminados no inciso I do artigo 3º desta Lei;

III - programa de redução de resíduos antrópicos e instalação de serviço para sua coleta, tratamento e destinação segura;

IV - definição de medidas destinadas à proteção da área e de seu entorno, entre as quais se incluem a determinação da capacidade de carga do local e a forma de utilização de trilhas e caminhos.

Parágrafo único - O não-cumprimento total ou parcial do disposto neste artigo implicará multa de 100 a 2.000 UFEMGs (cem a duas mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais) e o embargo do empreendimento, com a suspensão de suas atividades, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

- LEI ESTADUAL nº 15.258/2004 – Dispõe sobre a exploração econômica do turismo em represas e lagos do Estado de Minas Gerais, estabelecendo que:

Art. 1º – A exploração econômica do turismo em represa ou lago do Estado depende de aprovação do respectivo projeto pelo órgão estadual competente.

Art. 2º – O projeto de exploração econômica do turismo a que se refere o art. 1º, com vistas a demonstrar o atendimento às exigências de desenvolvimento sustentável e de prevenção à degradação do ecossistema, conterá:

I – definição da área a ser utilizada e levantamento dos recursos de biodiversidade da região;

II – determinação do grau de fragilidade do ambiente e de sensibilidade das espécies animais à presença humana;

III – projeção da capacidade de carga que o sítio pode suportar sem provocar degradação do ecossistema;

IV – estudo voltado para a preservação da biodiversidade, que incluirá plano de redução do resíduos gerados, seu tratamento e destinação final;

V – plano de controle do uso adequado dos recursos ou serviços disponíveis na área;

VI – programa de informação da população local sobre a importância econômica e social do turismo sustentável e da preservação da biodiversidade;

VII – previsão de medidas que preservem a identidade cultural dos habitantes e a diversidade natural da região, com detalhamento das ações de prevenção de degradação que repercuta nas tradições locais;

VIII – apresentação de roteiros para visitação turística, bem como planejamento da circulação de pessoas na área, com estabelecimento de regras de visitação e apresentação de caminhos em sistema de rodízio.

Parágrafo único – O poder público municipal acompanhará a elaboração do projeto de que trata o *caput* deste artigo, sendo sua aprovação requisito para a concessão do alvará municipal.

Art. 3º – O projeto a que se refere o art. 1º será elaborado por equipe multidisciplinar de profissionais habilitados, inscritos nos órgãos de classe competentes.

Art. 4º – O projeto a que se refere o art. 1º será submetido à análise conjunta de técnicos das áreas de meio ambiente e turismo, nos termos de regulamento.

Parágrafo único – O recebimento, pelo órgão a que se refere o art. 1º, do projeto de exploração econômica do turismo em represa ou lago depende de sua aprovação prévia pelo Município sede do empreendimento.

- LEI ESTADUAL nº 16.686/2007 – Dispõe sobre a prática de esporte de aventura no estado de Minas Gerais, estabelecendo que:

Art. 2º A prática dos esportes de aventura pautar-se-á pela preservação da integridade física de seus praticantes, observado ainda o controle dos impactos da atividade sobre o meio ambiente e as comunidades envolvidas.

Art. 3º São requisitos para a promoção do esporte de aventura, nos termos a serem definidos no regulamento desta Lei:

I - autorização do Corpo de Bombeiros Militar para a realização da atividade;

II - autorização do órgão competente para a utilização de locais públicos ou privados para a realização da atividade;

III - responsabilização técnica de profissional habilitado pela atividade;

IV - utilização de equipamento e técnicas adequadas à atividade;

V - acompanhamento das atividades por monitores habilitados;

VI - prestação de primeiros socorros no local onde se realize a atividade, se necessário;

VII - condições de resgate da vítima, em caso de acidente.

Parágrafo único. Os equipamentos utilizados na prática de esportes de aventura devem apresentar certificado de qualidade expedido pelo órgão responsável em nível estadual ou federal.

4.7.2.3 – FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO TURÍSTICA DA PROPRIEDADE

Um outro aspecto que não pode ser negligenciado pelo Ministério Público diz respeito à fiscalização do cumprimento da função turística da propriedade, seja ela pública ou privada.

Antônio Carlos Brasil Pinto conceitua a função turística da propriedade nos seguintes termos:

A propriedade, pública ou privada, rural ou urbana, cumpre sua função turística quando, tomada em conjunto ou individualmente, não interfere na harmonia e contribui para a preservação e valorização de locais ou porção do território que desencadeiam e favorecem o fenômeno turístico e o especial interesse de visitação, ante seu grande significado histórico, artístico, paisagístico, pitoresco, natural, estético, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico ou cultural, ou traduzam referências à identidade, à ação, e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade nacional.²⁸⁴

Segundo Luciano Furtado Loubet, para que a propriedade de valor turístico cumpra sua função social, deve ela exercer dois atributos, um positivo e outro negativo: o positivo consiste em contribuir para a harmonia ou melhora do local para fomentar o fenômeno turístico; o negativo, consiste em abster-se de causar quaisquer danos.²⁸⁵

Exemplificando medidas que podem ser adotadas para se alcançar o cumprimento da função turística da propriedade, aduz o mesmo autor:

Em relação ao proprietário podem ser exigidas ações no sentido de, entre outras, conservar a propriedade – ajudando no fomento do turismo – ou omissões, tais como a não-construção de imóvel que venha a romper o equilíbrio arquitetônico ou

²⁸⁴ Op. Cit, p. 122.

²⁸⁵ LOUBET, Luciano Furtado. **Regime jurídico do ecoturismo e o papel do Ministério Público em sua defesa e controle.**

paisagístico do local, que venha a prejudicar o interesse turístico.

No que pertine à Administração Pública, podem ser exigidas condutas omissivas – como a de não causar, com obras públicas, danos à paisagem de interesse turístico – e comissivas, como compeli-la a declarar certo bem ou bens como de interesse turístico, para os fins da Lei nº 6.513/77.

Sobre o tema, trazemos à colação os seguintes precedentes jurisprudenciais:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO ECOLÓGICO - EDIFICAÇÃO EM MORRO LITORÂNEO - DESATERRO DO LOCAL, EM FUNÇÃO DAS OBRAS, A ALCANÇAR O PATRIMÔNIO ESTÉTICO, TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO - DIREITOS MERECEDORES DE TUTELA JURÍDICA, A TEOR DA LF 7.347/85 - IMPOSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PREPONDERAR SOBRE LEGISLAÇÃO FEDERAL - NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO MEIO LOCAL - PROGRESSIVA DETERIORAÇÃO DESTE QUE NÃO JUSTIFICA SUA MAIOR PROTEÇÃO - AÇÃO PROCEDENTE - CONDENAÇÃO DA RÉ A ABSTER-SE DE UTILIZAR O ALVARÁ, BEM COMO A REPARAR O DANO - RECURSO PROVIDO. (TJSP - APELAÇÃO 157.725-1/3 - QUINTA CÂMARA CIVIL. REL. DES. MARCO CESAR - J. 20/02/92).

MUNICÍPIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MUNICÍPIO. CAPELAS. MANUTENÇÃO E PRESERVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. Tem o município o dever de manutenção e preservação das capelas, por constituírem estas, patrimônio cultural do município, mormente quando, no caso, a capela já se transformou em ponto turístico da região. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada com acerto. (Agravado de Instrumento nº 598117679, 5ª Câmara Cível do TJRS, Caxias do Sul, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha. j. 18/03/1999).

4.7.2.4 – DEFESA DO DIREITO AO TURISMO

Tendo em vista a normatização constitucional vigente, é possível se afirmar que o direito ao turismo é uma faceta do direito ao lazer e também ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

Por isso, os bens turísticos deverão, via de regra, estar disponíveis para a visitação a fim de se assegurar o gozo público e a fruição coletiva.

Mas, obviamente, a visitação pode ser objeto de restrições e condicionamentos objetivando a proteção, o acatamento e a sustentabilidade do bem turístico ou mesmo a segurança dos turistas.

Neste sentido:

Mandado de segurança. Parque Florestal. Acesso. Controle. Meio ambiente. Preservação. Particular. Privilégios. Direito líquido e certo. Inexistência. O controle de acesso de visitantes a UNIDADE DE CONSERVAÇÃO (Parque Estadual do Ibitipoca),

mediante a aquisição individual de ingressos, é providência equânime, que atende aos princípios de que trata o art. 37 da Constituição Federal e à preservação do meio ambiente, que recebeu especial destaque no seu art. 225, como bem de uso comum do povo. Ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização dos bens de interesse comum do povo. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG - 1.0000.00.244079-0/000(1) – Rel. Des. Almeida Melo – j. 11/06/2002)

Mas quando a restrição for desmotivada ou desarrazoada, pode o Ministério Público lançar mão da ação civil pública para assegurar o direito à visitação turística, havendo, inclusive, julgado a tal respeito:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIVRE ACESSO E PRESERVAÇÃO DE PATRIMÔNIO PAISAGÍSTICO, HISTÓRICO E CULTURAL. FORTE DOS REIS MAGOS E PRAIA DO FORTE. O direito de uso de terreno de marinha ou acrescido não compreende o de impedir o acesso a bem público de uso especial nele encravado nem o de restringir a fruição de bem comum do povo. - Acesso à “Praia” e ao “Forte dos Reis Magos”. (TRF – 5ª Região - AC - Apelação Cível – 243633 – RN - Proc. 200105000047266 – Terceira Turma. Rel. Desembargador Federal Ridalvo Costa. J. 13/05/2004)

4.7.3 – ELABORAÇÃO E APROVAÇÃO DE PLANOS DIRETORES PELAS CIDADES TURÍSTICAS

O plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana do município, sendo sua razão precípua determinar a função social da propriedade. Aprovado por lei, ele deve conter diretrizes técnicas para o desenvolvimento físico, social, cultural, econômico e administrativo do município.

O art. 41, inciso IV, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2003) determina que todos os municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico devem ter seus planos diretores aprovados. Segundo o Ministério das Cidades (Parecer CONJUR/Ministério das Cidades nº 949/2007), enquadram-se na hipótese de obrigatoriedade os municípios integrantes de circuitos turísticos e os reconhecidos como detentores de potencial turístico pela Embratur.

Embora o Estatuto da Cidade não tenha estabelecido prazo limite para a aprovação dos planos diretores pelos municípios turísticos, não é razoável que se espere indefinidamente a implementação desses instrumentos, que são importantíssimos para o desenvolvimento sustentável das cidades e para a própria proteção de seus atrativos culturais e turísticos.

Por isso, deve o Ministério Público adotar medidas administrativas (expedição de recomendação, celebração de termo de compromisso, v.g.) ou mesmo judiciais para o cumprimento de tal obrigação legal pelos municípios em prazo razoável.

4.8 - TÉCNICAS DE ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

4.8.1 – MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO

O eminente doutrinador e atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman Benjamin, em crítica à atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente, aponta o *judicialismo* como uma das características marcantes do modelo tradicional de agir do *Parquet*, fulcrado no equívoco de se imaginar que o processo judicial é sempre a melhor forma de solução dos conflitos ambientais.

Alertando para o risco de se construir um modelo ministerial em que o Promotor de Justiça restringe sua atuação aos autos judiciais, transformando a Promotoria em casulo, protetor num sentido, mas profundamente limitante num outro, o Mestre adverte que:

A atuação do Ministério Público sofre de um apego exagerado a soluções judiciais, sob a equivocada idéia de que o mandamento constitucional que obriga a intervenção institucional cumpre-se em grande medida no momento da propositura da ação civil pública. Na verdade, tão ou mais relevante que a utilização de ação civil pública é a formulação e acompanhamento de projetos legislativos (ordinários ou regulamentares), o controle do exercício do poder de polícia pelos órgãos ambientais (em especial a expedição de licenças) e a própria atividade de prevenção como um todo.²⁸⁶

Marcelo Pedrosa Goulart, também criticando o modelo demandista de atuação ministerial, adverte:

O membro do Ministério Público deve ter claro que sua atuação não se limita ao processo, sob pena de total ineficácia social de seu trabalho. Os conflitos decorrentes da tutela desses interesses superam, evidentemente, os aspectos jurídico-processuais e a arena de luta não se restringe ao espaço físico dos tribunais.²⁸⁷

Realmente, o acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais não se alcança somente na via judiciária, pelo que é necessário que, em parêntese às formas de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, sejam colocadas à disposição da população e dos órgãos competentes meios alternativos de resolução de conflitos, na busca da justiça e da paz social. A resolução dos conflitos ambientais através da construção do consenso entre as partes envolvidas viabilizando a adoção das medidas a serem tomadas em prol do ambiente são as mais indicadas.²⁸⁸

²⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente. In: ALVES, Airton Buzo et al. (Org.). **Funções institucionais do Ministério Público**. p. 395-396.

²⁸⁷ GOULART, Marcelo Pedrosa. Missão Institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, p. 26.

²⁸⁸ SCALASSARA, Lecir Maria. **Conflitos ambientais: o acesso à justiça e os meios alternativos de solução de con-**

Com efeito, não se concebe hodiernamente que os membros do Ministério Público – mormente os que atuam na defesa de direitos difusos e coletivos – se transformem em meros e contumazes repassadores de demandas ao Poder Judiciário, como se acoметidos do chamado *complexo de Pilatos*, caracterizado por *lavar as mãos* e transferir a responsabilidade pela resolução de determinado problema a terceira pessoa. Como bem ressalta Jaques de Camargo Penteado: “Um Promotor de Justiça não é o porteiro de teatro que anseia pelo encerramento do recital para fechar as portas do edifício”.²⁸⁹

Essa concepção de um Ministério Público *demandista* –, em que o membro do *Parquet* tem como horizonte unicamente a atuação perante o Poder Judiciário, sendo um mero agente processual – se opõe à moderna tendência de se privilegiar a atuação do Ministério Público *resolutivo* marcado pela tentativa de se esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas).²⁹⁰

Salienta Marcelo Pedrosa Goulart que a atuação demandista do Ministério Público é marcada pela transferência para o Poder Judiciário, via ação civil pública, a solução de todas as questões que lhe são postas pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Judiciário, em que os resultados práticos da atuação ministerial são desastrosos, pois o Judiciário, não raras vezes, responde mal às demandas que envolvem interesses coletivos e difusos, negando vigência aos novos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988 e nas leis democratizantes.²⁹¹

Em contrapartida, como bem colocado por Ximena Cardozo Ferreira, na esfera extrajudicial trabalha-se com o consenso, contando o Ministério Público com a boa-vontade do responsável para o cumprimento voluntário das obrigações, o que passa a inexistir quando do ajuizamento de demanda perante o Poder Judiciário. De outra parte, extrajudicialmente pode o Ministério Público obter resultados mais efetivos, não só pela celeridade ou até imediatidade, mas também pela qualidade da atitude pretendida.²⁹²

flitos. Disponível em: <<http://www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/include/getdoc.php?id=146&artid e=51&mode=pdf>> Acesso em: jan. 2007.

²⁸⁹ PENTEADO, Jaques de Camargo. Ética do promotor de justiça. In: ALVES, Airton Buzo et al. (Org.). **Funções institucionais do Ministério Público**. p. 16.

²⁹⁰ GOULART, Marcelo Pedrosa. Missão Institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, p. 27.

²⁹¹ GOULART, Marcelo Pedrosa. Missão institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, p. 28.

²⁹² FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/>

Realmente, ante a notória ineficiência da máquina judiciária brasileira tem prevalecido, nos dias atuais, a tendência de se incentivar a atuação ministerial resolutiva, orientada pela politização e desjudicialização de suas atividades (o acionamento do Poder Judiciário como *ultima ratio*). De fato, tem a Instituição – em saudável evolução interna – optado, hodiernamente, pela busca da composição na via administrativa, relegando a judicialização das questões ambientais a segundo plano (na hipótese de insucesso extrajudicial).²⁹³

Sílvia Cappelli elenca os motivos dessa novel posição institucional:

- a) morosidade no julgamento das demandas – mesmo reconhecendo-se a costumeira complexidade das ações civis públicas por envolverem a formação de uma prova altamente técnica, a qualidade de título executivo extrajudicial do compromisso de ajustamento, expressamente prevista em lei e confirmada pela jurisprudência, confere inegável vantagem à utilização do segundo, comparativamente à primeira.
- b) é ainda preponderante a visão privatista da propriedade, a opção pelos valores da livre iniciativa e do crescimento econômico em detrimento das questões ambientais nos arestos que apreciam a matéria;
- c) maior abrangência do compromisso de ajustamento do que da decisão judicial em face dos reflexos administrativos e criminais;
- d) menor curso, já que o acesso à Justiça é caro (*v. g.* custo pericial, honorários advocatícios);
- e) maior reflexo social da solução extrajudicial, ao permitir o trato de problemas sob diversas óticas: por ecossistemas e por bacias hidrográficas (promotorias regionais, temáticas e volantes), por assuntos (permitindo estabelecer prioridades, bem como a realização de audiências públicas e a intervenção da comunidade, o que resultará na obtenção de decisões consensuais e, conseqüentemente, maior efetividade do trabalho).

No campo prático, para alcançar esse patamar de resolutividade, o Ministério Público deve:²⁹⁴

- a) transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação;
- b) atuar integralmente e em rede nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global –, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas;

ambiente/doutrina. Acesso em: jan. 2007.

²⁹³ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental.** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina>>. Acesso em: jan. 2007.

²⁹⁴ GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, p. 29-30.

- c) transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da sociedade civil planetária;
- d) buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação).

O ilustrado Professor Gregório Assagra de Almeida de igual sorte destaca a importância da atuação resolutiva do Ministério Público para defesa dos interesses coletivos, asseverando com absoluta propriedade:

É de fundamental importância a atuação do Ministério Público para a proteção dos direitos ou interesses coletivos no plano extrajudicial. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas (como a principal delas, a ACP), da solução dos conflitos coletivos não tem sido eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade; muitas vezes extingue os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é a instância mais legítima e democrática para dar efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade.

O papel do Ministério Público resolutivo na defesa dos interesses sociais deve ser exercido de forma efetiva em todas as suas esferas de atuação. Na área criminal, é imprescindível a sua inserção no seio social, para que se inteire das verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas públicas de atuação dos órgãos públicos, além de atuar diretamente na investigação das condutas criminosas que mais abalam a sociedade; combaterá, assim, o crime organizado da forma mais efetiva possível. No campo dos direitos ou interesses coletivos, o Ministério Público deverá atuar de forma preventiva, para evitar a violação desses direitos sociais, instaurando os procedimentos necessários para esse fim, e de forma repressiva, com a realização de termo de ajustamento de conduta, visando a reparação dos danos causados no seio social.

[...]
O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso a uma ordem jurídica realmente legítima e justa. Os membros dessa instituição democrática devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos.²⁹⁵

Há de se ressaltar que a opção pelos meios de solução extrajudicial de conflitos não pode se dar

²⁹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** p. 510-512.

apenas em razão da lentidão dos processos e com o intuito de desafogar o Poder Judiciário, mas, sobretudo, com o intuito e o cuidado de assegurar a garantia dos direitos fundamentais. A adoção de meios alternativos de resolução de conflitos representa tentativa efetiva de aumentar o acesso à justiça, vez que não se pode confundir o acesso ao judiciário com o acesso à justiça. O acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser garantido por um Estado que pretenda não apenas proclamar, mas efetivamente assegurar direitos a todos. E o alcance aos direitos individuais e sociais garantidos pela Constituição pode ser obtido tanto na via jurisdicional e formal, como na via alternativa de solução de conflitos através dos meios extrajudiciais de solução de conflitos.²⁹⁶

Com efeito, numa época em que se privilegia a atuação do poder público como parceiro da resolução dos conflitos em detrimento do seu atuar repressivo e cominatório, até mesmo como meio de aumentar a efetividade do controle social pela conhecida falibilidade do nosso aparelho jurisdicional é importante aproveitar-se todas as formas alternativas de resolução dos conflitos que previstas encontram-se no sistema, como meio de legitimar os atos do poder e levar a uma menor resistência das partes em conflito, assegurando o alcance consensual da Justiça.

Trata-se de um novo enfoque de acesso à Justiça, que tem um alcance extremamente amplo, concentrando sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos capazes de prevenir e solucionar disputas nas sociedades modernas, deixando de lado a ultrapassada *cultura do litígio*. Nesse sentido, a diversificação das formas de acesso à justiça mostra-se como uma providência indispensável e elementar para se alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira como verdadeiro Estado Democrático de Direito, uma vez que contribui para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, para a afirmação da dignidade da pessoa humana e para a promoção do bem coletivo.

Não resta dúvida de que voltando suas forças primeiramente para uma forma de atuação resolutiva o Ministério Público estará apto a cumprir a função mediadora que o mundo contemporâneo requer, habilitando-se como agente privilegiado na luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos da cidadania.

Assim, para a solução dos conflitos ambientais, mostra-se como recomendável a adoção primordial das vias alternativas, que levam à construção de uma solução negociada, garantindo-se o celeridade

acesso à justiça e evitando-se prejuízos para o meio ambiente e para a sociedade como um todo.

O acionamento da via judiciária deve ser deixado para os casos em que todas as tentativas de solução extrajudicial mostraram-se frustradas ou quando a transação e o consenso não forem permitidos pela legislação vigente, como é o caso da responsabilização por atos de improbidade administrativa.²⁹⁷

4.8.2 – A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OMBUDSMAN NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E TURÍSTICO

A nova escala de prioridades que foi instituída pela Constituição Federal de 1988 no plano principiológico da atuação do novel *Parquet*, acabou por conferir redobrada importância às atribuições extrajudiciais. Essa forma de controle da legalidade e do cumprimento dos direitos assegurados pela Constituição, própria da função de *ombudsman*²⁹⁸, é uma valiosa ferramenta de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, deveres impostos pelo art. 127 da *lex fundamentalis*.²⁹⁹

Realmente não resta dúvida de que ao Ministério Público brasileiro foi conferida uma função de *ombudsman* (defensor do povo – art. 129, II, CF/88), visto que lhe compete agir como um dos instrumentos de tutela do cidadão na busca do reconhecimento dos seus direitos, e, sobretudo respeito dos órgãos públicos àqueles que os procuram.

Essa função de *ombudsman* outorgada ao Ministério Público brasileiro tem suas origens vinculadas à legislação escandinava, onde tal agente atua como ponto de convergência de críticas, denúncias e sugestões, devendo providenciar a extração de seu sumo e, posteriormente, encaminhar recomendações de aperfeiçoamento aos respectivos órgãos, sem prejuízo da remessa de elementos necessários aos agentes responsáveis pelo controle repressivo.³⁰⁰

²⁹⁷ Lei nº 8.429/92: “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar. § 1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.”

²⁹⁸ A figura do *Ombudsman* surgiu na Suécia, no início do século XIX, em um claro fortalecimento dos direitos do cidadão diante do poder do Estado. A sua função era de fiscalizar a aplicação das leis por parte dos funcionários públicos. *Ombudsman*, expressão de origem nórdica, resulta da junção da palavra *ombud* que significa “representante”, “procurador” com a palavra *man* – homem e não comporta variação de número ou gênero.

²⁹⁹ BRASIL, Luciano de Faria. A recomendação no âmbito do inquérito civil. Breves notas sobre o instituto. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, p. 118.

³⁰⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco *apud* BRASIL, Luciano de Faria. A recomendação no âmbito do inquérito civil. Breves notas sobre o instituto. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, p. 105.

²⁹⁶ SCALASSARA, Lecir Maria. Conflitos ambientais: o acesso à justiça e os meios alternativos de solução de conflitos. Disponível em: <<http://www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/getdoc.php?id=146&artid=51&mode=pdf>>. Acesso em: jan. 2007.

Em nossa realidade, a realização de reuniões e de audiências públicas, a expedição de recomendações pelo Ministério Público são algumas das formas de expressão da atividade própria do *ombudsman*, figura trazida em boa hora para o nosso ordenamento jurídico, uma vez que permite o acesso à Justiça sem a necessidade do acionamento do Poder Judiciário.

Indicamos, a seguir, alguns aspectos que devem ser verificados pelos Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural a fim de se alcançar a melhor proteção dos bens culturais principalmente pelos municípios:

1. Legislação abrangente e adequada

Ter uma legislação vaga e imprecisa sobre o patrimônio cultural pouco adianta. A legislação municipal deve ser abrangente, contemplando de forma clara e pormenorizada os diversos instrumentos e órgãos de defesa e promoção do patrimônio cultural (tais como registro do patrimônio imaterial, inventário e seu regime jurídico, tombamento, gestão documental, poder de polícia, infrações e sanções administrativas, educação patrimonial, Conselho e Fundo Municipal de Patrimônio Cultural, dentre outros).

Por isso, os Promotores devem estimular a edição de normas que contemplem os diversos instrumentos protetivos (tais como registros, inventários, tombamento, gestão documental, poder de polícia, educação patrimonial etc.) e os órgãos de defesa e promoção do patrimônio cultural (Departamento, Conselho e Fundo Municipal de Patrimônio Cultural).

2. Conselho Municipal de Defesa do Patrimônio Cultural capacitado e atuante

O Conselho Municipal de Defesa do Patrimônio Cultural deve ser representativo dos diversos segmentos da sociedade civil e do poder público, exercendo suas competências de forma independente, sempre embasado em fundamentos técnicos e na lei. Não basta a mera criação formal (no papel) do Conselho. Ele deve funcionar efetivamente e os Conselheiros devem estar devidamente capacitados para tanto.

3. Fundo Municipal do Patrimônio Cultural em funcionamento

A criação do FUMPAC objetiva facilitar a adoção de medidas de defesa e promoção do patrimônio cultural mediante a previsão de recursos financeiros específicos para ações de preservação e conservação de bens culturais, além do fortalecimento e capacitação dos órgãos envolvidos com a temática. Trata-se de um dos mais importantes instrumentos para o funcionamento eficiente, democrático e sustentável de políticas de proteção ao patrimônio cultural comprometidas com resultados.

Os valores recebidos a título de ICMS Cultural devem ser destinados ao Fundo para que sua aplicação se dê, sobretudo, em benefício da conservação e promoção dos bens responsáveis pela geração dos recursos.

Com a instituição e o funcionamento adequado do Fundo saem ganhando o patrimônio cultural, a comunidade e o poder público.

Por isso, recomenda-se aos Promotores de Justiça com atribuição na defesa do patrimônio cultural e turístico que adotem as medidas cabíveis para que os valores recebidos pelos Municípios a título de ICMS Cultural (Lei Robin Hood) sejam prioritariamente revertidos em benefício da preservação e conservação de bens culturais protegidos.

4. Busca de fontes alternativas de recursos para investimentos na área

Existem diversas possibilidades de se conseguir recursos extra-orçamentários para o investimento na defesa do patrimônio cultural. O Fundo Estadual de Cultura (FEC), o Fundo Federal de Direitos Difusos Lesados (FUNDIF), o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), além de programas específicos do Ministério das Cidades e Ministério do Turismo são algumas das alternativas para se conseguir recursos para aplicação na restauração de bens culturais, elaboração de plano diretor etc. É preciso manter contato constante com esses órgãos.

5. Equipe técnica capacitada

O Município deve contar com profissionais com qualificação técnica necessária à gestão adequada dos bens culturais existentes no município (arquiteto, historiador etc). Os profissionais devem estar disponíveis para prestar seus serviços de forma contínua, e não esporádica. É possível, inclusive, a formação de consórcios entre municípios para se atingir tal finalidade.

6. Publicidade dos atos relativos ao patrimônio cultural

Todos os atos relativos à proteção e gestão do patrimônio cultural devem ser amplamente divulgados para conhecimento da população em geral, pois são atos públicos. Sugere-se a publicação de atas de reunião do Conselho Municipal, Deliberações, Decretos, Fichas de Inventário etc. nos meios de comunicação local (jornais, informativos etc.) e também na Internet.

7. Edição de Plano Diretor

O Plano Diretor é uma das leis mais importantes para a organização e desenvolvimento sustentável dos municípios, uma vez que é a base de todo o planejamento das cidades, a fim de se buscar o bem-estar de seus habitantes.

O Plano Diretor não é uma mera formalidade, mas sim um instrumento importantíssimo para o desenvolvimento sustentável das cidades e para a proteção de seus atrativos culturais e turísticos, uma vez que estabelece as bases legais e os mecanismos necessários para isso. Várias Universidades e Fundações Públicas prestam assessoria aos municípios para a elaboração de planos diretores.

8. Envolvimento com outros órgãos de proteção

A atuação do Município na defesa do patrimônio cultural não deve ser solitária. Ao contrário, os municípios devem buscar maior aproximação e celebração de parcerias com os demais órgãos de proteção e fiscalização, tais como: Ministério da Cultura, IPHAN, Secretaria Estadual de Cultura, IEPHA, Corpo de Bombeiros, CREA etc.

9. Desenvolvimento Contínuo de Ações de Educação Patrimonial e Promoção do Patrimônio Cultural

A educação patrimonial é um dos instrumentos mais importantes para a defesa do patrimônio cultural, pois ela exerce a função de interligar o indivíduo ao seu passado, de maneira tal que os bens culturais portadores de memória começam a ser valorizados e tendem a ser preservados.

As ações de educação patrimonial devem ocorrer durante todo o ano. Visitas a bens culturais protegidos, museus; realização de feiras de cultura; concursos de redações e de trabalhos sobre o patrimônio cultural e distribuição de cartilhas educativas são algumas das ações possíveis.

10. Parcerias com o entes públicos e com a comunidade

O Ministério Público deve estabelecer parcerias com os órgãos públicos municipais (Secretaria Municipal de Cultura, Conselho Municipal de Patrimônio Cultural) estaduais (Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA, Corpo de Bombeiros Militar, Secretaria Estadual de Cultura) e federais (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, Ministério da Cultura), bem como com organizações não governamentais objetivando uma atuação conjunta em defesa dos bens culturais.

4.8.3 – MODELOS DE PEÇAS PRÁTICAS

Peças práticas relativas à atuação extrajudicial do Ministério Público (recomendações, TACs, Portarias, modelos de leis municipais etc.) podem ser encontradas no site da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais (www.mp.mg.gov.br > Execução > Coordenadoria do Patrimônio Cultural > Peças Práticas)

4.9 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Patrimônio Cultural

- Lei nº 11.258/1993 – Reorganiza o Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA-MG – e dá outras providências.
- Lei nº 11.726/1994 – Dispõe sobre a política cultural do Estado de Minas Gerais.
- Lei nº 12.701/1997 – Dispõe sobre a valorização da Língua Portuguesa no Estado.
- Lei nº 14.007/2001 – Declara o trecho mineiro do Rio São Francisco patrimônio cultural, paisagístico e turístico do Estado e dá outras providências.
- Lei nº 15.297/2004 – Estabelece critérios para a oferta e a aceitação de presentes por autoridades públicas e agentes políticos e dá outras providências.
- Decreto nº 42.505/2002 – Institui as formas de registros de bens culturais de natureza imaterial ou intangível que constituem patrimônio cultural de Minas Gerais.
- Decreto nº 44.780/2008 – Contém o Estatuto do Instituto Estadual do patrimônio histórico e artístico de Minas Gerais – IEPHA-MG.
- Decreto nº 44.785/2008 – Contém o Regimento Interno do Conselho Estadual do Patrimônio Cultural – CONEP.

Patrimônio Turístico

- Lei nº 13.173/1999 – Dispõe sobre o Programa de Incentivo ao Desenvolvimento do Potencial Turístico da Estrada Real.
- Decreto nº 41.205/2000 – Regulamenta a Lei nº 13.173, de 20 de janeiro de 1999, que dispõe sobre o Programa de Incentivo ao Desenvolvimento do Potencial Turístico da Estrada Real.
- Lei nº 14.368/2002 – Estabelece a Política Estadual de Desenvolvimento do Ecoturismo.
- Decreto nº 43.321/2003 – Dispõe sobre o reconhecimento dos circuitos turísticos e dá outras providências.
- Decreto nº 43.850/2004 – Regulamenta a Lei nº 14.368, de 19 de julho de 2002, que dispõe sobre a Política Estadual de Desenvolvimento do Ecoturismo.
- Lei nº 15.258/2004 – Dispõe sobre a exploração econômica do turismo em represas e lagos do Estado de Minas Gerais.
- Lei nº 16.686/2007 – Dispõe sobre a prática de esporte de aventura no Estado.

LEGISLAÇÃO FEDERAL

Acessibilidade aos bens culturais

- Instrução Normativa IPHAN nº 01/2003 - Dispõe sobre a acessibilidade aos bens culturais imóveis acautelados em nível federal, e outras categorias, conforme específica.

Apoio à cultura

- Lei nº 8.313/91 – Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC – e dá outras providências.

Arquivos públicos e privados

- Lei nº 8.159/91 – Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.
- Decreto nº 2.134/97 – Regulamenta o art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a categoria dos documentos públicos sigilosos e o acesso a eles, e dá outras providências.
- Decreto nº 2.942/99 – Regulamenta os arts. 7º, 11 e 16 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.

Comércio e exportação de bens culturais

- Lei nº 4.845/65 – Proíbe a saída, para o Exterior, de Obras de Arte e Ofícios Produzidos no País, até o Fim do Período Monárquico.
- Decreto nº 3.166/99 – Promulga a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.
- Instrução Normativa IPHAN 01/07 – Dispõe sobre o Cadastro Especial dos Negociantes de Antiguidades, de Obras de Arte de Qualquer Natureza, de Manuscritos e Livros Antigos ou Raros, e dá outras providências.

Educação ambiental

- Lei nº 9.795/99 – Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências.
- Decreto nº 4.281/2002 – Regulamenta a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, e dá outras providências.

Museus

- Decreto nº 5.264/2004 – Institui o Sistema Brasileiro de Museus e dá outras providências.

Patrimônio arqueológico

- Lei nº 3.924/61 – Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos.
- Lei nº 7.542/86 – Dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

Patrimônio bibliográfico

- Decreto nº 520/1992 – Institui o Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas, e dá outras providências.
- Lei nº 10.994/2004 – Dispõe sobre o depósito legal de publicações, na Biblioteca Nacional, e dá outras providências.

Patrimônio espeleológico

- Portaria IBAMA Nº 887/1990
- Decreto nº 99.556/1990 – Dispõe sobre a Proteção das Cavidades Naturais Subterrâneas Existentes no Território Nacional, e dá outras providências.

Patrimônio ferroviário

- Lei nº 11.483/2007 – Dispõe sobre a revitalização do setor ferroviário, altera dispositivos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.

Patrimônio imaterial

- Decreto nº 3.551/2000 – Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.

Patrimônio paleontológico

- Decreto-Lei nº 4.146/42 – Dispõe sobre a proteção dos depósitos fossilíferos.

Patrimônio turístico

- Lei nº 6.513/77 – Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências.

Povos e comunidades tradicionais

- Decreto nº 4.887/2003 – Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
- Instrução normativa INCRA nº 16, de 24 de março de 2004 – Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
- Decreto nº 6.040/2007 – Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Tombamento

- Decreto-Lei nº 25/37 – Organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
- Decreto-Lei nº 3.866/41 – Dispõe sobre o cancelamento de tombamento de bens do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
- Lei nº 6.292/75 – Dispõe sobre o tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).
- Lei nº 10.413/2002 – Determina o tombamento dos bens culturais das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização.

4.10 - JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência Cível

1 - Bens inventariados

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO DO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE. SOBRADO "HOTEL GAÚCHO". INEXISTÊNCIA DE TOMBAMENTO. DEMOLIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Ação civil pública para defesa do patrimônio histórico da Cidade do Rio Grande, em face da relevância histórica do sobrado Hotel Gaúcho, conforme inventário desenvolvido pelo IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, IPHAE - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado, e Município de Rio Grande. Demonstração de verossimilhança nas alegações do Ministério Público e de efetivo risco de dano irreparável com a possibilidade concreta de demolição do prédio. Multa arbitrada com razoabilidade para as peculiaridades do caso. Agravo desprovido. Decisão mantida. (TJRS - Agravo de Instrumento nº 70008174195 - Terceira Câmara Cível – Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino - Julgado em 27/05/2004).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL SOB SUSPEITA DE SER INVENTARIADO COMO BEM CULTURAL DE CANOAS PELO CARÁTER HISTÓRICO. LEGITIMIDADE ABRANGENTE DE QUALQUER CIDADÃO PARA IMPEDIR A DEMOLIÇÃO DO IMÓVEL, DADO O INTERESSE PÚBLICO REPRESENTADO PELA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO. NÃO SE MOSTRA CORRETO ARRISCAR A MEMÓRIA COLETIVA EM PROL DE UM INTERESSE PRIVADO QUE SEQUER DOCUMENTALMENTE LHE ASSEGURA O EXERCÍCIO DA POSSE E PROPRIEDADE SOBRE A ÁREA, LEVANDO EM CONTA AS DIVERSAS DEMANDAS E EMBATES JURÍDICOS QUE ESTÃO A OCORRER NA LUTA PELO LOCAL QUE VEM SENDO TRAVADA NOS ÚLTIMOS ANOS. AGRAVO IMPROVIDO. (TJRS Agravo de Instrumento Nº 70001112663, Décima Sétima Câmara Cível, Rel^{ra}: Elaine Harzbeim Macedo, Julgado em 08/08/2000)

MANDADO DE SEGURANÇA. PATRIMÔNIO ARTÍSTICO E CULTURAL. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SE MOSTRA COMO VIA ADEQUADA A DEMOLIÇÃO DE PRÉDIO AINDA NÃO TOMBADO COMO PATRIMÔNIO ARTÍSTICO E CULTURAL DO MUNICÍPIO. MAS JÁ INVENTARIADO COMO TAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEVER DO PROPRIETÁRIO EM PROCEDER AOS REPAROS. NA FORMA DO ART. 1528 DO CC. APELAÇÃO NÃO-PROVIDA. (Apel. Cív. Tribunal de Justiça do RS – Rel. Henrique Osvaldo Poeta Roenick – J. 10/04/2002)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMÓVEL. DEMOLIÇÃO. ALVARÁ. CADASTRO DE INVENTÁRIO DE PROTEÇÃO DO ACERVO CULTURAL. INSCRIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. Para que se possa conceder a segurança pretendida, imprescindível que o direito invocado esteja revestido de liquidez e certeza, tendo em vista que o instituto não comporta fatos passíveis de dúvidas ou de futuras provas. Não assiste direito líquido e certo ao proprietário de imóvel à obtenção de alvará de demolição, na hipótese de o bem estar arrolado no inventário de proteção do acervo do município. Malgrado a Administração não possa postergar, de forma demasiada, a análise do interesse no tombamento do imóvel, a questão deve ser discutida nas vias ordinárias. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.06.082867-4/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS – REL. DES. ANTÔNIO SÉRVULO)

ADMINISTRATIVO - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL - LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. As limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários determinados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o titular tem o poder de usar,

gozar, e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver” (PIETRO, Maria Sylvia Z. di. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 118). É o caso típico em análise, onde o objetivo é resguardar imóveis de potencial interesse histórico. Ora, mesmo não tendo sido tombado, o imóvel em questão era objeto de uma outra modalidade de restrição do Estado sobre a propriedade privada, qual seja a que restringe exatamente o direito de demolir qualquer edificação sem prévia autorização do Poder Público. Esta restrição se agrava, quando se trata de construções antigas, pela probabilidade de se tratarem de imóveis de interesse histórico-cultural. (TJSC – AC-MS 2004.012131-8 – Florianópolis – 3ª CDPúb. – Rel. Des. Luiz César Medeiros – J. 05/09/2006)

2 - Conservação de bens tombados

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL. TOMBAMENTO. OURO PRETO. CONSERVAÇÃO DE IMÓVEL DE RELEVÂNCIA HISTÓRICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER FIXADA EM DESEFAVOR DO PROPRIETÁRIO. ADEQUAÇÃO E RELEVÂNCIA DA MEDIDA. O Tombamento, como se sabe, restringe o uso de determinado bem imóvel, pondo em relevo o interesse coletivo e social em face do direito individual de propriedade. Da restrição imposta pelo Poder Público decorre algumas implicações para o proprietário, dentre as quais encontra-se a obrigação de “fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p.138, 14 ed. 2002, Atlas). (TJMG – Apelação cível Nº 1.0461.03.011580-6/001 – Comarca de Ouro Preto - 1ª C.Civ.- Rel. Geraldo Augusto DJPR 31/07/2007) CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMÓVEL TOMBADO. PRÉDIO QUE INTEGRA O CONJUNTO ARQUITETÔNICO E PAISAGÍSTICO DE SÃO LUÍS/MA. RECUPERAÇÃO E CONSERVAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO, QUANDO HÁ CAPACIDADE FINANCEIRA PARA EMPREENDER AS OBRAS. A responsabilidade do proprietário de imóvel tombado de realizar obras de conservação se configura quando há capacidade financeira para tanto. Caso em que o dono do imóvel tombado objeto da ação é o próprio Estado do Maranhão, Apelante, que também tem a obrigação constitucional de proteger bens de valor histórico, impedindo a sua destruição e descaracterização (art. 23, III e IV, CF). O Apelante foi condenado a promover obras urgentes de restauração e conservação do imóvel descrito na petição inicial, compatíveis com natureza do tombamento e com as diretrizes a serem previamente apontadas pelo IPHAN, não por simplesmente integrar a Administração Pública em geral, mas por ser o dono da coisa, com base nos arts. 17 e 19 do DL

n. 25/37, caso em que se torna impertinente o argumento de que o Estado não poderia ser condenado a realizar as obras em face do princípio da separação dos poderes. Não provimento do apelo e da remessa oficial. (TRF – 1º R. apelação cível Nº 2000.37.00.001230-1 Nº UF: MA – órgão julgador: 6ª T Relatora: Des. Fed. Maria Isabel Galloti Rodrigues - data da decisão: 05/11/2007).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TOMBAMENTO. VALIDADE. IMÓVEL INTEGRANTE DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO. CONSERVAÇÃO. ÔNUS DO PROPRIETÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCEDÊNCIA. 1. Não é nulo o processo de tombamento que, embora não tenha observado todas as formalidades contidas no art. 9º do Decreto-Lei n. 25/1937, fez chegar ao conhecimento dos proprietários do imóvel a ser tombado, de forma inequívoca, as providências tendentes à efetivação do tombamento 2. Inocorrentes causas excludentes da responsabilidade dos proprietários, devem arcar com os ônus da recuperação do bem tombado. 3. Ação procedente 4. Sentença confirmada. 5. Apelação desprovida. (TRF – 1ª Região – Aciv. 200301000112376 – Rel. DES. FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO J. 17/11/2003).

3 - Competência administrativa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO – CENTRO HISTÓRICO DE CUIABÁ – PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL – COMPETÊNCIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS – VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DO MUNICÍPIO E AO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO – INOCORRÊNCIA – DECRETO-LEI Nº 25/37 – 1. O fato de a concessão de alvarás sobre os imóveis pertencentes ao Centro Histórico de Cuiabá ser função da Prefeitura não exclui a competência da União, prevista na Constituição (arts. 216, § 1º, e 23, III e IV), para tratar da preservação do patrimônio cultural. Além disso, o inciso IX do art. 30 faz a ressalva de que a ação do Município no âmbito do patrimônio cultural deve observar “a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”. 2. A r. sentença não constitui invasão da competência do Poder Legislativo. Ao determinar que o apelante se absteresse de emitir alvarás autorizativos de obras que importassem em descaracterização da área à época em processo ainda não concluído de tombamento, o eminente magistrado acertadamente adequou ao caso concreto o disposto no art. 17 do Decreto-Lei nº 25/37. 3. Sentença mantida. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 1ª R. – AC 01000042556 – MT – 1ª T.Supl. – Rel. Juiz Fed. Conv. Manoel José Ferreira Nunes – DJU 05/06/2003 – p. 133).

ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO – COMPETÊNCIA MUNICIPAL 1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional. 2. Tombar

significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação. 3. O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. 4. Como o tombamento não implica em transferência da propriedade, inexistente a limitação constante no art. 1º, § 2º, do DL 3.365/1941, que proíbe o Município de desapropriar bem do Estado. 5. Recurso improvido. (STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 18952 - UF: RJ – Órgão julgador: 2ª T – Relator: Min^a Eliana Calmon – DJ. 26/04/2005).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMÓVEL. VALOR HISTÓRICO E CULTURAL. DECLARAÇÃO. MUNICÍPIO. TOMBAMENTO. ORDEM DE DEMOLIÇÃO. INVIABILIDADE. São deveres do Poder Público, nos termos dos arts. 23, III e IV; 30, I e IX e 216, § 1º, da Constituição Federal, promover e proteger o patrimônio cultural, artístico e histórico, por meio de tombamento e de outras formas de acautelamento e preservação, bem como impedir a evasão e destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural. Demonstrada, no curso do mandado de segurança, a conclusão do procedimento administrativo de tombamento do imóvel, com declaração do seu valor histórico e cultural pelo município, inviável a concessão de ordem para sua demolição. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. (TJMG – Apel. Cív. 10702.02.010330-6/001 – Rel. Des. Almeida Melo – julgado em 15/04/2004).

4 - Competência legislativa

TOMBAMENTO - ATO ORIGINÁRIO DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - COMPETÊNCIA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INOCORRÊNCIA - LEGALIDADE. Tem o Município competência para legislar sobre a matéria - Inteligência dos arts. 23 e 24 da Constituição Federal. Improvado o alegado direito líquido e certo, é de ser denegada a ação mandamental. (Apelação Cível nº 000.221.584-6/00, 2ª Câmara Cível do TJMG, Belo Horizonte, Rel. Des. Francisco Figueiredo. j. 05/02/2002, un.).

TOMBAMENTO. COMPLEXOS HIDROTERMAIS DE POÇOS DE CALDAS. MUNICÍPIO . COMPETÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS 23 E 24 DA CF. Compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Os complexos hidrotermais e hoteleiros de Poços de Caldas foram tombados, para o fim de conservação, e declarados monumentos naturais, pelo art. 84 do ADCT da CEMG. Deste modo, não há irregularidade alguma na lei municipal que decreta o tombamen-

to das fontes termais “Conjunto Pedro Botelho” e localizada na área de proteção, que não atende às posturas e restrições administrativas. (TJMG – Ap. Cív. 1.0518.02.014291-6/001 – Rel. Des. Sbalcher Ventura – J. 24/02/2005).

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO EM ZONA PROTEGIDA – EMBARGO – DENEGAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – A competência para legislar a respeito de construção em área de preservação por força de existência de paisagens naturais notáveis, é simultânea da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do disposto nos arts. 23, III e 24, VI e VII, da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais. Improvimento do recurso. (STJ – RO – MS 9279 – PR – 1ª T – Rel. Min. Francisco Falcão – julgado em 28/02/2000).

5 - Competência judicial

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE OBJETOS SACROS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Não havendo, na ação cautelar de busca e apreensão de imagens sacras, ajuizada pelo Ministério Público, qualquer discussão sobre relação jurídica a envolver o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e inexistindo demonstração de interesse da autarquia federal – ou mesmo litisconsórcio a envolver a União -- a competência para o julgamento da ação é da Justiça Estadual. - Tratando-se de discussão sobre a propriedade de imagens, com suspeita de que pertençam ao acervo cultural do Estado de Minas Gerais, possivelmente furtadas, e se o prejuízo aqui ocorreu, a competência é da Justiça Estadual. (TJMG – Agravo nº 1.0024.04.341695-7/001 – Comarca de Belo Horizonte – Órgão julgador: 7ª Cam. Cív. – Rel. Wander Marotta – julgado em: 27/09/2005).

COMPETÊNCIA. MINERAÇÃO. ALVARA DE PESQUISA. NÃO TENDO A UNIÃO INTERESSE COMO AUTORA, RE, ASSISTENTE OU OPOENTE, NO PROCESSO DE AVALIAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA EXPLOSAO MINERAL, COMPETENTE E A JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR-LO. (STF – Conflito de Jurisdição 6663/MG - DJ 07/08/1987 PP-15433 EMENT VOL-01468-01 PP-00157 – Rel. Min. Carlos Madeira).

6 - Conflitos entre patrimônio cultural e outros interesses

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. BEM TOMBADO. CONSTRUÇÃO IRREGULAR NO ENTORNO. CF ART. 5º, INCISO-22 E INCISO-23. DECRETO-LEI nº 25/37, ARTIGO-18 E LEI Nº 3.924/61, ART. 1º E ART. 2º. A CONSTRUÇÃO IRREGULAR, EM AREA PROXIMA DE BEM TOMBADO EM RAZÃO DE SUAS CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS E ARQUITETÓNICAS, JUSTIFICA A DECISÃO JUDICIAL DE DESTRUIÇÃO, POIS O INTERESSE INDIVIDUAL

DO PROPRIETARIO DEVE CEDER DIANTE DO INTERESSE SOCIAL DO PODER PUBLICO NA PRESERVAÇÃO DO BEM CULTURAL. (TRF - Apel. Civ. - processo nº 9104018710 – UF: RS – órgão julgador: 1ª T - 4ª Região – Rel: Des. Fed. Vladimir Passos de Freitas – julgado em: 12/11/1992).

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (STF - ADI-MC 3540 / DF - Rel. Min. CELSO DE MELLO. J. 01/09/2005).

A preservação dos bens, móveis e imóveis, não apresenta um prejuízo, mas sim um desafio à busca de uma convivência harmônica com o passado, o presente e a expectativa de um futuro mais solidário e com melhor qualidade de vida nos conglomerados urbanos. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.00.254460-9/000 – Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves – J. 24/02/2003).

A autorização para pesquisa mineral é ato discricionário da Administração, que pode ser concedida ou revogada segundo critérios de oportunidade e conveniência, imunes de apreciação judicial. É legítima a recusa da Administração em autorizar pesquisa ou exploração mineral em área destinada à preservação ambiental, resolvendo-se eventuais limitações à exploração econômica da propriedade em indenização. (TFR, MAS, 116.878-SP, 30.10.1987, RTFR, 157, p. 405-406).

7 - Danos morais coletivos

DANO AMBIENTAL – MATA ATLÂNTICA – DESMATAMENTO – REPARAÇÃO DEVIDA- Verificado, mediante laudo pericial técnico, o desmatamento de mata atlântica, área de preservação que constitui patrimônio da coletividade, a reparação de danos morais e patrimoniais causados ao meio am-

biente é imperativo legal, devendo a indenização compreender também o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia. (TJMG – Apel. Civ.n. 1.0183.03.062431-0/001 – Rel. Dês. Nilson Reis – j. 23/11/2004).

AMBIENTAL – MANUTENÇÃO DE PÁSSAROS EM CATIVEIRO – APREENSÃO – DANO COM EFEITO MORAL – CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. A apreensão pela polícia ambiental, de pássaros mantidos em cativeiro para serem reintegrados ao meio ambiente, caracteriza ofensa que extrapola o terreno dos danos meramente patrimoniais, constituindo, em verdade, danos com efeitos morais ou simplesmente danos extrapatrimoniais com ofensa ao direito difuso ao meio ambiente. Em casos tais, torna-se satisfatório o arbitramento de um valor de indenização que, na hipótese, é fixado de forma subjetiva, diante das especificidades de cada caso concreto, tais como circunstâncias do fato, gravidade da perturbação, reparabilidade do dano, tipo de agressão, espécies afetadas e, ainda, dentre outros critérios, também a condição econômica da parte envolvida. (TJMG – 1.0024.03.115977-5/001(1) – Rel. Dês. Geraldo Augusto – J.10/05/2005).

8 - Declaração judicial do valor de bens culturais

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO, HISTÓRICO E CULTURAL DO MUNICÍPIO DE VACARIA - “CASARÃO DE LIBÓRIO RODRIGUES” - INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO PARTICULAR, ATRAVÉS DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, O QUE VEM ACARRETANDO DILAPIDAÇÃO DESTES PATRIMÔNIO PELA ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA - LEGITIMIDADE DA INTERFERÊNCIA DO MINISTERIO PÚBLICO (ART. 129, III, DA CF/88 E ART. 1º, III, DA LEI Nº 7.347/85) - IMPORTÂNCIA HISTÓRICA, CULTURAL E ARQUITETÔNICA DO IMÓVEL DEVIDAMENTE COMPROVADA - PROVIMENTO DO APELO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO, COM O TOMBAMENTO DO BEM E INSCRIÇÃO NO LIVRO PRÓPRIO POR PARTE DO MUNICÍPIO E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS RÉUS POR SUA RESTAURAÇÃO EXTERNA E INTERNA. (TJRS – AP. CIV. 70013861158 – 4ª Câmara. CIV. Rel. des. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO. J. 02/05/2007).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASO DA CASA ODY, BAIRRO HAMBURGO VELHO, MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO, CONSTRUÍDA NO ESTILO OU TÉCNICA ENXAIMEL, POR VOLTA DO ANO DE 1850, DOCUMENTADA EM LITOGRAFIA DE 1865. COLONIZAÇÃO ALEMÃ. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS EDIFICAÇÕES DOS GRUPOS ÉTNICOS FORMADORES DA SOCIEDADE BRASILEIRA. EXEGESE DOS ARTS. 23, III E IV, 24, VII, 30, IX, E 216, IV, E § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; ARTS. 221, V, E 223 E PARÁGRAFO

ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70014117121, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 06/06/2007).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 216, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural - artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico - ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através de ação popular e ação civil pública, uma vez que a Constituição estabelece que "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação." (art. 216, § 1º). OBRAS NAS PROXIMIDADES DE IMÓVEL ANTIGO PERTENCENTE AO MUNICÍPIO. ESCAVAÇÕES E EXPLOSAO DE LAJE A DINAMITE. DESABAMENTO DA "CASA DO AGENTE FERROVIÁRIO". PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARQUITETÔNICO. RECONSTRUÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. Recurso provido parcialmente. (Apelação Cível nº 97.001063-0, 3ª Câmara Civil do TJSC, Criciúma, Rel. Des. Silveira Lenzi. j. 24/08/1999).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PERIGO DE REMOÇÃO DO BEM – O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio histórico e cultural, mesmo que o bem ainda não tenha sido tombado. Ante o perigo iminente de remoção do bem tombado para outra localidade, como se alega oficialmente, é correto o deferimento da liminar que limite a possibilidade dessa remoção. (TJMG – AG 000.335.443-8/00 – 7ª C. Civ. – Rel. Des. Wander Marotta – J. 05/05/2003).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PATRIMÔNIO HISTÓRICO - PILARES DE ESTRADA DE FERRO - PERÍCIA. A notoriedade dos pilares parcialmente destruídos e soterrados, bem como a possibilidade de análise dos seus vestígios, revestem de utilidade a prova pericial - A ausência de prévio tombamento, ou outro ato oficial de preservação, não impede a tutela jurisdicional voltada à proteção do patrimônio cultural - Prova que pode ser determinada de ofício, torna irrelevante o prazo para o seu requerimento - É obrigatória a publicação da parte da decisão que faculta a indicação de assistente técnico e o oferecimento de quesitos. Negado provimento ao recurso, com observação, cessado o efeito suspensivo. (Agravo de Instrumento nº 292.905-5/5-00, 8ª Câmara de

Direito Público do TJSP, Sorocaba, Rel. Des. Teresa Ramos Marques. j. 12/02/2003, unânime).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – obrigação de não fazer – Preservação da construção de edifício – Valor histórico e arquitetônico – Lei a respeito não aprovada – Irrelevância – Interesse Público que pode se defendido como realidade social – Reconhecimento de sua existência que pode ser feito pelo judiciário, não sendo privativo do órgão Legislativo ou Administrativo – Sentença anulada – Prosseguimento do feito ordenado – Recurso Provido. (RJTJESP 114/38)

9 - Função sociocultural da propriedade

MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTRUÇÃO - INVIALIDADE - IMÓVEL VIZINHO AO IMÓVEL TOMBADO - IPHAN E GAT - PARECERES NEGATIVOS - DIREITO DE PROPRIEDADE - LIMITAÇÃO - PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - ARTS. 225, 216, V, § 1º, CF - DECISÃO MANTIDA. É inviável a construção em imóvel vizinho a outro, tombado, vez que sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sabendo-se que cabe ao Estado restringir o direito de propriedade para que se atenda à sua função social e para que se preserve o meio ambiente de cidade histórica. Inteligência dos arts. 225 e 216, V, § 1º da CF. (TJMG – Apelação cível Nº 1.0216.06.040037-3/001 – Comarca de Diamantina - 5ª C. Civ.- Rel. Nepomuceno Silva DJPR 06/09/2007).

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO DE PROPRIEDADE - DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL - RISCO DE DESABAMENTO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais visando a preservação do patrimônio histórico e artístico, o que não consiste no abandono do imóvel ante a ausência de recursos para sua restauração e muito menos em colocar em risco a população da cidade. Rejeitada preliminar; em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicados os recursos voluntários. (TJMG – Apel. Cív. 1.0000.00.352927-8/000 – comarca de Uberaba – 3ª C. Civ. – Rel. Kildare Carvalho – julgado em 19/02/2004).

10 - Imprescritibilidade de ações

PRESCRIÇÃO – ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERESSE PÚBLICO OU EQUIPARADO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – IMPRESCRITIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP – AI 112.173-5 – Rel. Dês. De Santi Ribeiro – J. 11.08.1999 - JTJ-LEX 229/204)

DIREITO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE. A prescrição é instituto temporal que limita o direito do credor em exercer a pretensão para que o devedor não fique ad aeternum sujeito a co-

brança. Entretanto, os direitos ambientais, em razão de sua transcendental importância para as gerações futuras, são imprescritíveis. (TJMG - 1.0210.93.003112-0/001(1) – Rel. Des. Caetano Levi Lopes. J. 13/03/2007).

A obrigação de reparação do dano ambiental é objetiva (baseada no risco integral), solidária e imprescritível. Havendo relação direta ou indireta entre o dano ambiental e a atividade do poluidor deve ser este considerado sujeito passivo de eventual responsabilidade civil ambiental, sendo também irrelevante a licitude da atividade, pois na ação civil pública ambiental não se discute, necessariamente, a legalidade do ato. (TRF – AG 104105 – 2ª R – UF: ES – órgão julgador: 4ª Turma – Rel: Juiz Arnaldo Lima – julgado em: 18/09/2003).

11 - Improbidade administrativa

DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PREFEITO - CONDUTAS QUE OCASIONARAM DANOS AMBIENTAIS - INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 (TJMG – Apelação Cível Nº 1.0107.06.999989-7/001 – comarca de Cambuquira – Órgão julgador: 4ª Cam Cív. – Rel. Audebert Delage – julgado em: 05/10/2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RECEBIMENTO DA INICIAL - ART. 17, §§ 8º E 9º DA LEI Nº 8.429/1992 - DECISÃO FUNDAMENTADA - AUSÊNCIA DE NULIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - CAUSA DE PEDIR - EXISTÊNCIA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1- Estando a decisão recorrida suficientemente explicitada, contendo o essencial à elucidação das matérias questionadas, não há que se falar em ausência de fundamentação. 2- O Juízo de primeiro grau é competente para processar e julgar a ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada contra ex-prefeito municipal, aplicando-se o foro privilegiado apenas em matéria penal e em crimes de responsabilidade. 3- Noticiando os fatos narrados na inicial a ocorrência de suposto ato de improbidade administrativa ambiental, em decorrência de omissão na destinação adequada dos resíduos sólidos, inclusive, industriais e hospitalares, restou clara a causa de pedir, o que afasta a preliminar de inépcia da inicial. 4- Em sede de agravo de instrumento é inviável adentrar no mérito da ação proposta, devendo o Tribunal limitar-se a examinar se a decisão de recebimento atendeu aos requisitos legais, sem antecipação do contraditório, o que impõe a rejeição da alegação de impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a matéria apontada confunde-se com o próprio mérito. (TJMG - 1.0498.06.006669-9/002(1) – Rel. Des. Maurício Barros. J. 12/02/2008).

12 - Intervenção estatal obrigatória

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E AO PATRIMÔNIO CULTURAL E DEVER DE TODOS, COMUNIDADE E PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 216 E 225), RAZÃO PELA QUAL AS NORMAS A RESPEITO, LEGITIMAMENTE EXPEDIDAS, TEM EFICÁCIA UNIVERSAL, VINCULANDO INCLUSIVE AS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO. RECURSO DESPROVIDO. (TRF 4ª Região - AG – 9204266694 – SC - SEGUNDA TURMA - Rel. Juiz Teori Albino Zavascki - J. 03/02/1994).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OFENSA AO PATRIMÔNIO CULTURAL - CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO PÚBLICO EM PRAÇA DE VALOR HISTÓRICO CONSIDERÁVEL - AVENTADA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - INEXISTÊNCIA - REMESSA OFICIAL DESPROVIDA. A discricionariedade iminente aos atos da administração pública não significa arbitrariedade, devendo ela estar aliada aos objetivos e valores da sociedade e do grupo comunitário a que serve. O interesse público não é só aquele que o legislador ou o administrador declara, mas sim a própria realidade candente sentida pelo critério social. (TJSC - Apelação cível 43.898 - Relator: Des. Eder Graf. - J. 07/06/1994).

13 - Intervenção do Ministério Público

EMBARGOS A EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - RETIRADA DE TRANSES PROTENDIDOS - IMÓVEL URBANO DE VALOR HISTÓRICO E CULTURAL - TOMBAMENTO PELO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ - LEGÍTIMO INTERESSE DO PODER PÚBLICO NO ACAUTELAMENTO E PRESERVAÇÃO DOS IMÓVEIS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO EM DESLINDE - INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSE PÚBLICO EVIDENCIADO PELA NATURALIDADE DA LIDE - ART. 82, III, DO CPC - AUSÊNCIA - NULIDADE ABSOLUTA AB INITIO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE SER REFEITA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL COM A INTERVENÇÃO DO AGENTE DO PARQUET - APELAÇÃO PREJUDICADA. Decisão: Acordam os desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, de ofício, anular o processo, restan-do prejudicada a apelação. (Apelação Cível nº 0117006500, Acórdão 20876, 2ª Câmara Cível do TJPR, Curitiba, Rel. Des. Hirose Zeni. j. 30/04/2002).

A interpretação contemporânea do art. 82, III, do CPC, não pode desviar-se da vontade constitucional (art. 127) de outorgar ao Ministério Público a missão precípua de participar, obrigatoriamente, de todas as causas que envolvam aspectos vinculados à proteção do meio ambiente, por ressaltar a preponderância do interesse público. Recurso Especial do Ministério Público provido para determinar a nulidade do acórdão de segundo grau e

da sentença, considerando-se legítima a sua participação no feito a partir da contestação (STJ - RESP 486645 - SP - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 09.02.2004 - p. 00129).

IMÓVEL URBANO DE VALOR HISTÓRICO E CULTURAL - TOMBAMENTO PELO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ - LEGÍTIMO INTERESSE DO PODER PÚBLICO NO ACAUTELAMENTO E PRESERVAÇÃO DOS IMÓVEIS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO EM DESLINDE - INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSE PÚBLICO EVIDENCIADO PELA NATUREZA DA LIDE - ART. 82, III, DO CPC - AUSÊNCIA - NULIDADE ABSOLUTA AB INITIO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE SER REFEITA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL COM A INTERVENÇÃO DO AGENTE DO PARQUET - APELAÇÃO PREJUDICADA. (TJPR - 2ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 0117006500, Acórdão 20876, Rel. Des. Hirose Zeni. j. 30/04/2002).

14 - Legitimidade do Ministério Público

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PERIGO DE REMOÇÃO DO BEM. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio histórico e cultural, mesmo que o bem ainda não tenha sido tombado. Ante o perigo iminente de remoção do bem tombado para outra localidade, como se alega oficialmente, é correto o deferimento da liminar que limite a possibilidade dessa remoção. (TJMG - Agravo Nº 000.335.443-8/00 - Comarca de Pirapora - 7ª C.Cív.- Rel. Des. Wander Marotta DJPR 05/05/2003).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESENÇA DE INTERESSE SOCIAL. ATOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. MEIA-ENTRADA. INCENTIVO À CULTURA. CF 88. LEI ESTADUAL. Entre as funções institucionais do Ministério Público, consagradas na CF 88, está a de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. O Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais, o que inclui a tomada de medidas para assegurar a aplicação de lei, que por via de descontos de meia-entrada, realiza incentivo à cultura. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0342.05.059259-7/002 - Comarca de Ituiutaba - órgão julgador: 9ª Câm Cív. - Rel: Des. Pedro Bernardes - julgado em: 03/07/2007).

15 - Medidas liminares e cautelares

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. CONSTRUÇÃO DE CASA DE SHOWS. PROJETO ARQUITETÔNICO REJEITADO

PELO IPHAN. ÁREA QUE ENVOLVE PATRIMÔNIO PÚBLICO TOMBADO. SUSPENSÃO DAS OBRAS. JUÍZO DE CAUTELA. NECESSIDADE. (TRF 5ª R.; AGTR 75957; Proc. 2007.05.00.020177-4; PE; Segunda Turma; Rel. Desig. Des. Fed. Conv. Marco Bruno Miranda Clementino; Julg. 04/12/2007; DJU 11/02/2008; p. 708) (Publicado no DVD Magister nº 18 - Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR DEFERIDA - PARALISAÇÃO DE OBRAS DESTINADAS AO REFLORESTAMENTO DE PINUS - INDÍCIOS DE SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS - DECISÃO CONFIRMADA AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO - I - O dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do qual faz parte o patrimônio público cultural, incumbe ao Poder Público, em todas as esferas, federal, estadual e municipal e à toda coletividade. II - Constatada na Fazenda Três Pinheiros, de propriedade da agravante, indícios de sítios arqueológicos, a paralisação das obras de reflorestamento, deve ser mantida, até que fique demonstrada que a sua retomada não causa prejuízo ao estudo e pesquisa do patrimônio público cultural. (TJPR - Ag Instr 0149999-2 - (24371) - Arapoti - 2ª C.Cív. - Rel. Des. Hirose Zeni - DJPR 06/12/2004).

DIREITO ADMINISTRATIVO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMÓVEL - TOMBAMENTO - DEMOLIÇÃO - LIMINAR SUSPENSIVA - MANUTENÇÃO. Em se tratando de defesa de patrimônio histórico, qualquer medida judicial, de caráter liminar, tendente a evitar ou suspender obras de demolição ou de reaproveitamento da área, deve ser mantida, até o deslinde da ação, como forma de privilegiar o inestimável bem cuja defesa é proposta, e a fim de desestimular providências deletérias em áreas adjacentes. (TJMG - Ag. 10028.07.014844-1/001 - Andrelândia - 4ª C. Cív. - Rel. Dês. Moreira Diniz - julgado em 24/01/2008).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL CAUTELAR - DEFESA DE BEM DE VALOR PAISAGÍSTICO - CONCESSÃO DE LIMINAR - PRESENÇA DE REQUISITOS - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA - INTERRUÇÃO DE ATIVIDADES OU OBRAS - IMÓVEL QUE SE PRETENDE SEJA TOMBADO - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO - MANUTENÇÃO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO. Presentes os indispensáveis requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, deve ser mantida a liminar que determinou aos Agravados a interrupção imediata de quaisquer atividades ou obras realizadas em imóvel que se pretende seja tombado, sob pena de se tornar inócua a eventual decisão pela preservação do patrimônio, como valor histórico e cultural, se aguardar o trâmite final de Ação Civil de defesa de bem de valor paisagístico. (TJMG - agravo nº 10151.05.011808-3/001 - Comarca de Cássia - 5ª C. Cív. - Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira - julgado em: 23/09/2005).

16 - Patrimônio cultural como aspecto do meio ambiente

ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (STF - ADI-MC 3540 / DF - Rel. Min. CELSO DE MELLO. J. 01/09/2005).

MEIO AMBIENTE – Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena na Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (STJ – RESP 115599- RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 02/03/2002).

17 - Proteção de bens culturais por meio de lei

TOMBAMENTO. COMPLEXOS HIDROTERMAIS DE POÇOS DE CALDAS. MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ART. 23 e 24 DA CF. Compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e promover a proteção do PATRIMÔNIO histórico-CULTURAL, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Os complexos hidrotermais e hoteleiros de Poços de Caldas foram tombados, para o fim de conservação, e declarados monumentos naturais, pelo art. 84 do ADCT da CEMG. Deste modo, não há irregularidade alguma na lei municipal que decreta o tombamento das fontes termais Conjunto Pedro Botelho e Macacos, sendo legítimo o ato da administração que interdita a obra localizada na área de proteção, que não atende às posturas e restrições administrativas. (TJMG – Ap. Civ. 1.0518.02.014291-6/001 – Rel. Des. Schalcher Ventura – J. 24/02/2005).

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tombamento. PATRIMÔNIO histórico. Lei. Iniciativa. Legislativo. Admissibilidade. A atividade eminente do poder público é a da legislação, cuja iniciativa, para a qual não exista cláusula expressa de reserva, pode ser suprida diante da omissão ou do desinteresse político do Prefeito. Julga-se improce-

dente o pedido. (TJMG – Adin 1.0000.00.300914-9/000(2) – Rel. Des. Almeida Melo – J. 24/11/2004).

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tombamento. PATRIMÔNIO histórico. Lei. Iniciativa. Legislativo. Admissibilidade. Não se há admitir que a promoção e a proteção do PATRIMÔNIO histórico e CULTURAL se faça, somente, mediante ato administrativo, sem poder de legislar, nem que o processo legislativo deva ser iniciado, privativamente, pelo Chefe do Executivo. A atividade eminente do poder público é a da legislação, cuja iniciativa, para a qual não exista cláusula expressa de reserva, pode ser suprida diante da omissão ou do desinteresse político do Prefeito. Nega-se ratificação ao pedido de liminar. (TJMG - CAUTELAR SUSPENSIVA DE LEI - RATIFICAÇÃO DA MEDIDA. MEDIDA CAUTELAR Nº 000.300.914-9/00 EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - COMARCA DE MANHUMIRIM – REL.. DES. ALMEIDA MELO – J. 26/03/2003).

18 - Poluição visual

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PICO DO IBITURUNA - DANO AO MEIO AMBIENTE - RISCO DE INCÊNDIO E POLUIÇÃO VISUAL - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. A Constituição do Estado de Minas Gerais, no art. 84 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tombou e declarou monumento natural, dentre outros, o Pico do Ibituruna, situado em Governador Valadares. Deve ser julgado procedente pedido veiculado em a ação civil pública se os elementos de prova demonstram o risco de incêndio na área e a poluição visual decorrentes da presença de fios elétricos e equipamentos de letreiro luminoso, instalados em área de preservação ambiental, sem o necessário estudo de impacto ambiental e conseqüente licença. O princípio da prevenção está associado, constitucionalmente, aos conceitos fundamentais de equilíbrio ecológico e desenvolvimento sustentável; o primeiro significa a interação do homem com a natureza, sem danificar-lhe os elementos essenciais. O segundo prende-se à preservação dos recursos naturais para as gerações futuras. A Declaração do Rio de Janeiro, votada, à unanimidade, pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (1992), recomendou a sua observância no seu Princípio 15. (TJMG – Apelação cível nº 000.295.312-3/00 – Governador Valadares- 7ª C. Civ. - Rel. WANDER MAROTTA DJPR 10/02/2003).

ADMINISTRATIVO. POLUIÇÃO VISUAL. PROPAGANDA EM MEIO ABERTO (FRONTLIGHTS, MOVING SIGNS, OUTDOORS). ILEGALIDADE. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É

necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. APELAÇÕES DAS RÉS DESPROVIDAS E APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PROVIDA EM PARTE. (TJRS Apelação Cível nº 70011527215, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 30/11/2005).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMBAMENTO. INSTALAÇÃO DE BARRACAS E SIMILARES EM PRAÇAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. IMPEDIMENTO OU REDUÇÃO DA VISIBILIDADE DOS BENS TOMBADOS. AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO IPHAN. NECESSIDADE. ART. 18, DECRETO-LEI Nº 25, DE 30.11.1937. RECURSO DESPROVIDO. A questão central para a solução da lide consiste na análise do disposto no art. 18, do Decreto-Lei nº 25/37, que trata da organização e da proteção do Patrimônio Histórico Brasileiro. - O referido dispositivo legal tem por objetivo proteger a visibilidade da coisa tombada, preservando a área a ela vizinha. Assim, ao instalar barracas e similares nas praças tombadas, o Município, mesmo visando ao bem-estar coletivo, tem o dever constitucional de preservar e promover o adequado acesso aos aspectos históricos que tais imóveis possuem enquanto fontes de cultura nacional. Os objetivos buscados pelo ente federativo, quando promove eventos que demandam tais construções, devem ser conciliados com a preservação de valores culturais que não se restringem apenas aos interesses locais, mas que, por força do tombamento, fazem parte do patrimônio cultural brasileiro. - Pelo exposto, é forçoso concluir que as instalações realizadas ou autorizadas pelo Município réu em praças públicas tombadas não podem ter o condão de impedir ou reduzir a visibilidade, ainda que temporariamente, dos bens históricos nelas localizados, cabendo ao IPHAN manifestar-se previamente sobre tais atividades. - Apelação desprovida. (TRF 2ª R.; AC 2005.51.06.000047-4; Quinta Turma Especializada; Relª Desª Fed. Vera Lúcia Lima; Julg. 30/04/2008; DJU 09/05/2008; p. 783).

19 - Responsabilidade civil objetiva

MEIO AMBIENTE – Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (STJ – RESP 115599 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 02/09/2002).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art. 14, parágrafo 1º) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar. A adoção pela Lei da responsabilidade civil objetiva, significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano. O art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa., consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada Lei. A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - Mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental. (STJ – RESP 578797 – RS – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 20/09/2004 – p. 00196).

A Constituição Federal adota um conceito abrangente de meio ambiente, envolvendo a vida em todas as suas formas, caracterizando-se como direito fundamental do homem (art. 225). A hipótese é de responsabilidade objetiva do causador do dano, já prevista na Lei nº 6.938, de 31/08/1981, art. 14 § 1º, norma recepcionada pelo § 3º do art. 225 da Carta Política. Independência das instâncias. Verificado o dano ambiental, coexistem, a obrigação civil de indenizar, a responsabilidade administrativa e a penal. É o judiciário, na análise de cada caso concreto que dirá da pertinência do montante indenizatório, sempre atento ao princípio da razoabilidade que deve permear as decisões dessa natureza. (TRF 3º R. – AC 335080 (96.03.067409-5) – 6ª T. – Relª : Desª Fed. Salette Nascimento – julgado em: 21/11/2003 – p 383/384).

20 - Solidariedade pela conservação de bens culturais

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMÓVEL TOMBADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO BEM, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO – I- O Decreto que institui o tombamento de imóvel

urbano situada em área de preservação histórica, ainda que advindo do Poder Executivo Estadual, implica em responsabilidade solidária pelos danos causados ao patrimônio histórico e cultural em face do abandono e descaso, tanto do proprietário do imóvel quanto do Estado e do Município. III - Recursos improvidos. (TJMA – AC 21.126/2003 – (52561/2004) – São Luís – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf – J. 06/12/2004).

PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL. POSSIBILIDADE. ASA DOS ABADIE. *responsabilidade solidária do município e do proprietário. Embora não haja tombamento, cabe proteger na via judiciária bem integrante do patrimônio cultural, como estabeleceu a prova pericial, relativamente à Casa dos Abadie, no Município de Canoas, responsabilizando-se, solidariamente, o Município e o proprietário do bem. (TJRS Ap. Civ. nº 70015002884 – j. 24/05/2006).*

21 - Suspensão e demolição de obras

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL - MUNICÍPIO DE MARIANA - EDIFICAÇÃO EM IMÓVEL LOCALIZADO NO CONJUNTO ARQUITETÔNICO - APROVAÇÃO DO IPHAN - NECESSIDADE - DEMOLIÇÃO DA PARTE IRREGULAR DA CONSTRUÇÃO - Incumbe ao proprietário ou possuidor a conservação dos imóveis que fazem parte integrante do conjunto arquitetônico e paisagístico do Município de Mariana/MG, sendo que qualquer obra, reparo ou restauração de imóvel protegido pela riqueza histórica não podem ser promovidas sem a prévia autorização do IPHAN, sob pena de demolição do que foi iniciado irregularmente. (TJMG – Reexame Necessário Nº1.0400.03.008595-7/001 – Comarca de Mariana - 1ª C.Cível. - Rel. Des. Eduardo Andrade DJPR 29/01/2008).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL CAUTELAR - DEFESA DE BEM DE VALOR PAISAGÍSTICO - CONCESSÃO DE LIMINAR - PRESENÇA DE REQUISITOS - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA - INTERRUPTÃO DE ATIVIDADES OU OBRAS - IMÓVEL QUE SE PRETENDE SEJA TOMBADO - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO - MANUTENÇÃO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO. *Presentes os indispensáveis requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, deve ser mantida a liminar que determinou aos Agravados a interrupção imediata de quaisquer atividades ou obras realizadas em imóvel que se pretende seja tombado, sob pena de se tornar inócua a eventual decisão pela preservação do patrimônio, como valor histórico e cultural, se aguardar o trâmite final de Ação Civil de defesa de bem de valor paisagístico. (TJMG – Agravo Nº 1.0151.05.011808-3/001 – Comarca de Cássia - 5ª C.Cível - Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira DJPR 25/08/2005).*

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONJUNTO ARQUITETÔNICO E URBANÍSTICO DA CIDADE DE DIAMANTINA/MG. TOMBAMENTO COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. MODIFICAÇÃO DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO E PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUNTO AO IPHAN. AGRESSÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. DEMOLIÇÃO DA OBRA. RECOMPOSIÇÃO DA PERMEABILIDADE E VEGETAÇÃO DA ÁREA FRONTAL. POSSIBILIDADE. *Tombado como Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o Conjunto Arquitetônico e Urbanístico da Cidade de Diamantina/MG encontra-se amparado por regime especial de proteção, submetendo-se à legislação de regência qualquer alteração nas suas características originárias, condicionando-se a alteração de qualquer imóvel, público ou particular, que o integra, à apresentação e aprovação de projeto arquitetônico junto ao IPHAN. Demonstrado o caráter agressor da obra realizada sem a devida autorização do órgão competente, impõe-se a sua demolição, bem assim, a recomposição da permeabilidade e vegetação da área frontal, nos termos dos arts. 17 e 18, do Decreto-Lei nº 25/37. Remessa oficial, parcialmente provida e apelação provida. Sentença reformada, em parte. (TRF – 1 APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.38.12.007064-0/MG– órgão julgador: 6ª T Rel. Des. Fed. Souza Prudente data da decisão: 08/10/2007).*

Jurisprudência Criminal

1 - Art. 62 da Lei nº 9.605/98

SITIO ARQUEOLÓGICO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEFINIDAS. ERRO DE TIPO NÃO COMPROVADO. DOLO EVENTUAL. I – A realização de obra sobre importante sítio arqueológico na região de Imbituba/SC constitui crime ambiental de sérias proporções, principalmente pelo fato de que o réu é morador da área e, por força de sua função, na qualidade de Diretor Técnico da empresa de engenharia, não tomou o devido cuidado ao escavar área com fragmentos arqueológicos facilmente identificáveis. II – Descabida a tese defensiva de ocorrência de erro de tipo porquanto o réu, no mínimo, agiu com dolo eventual, não apresentando prova concreta em favor de seus argumentos. III – Apelação não – provida. (TRF 4ª R – ACR – Processo: 200304010431331 – UF:SC – Rel.Juiz Luiz Fernando Wowk – julgado em: 22/09/2004).

2 - Art. 63 da Lei nº 9.605/98

HABEAS CORPUS - ALTERAÇÃO DE ASPECTO DE LOCAL ESPECIALMENTE PROTEGIDO POR LEI POR SEU VALOR CULTURAL - SERRA DO CURRAL - ORDEM DENEGADA - Edificações ou terraplanagens realizadas em lote localizado em área da Serra do Curral devem ser previamente autorizadas pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Histórico e Cultural de Belo Horizonte - Aprovação posterior de projeto

de edificação em lote onde se realizou desaterro irregular não extingue a punibilidade do fato. (TJMG – HABEAS CORPUS Nº 10000.00.325.638-5/00 – Belo Horizonte - 3ª C.Crim. - Rel. Des. Mercede Moreira - julgado em 13/05/2003).

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 63 DA LEI Nº 9.605/98. MATERIALIDADE COMPROVADA. DOLO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. 1. A conduta de modificar irregularmente imóvel tombado, sem a prévia autorização do IPHAN, configura o crime capitulado no art. 63 da Lei nº 9.605/98. 2. Encontra-se preenchido o elemento subjetivo do tipo se demonstrado que a ré alterou o aspecto da edificação tombada de forma voluntária e consciente. 3. A persistência da acusada, dando continuidade as obras do seu imóvel apesar do embargo administrativo imposto pelo IPHAN, configura uma especial resistência à norma incriminadora do art. 63 da Lei nº 9.605/98, suficiente para justificar uma exasperação diferenciada a título de culpabilidade. 4. A extrema dificuldade de reparação dos danos causados ao patrimônio histórico-cultural pelas obras empreendidas no edifício tombado, atestada pela opinião técnica do parecer do IPHAN, autoriza um juízo desfavorável no tocante à vitorial das consequências do delito. (TRF 4ª R.; ACr 2003.72.07.001177-8; SC; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wouk Pentado; Julg. 26/03/2008; DEJF 02/04/2008; p. 549).

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL – LEI nº 9.605/98 – ART. 63 – BEM PROTEGIDO – COLOCAÇÃO DE PLACAS COMERCIAIS – ALTERAÇÃO DO ASPECTO DA EDIFICAÇÃO – TIPIFICAÇÃO – 1. A colocação de placas comerciais em prédio tombado pelo patrimônio histórico, desobedecendo a regulamentação do instituto do patrimônio histórico e artístico nacional – IPHAN, altera o seu aspecto, pois lhe retira as características da época, modificando sua aparência. Incidência do art. 63 da Lei nº 9.605/98. 2. Comprova-se o dolo do réu pelo conhecimento das restrições legais, comprovado nos autos pela notificação extrajudicial e pela prova testemunhal, tendo o acusado mantido sua conduta de fixar placa comercial em imóvel tombado pelo patrimônio histórico, desrespeitando a regulamentação do IPHAN. 3. Apelação provida. (TRF 4ª R – Acr 2002.04.21.033162-9- SC – 7ª T – Rel. Dês. Fed. José Luiz B. Germano da Silva – DJU 16/07/2003 – p. 369).

3 - Art. 64 da Lei 9.605/98

PENAL E PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. CRIMES CONTRA A FLORA E CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIMES AMBIENTAIS. INAPLI-

CABILIDADE. I - O processo e julgamento dos feitos relativos ao crime de parcelamento irregular de solo urbano praticado na Colônia Agrícola Vicente Pires - Taguatinga/DF - é da Justiça Federal, por caracterizar ofensa a bens da União. Precedentes do STJ. II - Não se deve aplicar o princípio da insignificância quando se trata de crimes ambientais, baja vista que os danos causados ao meio ambiente podem ser irreparáveis. Precedentes. III - Recurso do Ministério Público provido. (TRF 1ª R. – RCCR 34000132970 – DF – 3ª T – Rel. Des. Fed Cândido Ribeiro – DJU 19/12/2003 – p. 116).

4 - Art. 65 da Lei 9.605/98

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO PREVISTO NO ART. 65, DA LEI nº 9.605/98 - (PICHACÃO) - AUSÊNCIA DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL E CONFISSÃO DO ADOLESCENTE - VALIDADE. - Em atos infracionais em que não foi feito o exame de corpo de delito, não mais podendo ser realizado, poderá este ser suprido pela prova testemunhal, notadamente pela própria confissão do menor. (inteligência do art. 167 do CPP). Preliminar rejeitada - A pichação de muros ou paredes, especialmente de estabelecimentos escolares, constitui ato infracional que deve ser considerado para a própria formação do menor. Em se tratando de adolescente, a punição, ainda que branda, de seus erros, evita seu amadurecimento deformado, a sensação de impunidade, e, quiçá, punições futuras por atos de maior gravidade - Recurso desprovido. (TJMG – Apel. Crim. N. 1.0499.03.900001-7/001- 1ª Câm Crim – Rel. Des. Gudesteu Biber – J. 17/02/2004).

5 - Art. 68 da Lei nº 9.605/98

HABEAS CORPUS – CRIME AMBIENTAL – DEIXAR DE CUMPRIR OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL (ART. 68, LEI Nº 9.605/98) – PRETENDIDO TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA. Não cabe trancar o inquérito policial se todos os elementos probantes nos autos evidenciam provas da materialidade e indícios suficientes da autoria. (TJMS – HC N. 2007.029549-7/0000-00 – Comarca de Bonito – Órgão Julgador: Des. João Batista da Costa Marques – julgado em: 17/12/2007).

6 - Competência

COMPETÊNCIA - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - INTERESSE DA UNIÃO - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 109, INCISO V, DA LEI MAGNA. O patrimônio histórico-cultural tombado no âmbito federal, pelo IPHAN, constitui, a teor

do artigo 216 da Lei Fundamental da República em vigor, patrimônio cultural a nível nacional e não estadual. Em consequência, o foro competente para o processamento e julgamento de ilícito penal contra o patrimônio histórico-cultural nacional é o da Justiça Federal. (TJMG – Recurso em sentido estrito nº 1.0461.04.015891-1/001 – Ouro Preto - 2ª C.Crim. - Rel. Des. Hyparco Innesi DJPR 13/11/2007).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FURTO E RECEPÇÃO. BENS TOMBADOS POR ESTADO-MEMBRO. BARRAS DE TRILHO DA FERROVIA PERUS PIRAPORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Se os bens foram tombados por Estado-membro, em regra, possuem somente relevância regional, não ensejando a competência da Justiça Federal. 2. Competência da Justiça Comum Estadual. (STJ – Conflito de competência 56102 - UF: SP – órgão julgador terceira seção Relª. Laurita Vaz - DJU 13/09/2006).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - SUSPENSÃO DO PROCESSO - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - BEM INTEGRANTE DO CONJUNTO TOMBADO PELO IPHAN - COMPETÊNCIA JUSTIÇA DEFERAL - NULIDADE DA AÇÃO PENAL. - Em se tratando de crime cometido contra o patrimônio histórico e artístico nacional, em virtude de alterações em imóvel integrante de conjunto tombado pelo IPHAN, a competência para o processamento da ação penal é da Justiça Federal, consoante ditame expresso no art. 109, IV, da CR/88. - O processamento do feito pela Justiça Estadual gera nulidade absoluta, passível de ser declarada a qualquer momento e de ofício. (TJMG – Recurso em sentido estrito nº 1.0461.03.010070-9/001 – Ouro Preto - 2ª C.Crim. - Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires DJPR 26/04/2007).

7 - Contrabando e receptação de bens culturais

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO CONJUNTO FÁTI-CO-PROBATÓRIO. TENTATIVA DE CONTRABANDO. PEÇAS DE ARTE SACRA DOS SÉCULOS XVII, XVIII E XIX. APREENSÃO. RELEVÂNCIA DOS BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS (ART. 216, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 1. O remédio constitucional destinado à salvaguarda da liberdade de ir e vir do indivíduo, nos termos do art. 5º, LXVIII, não se afigura a via adequada ao deslinde de questões que demandem ampla dilação probatória. 2. Os bens apreendidos podem ser considerados, no conjunto ou parcialmente, criações científicas e artísticas. Por isso mesmo estão protegidos pelo art. 216, inc. III da Constituição Federal, além de serem tutelados pela Lei nº 4.845/65, que proíbe a saída do Brasil de obras de arte produzidas até o final do período monárquico, ou mesmo estrangeiras que representem personalidades brasileiras, as quais podem ser, inclusive, seqüestra-

das (art 5º). 3. Impossibilidade de trancamento da ação penal em vista dos fortes os indícios de contrabando tentado, sem explicação e prova da forma de aquisição dos objetos, sendo a cidade de destino fronteira, tendo se apresentado desprovida de verossimilhança a tese defensiva quanto à utilização dos objetos para adorno do palco de exposição de equínos. 4. Ordem denegada. (TRF – HC – processo nº 200604000044169 - UF: RS – órgão julgador: sétima turma – relatora: Maria de Fátima Freitas Laberrère – J. 10/05/2006).

HABEAS CORPUS – AÇÃO PENAL – RECEPÇÃO DE IMAGENS SACRAS – DENÚNCIA – REQUISITOS LEGAIS – PREENCHIMENTO – TIPICIDADE – LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO – OCORRÊNCIA – TRANCAMENTO – IMPOSSIBILIDADE. Não há se falar em trancamento quando, no vislumbre de lastro probatório mínimo, preenchidos todos os demais requisitos essenciais ao regular exercício do direito de ação. Ordem de habeas corpus que se denega. (TJMG – Habeas Corpus 1.0000.04.410549-2/000 – Comarca de São João Del-Rei – Rel. Des. Tibagy Salles – J. 22/07/2004).

8 - Inexistência de questão prejudicial

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL (ART. 63 DA LEI Nº 9.605/98) - CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIMINAL COM BASE NO ART. 93 DO CPP - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. “A concomitância de ação civil pública visando a recomposição dos danos ao patrimônio histórico e artístico não é causa para a suspensão do processo-crime instaurado para apuração do delito do art. 63 da Lei nº 9.605/98 (alteração de edificação protegida por lei, sem autorização legal). Além de não existir questão prejudicial a ser dirimida na esfera cível, há independência entre as responsabilidades civil e criminal. Precedentes deste eg. TJMG.” (TJMG – Recurso em Sentido Estrito nº 1.0461.03.010400-8/001 – comarca de Ouro Preto – órgão julgador: 1ª Cam Crim. – Rel. Des. Eduardo Brum – julgado em: 17/07/2007).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL - CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AUSÊNCIA DE QUESTÃO PREJUDICIAL - SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO CRIMINAL - IMPOSSIBILIDADE. As questões prejudiciais previstas no art. 93 do Código de Processo Penal atuam “como pressupostos (fundamentos de origem) da própria definição da existência do crime” sendo que a solução judicial de tais pressupostos é da jurisdição cível (in Curso de Processo Penal, 6 ed. p. 257). A suspensão do processo criminal para a verificação da existência da infração denunciada - alteração do aspecto ou estrutura de edificação protegida por lei devido ao seu valor paisagístico, históri-

co e cultural, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida - é desnecessária, porquanto o caderno probatório é formado no âmbito processual penal através de prova pericial e testemunhal. Provimento do recurso que se impõe. (TJMG – Recurso em sentido estrito Nº 1.0461.02.008837-7/001 – Ouro Preto - 3ª C.Crim. - Rel.Des. Antonio Carlos Cruvinel DJPR 10/04/2007).

9 - Responsabilidade penal da pessoa jurídica

CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial. II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.” IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no

evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 564.960 - SC (2003/0107368-4) – Rel. MINISTRO GILSON DIPP - J. 02/06/2005).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 62 E 3º, DA LEI 9605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. I – O trancamento de ação por falta de justa causa na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (precedentes). II – Qualquer entendimento contrário i.e., no sentido de se reconhecer a atipicidade da conduta do ora paciente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório o que, nesta estreita via, mostra-se inviável (Precedentes). III – Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” (STJ - Resp nº 564960/SC, órgão julgador: 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em: 13/06/2005).

HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL – ANULAÇÃO “AB INITIO” DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA. VIA INADEQUADA DO “WRIT” – INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA, INOCÊNCIA E CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO DEMONSTRADAS - ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO – PROBATÓRIA – NECESSIDADE DE EXAME ACURADO E VALORATIVOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE PELA ESTREITA VIA DO REMÉDIO HERÓICO – OR-

DEM DENEGADA. (TJMG – HC Nº 10000.05.426448-6/000 – Comarca de Belo Horizonte – Rel^a Des^a Márcia Milanez).

10 - Subtração de bens culturais

PENAL. PROCESSO PENAL. DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO. DESTRUIÇÃO. FANATISMO RELIGIOSO. LEI nº 9.605/98. FURTO. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PENA. FIXAÇÃO. 1. Autoria e materialidade devidamente comprovadas quanto ao delito de destruição de patrimônio histórico. 2. A dosimetria da pena não merece qualquer reforma, vez que foi fixada com observância dos parâmetros estabelecidos pelo art. 59, do Código Penal. 3. É inaplicável o Princípio da Insignificância sob a alegação de que o objeto furtado é de valor insignificante, baixa vista que o valor de mercado (quinzentos reais) é significativo em face da situação sócio-econômica do Réu. 4. Imporimento da Apelação criminal. (TRF – Apel Crim. 200338000707086 - UF: MG – 1ª R – Órgão julgador: 4ª T – Rel: Dês Fed Ítalo Fioravanti Sabo Mendes – julgado em: 25/10/2005).

PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. SITO ARQUEOLÓGICO. FURTO. Réu acusado de destruir uma formação de Sambaqui, que é patrimônio da União, subtraindo o material que o compunha para utilização como aterro e pavimentação em sua propriedade, causando degradação ao meio ambiente. Prova pericial contundente, a indicar a existência de dano irreversível, irreparável e inestimável ao patrimônio arqueológico. Inaplicabilidade, ao caso concreto, da retroatividade da Lei 9.605/98, por implicar em prejuízo ao réu. Condenação mantida. Majoração da pena privativa de liberdade, substituída por restritivas de direito. (TRF – Apel Crim. - Processo: 9804032260 – UF: SC – 4ª R – Órgão Julgador: 1ª T – Rel: Dês Fed Eloy Bernst Justo – julgado em: 19/07/2000).

11 - Suspensão condicional do processo

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL. REPARAÇÃO DO DANO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Quando o laudo constatar que o dano ambiental não foi reparado, após findo o período de prova inicialmente fixado, é hipótese de prorrogação do período de suspensão do processo, nos termos do art. 28 da Lei 9605/98. Recurso provido. (TJRS - Recurso em Sentido Estrito nº 70012439741, Quarta Câmara Criminal, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 20/10/2005).

4.11 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Ricardo Rangel. et al. **Org. Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.** Goiânia: Instituto Centro Brasileiro de Cultura, 2004.

BARRETO JÚNIOR, Luis Fernando Cabral. O controle judicial das omissões do poder público no dever de proteção ao patrimônio cultural. In: **Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.** Goiânia: Instituto Centro Brasileiro de Cultura, 2004. p. 147-163.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. O regime brasileiro de unidades de conservação. **Juris Síntese IOB,** São Paulo, n. 51, Jan-Fev. 2005. 1 CD-ROM.

BRITO, Marcelo. Gestão compartilhada: os planos de preservação de cidades históricas. In: **Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.** Goiânia: Instituto Centro Brasileiro de Cultura, 2004. p. 139-146.

BUGALHO, Nelson R. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental,** São Paulo, n. 37, p. 96-112, jan./mar. 2005.

CASTRO, Sônia Rabello de. **Estatuto da Cidade e a preservação do patrimônio cultural federal: compatibilizando a gestão.** Temas de Direito Urbanístico 4 ed. Centro de Apoio Operacional de Urbanismo e Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 39-51.

CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. **Revista de Direito Ambiental,** São Paulo, n. 34, p. 41-58, abr./jun. 2004.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro et al. **Crimes e infrações administrativas ambientais.** Comentários à Lei nº 9605/98. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União,** Ano II, n. 9, p. 189-195, out./dez. 2003.

CURY, Isabelle. **Organizadora. Cartas Patrimoniais**. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: IPHAN, 2000.

FERREIRA, Liliane Garcia. **O dano moral à coletividade decorrente dos danos causados a bens ambientais culturais, assim como da privação do direito de fruição desses bens**. Disponível em: <www.acpo.org.br/inf_atualizadas/2003/pag_e_pdf/dra_liliane2.html>. Acesso em: 2008

FERREIRA, Liliane Garcia. **O dano moral à coletividade decorrente dos danos causados a bens ambientais culturais, assim como da privação do direito de fruição desses bens**. Disponível em: <http://www.acpo.org.br/inf_atualizadas/2003/pag_e_pdf/Dra_Liliane2.htm>. Acesso em: 2008.

FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina>>. Acesso em: jan. 2007.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 113-140.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilmar Passos de. **Crimes contra a natureza**. 6 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 32.

GOULART, Marcelo Pedrosa. Missão Institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 1. p. 11-36, jan./jun. 2001.

LOUBET, Luciano Furtado. **Regime jurídico do ecoturismo e o papel do Ministério Público em sua defesa e controle**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ecoturismo.pdf>. Acesso em: 10 maio 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 9 ed. São Paulo: RT, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A proteção constitucional ao patrimônio cultural**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id9.htm>>. Acesso em 11 jul. 2005.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; CAPPELLI, Sílvia; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Possibilidade de

cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais – análise dos pressupostos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 50, p. 255-269.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Inquérito civil público e ação civil pública na tutela do patrimônio cultural. In: TINOCO, Livia Nascimento et al. (Org.). **Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural**. ICBC. Goiânia, 2004. p. 121-138.

MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 2, p. 19-35, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza, A atuação do Ministério Público no combate ao comércio clandestino de bens culturais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, v. 822, p. 473-482, abr. 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza, Patrimônio ambiental cultural: usucapião de bens móveis tombados. Uma análise em busca da efetividade protética do Decreto-Lei nº 25/35. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 41, p. 167-181, jan./mar. 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza, Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. In: **Jurisprudência Brasileira Criminal - Crimes Ambientais**. v. 44. Curitiba: Juruá, 2002. p. 63-82.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza, **Usucapião de bens móveis tombados** - Uma análise em busca da efetividade protetiva do decreto-lei 25/1937. 83. ed. Caxias do Sul: Juris Plenum, 2005. CD 2.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio arquivístico sob a guarda do Poder Judiciário – o problema da eliminação e do acesso aos autos processuais findos. **Caderno de Teses do VI Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Ouro Preto, abril de 2005. p. 09-18.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos urbanísticos de defesa do patrimônio cultural**. Direito Ambiental em Evolução. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. 1996. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 2, p. 50-66, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PARDO, Guillermo Orozco; ALONSO, Esteban J. Pérez. **La tutela civil y penal Del Patrimonio histórico cultural o artístico**. Madri: McGraw-Hill, 1996.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Ética do promotor de justiça. In: ALVES, Airton Buzzo et al. (Org.). **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1-33.

PINTO, Antônio Carlos Brasil. **Turismo e Meio Ambiente – Aspectos Jurídicos**. 5 ed. Campinas: Papius, 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito ambiental e patrimônio cultural**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2004.

RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural**. Omissão do Estado e Tutela Judicial. 2 tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

RICHTER, Rui Arno. Omissão do poder público na gestão do patrimônio cultural. In: **O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural**. Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural. Goiânia, 2004.

RICHTER, Rui Arno. **Breves considerações acerca da tutela jurídica ao meio ambiente cultural. Atuação Jurídica**. Associação Catarinense do Ministério Público. Ano 4. n. 6, ago. 2001, p. 69-73.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Atuação do Ministério Público na proteção do patrimônio cultural imaterial**. Ouro Preto: Caderno de Teses do VI Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2005. p. 19-36.

RODRIGUES, João Gaspar. O defensor do povo (*ombudsman*). **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 1, n. 5, jan. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=280>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos **A evolução da proteção do patrimônio cultural** - crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Direito Ambiental. Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio Ambiente Cultural: Tombamento – Ação civil pública e aspectos criminais. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 309-358.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. O patrimônio cultural nos documentos internacionais. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Orgs.) **Direito Ambiental Internacional**. Santos: Universitária, 2001. p. 199-215.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo. Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e Proteção Jurídica**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Unidade, 1999.

4.12 - MODELOS DE QUESITOS

1. Verificação preliminar de valor cultural de bens imóveis

- 1) Qual a localização exata do bem e qual o seu proprietário?
- 2) Quais as dimensões e confrontações do imóvel?
- 3) Descreva fisicamente o bem de forma pormenorizada, juntando fotografias dele (vista geral e detalhes).
- 4) Qual a atual destinação do imóvel?
- 5) Quando o bem foi construído e por quem? Quais as suas destinações ao longo dos tempos?
- 6) Explique qual a importância do bem em razão de seu valor cultural (valor histórico, arquitetônico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico, turístico, científico etc.) Responder de forma pormenorizada.
- 7) Explique por que o bem é portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Responder de forma pormenorizada.
- 8) Qual a relevância cultural do bem para o município onde está situado, para o Estado de Minas Gerais e para o Brasil?
- 9) O bem é destinado a algum tipo de manifestação artístico-cultural? Qual?
- 10) O bem pode contribuir efetiva ou potencialmente como atração turística para o município em que se encontra situado?
- 11) Qual o estado de conservação atual do imóvel?
- 12) Outras considerações julgadas pertinentes.

2. Verificação da integridade de bem protegido em razão de seu valor cultural

- 1) Qual a localização e as características do bem?
- 2) Qual a natureza da proteção (tombamento, inventário, lei, decisão judicial)?
- 3) Qual o nível da proteção (âmbito municipal, estadual, federal)? Favor juntar cópia do ato protetivo.
- 4) Qual o nome e a qualificação do proprietário ou possuidor do bem?
- 5) O bem encontra-se destruído, inutilizado ou deteriorado? Pormenorizar a natureza e a extensão dos danos.
- 6) Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta comissiva ou omissiva bem como indicar a data de sua prática.
- 7) O bem teve alterado o seu aspecto (inclusive a área de entorno) ou sua estrutura, sem autorização da autoridade competente ou em desconformidade com a concedida?
- 8) Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta comissiva ou omissiva bem como indicar a data de sua prática.
- 9) Houve na vizinhança do bem protegido construção impedindo ou reduzindo sua visibilidade ou a colocação de anúncios e cartazes sem autorização do órgão competente?
- 10) Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta bem como indicar a data de sua prática.
- 11) Houve construção em solo não edificável ou em seu entorno sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida?
- 12) Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta bem como indicar a data de sua prática.
- 13) Quais as intervenções necessárias para a reparação dos danos? Especificar?
- 14) Caso seja impossível tecnicamente a recomposição total ou parcial do bem estimativa/valoração pecuniária dos diversos impactos causados – direta e indiretamente – ao meio ambiente cultural.
- 15) Quais as medidas adotadas pelo Poder Público em razão dos fatos? Pormenorizar, inclusive anexando cópia de eventuais autos de infração e imposição de penalidade.
- 16) Tecer outras observações julgadas pertinentes.

3. Diagnóstico da política municipal de patrimônio cultural

- 1) Existem bens culturais materiais objeto de proteção no município? Quais?
- 2) Qual o estado de conservação desses bens? Existe algum bem correndo risco de destruição? Por quê?
- 3) Existe algum bem de relevância cultural que ainda não foi objeto de proteção? Em caso positivo, indicar o bem e as suas características /atributos que o torna merecedor de proteção.
- 4) Existem no município bens culturais imateriais. Esses bens são objeto de registro?

- 5) O município conta com espaços voltados para a promoção e divulgação do patrimônio cultural (museus, casas de cultura etc)?
- 6) O município é enquadrado como cidade turística ou de potencial turístico?
- 7) O município possui plano diretor aprovado?
- 8) O município possui legislação de defesa do patrimônio cultural? A legislação, se existente, trata adequadamente de institutos tais como: registro de bens imateriais, inventário, tombamento, gestão documental, poder de polícia, sanções administrativas, princípios e diretrizes da política de proteção, conselho e fundo municipal de patrimônio cultural?
- 9) O município conta com legislação sobre educação patrimonial?
- 10) Existem programas de educação patrimonial sendo desenvolvidos de maneira efetiva pelo município?
- 11) O município conta com arquivo público? Como é feita a gestão dos documentos municipais?
- 12) O município conta com conselho municipal de proteção ao patrimônio cultural em funcionamento e atuante?
- 13) O município conta com equipe técnica para dar suporte às políticas municipais de patrimônio cultural?
- 14) O município promove/viabiliza cursos de capacitação para a equipe técnica do patrimônio cultural e para os membros do conselho municipal? Em caso positivo, qual foi o último curso de capacitação de que participaram?
- 15) O município disponibiliza equipamentos, espaço físico e veículos para a equipe técnica e para o conselho municipal? Em caso positivo discriminar.
- 16) O município possui fundo municipal do patrimônio cultural? Em caso positivo, está efetivamente em funcionamento?
- 17) Quais os valores recebidos pelo município a título de icms cultural nos últimos anos?
- 18) Fazer outras considerações julgadas de relevo para o presente diagnóstico.

4. Situação de conservação de bem espeleológico

- 1) Qual a localização, descrição, delimitação e as características do bem espeleológico?
- 2) O bem está registrado no cadastro nacional de informações espeleológicas (canie)? Em caso positivo, juntar cópia da ficha de registro.
- 3) Além da proteção legal prevista pelo art. 214, §7º da Constituição Estadual e pelo Decreto nº 99.956/90, há algum outro ato protetivo a respeito do bem (tombamento, inventário, lei, decisão judicial, unidade de conservação)? Em caso positivo, qual o nível da proteção (âmbito municipal, estadual, federal)? Juntar cópia do ato protetivo.
- 4) O bem é utilizado para a prática de espeleoturismo? Em caso positivo, há infra-estrutura adequada para tanto?
- 5) Qual o nome e a qualificação do proprietário ou possuidor da superfície do solo?
- 6) O bem encontra-se destruído, inutilizado, de-

teriorado ou há atividade potencialmente degradadora sendo exercida no local ou entorno? Pormenorizar a natureza e a extensão dos danos e se há licenciamento ambiental para as atividades. Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta comissiva ou omissiva e indicar a data de sua prática.

7)O bem teve alterado o seu aspecto, inclusive a área de entorno, ou sua estrutura, sem autorização da autoridade competente ou em desconformidade com a que foi concedida?

8)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta comissiva ou omissiva bem como indicar a data de sua prática.

9)Houve na vizinhança do bem protegido construção impedindo ou reduzindo sua visibilidade ou a colocação de anúncios e cartazes sem autorização do órgão competente?

10)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta e indicar a data de sua prática.

11)Houve construção em solo não edificável ou em seu entorno sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a que foi concedida?

12)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta e indicar a data de sua prática.

13)Quais as intervenções necessárias para a reparação dos danos e a integral proteção do bem? Especificar.

14)Caso seja impossível tecnicamente a recuperação total da área degradada, apresentar estimativa de valoração monetária dos diversos impactos causados, direta e indiretamente, ao meio ambiente, considerando o lapso temporal entre a ocorrência do dano e o tempo necessário para a recomposição dos serviços ambientais afetados.

15)Teecer outras observações julgadas pertinentes.

5. Situação de conservação de sítios arqueológicos

1)Identificar a área objeto de perícia e registrar qual a sua localização geográfica (coordenadas UTM) e cartográfica.

2)Descrever sumariamente os atributos e características do sítio arqueológico, sua importância e sua extensão.

3)De quem é a propriedade da superfície onde se encontra o sítio? O proprietário tem conhecimento da existência do sítio?

4)O sítio encontra-se registrado no IPHAN? Em caso positivo, declinar detalhes do registro, juntando, se possível, cópia dos dados do SGPA.

5)O sítio já foi objeto de regular pesquisa arqueológica? Em caso positivo, declinar os autores da pesquisa, sua data, os seus resultados e as correspondentes fontes bibliográficas.

6)Há identificação visual (placa, faixa, marcos etc) acerca da existência do sítio?

7)Há visitação turística no sítio? Em caso positivo, existe a infra-estrutura necessária para tanto?

8)Além da proteção legal prevista pela Lei nº 3.924/61, existe algum outro ato protetivo (tombamento, inven-

tário, unidade de conservação etc) em relação ao sítio? 9)O sítio apresenta intervenções antrópicas que comprometem sua integridade? Em caso positivo, detalhar as intervenções, suas épocas de ocorrência e seus autores.

10)Em atividade potencialmente degradadora no sítio ou em seu entorno, houve a realização prévia de pesquisa arqueológica e de estudo de impacto cultural nos termos da lei?

11)No caso de atividades minerárias no local, houve obediência integral ao que determina o art. 22 da Lei nº 3.924/61?

12)Quais as intervenções necessárias para a reparação dos danos causados e para a prevenção de novos danos? Especificar de forma detalhada.

13)Caso seja impossível tecnicamente a recuperação total da área degradada, apresentar estimativa de valoração monetária dos diversos impactos causados, direta e indiretamente, ao meio ambiente, considerando o lapso temporal entre a ocorrência do dano e o tempo necessário para a recomposição dos serviços ambientais afetados.

14)Teecer outras considerações que entender necessárias.

6. Crimes contra ordenamento urbano e o patrimônio cultural (Lei nº 9.605/98)

Art.62

1) Qual a natureza, as características e a localização do bem examinado?

2) O bem examinado é protegido por lei, ato administrativo (tombamento, inventário, registro etc) ou decisão judicial? Juntar cópia do ato protetivo.

3) Houve destruição, inutilização ou deterioração do bem examinado? (resposta justificada, descrevendo a natureza e a extensão dos danos).

4) Qual a data da prática criminosa?

6) Quais os meios e quais os instrumentos empregados na prática criminosa?

7) É possível tecnicamente a reparação dos danos causados e a integral recuperação do bem? (resposta justificada).

Art. 63

1) Qual a natureza, as características e a localização do bem examinado?

2) O bem examinado é protegido por lei, ato administrativo (tombamento, inventário, registro etc) ou decisão judicial em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental? Juntar cópia do ato protetivo.

3) Houve alteração do aspecto ou da estrutura do bem examinado? (resposta justificada, descrevendo a natureza e a extensão das alterações).

4) Houve na vizinhança do bem protegido alteração consistente em construção impedindo ou reduzindo sua visibilidade ou a colocação de anúncios e cartazes?

- 5) Em caso positivo (itens 3 ou 4), houve prévia autorização da autoridade competente para a realização das alterações? (juntar cópia da autorização).
- 6) Se concedida autorização, as alterações foram executadas em desacordo com o que foi permitido?
- 7) Qual a data da prática criminosa?
- 8) É possível tecnicamente a reparação dos danos causados e a integral recuperação do bem alterado? (resposta justificada).

Art. 64

- 1) Qual a natureza, as características e a localização do local examinado?
- 2) O solo do local examinado é considerado não edificável por lei, ato administrativo ou decisão judicial em razão de seu paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental? Juntar cópia do ato protetivo.
- 3) Houve construção no local examinado? (resposta justificada, descrevendo a natureza e as características da construção).
- 5) Em caso positivo, houve prévia autorização da autoridade competente para a realização da construção? (juntar cópia da autorização).
- 6) Se concedida autorização, as alterações foram executadas em desacordo com o que foi permitido?
- 7) Qual a data da prática criminosa?
- 8) É possível tecnicamente a reparação dos danos causados e a integral recuperação do bem alterado? (resposta justificada).

Art. 65

- 1) Qual a natureza, as características e a localização da edificação ou monumento examinado?
 - 2) A edificação/monumento foi pichado, grafitado ou conspurcado? (resposta justificada, descrevendo a natureza e as características dos danos causados).
 - 3) Quais os meios e quais os instrumentos empregados na prática criminosa?
 - 4) Qual a data da prática criminosa?
 - 5) É possível tecnicamente a reparação dos danos causados e a integral recuperação da edificação/monumento? (resposta justificada).
- O bem danificado é tombado? Em caso positivo indicar a data do ato e o órgão responsável pelo tombamento.

CARTAS CONCLUSIVAS DOS ENCONTROS NACIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

CARTA DE GOIÂNIA

1º ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Os representantes do Ministério Público (Federal e Estaduais), Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura –

Unesco, Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente – Abrampa, Agência Goiana de Cultura Pedro Ludovico Teixeira – Agepel, Prefeitura Municipal de Goiânia, presentes no 1º ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2003, na cidade de Goiânia-GO;

Considerando que a humanidade é um mosaico de diversidade e de cultura e a sua riqueza é constituída preponderantemente pela diversidade e complementariedade das diferentes culturas, e a pluralidade cultural é tão valiosa quanto a biodiversidade;

Considerando que o Brasil é signatário da Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural de 1972 e tem o compromisso ético de preservar seus bens inscritos na lista do Patrimônio Mundial;

Considerando a responsabilidade que a Constituição Federal impõe ao Ministério Público, ao poder público e à sociedade no sentido de defender, promover e preservar o Patrimônio Cultural brasileiro (arts. 127, *caput*, 129, III, 216, § 1º, 225);

Considerando que, conforme estabelece a Constituição Federal, o Patrimônio Cultural brasileiro é constituído pelos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216, *caput*);

Considerando que a valorização do Patrimônio Cultural brasileiro depende, necessariamente, do seu conhecimento e de sua preservação, da consciência e do orgulho que possuímos de nossa própria identidade;

Considerando que os princípios que regem o direito ambiental são aplicáveis às ações de defesa e promoção do Patrimônio Cultural brasileiro;

Considerando a necessidade da criação, pelo poder público, de uma política pública que seja claramente voltada para a promoção e defesa do Patrimônio Cultural brasileiro, nela incluída a regulamentação, mediante instrumentos específicos voltados para a gestão do Patrimônio Cultural;

Considerando que a integração dos órgãos ambientais e culturais nos níveis federal, estadual, distrital e municipal com os Ministérios Público (Federal e Estaduais), propicia maior agilidade e eficácia na adoção das ações de promoção e defesa do Patrimônio Cultural brasileiro;

Considerando que após ações de identificação, valorização e reconhecimento, objetos e obras singulares da cultura nacional - principalmente as que são especialmente dotadas de significado histórico

e sagrado, o que as leva a ser identificadas como objeto de arte ou de veneração -- são bens de relevante valor cultural;

Considerando que tais peças, não raro, de autoria de renomados artistas do período colonial, pertenceram originariamente a monumentos religiosos, e se tomaram o destino ilícito de coleções particulares, é porque foram furtadas, indevidamente doadas ou vendidas por quem deveria ser responsável por sua guarda;

Considerando que as agressões e os atentados contra o patrimônio histórico, artístico e devocional do país, por meio de furtos, saques, roubos e outras formas suspeitas de aquisição em edificações religiosas têm se acentuado nos últimos tempos e representam um considerável desfalque ao acervo cultural e sacro brasileiro;

Considerando que um bem cultural nunca deve ser desvinculado do meio onde foi produzido e que nunca deveria deixar seu local de origem, senão quando condições ambientais o ameçassem, devendo regressar tão logo essas condições sejam sanadas;

Considerando que o Código dos Direitos Canônicos e as determinações do Concílio Vaticano II proíbem ao clero a venda de objetos sagrados, de culto ou de valor artístico e cultural;

Considerando que a Lei nº 4.845/65 proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período monárquico, e o Decreto-Lei nº 72.312/73 dispõe sobre medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas de bens culturais;

Considerando que aproximadamente 60% do patrimônio de bens móveis das igrejas mineiras foram deslocados da sua origem para acervos particulares e comerciantes de antiguidades;

Considerando, numa visão mais ampla, a existência de paisagens culturais ameaçadas, mesmo quando protegidas por tombamento, enquanto os órgãos culturais convergem esforços para a preservação do acervo arquitetônico, descuidando-se do contexto mais amplo no qual se inserem;

Considerando que muitas categorias de bens declarados como Patrimônio Cultural brasileiro pela Constituição não foram, até o momento, objeto de ações protetoras, como é o caso do patrimônio arqueológico;

Votam e aprovam as seguintes conclusões:

1. A preservação do Patrimônio Cultural não é uma alternativa ou uma opção à preservação da memória e da identidade. É uma imposição de natureza política de garantia, de soberania, de segurança nacional, e de manutenção da face da nação;
2. O processo de desenvolvimento não pode ser homogêneo, imposto a custo de valores tradicionais. A cultura determina os modelos de desenvolvimento adequados, os quais, portanto, não podem prescindir das variáveis sociais e culturais;
3. A preservação da memória e da identidade não pode e não deve ser encarada e entendida como

um elemento de impedimento ao progresso e ao desenvolvimento do país. Ao contrário, deve ser considerada como uma variável privilegiada de valor econômico agregado na promoção desse desenvolvimento;

4. Só por meio da educação é possível mudar valores e incluir a preservação do Patrimônio Cultural na rotina de vida dos cidadãos. É preciso que as instituições de cultura, educação e a sociedade em geral incluam a educação sobre o patrimônio em seus projetos;

5. É necessário que o Patrimônio Cultural seja compreendido como um recurso capaz de promover o desenvolvimento local. Quaisquer ações devem envolver todos os agentes que se relacionam com o Patrimônio Cultural, principalmente nos processos de formulação, implementação, acompanhamento e avaliação dessas ações;

6. O desenvolvimento do turismo em sítios históricos - que deve ter como base a preservação e incluir formas de patrimônio imaterial, como a culinária regional, as festas e os festejos populares -, configura-se como a forma mais bem sucedida de inserção do patrimônio no desenvolvimento das cidades e regiões. O turismo cultural, portanto, pode e deve ser considerado como um importante pilar da economia e do desenvolvimento sustentável;

7. O Brasil resente-se de uma Política de Patrimônio Cultural, da organização da sociedade civil sob a forma de Organizações Não Governamentais - ONGs, voltadas à preservação e proteção do Patrimônio Cultural e, principalmente, de um Sistema Nacional de Patrimônio Cultural;

8. O Brasil resente-se, ainda, da inexistência de legislação de preservação do Patrimônio Cultural por iniciativa de particulares, de forma similar à Lei de RPPN;

9. O Brasil deve adotar uma Política de preservação do Patrimônio Cultural que contemple a eleição de um conjunto de representações de seu patrimônio histórico-cultural de forma a viabilizar uma lista indicativa de sítios para inscrição na lista do Patrimônio Mundial. Da mesma maneira, deve se dar com as Reservas de Biosfera e Parques Nacionais representativos dos diversos ecossistemas do país para inscrição na lista do Patrimônio Natural;

10. O Patrimônio Cultural não deve limitar-se apenas à materialidade documental ou monumental de seus bens móveis e imóveis, mas também, e no mesmo grau de importância, na singularidade do imaterial, consubstanciado no acervo de ritos, crenças, tradições, costumes, fazeres e comportamentos;

11. A arte pública, representada pelas obras, estátuas e monumentos artísticos construídos nas cidades, está incluída no conceito de Patrimônio Cultural e imaterial;

12. O Decreto-Lei 25/37 é uma fonte de direito excepcional - fenômeno legislativo no Brasil - e constitui o pressuposto e a base teórica da construção de legislação ambiental no Brasil;

13. Os Estados e os Municípios devem exercer, na

sua plenitude, as suas respectivas competências constitucionais concernentes à proteção e promoção do patrimônio cultural, por meio, principalmente, da atividade legiferante complementar e supletiva, imprescindíveis, inclusive, à organização do procedimento de tombamento;

14. As diretrizes do Estatuto da Cidade são normas gerais de direito urbanístico (C.F., art. 24, I) e, portanto, de observância compulsória pelos Municípios;

15. A preservação do Patrimônio Cultural deve ser inserida como princípio do planejamento urbano das cidades, que também deve contemplar a justa distribuição de ônus e benefícios por meio do planejamento econômico dos índices construtivos, materializados, principalmente, na outorga onerosa do direito de construir;

16. A transferência do direito de construir não é compatível com a outorga onerosa do direito de construir e somente deve ser utilizada no pagamento de indenizações;

17. A limitação da propriedade em função do interesse público, em princípio, não é indenizável;

18. O Ministério Público deve buscar a efetividade dos instrumentos de planejamento urbano coibindo veementemente a concessão gratuita de índice construtivo a uma propriedade e a inexistência de cobrança da outorga do direito de construir, o que configura liberalidade com o dinheiro público, e, por conseguinte, enriquecimento sem causa;

19. As políticas públicas de urbanismo e de preservação do Patrimônio Cultural devem assegurar a prevalência do uso da língua portuguesa na toponímia de ruas e logradouros públicos, salvo em casos de toponímia tupi-guarani ou afro-brasileira;

20. Nos processos de tombamento, em se tratando de conjunto urbano, o poder público deverá, obrigatoriamente, delimitar a área tombada e a Administração estabelecer os critérios de preservação ou critérios que nortearão as intervenções novas, onde e como poderão ser admitidas;

21. Deve-se garantir ao poder público a preferência de compra de um bem, pertencente a particular e tombado, colocado à venda;

22. A obrigação de não demolir, não mutilar, não destruir, e não descaracterizar o bem tombado não se restringe ao proprietário, se estendendo a todos;

23. O Iphan, em nível federal, e os órgãos estaduais e municipais de proteção, preservação e promoção do Patrimônio Cultural têm o dever de proceder aos serviços de restauração em bens tombados, na situação de comprovada insuficiência econômica do proprietário;

24. No Brasil a arqueologia pré-histórica refere-se às civilizações indígenas pré-cabralinas e os sítios arqueológicos tombados não podem ser sequer pesquisados. A pesquisa arqueológica não deverá ser incentivada quando efetuada por métodos escavatórios que destroem importantes registros do sítio, devendo ser dada preferência à moderna tecnologia que investiga o subsolo sem escavações;

25. A Lei nº 3924/61 que dispõe sobre os monumen-

tos arqueológicos e pré-históricos, visa preservar e proteger especificamente os sambaquis e sítios de escavação, devendo ser complementada para a proteção integral e eficaz do patrimônio arqueológico;

26. Deverá ser concedida às paisagens arqueológicas expressivas a mesma atenção que se dispensa aos sítios arqueológicos;

27. Somente o Iphan pode autorizar e permitir a pesquisa e exploração em sítios e bens arqueológicos;

28. Como forma de evitar a saída de peças arqueológicas do país, o IPHAN deverá elaborar um instrumento legal e um procedimento administrativo regulando a produção de réplicas, de forma a evidenciar, aos olhos de leigos, a diferença entre um objeto autêntico e a réplica;

29. Em todas as belas paisagens há evidências arqueológicas e a paisagem, onde o homem viveu, morou e erigiu sua cultura, por vezes, é a única forma e o único testemunho de transmissão da cultura, sobretudo em casos de culturas desaparecidas;

30. Há necessidade premente de novas formas de acautelamento para efetiva proteção da paleontologia e das paisagens culturais (patrimônio paisagístico e paleontológico);

31. O patrimônio paleontológico brasileiro - um dos mais ricos, cobijados e dilapidados do mundo - não se confunde com o patrimônio arqueológico e carece de maior proteção legal e estatal, haja vista que o único instrumento legal e específico de proteção ao patrimônio paleontológico é o Decreto-Lei nº 4.146/42;

32. São perfeitamente aplicáveis à defesa do Patrimônio Cultural, os princípios norteadores do Direito Ambiental, em especial, os princípios da prevenção, da precaução, do desenvolvimento sustentável, da participação e do poluidor-pagador;

33. A responsabilidade por danos ao Patrimônio Cultural é objetiva;

34. É vinculada, e não discricionária, a atividade do poder público na proteção, preservação e promoção do Patrimônio Cultural, sob pena de responsabilização;

35. A Ação Civil Pública é um marco na história da defesa do Patrimônio Cultural brasileiro e sua utilização também deve visar à proteção dos interesses urbanísticos;

36. Segundo a Constituição Federal o que torna um bem dotado de valor cultural é o seu valor em si, é a natureza do próprio bem, e não o fato de estar protegido legal ou administrativamente. Dessa forma, é perfeitamente defensável a defesa do Patrimônio Cultural, ainda que não reconhecida pelo poder público, por via judicial;

37. O Poder Judiciário pode, numa Ação Civil Pública, reconhecer a necessidade de se preservar determinado patrimônio;

38. Os bens culturais, não por dominialidade estatal, mas em oposição ao regime puramente privado, são bens públicos pela destinação à fruição pública. É público por seu conteúdo finalístico, em sentido objetivo e no sentido em que o domínio é coletivo e não estatal;

39. O Ministério Público pode provocar a instauração do processo de registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem Patrimônio Cultural Brasileiro;
40. O Inquérito Civil, de uso privativo do Ministério Público, tem se revelado um importante instrumento de fomento de políticas públicas preservacionistas;
41. As igrejas têm obrigação de cuidar de seu acervo devendo, também, inventariar os bens móveis dotados de valor cultural e integrados às suas edificações;
42. A guarda, proteção e conservação dos bens móveis e integrados às edificações religiosas também são de responsabilidade da igreja e das comunidades e não só dos órgãos oficiais de preservação e proteção do Patrimônio Cultural;
43. Organizações religiosas como as dioceses, paróquias, irmandades, confrarias ou ordens terceiras devem observar o Código dos Direitos Canônicos e dotar de maior segurança as igrejas, capelas e monumentos de valor histórico, haja vista a fragilidade das técnicas e dos materiais empregados nessas construções;
44. Em nenhuma hipótese o estado de abandono ou a fragilidade dos edifícios justificam a guarda de peças dotadas de valor cultural por colecionadores ou em antiquários;
45. A compra ou aquisição sob qualquer forma de um objeto sacro sem o conhecimento de sua origem ou procedência é crime, devendo ser responsabilizado, também, aquele que detém sua posse em tais condições;
46. As vistorias e fiscalizações nos antiquários devem ser mais sistemáticas, principalmente para apurar a origem e o valor cultural dos bens, e a Lei nº 4.845/65 deve ser revista no sentido de se proibir, também, a saída, para o exterior, de obras e ofícios produzidos no país, a partir do final do século XIX;
47. Os órgãos de proteção e preservação do Patrimônio Cultural devem realizar um inventário sistemático dos bens tombados, principalmente aqueles móveis e integrados às edificações religiosas, de forma a viabilizar a preservação de seus respectivos acervos;
48. A ausência de regulamentação dos arts. 26, 27 e 28 do Decreto-Lei nº 25/37 - que descrevem a obrigação dos negociantes de antiguidades e de obras de arte de possuir registro especial no Iphan, ou de apresentar ao Instituto a relação das peças para serem autenticadas antes de negociadas - tem prejudicado a fiscalização do IPHAN e impedido a proteção de importantes acervos;
49. O Ministério Público deve coibir o comércio clandestino de bens culturais e zelar para que se cumpra o art. 26 do Decreto Lei nº 25/37, - que determina que negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no IPHAN, cumprindo-lhes, outrossim, apresentar semestralmente a esse instituto relações completas de coisas históricas e artísticas que possuem;
50. Em se constatando o descumprimento de tal norma (art. 26 do Decreto Lei nº 25/37) o Ministério Público deverá promover a responsabilização do agente pela prática da contravenção penal de “exercício ilegal do comércio de coisas antigas e obras de arte” (art. 48 da LCP), sem prejuízo da adoção das medidas cíveis pertinentes;
51. O Ministério Público deve exigir compensação (indenização) pelo dano moral causado as comunidades lesadas e privadas de bens portadores de referência cultural, em razão do comércio ilícito de bens culturais;
52. Para coibir o tráfico de bens culturais, é fundamental uma efetiva parceria entre os Ministérios Públicos, órgãos de proteção e defesa do Patrimônio Cultural, Receita Federal e polícias, principalmente, a Polícia Federal/Interpol;
53. Novas ações devem ser implementadas para evitar que o patrimônio coletivo seja desviado para as mãos de particulares, como, por exemplo, campanha de divulgação, envolvimento e participação da sociedade, objetivando a devolução espontânea de peças sacras por partes de colecionadores ou incentivando denúncias de posse ilícita desses objetos;
54. Para o efetivo combate ao comércio ilícito de bens culturais faz-se necessário a criação de grupos de trabalho permanentes, integrados por representantes do Ministério Público (Federal e Estaduais), Iphan e Polícia Federal/Interpol;
55. O Ministério Público (Federal e Estaduais) devem fomentar a criação de grupos especiais permanentes de atuação na defesa do Patrimônio Cultural;
56. No âmbito do Ministério Público, as funções cíveis e criminais de preservação do meio ambiente, urbanismo e Patrimônio Cultural, que são indissociáveis, devem ser concentradas no mesmo órgão de execução;
57. O Decreto Federal nº 3.551 de 4 de agosto de 2000, que Institui o registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem Patrimônio Cultural Brasileiro, é legal e visa, precipuamente, a destinar apoio e incentivo às manifestações culturais;
58. O Licenciamento Ambiental, instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente, também deve ser usado como instrumento na defesa preventiva do Patrimônio Cultural;
59. Os estudos ambientais, que necessariamente precedem o processo de licenciamento ambiental, devem contemplar a análise das interações e impactos face ao Patrimônio Cultural, inclusive aqueles ainda por descobrir;
60. Os órgãos culturais e ambientais devem desenvolver trabalhos conjuntos e integrados no âmbito do licenciamento ambiental;
61. Os órgãos ambientais devem ter em seus quadros técnicos capacitados para o trato e exame das questões relativas ao Patrimônio Cultural e firmar convênio com os órgãos de proteção e defesa do Patrimônio Cultural para treinamento e capacitação desses profissionais;

62. É imprescindível e urgente a criação de uma legislação que estabeleça a Política Nacional do Patrimônio Cultural e o respectivo Sistema Nacional do Patrimônio Cultural, visando à implantação efetiva dos deveres constitucionais de proteção e promoção do Patrimônio Cultural brasileiro;

63. O Ministério Público (Federal e Estaduais), quando da instalação de suas sedes pelo país, devem dar prioridade à utilização, adaptação e reciclagem de imóveis de valor histórico/cultural;

64. Deve ser fomentada e posta em prática a gestão compartilhada do patrimônio cultural, diante da diversidade de situações e contextos existentes nos diversos rincões do país, da assimetria da capacidade instalada dos diversos agentes governamentais e não-governamentais que atuam na preservação do patrimônio cultural e do desafio de promoção dessa preservação;

65. Deverão ser buscadas formas de articulação entre órgãos do Poder Público e a coletividade, visando à gestão compartilhada, no caso de bens e paisagens que não dispõem de leis ordinárias para sua preservação, como é o caso de paisagens culturais e do patrimônio paleontológico;

66. A promoção do desenvolvimento de Planos de Preservação de Sítios Históricos Urbanos, como instrumento de gestão compartilhada, voltada para a proteção, valorização e reabilitação urbana dessas áreas, deve ser fomentada e estimulada;

67. Deve ser apresentado Projeto de Lei, que complemente o Decreto-Lei nº 25/37, voltado para a gestão de sítios históricos urbanos à luz das experiências internacionais;

68. O IPHAN pode atuar subsidiariamente em defesa de bens culturais tombados pelos Estados e Municípios, em caso de omissão e ineficiência técnica dos órgãos estaduais e municipais prioritariamente responsáveis pelos respectivos bens;

69. Ao IPHAN e aos órgãos estaduais e municipais de defesa, proteção e promoção do Patrimônio Cultural, deve ser atribuída a função concernente à lavratura do auto de infração ao Patrimônio Cultural e instauração dos respectivos processos administrativos, permitindo, assim, a aplicação, por esses órgãos, de sanções administrativas às infrações ao Patrimônio Cultural;

É do anseio de todos que em breve seja realizado o 2º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.

CARTA DE SANTOS

2º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural

Sob os auspícios da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA); do Ministério Público do Estado de São Paulo; da Prefeitura Municipal de Santos e da Universidade Católica de Santos, os representantes do Ministério Público, Federal e Estaduais, com sede funcional nos Estados do Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Piauí, Rio de Janeiro,

Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, reunidos no 2º Encontro Nacional: O Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 23 e 24 de setembro de 2004, na cidade de Santos, reafirmando os princípios e conclusões da *Carta de Goiânia*, aprovam as seguintes conclusões e recomendações:

1 - O Poder Público e a coletividade devem atuar de forma a promover a averiguação, identificação, resgate, proteção, conservação, preservação e promoção dos bens e vestígios culturais enterrados nas cidades, através da Arqueologia Urbana.

2 - As notórias dificuldades na proteção e preservação dos bens integrantes do patrimônio cultural exigem que os poderes públicos nas esferas federal, estadual e municipal estabeleçam políticas culturais amplas e efetivas que resgatem, preservem e promovam a memória, a história e a cultura, inclusive mediante a formação de quadros técnicos de profissionais habilitados.

3 - Tendo em vista o potencial de ocorrência de danos irreversíveis aos bens protegidos pelo tombamento, em decorrência de transformações em sua vizinhança, o tombamento deve prever obrigatoriamente formas de proteção do entorno, mediante a delimitação, regulamentação e fiscalização do uso e ocupação do solo em tais espaços.

4 - Em obediência ao disposto no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, os Conselhos de Defesa do Patrimônio Cultural devem incluir em suas composições um maior número de representantes da sociedade civil, que não apenas representem categorias profissionais, mas movimentos sociais e associações afins e representativas das diversas regiões do município, do estado e do país.

5 - O patrimônio cultural subaquático deve ser pesquisado, gerido e protegido com base na legislação que rege o patrimônio cultural que não está submerso, pois o fato desse patrimônio estar submerso não muda a sua condição de herança cultural, mesmo porque a Constituição Federal não faz qualquer distinção entre bens culturais emersos, submersos ou enterrados.

6 - O pleno exercício dos direitos de cidadania relacionados à fruição do patrimônio cultural só se torna efetivo se as medidas adotadas para a identificação, pesquisa, registro, proteção, conservação e preservação dos bens e manifestações de valor cultural assegurem a ampla e pública divulgação das medidas adotadas e do valor cultural dos referidos bens e manifestações, bem como o acesso público, às presentes e futuras gerações.

7 - A preservação do patrimônio cultural é dissociada do conceito de monumentalidade e deve considerar os bens, materiais e imateriais, de caráter afetivo que referenciam as comunidades e os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

8 - As Administrações Públicas federal, estaduais e municipais devem, obrigatoriamente, incluir a proteção do patrimônio cultural no âmbito dos seus planejamentos.

9 - A ação civil pública é instrumento hábil para a busca da proteção, conservação, preservação e promoção dos bens culturais, materiais ou imateriais, sejam eles públicos ou privados, independentemente da existência de ato administrativo declaratório de seu valor referencial.

10 - Restrições de cunho orçamentário não podem justificar a não-adoção de medidas efetivas para a defesa, proteção e preservação bens e valores culturais.

11 - É obrigatória a observância das normas legais e regulamentares de proteção ao patrimônio cultural, inclusive o arqueológico, por ocasião da elaboração dos estudos ambientais prévios e necessários ao licenciamento de qualquer tipo de obras ou atividades, a exemplo do disposto nas Portarias 230/02, do IPHAN e 34/03, da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

12 - Os bens culturais não devem ser retirados do meio onde foram produzidos ou do local onde se encontram vinculados por razões naturais, históricas, artísticas ou sentimentais, salvo para evitar o seu perecimento ou degradação, quando ser reintegrado ao seu espaço original tão logo superadas as adversidades.

13 - A descaracterização da paisagem dos sítios arqueológicos compromete a produção de conhecimentos sobre o sítio, razão pela qual o Poder Público deve garantir a proteção do entorno e de sua respectiva paisagem.

14 - Há necessidade urgente de adoção de medidas para a proteção do patrimônio arqueológico que vem sendo devastado por obras ou atividades não sujeitas ao licenciamento ambiental, inclusive de natureza agrária ou urbana.

15 - Para preservar a qualidade de vida nas cidades, a proteção do patrimônio cultural urbano deve incluir a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, em especial, a poluição sonora, a visual e a atmosférica, de modo que as atividades sejam exercidas com limitações.

16 - O Plano Diretor constitui um dos principais instrumentos de preservação do patrimônio cultural previsto no Estatuto da Cidade.

17 - Para a obtenção de licença para construir não basta o atendimento dos índices urbanísticos estabelecidos, posto que é vinculada, e não discricionária, a atividade do poder público na proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural. Portanto a concessão da referida licença para construir constitui ato meramente discricionário.

18 - A legislação urbanística brasileira, especialmente o Estatuto da Cidade, determina como diretriz, que a legislação e as ações de planejamento devem proteger o patrimônio cultural urbano (artigo 2º, inciso XII), oferecendo, como instrumento o Estudo de Impacto de Vizinhança (artigo 37, inciso VII).

19 - O Estatuto da Cidade determina, como diretriz, que a legislação e as ações de patrimônio devem observar a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (artigo 2º,

inciso IX). Disto resulta ser obrigação do Poder Público não praticar liberalidade com os recursos públicos construtivos, através da outorga não onerosa do direito de construir, induzindo a enriquecimento sem causa de proprietários urbanos.

20 - Os valores depositados nos fundos federal, estaduais e municipais de reparação de interesses difusos lesados podem e devem ser revertidos para a conservação, restauro e promoção de bens e valores culturais.

21 - A preservação dos modos de fazer e viver que constituem o patrimônio cultural imaterial pressupõe a preservação e conservação dos espaços territoriais onde essas expressões se materializam.

22 - A ação civil pública é instrumento adequado para buscar que a administração pública realize a adequada gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem, assegurando a preservação das informações contidas na documentação pública, inclusive a eletrônica, nos termos do artigo 216, § 2º da Constituição Federal.

CARTA DE BRASÍLIA

3º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural

Sob os auspícios da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA); o Ministério Público (Federal, dos Estados e Distrito Federal), e representantes de órgãos e entidades de defesa do patrimônio cultural, reunidos no 3º Encontro Nacional: O Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 23 e 24 de novembro de 2006, em Brasília - DF, reafirmando os princípios e conclusões da *Carta de Goiânia* e da *Carta de Santos*, aprovam as seguintes conclusões e recomendações:

1. O patrimônio cultural é uma das dimensões do meio ambiente, o qual não se resume a aspectos meramente naturalísticos. Assim, a tutela do patrimônio cultural deve ser efetivada dentro do sistema jurídico que informa o Direito Ambiental.
2. O reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, engloba a dimensão cultural, porque não há falar em vida dotada de qualidade quando se arredam os valores associados à cultura.
3. A todo bem cultural há de ser dado um uso, que deve se harmonizar com a preservação de suas características essenciais.
4. Dentre os vários valores identificadores de bens culturais merecedores de proteção, ressaltam-se: o arquitetônico, o histórico, o evocativo, o ambiental, de recorrência regional, de raridade funcional e de antiguidade, podendo determinado bem ostentar simultaneamente mais de um desses valores.

5. São direitos culturais assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros: o direito de participar da vida cultural, o direito de acesso aos bens culturais e às fontes de cultura, o respeito à identidade, diversidade e liberdade cultural.

6. São direitos da população local em relação ao seu patrimônio cultural: direito de conhecer sua própria história e a de seu povo; direito a conservar suas manifestações culturais em contato com a continuidade das tradições; direito a ser informada e participar da tomada de decisões que afetem os bens culturais; direito de beneficiar-se, com prioridade, do desenvolvimento socioeconômico que a utilização do bem possa gerar; direito a que se considere, prioritariamente, a qualidade de vida do morador local e que esta não reste prejudicada pela atenção ao turismo ou a terceiros, garantindo à população a identificação de seus próprios valores sociais.

7. A proteção ao entorno do bem cultural é ampla, englobando aspectos tais como a visibilidade, perspectiva, harmonia, integração, altura, emolduração, iluminação, ou seja, a própria ambiência do bem.

8. A utilização de recomendações pelo Ministério Público objetivando a proteção do patrimônio cultural deve ser prestigiada, tendo em vista sua função instrumental de divulgar normas existentes no ordenamento jurídico, evitando, por parte do destinatário, a alegação de desconhecimento de obrigações em relação aos bens culturais.

9. Embora não incluídos entre os bens patrimoniais da União, os sítios arqueológicos históricos estão sob a guarda e proteção do poder público, sendo aplicável, para sua proteção, o disposto na Lei Federal nº 3924/61 e Portaria nº 07/88 do IPHAN.

10. A proteção do patrimônio arqueológico decorre da Lei e não depende de qualquer outro ato declaratório do poder público.

11. São aplicáveis à proteção do patrimônio arqueológico os princípios fundamentais do Direito Ambiental, em especial os princípios da intervenção estatal obrigatória, da supremacia do interesse público, da precaução, da responsabilidade e da indisponibilidade.

12. O Ministério Público deve velar para que a gestão do patrimônio arqueológico integre as políticas públicas municipais de gestão do patrimônio cultural, especialmente no que se refere aos sítios arqueológicos históricos, incluindo a delimitação das áreas com potencial arqueológico situadas na zona urbana ou rural, com a exigência de que quaisquer intervenções em imóveis localizados em tais áreas sejam acompanhadas por arqueólogo.

13. A responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo cometimento de crime contra o patrimônio cultural é plenamente viável, encontrando expressa previsão nos arts. 225, § 3º e 216, § 4º. Da CF/88, devidamente regulamentados pela Lei nº 9.605/98.

14. O objeto jurídico protegido pela norma do art. 65 da Lei nº 9.605/98 é o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, mesmo quando o objeto material recair em edificação urbana pertencente a particular.

15. A objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio cultural não é dominial, e sim difusa, sendo irrelevante o domínio circunstancial do bem objeto de proteção.

16. O turismo, exercido de forma organizada e sustentável, pode ser um instrumento de relevo para a proteção e promoção do patrimônio cultural.

17. A coletividade deve ser ressarcida por danos extrapatrimoniais decorrentes de lesão a bens de valor cultural.

18. A responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente cultural, além de solidária, é objetiva, mesmo em casos de omissão lesiva.

19. Os estudos técnicos elaborados para a definição de categoria e criação de unidades de conservação deverão compreender levantamento de eventuais populações tradicionais e suas respectivas práticas e conhecimentos como forma de subsidiar, inclusive, a escolha da categoria de unidade de conservação.

20. Na hipótese dos estudos técnicos indicarem que o ecossistema suporta o impacto causado pelas atividades desenvolvidas pelas populações tradicionais residente, poderão ser criadas unidades de conservação de uso sustentável (Reserva Extrativista ou Reserva de Uso Sustentável).

21. As práticas culturais (modos de vida, fontes de subsistência, formas de moradia etc.) das populações tradicionais residentes deverão ser asseguradas na hipótese de eventual reassentamento, quanto da criação de unidades de conservação de proteção integral.

É do anseio de todos a realização do IV Encontro do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.

5 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA

Promotor de Justiça Rogério Filippetto de Oliveira

5.1 - INTRODUÇÃO

As considerações a seguir delineadas, longe de intentar o esgotamento do debate que circunda a atuação ministerial na seara tributária, têm por fim auxiliar o Órgão de Execução detentor das respectivas atribuições, servindo de norte para o exercício da função especializada.

Visa-se, com isso, facultar aos Promotores de Justiça – mormente aqueles atuantes no interior do Estado, em Promotorias de Justiça com ampla e variada atuação – um instrumento de consulta rápido e eficiente, de modo a facilitar o exercício do mister através do direcionamento das ações comumente executadas.

Antes, porém, da explanação do roteiro prático de atuação, interessante a breve definição de alguns conceitos básicos que, ordinariamente, encontram-

se presentes no dia-a-dia do labor especializado, inseridos em relatórios e documentação fiscal correlata.

5.1.1 – AUTO DE INFRAÇÃO (AI) E PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO (PTA)

Em sentido estrito, a expressão processo tributário administrativo designa a espécie do processo destinado à apuração e exigência do crédito tributário.

Finda a fiscalização de determinada empresa e constatada qualquer irregularidade, a autoridade fiscal emite um auto de infração, cobrando os tributos que julga serem devidos (normalmente, o número dado ao PTA coincidirá com o número do AI respectivo). O contribuinte autuado, querendo, poderá contestar os termos da autuação, apresentando, a tempo e modo, defesa escrita que será julgada, definitivamente, na esfera administrativa, pelo Conselho de Contribuintes.

5.1.2 – AUTO DE NOTÍCIA-CRIME (ANC)

Cuidam os ANCs de expedientes encaminhados pela Receita Estadual ao Ministério Público (Promotorias de Justiça), sempre baseados no conteúdo dos processos tributários definitivamente julgados (Lei nº 9.430/96). Através de órgão próprio, intitulado Núcleo de Acompanhamento Criminal (NAC), a fiscalização fazendária seleciona os processos administrativos nos quais foram vislumbrados indícios de prática de crime contra a ordem tributária, remetendo-os posteriormente ao Promotor de Justiça competente para a análise do caso.

5.1.3 – CRÉDITO E DÉBITO DE ICMS (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE)

Chama-se crédito de imposto o valor do ICMS destacado na nota fiscal de *compra* de mercadorias. Lado outro, denomina-se débito o valor destacado na nota fiscal de *venda*. Deve-se observar que o montante do imposto a ser pago pelo contribuinte não coincide com o valor do débito, uma vez que, pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS, o *quantum* dos créditos (compras realizadas) deve ser abatido do montante dos débitos apurados (vendas realizadas) no período (débito – crédito = imposto a pagar). Em determinada operação mercantil, salvo em situações especiais estabelecidas em lei (isenção, não-incidência, diferimento, etc.) o débito de um dos contratantes será o crédito do outro.

5.1.4 – LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS

Livro fiscal destinado a apurar o imposto devido no período. Nele, são registrados todos os créditos de imposto escriturados no livro de Registro de Entradas e todos os débitos constantes do correspondente Livro de Saídas. O valor do imposto a pagar é o resultante da diferença entre débitos e créditos.

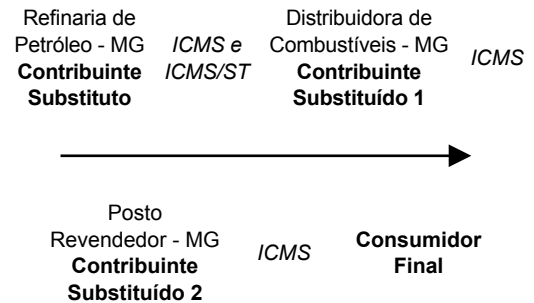
5.1.5 – SALDO CREDOR

Se o valor dos créditos superar o dos débitos registrados no livro de apuração (*v.g.* contribuinte que, no período, comprou muita mercadoria e vendeu pouca), é evidente, não haverá imposto a pagar, podendo o contribuinte aproveitar-se daquele saldo credor no período subsequente.

5.1.6 – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

A substituição tributária é um instrumento de política tributária utilizado como forma de simplificar a arrecadação e a fiscalização de tributos, atribuindo-se a responsabilidade pelo adimplemento do débito a terceira pessoa. Através dela, o legislador obriga um terceiro – contribuinte de direito, envolvido na cadeia produtiva – a reter e recolher o imposto devido por outrem – contribuinte de fato.

5.1.7 – OPERAÇÃO INTERNA COM GASOLINA AUTOMOTIVA



Dito isso, passemos ao detalhamento da atuação ministerial diante do recebimento do auto de notícia-crime (Nos casos em que envolvido o Fisco Municipal, lembre-se, a documentação encaminhada denomina-se, em regra, genericamente de processo tributário administrativo).

- A) Como praxe, e também como forma de controle interno, quando do recebimento do ANC ou PTA, conveniente a instauração do competente procedimento investigatório criminal (PIC) – atualmente regulado por ato emanado do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 13/2006) e reproduzido internamente pela Resolução Conjunta PGJ-CGMP nº 02/2004 – lembrando-se, porém, que nada obsta – se devidamente instruído o procedimento fiscal – o imediato oferecimento da denúncia. Destaca-se, nesta plaga, a inoportunidade da requisição de instauração do inquérito policial, devendo a providência efetivar-se apenas em casos excepcionais, em que necessária a elucidação de fato indispensável para a formação da *opinio delicti*;
- B) No caso de ANC oriundo da Secretaria Esta-

dual da Fazenda (SEF), solicitar ao CAOET, ou à respectiva coordenadoria regional, a remessa de informações acerca do efetivo pagamento do débito tributário e demais encargos (multa e correção monetária), se tal informação não estiver disponível. No caso de PTA oriundo do Fisco Municipal, certificar a respeito junto à Secretaria Fazendária;

C) Oficiar à Junta Comercial do Estado, solicitando o envio de cópias autênticas do contrato social e todas as alterações subsequentes, ou da ata da assembléia geral, no caso de sociedade anônima. (JUCEMG – Endereço: Av. Santos Dumont, 380 - Centro – Belo Horizonte/MG – CEP 30111-040 – Telefone: 31-3235-2300);

D) Verificar se constam do ANC ou do PTA todas as notas fiscais relativas à atuação (originais ou cópias autenticadas), solicitando aos órgãos competentes (NAC ou Secretaria Municipal de Fazenda), se for o caso, a documentação faltante;

E) Verificar se constam do ANC as cópias dos Livros de Registro de Entrada de Mercadorias, de Registro de Saídas e de Apuração de ICMS, bem como, ao final, cópias dos Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) de ICMS, relativas a cada período de apuração (mensal), ou arquivos magnéticos correspondentes;

F) Informar ao CAOET o oferecimento de denúncia (Recomendação CAOET de 03/10/2006).

5.2 - ALGUNS APONTAMENTOS

5.2.1 – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO DÉBITO

A qualquer tempo – mesmo após o recebimento da denúncia –, se o agente promover o pagamento do tributo, inclusive acessórios, extingue-se a punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, *ex vi* do art. 9º, Lei nº 10.684/2003, sendo o caso de se promover arquivamento dos autos.

5.2.2 – PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL

Em caso de parcelamento fica suspensa a pretensão punitiva estatal. Nessa hipótese, enquanto não quitado integralmente o débito, através do pagamento, não ocorre a causa de extinção da punibilidade, podendo ser recebida a denúncia. Todavia, é preferível o sobrestamento do procedimento investigatório, aguardando-se o integral pagamento e consequente extinção de punibilidade ou a frustração do pagamento, viabilizando-se, só então, o manejo da ação penal.

5.2.3 – AGENTE DO ILÍCITO PENAL TRIBUTÁRIO

O art. 11 da Lei nº 8.137/90 repete a fórmula do art. 29 do Código Penal. Portanto, o sócio-administrador que consta do contrato social da empresa à época da conduta (art. 4º do CP), praticada por intermédio daquela, é autor presumido do delito, ao menos na modalidade intelectual. Caso impute

a conduta a terceiro (*v.g.* funcionário da empresa), haverá inversão do ônus probatório, exigindo-se daquele a comprovação do fato.

5.2.4 – CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

Os crimes de sonegação fiscal, ou contra a Ordem Tributária, estão previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90. Os crimes previstos no art. 1º, incisos I a V, são materiais. Por seu turno, os crimes previstos no parágrafo único do art. 1º e no art. 2º são formais. Tais delitos, frise-se, exigem o dolo específico, não bastando à sua configuração a mera falta de recolhimento do tributo.

5.3 - AÇÃO PENAL PÚBLICA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

5.3.1 – OS CRIMES REFERIDOS NA LEI Nº 8.137/90 SÃO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

Questão recorrente nos Tribunais o debate acerca da necessidade do esgotamento da esfera administrativa como forma de legitimar o oferecimento da denúncia – constituição definitiva do crédito tributário como condição de procedibilidade da ação penal.

Segundo inteligência predominante no órgão de cúpula do Poder Judiciário (STF), quer seja considerado o lançamento condição objetiva de procedibilidade, quer seja elemento do tipo, a ação penal pela prática do delito previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se justifica – *justa causa* – quando vivente decisão definitiva na esfera administrativa, ficando, até então, suspenso o curso do prazo prescricional do crime tributário.

5.3.2 – AUTO DE NOTÍCIA-CRIME (ANC)

Os agentes fazendários, de modo geral, não estão preocupados em fazer a pormenorizada identificação da autoria do crime de sonegação, mas especialmente em pontuar o ilícito tributário de natureza extrapenal.

Por isso, não se mostra incomum verificar omissões no *relatório final* do ANC, no qual o Ministério Público encontra subsídios para o oferecimento da ação penal.

É trivial verificar nesse relatório a identificação das autorias como pertencentes, irrestritamente, a todos os *sócios-gerentes*, sem nenhum outro lastro documental que não seja o fato de estes exercerem, formalmente, tais atributos nos atos registrados na junta comercial.

Dessa forma, a cautela recomenda que o Promotor casuisticamente verifique a necessidade de complementação da instrução (por exemplo, com a oitiva, em sede ministerial, dos nominados *sócios-geren-*

5.4.2 – NOTA PARALELA OU CLONADA

Prática consistente na fabricação de blocos de notas fiscais com a mesma numeração e série. Realizada a venda, o contribuinte preenche a nota paralela que não é contabilizada, inexistindo o registro da operação nos livros obrigatórios de saída de mercadorias e de apuração de ICMS.

5.4.3 – CRÉDITO FRIO

Fraude através da qual o contribuinte, por si, ou valendo-se da participação de outras empresas, lança mão de notas fiscais inidôneas (falsas – ideológica ou materialmente), geralmente relativas a empresas *fantasmas* ou já canceladas perante a Fazenda Pública Estadual. Tal manobra permite a fabricação de créditos inexistentes, posteriormente abatidos dos débitos de imposto gerado.

5.4.4 – SUBFATURAMENTO

Nas vendas subfaturadas, o contribuinte lança na nota fiscal valor inferior ao do negócio realizado, reduzindo, reflexivamente, o valor do débito do imposto devido na operação e posteriormente registrado nos livros fiscais.

5.4.5 – VENDA DE MERCADORIAS SEM O FORNECIMENTO DE NOTA FISCAL – CAIXA 2

A não-emissão do documento fiscal significa, contabilmente, a inexistência da operação de venda. Logo, ao deixar de considerar o débito do imposto incidente sobre a operação o contribuinte diminui o valor do imposto a pagar.

5.4.6 – FORMA MAIS COMUM DE EVASÃO FISCAL: ISS

Em se tratando de ISS, imposto de competência municipal, fato ordinário é a instalação fictícia de empresas em municípios nos quais é menor a alíquota do imposto. A lei não impede que a empresa se estabeleça nessas cidades. Não obstante, é necessária a comprovação de que o contribuinte, concretamente, exista e exerça ali suas atividades. Caso a fiscalização municipal não tenha demonstrado a inexistência de fato da empresa, prudente que tal levantamento seja feito diretamente pela Promotora ou através da autoridade policial.

5.4.7 – MERECE ATENÇÃO ESPECIAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA O VIÉS PATRIMONIAL DA AÇÃO REPRESSIVA DO PARQUET

Em sendo o caso, e em complementação à censura penal, deverá ser promovida a competente medida cautelar assecuratória, consistente no *seqüestro* de bens do contribuinte, arrimado no Decreto-Lei nº 3240/41, ainda em vigor. Uma vez deferida a medida, com a conseqüente nomeação de depositário

fiel dos bens móveis, pela autoridade judiciária, e averbação do seqüestro dos bens imóveis no Registro de Imóveis (art. 4º, § 1º, incisos I e II, do Decreto nº 3.240/41), terá o Promotor o prazo de quinze dias para ingressar em juízo com pedido de especialização em hipoteca legal, objetivando a criação de garantia em favor da Fazenda Pública. Além disso, vislumbrada a participação de uma organização criminosa na construção da fraude fiscal, cogente o aproveitamento dos instrumentos legais disponibilizados na intitulada *Lei de Lavagem* (nº 9.613/98).

6 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA E FALÊNCIA

Promotor de Justiça César Augusto da Glória Campos

Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno

Promotor de Justiça Marco Antônio Borges

Promotora de Justiça Sumaia Chamon Junqueira Moraes

6.1 - A QUESTÃO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA LEI Nº 11.101/2005

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula os processos de falência e de recuperação judicial e extrajudicial, passou a ser sustentada, equivocadamente, uma nova tese de que a intervenção do Ministério Público nestes processos teria sido eliminada.

Como veremos adiante, da mesma forma exigida pela lei antiga, não se pode prescindir da participação do Ministério Público nos procedimentos de falência, recuperação judicial e extrajudicial, isso porque o interesse público que existia na ordem jurídica anterior permanece inalterado no contexto da Lei nº 11.101/2005.

O questionamento a respeito da intervenção do Ministério Público na seara falimentar só nasceu em função do veto presidencial ao art. 4º da nova lei, que reproduzia o art. 210 da lei revogada, e tornava expressamente obrigatória a intervenção do Ministério Público nos processos de recuperação judicial, de falência e naqueles feitos em que a massa falida fosse parte.

É de se lamentar o veto ao art. 4º, pois suas razões, a nosso humilde entender, não têm sustentabilidade jurídica, mas, sim, política, representando o anseio de parte minoritária da sociedade que se incomodava com a atuação do Ministério Público nos processos falimentares ao coibir manobras fraudulentas e lesivas ao interesse público.

A nossa experiência prática com a matéria, por outro lado, tem demonstrado que a atuação do Ministério Público no campo falimentar é mais do que necessária ao bom e correto andamento dos feitos, que, na maioria das vezes, só conseguem atingir os fins a que se pretendem graças à atividade fiscalizadora ministerial.

Com o veto ao art. 4º, é preciso agora lidarmos com princípios constitucionais e com a lógica jurídica para encontrarmos a exata disciplina de intervenção do *Parquet*, buscando sempre uma aplicação sistemática das normas referentes à atuação do Ministério Público no processo civil.

É fundamental aplicarmos as normas gerais de intervenção do Ministério Público no processo civil, previstas nos arts. 81 a 85 do CPC, aos procedimentos regulados pela Lei nº 11.101/2005, uma vez que tal direcionamento é determinado pela própria Lei Falimentar em seu art. 189, quando prevê a aplicação subsidiária do Diploma Processual.

Ao atuar como *custos legis*, o Promotor de Justiça de Massas Falidas continuará tendo vista dos autos depois das partes, devendo ser intimado de todos os atos do processo, nos termos do art. 83, inciso I, do CPC, sendo-lhe facultada a juntada de documentos e certidões e podendo requerer prova em audiência e medidas necessárias ao descobrimento da verdade, amparado no inciso II do art. 83 do CPC.

Frise-se, ainda, que o órgão de execução Ministerial deverá ser intimado pessoalmente para intervir (art. 236, § 2º, do CPC), em todos os atos do processo, sob pena de nulidade (art. 84 do CPC).

De sobremaneira, o Promotor de Justiça de Massas Falidas deverá ser intimado pessoalmente após cada decisão judicial ou sentença, uma vez que possui legitimidade recursal expressamente prevista no art. 499, § 2º, do CPC, já tendo sido tal questão objeto do enunciado nº 99 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.³⁰¹

A orientação geral que podemos dar para a boa atuação do Promotor de Justiça no campo falimentar é de que ele não só intervenha nos processos de falência e de recuperação judicial, mas também em todos os casos em que ele estiver vinculado, como nas habilitações de crédito, nos pedidos de restituição, bem como em qualquer ação proposta pela massa falida ou contra ela, ainda que em trâmite em Juízo diverso do falimentar, eis que se vislumbra nesses processos a mesma razão determinante da sua intervenção, que é a tutela do interesse público.

Impende frisar que o interesse público que legitima a intervenção do Ministério Público nesses processos não se confunde com o interesse dos credores, mas deve ser compreendido amplamente como o interesse da própria coletividade na proteção da economia pública, da administração da justiça e na garantia de lisura do tratamento dos créditos submetidos ao concurso legal.

Por fim, para que o Promotor de Justiça consiga atingir seu *munus* no campo falimentar, sugerimos que, ao ser intimado inicialmente do processamento da recuperação judicial e da decretação da falência (previsão expressa nos arts. 52 e 99, XIII), requeira ao Juiz lhe seja dada vista prévia a todo ato decisório para exercício de suas atribuições legais de *custos legis*; pois, tal pedido provocará a manifestação judicial sobre esse assunto, direcionando a partir daí sua forma de atuação e, se ainda for o caso, permitindo que a matéria seja levada ao 2º Grau mediante a interposição de Agravo de Instrumento.

Não recomendamos que o Promotor de Justiça deixe ao alvedrio do Juiz da Falência a constatação, ou não, da hipótese de intervenção do *Parquet*, pois, a participação do Ministério Público, *tanto como custos legis, tanto como autor*, nos processos previstos na Lei nº 11.101/2005 é exigida pela Constituição, não podendo ser eliminada em momento algum em razão do interesse público primário evidenciado, configurando-se, portanto, ato inconstitucional qualquer iniciativa judicial neste sentido.

6.2 – AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 11.101/2005

Como veremos a seguir, a Lei nº 11.101/2005 tem como principal fim a ser perseguido durante o processo falimentar a *Preservação da Empresa*, e, para isso, trouxe as seguintes inovações:

1 – Nos pedidos de falência com base em obrigações líquidas consubstanciadas em títulos ou títulos executivos protestados (judiciais e extrajudiciais), a soma do crédito deverá ultrapassar o valor de quarenta salários mínimos³⁰² na data da distribuição da ação, criando, desta forma, uma limitação aos pedidos de falência que estavam sendo utilizados como forma de cobrança.

2 – A nova lei faculta ao devedor em pedidos de falência, dentro do prazo de contestação, pleitear sua recuperação judicial.

3 – Com a decretação da falência, os sócios deverão ser afastados e o administrador judicial deverá assumir a direção da empresa, e, visando a sua preservação, a nova lei deu como possibilidade ao administrador judicial (ouvidos o Ministério Público e os credores) a manutenção da empresa em funcionamento durante todo o processo falimentar, ou, como segunda possibilidade, que os bens arrecadados sejam destinados a uma fruição (como a locação, por exemplo). Com tais medidas, a empresa terá maiores chances de sobreviver, além de gerar lucros para a massa, repercutindo, ao final, em benefício direto dos seus credores (arts. 99, XI, e 114).

³⁰¹ Enunciado nº 99 da Súmula do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”

³⁰² Ressalvam-se os pedidos de falência com base em crédito executado por qualquer quantia líquida, quando o devedor não paga, não deposita e não nomeia bens à penhora no prazo legal.

4 – Ainda com o objetivo de preservar a empresa, o procedimento de venda dos bens da falida se adiantou nesse novo diploma legal em relação ao da antiga lei. De acordo com a Lei nº 11.101/2005, a liquidação terá início imediatamente após a arrecadação (art. 140, *caput* e §2º), andando paralelamente à habilitação de credores da massa, isto para aumentar as chances da empresa se manter viva no mercado empresarial, bem como otimizar a utilização produtiva dos bens.

5 – Outra medida especialmente tomada para este fim é a nova forma de venda dos bens da massa falida, regidas pelo art. 140 da Lei nº 11.101/2005. Na venda ordinária, os órgãos da falência estão adstritos a determinadas balizas legais referentes a duas questões: a ordem de preferência e a forma de avaliação. A lei determina, em termos gerais, uma grade de alternativas para essas questões e os órgãos da falência devem escolher entre elas a que melhor atenda ao interesse da massa falida. Na venda ordinária dos bens, a lei privilegia a alienação da empresa com a transferência do estabelecimento em bloco. Essa solução é a primeira a ser considerada por ser a que presumivelmente mais recursos poderá gerar à massa. Em seguida, na ordem de preferência de venda, prevê a lei a alienação da empresa mediante a transferência de filiais ou unidades produtivas isoladas. Em terceiro lugar, a ordem de preferência menciona a alienação em blocos dos bens que integram cada um dos estabelecimentos da falida. E, por fim, a lei cuida da alienação parcelada ou individual dos bens da falida, alternativa tida como a última recomendável quando a empresa explorada encontrava-se em estado absoluto de atraso tecnológico ou não tinha, por si só, nenhum valor expressivo de mercado.

A lei ainda dá a possibilidade de utilização de mais de uma destas formas de venda em atendimento à conveniência e oportunidade. Porém, deve-se ter em mente que o intuito de se seguir essa ordem é sempre regido pelo princípio da preservação da empresa (art. 140, § 3º).

6 – A venda dos bens da massa poderá ser feita através de leilão, proposta, pregão *ou qualquer outra modalidade aprovada pela assembleia-geral de credores, e submetida ao parecer do Ministério Público e homologada pelo Juiz*, devendo o administrador escolher a que melhor atenda aos interesses da massa falida (arts. 142 e 145).

7 – Medida tomada pela lei para estimular a venda dos bens da falida está prevista no art. 141, inciso II, quando os isenta expressamente das obrigações decorrentes da sucessão trabalhista e tributária.

8 – Enquanto não chegar a fase de pagamento dos credores, os valores resultantes da realização do ativo ficarão depositados em instituição financeira,

devendo ser aplicados pelo administrador judicial em algum tipo de investimento a fim de preservar o seu valor em face da inflação, bem como otimizar os créditos da massa falida. O administrador deverá juntar mensalmente aos autos da falência as movimentações dessa conta (arts. 147 e 148).

9 – A lei prevê três tipos de antecipações de pagamento. A primeira diz respeito às despesas indispensáveis à administração da massa. A segunda, que é tratada como especificidade da primeira, diz respeito aos dispêndios derivados da continuação provisória das atividades do falido. A terceira é relacionada aos salários em atraso – art. 150. Em relação à terceira hipótese, o art. 151 prescreve que assim que houver disponibilidade em caixa, o administrador judicial pagará os saldos salariais em atraso vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador. A norma não se aplica aos créditos trabalhistas desprovidos da natureza de salário, tais como férias, décimo-terceiro salário, aviso prévio, multa sobre o FGTS ou adicionais de qualquer natureza.

10 – Nos termos do art. 21, a escolha do Administrador Judicial poderá recair sobre pessoa física ou jurídica especializada. Em caso de nomeação de pessoa jurídica, deverá ser declarado o nome do profissional responsável pela condução do processo de falência ou recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do Juiz.

11 – A Lei nº 11.101/2005 alterou significativamente o critério de classificação de créditos, conforme disposto no seu art. 83. A classificação obedece à seguinte ordem: créditos derivados da legislação do trabalho, no limite de cento e cinquenta salários mínimos por credor e os decorrentes de acidente de trabalho; créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; créditos tributários³⁰³, independentemente de sua natureza e tempo de constituição (excetuadas as multas tributárias); créditos com privilégio especial; créditos com privilégio geral, créditos quirografários e, por fim, os créditos subordinados.

6.3 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO *CUSTOS LEGIS* NA FALÊNCIA

6.3.1 – FASE PRÉ-FALIMENTAR – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

É cediço que as diretrizes de intervenção do Ministério Público orientam-se pela presença dos interesses sociais e individuais indisponíveis, *ex vi* art. 127, *caput*, da Constituição da República.

³⁰³ Os créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos após o decreto da quebra devem ser considerados extracursais e serão pagos previamente sobre os mencionados no art. 83, conforme inciso V do art. 84.

O próprio art. 82, III, do Código de Processo Civil orienta hipótese de intervenção ministerial nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide.

Pois bem, desde a legislação falimentar revogada, qual seja, o Decreto-Lei nº 7.661/45, a presença do Ministério Público nas causas falimentares foi de rigor. E não por acaso.

As causas falimentares, mesmo na fase pré-falimentar, trazem ínsito o interesse público ou social, daí a razão precípua da intervenção ministerial em feitos de tais natureza.

Malgrado a legislação falimentar prever a intervenção do Ministério Público quando já decorrido o decreto de quebra, a fase pré-falimentar, por mera interpretação lógica do sistema jurídico em vigor, reclama, inexoravelmente, a intervenção ministerial.

Preceitua o art. 82 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Compete ao Ministério Público intervir:

I-(*omissis*);

II-(*omissis*);

III- Nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou da qualidade da parte. (grifo nosso)

Sobre o tema, preleciona Nelson Nery Júnior:³⁰⁴

O CPC, art. 82, III, contém norma de encerramento, no sentido de deixar aberta a possibilidade de o MP intervir nas demais causas em que há interesse público. quando a lei expressamente determinar a intervenção, não se pode discutir ou questionar a necessidade de ela ocorrer. A norma ora comentada somente incide nas hipóteses concretas onde a participação do MP não se encontra expressamente prevista em lei. Caberá ao MP e ao juiz a avaliação da existência ou não do interesse público legitimador da intervenção do *Parquet*.

Vale notar que a própria Lei nº 11.101/2005 prevê expressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos procedimentos regulados na nova lei falimentar.³⁰⁵ Daí a técnica utilizada pelo legislador não se preocupar em antever em todo e qualquer procedimento traçado pela lei falitória a hipótese de intervenção ministerial, uma vez que a necessidade decorre do próprio sistema jurídico vigente, à luz da Constituição da República e das normas infraconstitucionais.

Creemos subsistir indisfarçável presença de interesse público na fase pré-falimentar porquanto nítido que, neste momento processual cognitivo, decidir-se-á o destino de uma unidade produtora de riqueza da economia, muitas vezes impondo, inexoravelmente, sua retirada cogente do mercado, com graves consequências sociais, bem como o resguardo do crédito, móvel da circulação da riqueza, saneando a economia daquele devedor insolvente.

Sob outro prisma, ainda palpita interesse público no controle de legalidade até mesmo quando o pleito falitório se mostrar infundado, com suporte, por exemplo, em títulos nulos ou créditos lastreados em cláusulas abusivas, evitando-se, assim, proliferação de falências indevidas, preservando a devedora do impacto da quebra.

Cabe ao Ministério Público coibir os abusos, exercer fiscalização atenta sobre os requisitos legais que autorizam a deflagração da falência, reconhecida geradora de graves efeitos jurídicos e sociais.

Sobre a participação do Ministério Público na fase cognitiva da falência, ensina Arion Sayão Romita:³⁰⁶

Cumpra que ele seja ouvido antes de proferida a sentença. Deve emitir parecer no sentido da decretação, ou não, da falência. Há enorme interesse social na declaração de uma falência, a justificar a intervenção do Ministério Público, que deve observar se o requerimento de abertura da falência preenche os requisitos legais.

Preciosa também é lição de Antônio Cláudio da Costa Machado³⁰⁷ ao ponderar que:

Se a intervenção do Ministério Público na falência decorrer, em termos gerais, da necessidade de se fazer valer o interesse público de eliminação do comerciante insolvente do âmbito do processo econômico, havemos de convir que em nenhum outro momento poderá ele realizar tal mister a não ser quando participe diretamente da atividade cognitiva que culminará com o decreto ou não da quebra. Posta a questão nesses termos, fica fácil compreender que, apesar da omissão da lei extravagante, é de rigor a intervenção do curador fiscal de massas falidas nessa fase de conhecimento do processo falencial. Mas sob qual fundamento legal? A resposta é simples: por força da regra genérica do inc. III do art. 82 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente a quaisquer procedimentos especiais, ainda que a lei extravagante, prevendo em tantas passagens a intervenção do órgão do parquet, dê a entender que para as situações não previstas não seja necessária a participação ministerial.

A jurisprudência já reconheceu a necessidade de intervenção do Ministério Público na fase primeira ao decidir:³⁰⁸

³⁰⁴ Código de Processo Civil Comentado. 7 ed. São Paulo: RT. p. 461.

³⁰⁵ Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta lei.

³⁰⁶ A Atuação do Ministério Público no processo de falência e concordata, Justitia, 89;46/47.

³⁰⁷ A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 434.

³⁰⁸ No mesmo sentido: Jus. Bras. 52/225.

DECRETACÃO DE FALÊNCIA DA REQUERIDA. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (Apelação Cível Nº 197020332, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Antônio Carlos Madalena Carvalho, Julgado em 10/07/1997).

Como se nota, a intervenção do Ministério Público na fase pré-falimentar afigura-se de enorme importância social, com resguardo do interesse público, transcendendo a mera obrigação inadimplida, o direito individual ou disponível das partes, alcançando o controle de legalidade de uma medida judicial gravosa que gerará inafastável impacto social, com reflexos multifacetados.

Deixando o Ministério Público de intervir no feito mediante prévia intimação, a r. sentença, inexoravelmente, padece de nulidade absoluta, nos termos do art. 246 do Código de Processo Civil.³⁰⁹

6.3.2 – FASE PROCESSUAL

Primeiramente, após decretada a falência, o Promotor de Justiça deverá estar atento à competência universal e absoluta do Juízo de falência, prevista no art. 76 da Lei nº 11.101/2005, que deve ser estendida a todas as ações intentadas contra a massa ou previstas na legislação falimentar, não prevalecendo para aquelas cuja massa falida seja autora ou litisconsorte ativa ou passiva.

Como já dissemos na introdução deste trabalho, a Lei nº 11.101/2005 tem como grave defeito a omissão sistemática quanto à intimação do Ministério Público para se manifestar nos diversos momentos processuais.

Tais omissões são inúmeras e, como a intervenção do *Parquet* se mostra obrigatória em quase todos os atos processuais, sob pena de nulidade, limitar-nos-emos, abaixo, a listar aquelas que, por sua importância, prejudicam o bom exercício da atividade fiscal do Ministério Público, na função de *custos legis*.

De tal forma, *recomendamos que o órgão de execução do Ministério Público intervenha nos seguintes momentos processuais* (sempre previamente ao ato decisório e posteriormente à manifestação de todos os interessados):

1. Quando da arrecadação de bens e livros e avaliação dos bens da falida, que, a partir da nova lei, são feitos em um único ato (arts. 108 e 22, III, alínea “f”).

³⁰⁹ Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

Importante acrescentar que, nesta fase, o representante do Ministério Público deverá ser intimado para se manifestar caso haja pedido de venda antecipada (sumária) de bens perecíveis e deterioráveis que tenham sido arrecadados, nos termos do art. 113.

Poderá, ainda, o administrador optar por dar aos bens arrecadados uma fruição econômica útil aos objetivos da massa falida, devendo, da mesma forma, o representante do Ministério Público manifestar sobre a conveniência desta decisão (art. 114).

Lembramos que ficará a critério do Promotor de Justiça sua presença ao ato de arrecadação dos bens, uma vez que a Lei nº 11.101/2005 não a torna obrigatória. Em qualquer caso, o Promotor de Justiça deverá ser previamente comunicado do ato.

2. Por ocasião da apresentação do Relatório Inicial de Exposição Circunstanciada pelo administrador judicial (art. 22, § 4º). De acordo com a nova lei, a exposição circunstanciada deverá ser apresentada nos próprios autos de falência e não em autos apartados como previa a legislação anterior.

Com a juntada aos autos de falência da exposição circunstanciada, o representante do Ministério Público deverá verificar se existem indícios de crime falimentar e, se acaso esses indícios já forem suficientes à formação da *opinio delicti*, deverá extrair cópia do relatório e das peças essenciais com o fim de instruir a ação penal que será ajuizada perante o Juízo Criminal. (outra alteração da Lei nº 11.101/2005)

Nesta oportunidade, o Promotor de Justiça poderá ainda se valer da instauração de procedimento investigatório criminal buscando obter outros elementos de prova para o futuro oferecimento da ação penal, dispensando, assim, a instauração do inquérito policial, que, na maioria das vezes, se prolonga por prazo acima do recomendável. Mas, caso entenda necessário, o Promotor de Justiça poderá também requisitar a instauração do Inquérito Policial. (*a nova lei eliminou o chamado inquérito judicial*)

3. É obrigatória a intervenção do Ministério Público em todas as impugnações de crédito, devendo o Promotor de Justiça ser intimado para se manifestar após o devedor, o Comitê e o administrador judicial (art. 12, *caput* e parágrafo único), caso em que deverá examinar:

- a legitimação para impugnar, prevista no art. 8º;
- o prazo para apresentação da impugnação (10 dias seguintes à publicação do edital da relação apresentada pelo administrador judicial);
- a distribuição de acordo com o parágrafo único do art. 13, cuja atuação será em separado (se diversas impugnações versarem sobre o mesmo crédito, todas terão uma só atuação);

- a intimação do credor titular do crédito impugnado para contestar no prazo de cinco dias;
- se há parecer do administrador judicial, que é obrigatório (parágrafo único do art. 12);
- se o administrador judicial apresentou todas as informações existentes nos livros fiscais e demais documentos sobre o crédito, consoante ou não da relação de credores, objeto da impugnação, declinando as razões pelas quais tiver incluído o crédito pelo valor e classificação constante da relação ou, ainda, porque deixou de fazê-lo;
- a lei de falências, em seu art. 16, dispõe que o Juiz deve determinar a reserva do valor do crédito impugnado para fins de rateio;
- na lei antiga, os requisitos da impugnação estavam previstos no art. 88 e seus parágrafos. A disciplina da nova lei é idêntica à da anterior.

O Promotor de Justiça deverá ficar atento à inclusão de crédito não justificado documentalmente pelo Administrador Judicial, devendo ser este impugnado pelo Ministério Público. Cita-se, como exemplo, a inclusão de créditos somente com base em certidões de protestos cujos créditos já poderiam ter sido baixados.

Devemos aqui fazer um parêntese para dizer que a nova lei alterou significativamente a tramitação das chamadas *Habilitações de Crédito*. A partir da sua vigência, a habilitação se processa perante o administrador judicial (não é mais necessariamente um incidente processual a exigir atividade jurisdicional). Assim, o credor poderá apresentar diretamente ao administrador judicial sua habilitação de crédito sem a necessária intervenção do advogado. Logicamente, nesta habilitação fora do Juízo Falimentar, não haverá intervenção do Ministério Público, uma vez que a intenção da lei foi dar celeridade e informalidade às habilitações de crédito, retirando-as do crivo do Judiciário. Contudo, os credores que não habilitarem seus créditos no prazo do art. 7º, § 1º, poderão fazê-lo posteriormente. Nesses casos, as habilitações – chamadas *retardatárias* – serão processadas judicialmente, e, se apresentadas antes da homologação do quadro geral de credores, seu procedimento será idêntico ao das impugnações, e, se após, pelo procedimento ordinário do CPC. Em qualquer caso, as conseqüências da intempestividade da apresentação são: a) os rateios já realizados não serão revistos; b) ele perde o direito aos consecutários; c) são devidas custas judiciais; d) o retardatário não tem direito de voto na Assembléia de Credores enquanto seu crédito não for incluído no QGC. O representante do Ministério Público deverá ter vista de todas as *habilitações retardatárias* que forem ajuizadas, quando então deverá observar se atendem aos mesmos requisitos previstos no art. 9º da Lei nº 11.101/2001.

4. Antes da homologação da relação de credores constante do edital do art. 7º, § 2º, pois isso possibilitará ao Promotor de Justiça um controle prévio do passivo da massa falida ou da sociedade em recuperação judicial (art. 14). Pode ainda, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, pedir a exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito (art. 19), o que demonstra a necessidade de sua atividade fiscal desde o início do processo.

É importante a intimação do *Parquet* quando da comunicação de crédito feito pela Fazenda Pública. Nesses casos, deve atuar de forma a coibir a cobrança de multas administrativas indevidas ou atualizações excessivas das dívidas tributárias.

Além disso, é comum o pedido de inclusão de crédito tributário sem estar constituída a CDA, ou seja, com o processo administrativo de cobrança de dívida tributária ainda em andamento. Nesses casos, o acertado seria o pedido de reserva pela Fazenda e não a comunicação de crédito, ficando o deferimento a critério do Juiz.

5. Comparecimento obrigatório à audiência especial designada pelo Juízo Falimentar, quando for intimado a prestar declarações qualquer credor, o devedor ou seus administradores (art. 22, § 2º). É facultado ao Ministério Público o requerimento de oitiva em Juízo de quaisquer das pessoas elencadas no art. 22, I, “d”, para prestar informações de interesse da falência.

6. O representante do Ministério Público deverá ser intimado pessoalmente e previamente sobre qualquer modalidade de alienação de bens da massa falida, sob pena de nulidade, conforme dispõe o § 7º do art. 142. A necessidade desta previsão expressa na lei mostra-se evidente, pois a alienação de bens é o momento mais delicado e mais propício a fraudes e desvios no processo falimentar. Logo, exige-se a presença do Promotor de Justiça em todos os atos de alienação, sob pena de nulidade.

7. O membro do Ministério Público deverá ser intimado para se manifestar sobre a prestação de contas do administrador judicial, podendo, a seu critério, embargá-las (art. 154 § 3º). Salienta-se que o CEAT possui técnicos em contabilidade os quais poderão auxiliar o Promotor na análise contábil das prestações de contas do administrador judicial.

8. Parecer após a apresentação do relatório final da falência apresentado pelo Administrador Judicial para fins de encerramento (art. 155). Neste caso, deverá verificar se existem incoerências ou algumas pendências que impeçam a decisão de encerramento da falência, tais como: existências de ações em trâmite que envolvam a massa falida, se já houve prestação de contas do administrador judicial julgada pelo Juízo e se houve solução da exposição circunstanciada com o oferecimento ou não da ação penal pelo Promotor.

9. Deverá ser intimado do pedido de extinção das obrigações do falido, verificando, neste caso, se ele cumpriu os requisitos previstos no art. 158.

10. Intervenção obrigatória nos pedidos de Restituição: os bens que não integram o patrimônio do devedor, mas que estavam em sua posse no ato da decretação da falência, não podem ser liquidados para a satisfação dos credores, e o meio procedimental adequado de destacá-los da massa arrecadada é o pedido de restituição (art. 85, *caput*). O Promotor de Justiça deverá atentar para o que a lei determina em relação à restituição de mercadorias entregues à falida nos quinze dias anteriores ao requerimento de falência, se ainda não alienadas (art. 85, parágrafo único).

Se o bem a ser restituído não mais existir quando da restituição, porque foi roubado ou furtado após a arrecadação ou se perdeu, a restituição será feita em dinheiro. Trata-se de desembolso que a lei não considera integrante da massa falida e, por isso, não componente da garantia dos credores. Assim, o administrador judicial deve atender aos titulares do direito de restituição em dinheiro antes de qualquer outro pagamento, mesmo em favor dos credores da massa falida ou a mais absoluta preferência (exceção apenas ao adiantamento dos salários em atraso, nos limites legais) – art. 86.

Restituição das contribuições do INSS: ocorre quando o falido deixa de recolher aos cofres da previdência social as contribuições descontadas dos salários de seus empregados. Tal pretensão tem respaldo também no art. 51, parágrafo único da Lei nº 8.212/91, bem como na Súmula nº 417 do Supremo Tribunal Federal. O prazo prescricional para a cobrança dos créditos tributários, no entendimento majoritário dos tribunais, obedece à regra de cinco anos transcorridos do fato gerador até o lançamento, somados a outros cinco anos que serão contados do lançamento da cobrança. Segundo o art. 85 da nova Lei de insolvência empresarial, a restituição é cabível para impedir que as contribuições não repassadas ao INSS ingressem no ativo da falida que se locupletou indevidamente, tanto que tal fato é passível de sanção na modalidade de apropriação indébita, correspondente ao art. 168 do Código Penal.

11. Intervenção obrigatória nas ações de Embargos de Terceiros: nestas ações, o representante do Ministério Público deverá ficar atento a manobras fraudulentas que têm por objeto a transferência de bens, realizadas em período suspeito, entre parentes ou pessoas que representam o interesse do próprio falido. Atenta-se que, na defesa da meação através deste instrumento, deverá ser examinado, consoante entendimento jurisprudencial³¹⁰, o proveito que o cônjuge obteve com a exploração comercial da falida.

12. Intervenção obrigatória nas ações Revocatórias (arts. 132 a 136): o representante do Ministério Público deve atuar como *custos legis* nas ações revocatórias ajuizadas, quando não for ele o autor. A ação revocatória é específica do processo falimentar, e a legitimidade para propô-la é concorrente entre o Ministério Público, administrador judicial e qualquer credor da massa. Por outro lado, têm legitimidade passiva todos os que figuraram no ato a ser revogado ou que, em decorrência deste, foram pagos, garantidos ou beneficiados, além dos terceiros contratantes, salvo em relação a estes, na hipótese de ineficácia subjetiva, se não tinham conhecimento da fraude. Os herdeiros e legatários dessas pessoas também têm legitimidade para a ação revocatória. Decai o direito à ação revocatória em três anos a contar da decretação de falência. O administrador judicial não responde perante a massa pelas conseqüências advindas da decadência do direito, em vista da legitimidade concorrente de qualquer credor e do Ministério Público. Da decisão que julgar a ação revocatória caberá o recurso de apelação.

Importante lembrar que não se confunde ineficácia de atos anteriores à sentença de decretação da falência com a nulidade dos praticados após a decisão de quebra. Em relação a estes últimos – atos que a sociedade empresarial não poderia mais praticar porque já se encontrava dissolvida em processo de liquidação falimentar – o Juiz pode desconstituir os seus efeitos de ofício, mediante simples despacho, independente, pois, de ação própria.

Salienta-se que nova lei inovou ao exigir nas ações revocatórias a necessidade de comprovação de prejuízo sofrido pela massa falida para propositura com fundamento no conluio fraudulento (art. 130).

Direitos do contraente de boa-fé (art. 136): A declaração de ineficácia objetiva ou subjetiva pode implicar prejuízo a pessoas que não participaram do ato ineficaz e nem são herdeiros ou legatários delas. Em tais situações este terceiro poderá pedir a restituição à massa falida do valor que pagou pelo bem, devendo, contudo, ser incluído como credor quirografário, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário.

Declaração de ineficácia baseado em decisão judicial (art. 138): A declaração de ineficácia subjetiva ou objetiva não é obstada pela circunstância de ter sido o ato praticado em razão de decisão judicial. Ao contrário, a decisão proferida pelo Juízo falimentar acarreta a rescisão da sentença em que se embasara o ato ineficaz. Uma única ressalva é feita pelo art. 138, que trata de alguns atos praticados pelo falido durante o processo de recuperação judicial ou extrajudicial que não são objetivamente ineficazes, quando amparados no respectivo plano.

³¹⁰ RSTJ 59/354; STJ-3ª Turma, Resp 216.659-RJ, Relator Min. Ari Pargendler, J.29/03/01.

13. Intervenção obrigatória nas medidas cautelares de seqüestro de bens (art. 137): O seqüestro, quando justificável, é a medida apropriada para a preservação dos interesses da massa falida na ação revocatória, pois o direito pleiteado objetiva aquele bem que foi fraudulentamente destacado do patrimônio da falida. Não se trata de buscar indenização por prejuízos – caso em que a lei deveria preferir a indisponibilidade de bens ao seqüestro –, mas de chamar de volta ao patrimônio do falido exatamente a coisa transferida com fraude. O Promotor de Justiça também terá legitimidade para propor a presente ação cautelar, assim como deverá intervir nas ações que não forem por ele ajuizadas.

14. Intervenção obrigatória como *custos legis* nas ações de responsabilidade civil reguladas pelos arts. 82 da Lei nº 11.101/2005 e 50 do Código Civil (quando o Ministério Público não for o autor): é cediço que a pessoa jurídica tem patrimônio distinto dos seus sócios. Vigora, assim, como regra, a distinção da personalidade entre pessoa jurídica e pessoa física que a administra ou gerencia. No entanto, o Código Civil preconiza em seus arts. 50, 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091 a responsabilidade pessoal e solidária com as dívidas da sociedade em determinados casos, autorizando, assim, a descon sideração da personalidade jurídica da sociedade e abrangendo o patrimônio particular dos sócios e/ou de outras empresas quando existente confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Os Tribunais têm reconhecido a responsabilidade dos sócios até mesmo quando há dissolução irregular da sociedade.³¹¹

Contudo, atenta-se para o fato de que a jurisprudência majoritária exige a comprovação da responsabilidade subjetiva dos sócios nas ações de responsabilidade civil.

6.4 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR NO PROCESSO FALIMENTAR

O órgão de execução do Ministério Público, na seara falimentar, poderá agir como autor nas seguintes circunstâncias:

- quando promover impugnações, que podem ser dirigidas: à relação de credores, a determinado crédito, à alienação de bens do acervo, à prestação de contas do administrador judicial,

³¹¹ “O sócio-gerente, de acordo com o art. 135 do CTN, é responsável pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração da lei, considerando-se como tal a dissolução irregular da sociedade, sem o pagamento dos impostos devidos” (STJ, Resp. nº 7.745-SP, DJU de 29/04/91, p. 5.258).

“Tratando-se de empresas com personalidade jurídica diferente, apesar da identidade de sócio, incabível é desprezar essa autonomia para constriar bens de terceiro estranho ao débito executado. Pertinente, em tal contexto, é a penhora no patrimônio do sócio, desde que a organização esteja desativada.” (TJSC, AI nº 5.214, DJSC nº 7.987, de 09/04/90, p.16)

ao encerramento da falência ou ainda contra a decisão de extinção de obrigações do falido (arts. 8º, 19, 143, 154, 156 e 158);

- quando pedir a destituição do administrador ou de membros do comitê de credores (art. 30, § 2º);
- quando propuser ação revocatória e cautelar de seqüestro previstas no art. 132;
- quando propor ação de responsabilidade civil regulada pelos arts. 82 da Lei nº 11.101/2005 e 50 do Código Civil. Importante observar a necessidade de instauração de procedimento autônomo, que deverá seguir o rito ordinário.

Recomendamos, nos casos elencados acima, que o Promotor de Justiça, ao invés de exercer suas impugnações através de simples manifestações no processo, peticione tais inconformidades mediante procedimento autônomo, incidental ou não, observando sempre os requisitos do art. 282 do CPC, o que permitirá à parte requerida o exercício pleno da ampla defesa, evitando-se, assim, possíveis argüições de nulidades e permitirá ao Ministério Público o manejo de instrumentos eficientes para a obtenção do provimento almejado.

É importante lembrar ainda que as impugnações possuem rito específico nos arts. 13 a 15, ao passo que a exclusão, retificação de créditos e as ações revocatórias e de responsabilidade devem seguir o rito ordinário.

Por isso, reforçamos a sugestão que quaisquer impugnações venham através de ação judicial, na forma dos já referidos arts. 13 a 15 ou 132, independentemente da atuação do Ministério Público como órgão interveniente.

6.5 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Introduzindo este tema, importante lembrarmos que a Lei Falimentar atual (Lei nº 11.101/2005) acabou com o instituto da concordata e instituiu a chamada Recuperação Judicial da empresa.

A mudança mais significativa entre os dois institutos é o de que a concordata estendia seus efeitos tão-só aos credores quirografários, enquanto a recuperação judicial alargou as categorias de crédito que se vinculam aos efeitos dela decorrentes, eliminando a restrição imposta em desfavor dos credores quirografários que a lei anterior consagrava.

Assim como a antiga concordata, a recuperação judicial tem por escopo a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, preservando, destarte, a empresa e sua função social.

A legitimidade para propor o pedido de recuperação judicial é do devedor, nos termos do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, bem como do cônjuge sobrevivente deste, seus herdeiros, inventariante ou sócio remanescente de sociedade empresária (parágrafo único).

A lei ainda exige que, quando da propositura da ação, comprove o exercício de sua atividade há mais de dois anos, devendo ainda atender aos requisitos previstos no art. 48, os quais são idênticos aos da antiga concordata.

6.5.1 – HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

1. O órgão de execução deverá ter sua primeira *vista antes do despacho que defere o processamento da recuperação judicial*, quando então deverá examinar se encontram preenchidos todos os requisitos exigidos pelo art. 51 da Lei nº 11.101/2005.

É importante lembrar que a Lei nº 11.101/2005 estabeleceu dois momentos distintos quanto à apreciação, pelo Juiz, do pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor.

Estamos agora nos referindo ao primeiro momento, que corresponde ao ato que defere o processamento da recuperação judicial, com a nomeação, pelo Juiz, do administrador judicial e adoção das providências previstas no art. 52.

Recomendamos que o Promotor de Justiça tenha sempre vista e se manifeste fundamentadamente antes do primeiro despacho. Trata-se de uma etapa na qual o Promotor de Justiça deverá examinar os documentos apresentados pelo devedor, verificando a compatibilidade com o extenso rol exigido pela lei.

Embora deva ser intimado também da decisão que deferir o processamento (art. 52, V), a atividade ministerial não pode ser exercida apenas *a posteriori*, tendo em vista os efeitos graves advindos do processamento, especialmente a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor (inciso III do art. 652), estando evidenciado o interesse público na manifestação prévia do órgão ministerial.

2. Em um segundo momento, o órgão de execução também deverá ter vista e se manifestar *antes da concessão da recuperação judicial* (art. 58), ocasião em que será verificado pelo Ministério Público o cumprimento dos requisitos legais, tal como disposto no art. 57 (apresentação das certidões negativas de débitos tributários pelo devedor) e a efetiva inexistência de objeções de credores ao plano de recuperação (art. 55), sendo certo também que o *Parquet* é legitimado a recorrer da decisão de concessão (como de qualquer decisão neste processo), nos termos do art. 59, § 2º. É curial que se manifes-

te previamente, podendo exigir o cumprimento de qualquer requisito ou apresentação de documento faltante.

Trata-se, agora, de intervenção do *Parquet* previamente à segunda etapa decisória quanto ao pedido de recuperação judicial. Nesta, o Juiz efetivamente concederá a recuperação judicial, daí a importância da manifestação prévia do Ministério Público.

3. Manifestação prévia à decretação da falência, se acaso rejeitado o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, pela assembléia-geral de credores (art. 56, § 4º), ocasião em que o órgão de execução deverá, na tutela dos interesses indisponíveis de que é guardião, verificar se a rejeição do plano obedeceu, em sua votação, às regras da Lei Falimentar, bem como se não foi abusiva ou arbitrária.

4. O Promotor de Justiça deverá ter vista antes da sentença que julgar encerrado o processo de recuperação judicial, para que verifique se foram cumpridas todas as obrigações do devedor previstas no plano (art. 63, *caput*).

5. Manifestação prévia à decisão de destituição do administrador prevista no art. 64, parágrafo único, uma vez que tal poderá se dar em razão da prática de ilícito falimentar, o que exige o pleno conhecimento pelo Ministério Público para a propositura de eventual ação penal.

6. O Promotor de Justiça deverá ter vista prévia à decisão que autorizar a alienação de bens ou direitos integrantes do ativo do devedor, após manifestação do Comitê (art. 66), uma vez que cabe ao Ministério Público zelar pela preservação do ativo e fiel cumprimento do plano de recuperação.

7. O órgão ministerial deverá ter vista e se manifestar fundamentadamente antes da decisão que concede a recuperação judicial a uma microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 72, *caput*), com base no plano especial de recuperação (art. 71), possibilitando que o *Parquet* verifique se a sociedade efetivamente se enquadra no conceito legal de microempresa e empresa de pequeno porte para se sujeitar à disciplina especial mais benéfica.

8. Manifestação prévia à decisão que convolar a recuperação judicial em falência, nas hipóteses do art. 73, devendo sempre verificar a legitimidade e a legalidade da decisão.

9. Assim como na falência, o Promotor de Justiça deverá ter vista dos pedidos de Restituição, após a oitiva do falido, do Comitê, dos credores e do administrador judicial (art. 87, § 1º), devendo manifestar-se de forma fundamentada no feito e até recorrendo da decisão se acaso necessário. Por razão de lógica, eventual embargos de terceiro demanda também intervenção do *Parquet*.

10. O Promotor de Justiça deverá ser intimado para opinar sobre o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial bem como sobre eventual impugnação apresentada (art. 164, § 4º e § 5º). Frise-se que, por uma interpretação sistemática da lei, conclui-se que a intervenção do *Parquet* deve ocorrer não só para que atue como *custos legis*, mas também devido à possibilidade de constatação da prática de crimes falimentares, uma vez que vários tipos penais descrevem condutas praticadas antes ou depois da homologação da recuperação extrajudicial, sendo indispensável a atuação para propiciar a colheita de elementos necessários à propositura da ação penal.

11. No que concerne à participação do membro do Ministério Público às assembléias-gerais de credores, não entendemos esta como conveniente, porquanto não detém o Promotor de Justiça nenhum poder específico reservado na lei; também não podemos ignorar o risco de que sua manifestação seja mal interpretada como defesa de algum credor, de forma a prejudicar sua intervenção no processo de falência ou recuperação por ocasião das deliberações da assembléia.

12. Assim como nos processos de falência, sugerimos ao Promotor de Justiça que requeira ao Juízo sua intimação para manifestar sobre qualquer questão incidente surgida no curso do processo de recuperação judicial ou extrajudicial, sempre opinando após os interessados e previamente à decisão judicial, não estando adstrita sua atuação àquelas situações mencionadas expressamente pela lei.

6.6 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CRIMINAL, DE ACORDO COM A LEI Nº 11.101/2005

É importante lembrar, primeiramente, que distinto do que se faz no Direito processual, *tempus regit actum*, no Direito penal vige o princípio da *lei penal mais benéfica*, ou seja, *ninguém poderá ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime* (art. 2º do CP), tal como *a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado* (parágrafo único do art. 2º do CP), que só vieram a consagrar o disposto no art. 5º, XL, da CF/88: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*.

6.6.1 – EXPRESSÃO ABOLIDA: CRIMES FALIMENTARES

A Lei nº 11.101/2005 aboliu a expressão *crimes falimentares*, preferindo a terminologia *crimes em espécie*.

Pela nova lei, as sentenças de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial são consideradas condições de punibilidade dos crimes previstos na lei. Desta forma, deduz-se que as três modalida-

des de sentença são condicionantes para a punição do suposto agente delituoso.

Art. 180. *A sentença que decreta a falência concede a recuperação judicial, ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei, é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.*

Ressalta-se que a expressão *crimes falimentares* continua sendo usada pela doutrina *porque delimita exatamente o tipo de delito sobre o qual se está falando, como também porque a lei ora sob exame continua a ser a lei de falências, sem embargo de ser também a lei de recuperação judicial e extrajudicial, e não porque a condição para a sua existência seja a declaração de falência.*

6.6.2 – PENAS

Na Lei Federal nº 11.101/2005, as penas constam mais rigorosas e severas que na Lei anterior. Todos os delitos, com exceção do art. 178, são apenados com reclusão de dois a seis anos. Na Lei anterior, havia dois crimes apenados com detenção, e os apenados com reclusão a pena variava de um a quatro anos.

6.6.3 – PRESCRIÇÃO

No que diz respeito ao cálculo dos prazos prescricionais, a Nova Lei de Falências proporcionou um período maior para a prescrição do crime falimentar, determinado pelo Código Penal, distinto da Lei anterior que o estabelecia nas suas próprias disposições.

Conforme sintetiza Manoel Bezerra Filho:

No sistema da lei anterior, criticava-se profundamente a exigüidade do prazo prescricional, cujo prazo de dois anos (art. 199 da lei anterior) contava-se a partir do prazo no qual a falência deveria estar encerrada (o art. 132 estabelecia o prazo de dois anos a partir da declaração da falência), tudo na forma da interpretação trazida pela Súmula nº 147 do STF, segundo a qual “a prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata”.

Portanto, com as devidas ressalvas e como regra geral, na lei anterior a prescrição do crime falimentar ocorria no prazo de quatro anos a partir do momento em que era decretada a falência.

A Lei nº 11.101/2005 inova no sentido de determinar que a prescrição dos crimes falimentares deverá seguir o que se encontra no art. 109 e seguintes do CP que estabelece a prescrição a partir da pena máxima *in abstracto* cominada aos crimes. Assim, para todos os crimes falimentares previstos nos

arts. 168 a 177, cujas penas máximas fixadas estão entre quatro a seis anos, a prescrição é de oito e doze anos, respectivamente, a partir do decreto de falência (incisos III e IV do art. 109 do CP). Para o crime falimentar do art. 178, cuja pena máxima é de dois anos, a prescrição é de quatro anos (inciso V do art. 109 do CP).

6.6.4 – EFEITOS DA CONDENAÇÃO

A condenação por crime falimentar, implica ao agente as seguintes restrições/efeitos, art. 181: (I) não pode exercer atividade empresarial; (II) não pode integrar a administração de nenhuma sociedade simples ou empresária, seja como diretor, seja como membro de conselho; (III) não pode gerir empresa na condição de mandatário ou de gestor de negócio, sendo estas duas últimas restrições acrescentadas pela Nova Lei. A aplicação de tais efeitos não é automática de sentenças declaratórias da falência, devendo ser motivadamente declarados na sentença penal, e publicados (art. 93, IX, da CF/88). Os efeitos da condenação perduram por até cinco anos após a extinção da punibilidade, salvo se o condenado obtiver a reabilitação penal antes disso. A reabilitação supramencionada poderá ser pleiteada na forma do art. 94 do Código Penal. Para que sejam plenamente efetivos os efeitos do art. 181, prevê-se que, após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, deverá ser notificada a Junta Comercial para que adote as providências no sentido de impedir qualquer novo registro que conflite com a inabilitação. Isto posto, sugerimos que conste ao fim do corpo da denúncia o requerimento expresso para os efeitos supracitados.

6.6.5 – INQUÉRITO POLICIAL E OFERECIMENTO DA AÇÃO PENAL

Em relação à nova vertente processual penal, a Lei introduziu profunda mudança, extinguindo o inquérito judicial, correspondente aos arts. 103 a 113 da lei revogada, e, em seu lugar, prevendo a abertura de inquérito policial, art. 187, que não é de requisição obrigatória.

Pelo novo sistema, o Promotor de Justiça possui três oportunidades para apreciação das condutas ilícitas na falência: 1) por ocasião da intimação da quebra (art. 187, *caput*). 2) após o relatório do art. 22, III, alínea “e”; 3) em qualquer fase do processo, mediante notícia trazida pelo Juiz (art. 187, § 2º).

O maior problema que o Promotor de Justiça vai continuar enfrentando é a ausência de elementos prévios para o oferecimento da denúncia, pois, nos crimes de natureza formal (escriturária), não há necessidade de uma investigação mais acurada, somente de um apoio técnico (contador); porém, se o fato é complexo, como de regra, a investigação se mostrará necessária.

O art. 187 da Lei nº 11.101/2005 prevê somente duas hipóteses para enfrentar tais casos: ou o Promotor de Justiça oferece denúncia imediatamente ao ato de intimação (se já possui elementos prévios suficientes) ou requisita a abertura de inquérito policial.

Tendo em consideração que, de regra, a autoridade policial não sabe lidar com crimes de natureza complexa e relacionados à matéria econômica e contábil (salvo as delegacias especializadas), sugerimos ao Promotor de Justiça que proceda à investigação criminal no próprio âmbito do Ministério Público, devendo, contudo, tomar medidas necessárias à formalização do expediente, conforme determina e regula a Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 2 de outubro de 2006, e, no âmbito do Ministério Público mineiro a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 02, de 14 de setembro de 2004.

Em qualquer caso, as duas resoluções prevêm que o expediente seja formalizado através de Portaria com delimitação do objeto de investigação, para que não dê margem à futura alegação de cerceamento de defesa pelo réu.

Em regra, a ação penal será pública incondicionada e, somente nos casos especialmente destacados na Lei, ela será de outra natureza. Há, pela nova lei, a possibilidade de ação penal subsidiária da pública, prevista no *caput* do art. 184, contudo, delimitada pelo parágrafo único, que cuidou de estabelecer a regra:

Decorrido o prazo a que se refere o art.187, § 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de seis meses.

6.6.6 – COMPETÊNCIA

Pela lei anterior, o juízo de admissibilidade era preferido pelo juiz da falência, que, após o exame de admissibilidade, remetia os autos ao juízo criminal competente para o prosseguimento da ação penal, com evidente fracionamento de jurisdição. Com a Nova Lei, a *persecutio criminis in iudicio* foi movida integralmente para o juízo criminal.

Dispõe o art. 183:

Art. 183. Compete ao Juiz Criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei.

Referindo-se ao *juiz criminal* da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, a lei afasta qualquer dúvida e retira do *juízo universal da falência*, que é de natureza extrapenal, a competência para o processo e julgamento dos delitos falimentares.

6.6.7 – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do processo, de que trata o art. 89 da Lei Federal nº 9.099/95, prevê limite de aplicação somente para os delitos previstos nos arts. 176 e 178, pois são os únicos com pena mínima igual a um ano na parte de disposições penais da Nova Lei de Falência.

6.6.8 – RITO PROCESSUAL-SUMÁRIO

O rito processual do crime falimentar era especial, que foi revogado pelo art. 200 da Nova Lei, tendo sido admitido o rito sumário. Não obstante, os doutrinadores entendem que, na prática, o procedimento seguirá o rito ordinário por ampliar o direito de defesa do acusado.

Deve-se observar também que para o tipo penal descrito no art. 178, cuja pena cominada é de 1 a 2 anos de detenção e multa, o foro competente será o dos Juizados Especiais Criminais, por se tratar de um crime considerado de menor potencial ofensivo.

Quadro Comparativo - Dos Crimes e Processo Penal

Lei de Falências Decreto-Lei nº 7.661/45	Lei de Recuperação e Falência (LRF) Lei nº 11.101/05	Situação jurídica
Art. 186, inc. I (gastos particulares pessoais ou de família considerados excessivos)	<i>Abolitio criminis</i>	
Art. 186, inc. II (despesas gerais injustificadas)	<i>Abolitio criminis</i>	
Art. 186, inc. III (emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a quebra)	<i>Abolitio criminis</i>	
Art. 186, inc. IV (abuso de responsabilidade mero favor)	<i>Abolitio criminis</i>	
Art. 186, inc. V (prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de Bolsa)	<i>Abolitio criminis</i>	
Art. 186, inc. VI (inexistência de livros e escrituração atrasada)	Arts. 178 (subsidiário) e 168, § 1º, inc. I (se houver fraude)	Pena agravada
Art. 186, inc. VII (falta de rubrica judicial)	<i>Abolitio criminis</i>	
Art. 186, parágrafo único (isenção de pena, para pequeno comerciante, sem instrução)	Art. 168, § 4º	A pena somente será reduzida
Art. 187 (atos fraudulentos)	Art. 168	Pena agravada
Art. 188, inc. I (simulação de capital)	Art. 168, § 1º, inc. IV	Pena agravada
Art. 188, inc. II (pagamento antecipado de credores)	Art. 172 (favorecimento de credores)	Pena agravada
Art. 188, inc. III (desvio de bens, antes da quebra)	Art. 17 (desvio, ocultação ou apropriação de bens)	Pena agravada
Art. 188, inc. IV (simulação de dívidas e perdas)	Art. 172 (favorecimento de credores)	Pena agravada
Art. 188, inc. V (perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie)	<i>Abolitio criminis</i>	
Art. 188, inc. VI (falsificação de escrituração obrigatória)	Art. 168, incs. II, III e V	Pena agravada
Art. 188, inc. VII (omissão de escrituração)	Art. 168, inc. II (com fraude) Art. 178 (subsidiário)	Pena agravada
Art. 188, inc. VIII (destruição, inutilização e supressão de livros obrigatórios)	Art. 168, § 1º, inc. V (se houver fraude) Art. 178 (subsidiário)	Pena agravada
Art. 188, inc. IX (ser o falido leiloeiro ou corretor)	<i>Abolitio criminis</i>	
Art. 189, inc. I (desvio de bens, após a quebra)	Art. 172 (favorecimento de credores)	Pena agravada
Art. 189, inc. II (declaração de crédito falsa)	Art. 175 (habilitação falsa de crédito)	Pena agravada
Art. 189, inc. III (reconhecimento de crédito falso pelo falido)	Art. 172 (favorecimento de credores)	Pena agravada
Art. 189, inc. IV (falsas informações prestadas pelo "síndico").	<i>Abolitio criminis</i>	
Lei de Falências Decreto-Lei nº 7.661/45	Lei de Recuperação e Falência (LRF) Lei nº 11.101/05	Situação jurídica
Art. 190 (negociação dos bens da massa falida)	Art. 177	Pena agravada
Art. 191 (concurso de agentes)	Arts. 168, § 3º, 179 c.c. art. 29, <i>caput</i> , CP	Pena agravada
	Art. 168, § 2º (contabilidade paralela, com fraude)	Pena agravada
	Art. 169 (violação de sigilo empresarial)	
	Art. 170 (divulgação de informações falsas do devedor em recuperação)	
	Art. 171 (indução a erro os profissionais)	
	Art. 172, parágrafo único – aquisição de bens	
	Art. 174 (aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens da massa falida)	
	Art. 176 (exercício ilegal da atividade)	

Disposições Comuns

Lei de Falências Decreto-Lei nº 7.661/45	Lei de Recuperação e Falência (LRF) Lei nº 11.101/05	Situação jurídica
	Art. 180 – sentença de quebra ou concessão de recuperação, como condição objetiva de punibilidade	
Art. 195 – inabilitação para o comércio	Art. 181 – efeitos da condenação: Inabilitação; Impedimento de gerência ou diretoria, etc.; Impedimento de gerência por mandato ou gestão.	Efeito da condenação mais gravoso ao condenado
Arts. 132 e 199 – prescrição	Art. 182 – prescrição pelo Código Penal; Art. 182, parágrafo único: interrupção da prescrição.	Prescrição mais gravosa ao acusado

Procedimento Penal Nos Crimes Falências

Lei de Falências Decreto-Lei nº 7.661/45	Lei de Recuperação e Falência (LRF) Lei nº 11.101/05	Situação jurídica
Arts. 503 a 512 do CPP	Art. 200 – derrogação expressa	Revogados
Arts. 103 a 113	Art. 186. Nova definição. Inquéritos Civil/Policial	Revogados
	Art. 183. competência do juiz criminal da jurisdição.	
	Art. 184 ação penal pública	
	Art. 184, parágrafo único: ação penal privada subsidiária	
Arts. 394 a 405 e 498 a 502, CPP (rito de reclusão)	Art. 185 (rito de detenção: arts. 538 a 540, CPP)	Atinge os processos criminais em andamento
	Art. 187, <i>caput</i> , intimação do MP para eventual ação penal, na falência e recuperação.	
Art. 108 – prazo de cinco dias para denúncia	Art. 187, § 1º - prazo de 15 dias, com o réu solto ou afiançado e 5 dias com o réu preso.	
	Art. 187, § 2º - qualquer fase do processo para verificação de novas infrações penais	
	Art. 188 – aplicação subsidiária das normas do CPP	

6.7 - ATUAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DECORRENTES DE INTERVENÇÃO OU LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL TEMPORÁRIA

6.7.1 – ENTIDADES SUJEITAS AO REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

O art. 1º da Lei nº 6.024/76 baliza a incidência do regime de liquidação extrajudicial abrangendo as instituições financeiras privadas (bancos comerciais, sociedade de crédito, financiamento e investimento e as sociedade de crédito imobiliário) e as cooperativas de crédito.

Sociedades corretoras, sociedades distribuidoras e sociedade de investimento, integrantes do sistema de distribuição de títulos e valores imobiliários no mercado de capitais e corretoras de câmbio, igualmente, estão sujeitas ao regime diferenciado, pela norma de extensão do art. 52 da Lei nº 6.024/76. Outras entidades ou instituições encontram-se

submetidas ao regime de liquidação extrajudicial por força de legislação específica, dentre as quais as Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde (Lei nº 9.656/98), Previdência Privada (Lei Complementar nº 109/2001) e Usinas de Açúcar (Decreto-Lei nº 3.855/41) e Cooperativas (Lei nº 5.764/71), Empresas Concessionárias de Serviços Aéreos (Lei nº 7.565/86).

6.7.2 – PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Cientificado da instauração do regime de intervenção, liquidação ou administração especial temporária referente à empresa cuja sede e principal estabelecimento seja situado na comarca, deve-se oficiar ao Banco Central do Brasil, dando-lhe ciência de qual será o órgão do Ministério Público encarregado do ajuizamento das ações eventualmente cabíveis, solicitando receber informações a respeito por parte, conforme o caso, do interventor, liquidante ou administrador, bem como do presidente da comissão de inquérito extrajudicial respectivo.

6.7.3 – INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS ADMINISTRADORES

A intervenção e a liquidação extrajudicial da instituição financeira advém das dificuldades financeiras vivenciadas por esta, decretada por ato do Banco Central, órgão fiscalizador do sistema financeiro.

Após sucessivas alterações normativas referentes à responsabilidade civil dos administradores e membros do conselho fiscal, o legislador pátrio consolidou a legislação de regência culminando na edição da Lei nº 6.024/74, que dedicou capítulo integral sobre o tema.

Assim, decretada a intervenção ou liquidação extrajudicial, por efeito direto do ato e por imposição do disposto no art. 36 da Lei nº 6.024/76, todos os bens dos administradores tornam-se indisponíveis, atingindo o período de 12 meses anteriores ao ato de intervenção ou liquidação.

Os administradores que geriram a sociedade nos últimos 5 anos, malgrado não serem abarcados pela constrição legal imediata da indisponibilidade, sujeitam-se à medida judicial de seqüestro dos bens, caso haja apuração de prejuízos em suas gestões (arts. 43 e 45, cit. lei).

A indisponibilidade recai sobre todos os bens, excetuados os bens impenhoráveis ou inalienáveis pela legislação em vigor.

Na lição de Rubens Requião

[...] A indisponibilidade dos bens é absoluta, e nada pode impedir esse efeito da aplicação das normas legais com tal rigor. Os administradores são postos, pela lei, sob suspeita. Só a verificação negativa de sua responsabilidade é que causará a regularização de sua disposição patrimonial[...].³¹²

Como conseqüência do ato interventivo adotado, impõe a norma a instauração do procedimento investigatório administrativo pelo Banco Central denominado *Inquérito Extrajudicial*, presidido por comissão investigadora (art. 41 da citada lei), visando esclarecer as causas do insucesso financeiro da instituição, bem como para elucidar as responsabilidades dos dirigentes e dos conselheiros fiscais pelos ilícitos eventualmente praticados.

Concluída a apuração no bojo do Inquérito Extrajudicial, sem embargo da comunicação, via de regra procedida pelo próprio Banco Central ao Ministério Público Federal para apuração de crimes contra o sistema financeiro, encaminhar-se-ão os autos ao Juízo Falimentar que, por seu turno, ordenará vista dos autos ao Ministério Público Estadual, com atri-

buições na seara falimentar, para a adoção das medidas judiciais pertinentes, dentre as quais a ação cautelar de arresto de bens e a ação principal de responsabilidade.

O inquérito extrajudicial será arquivado no próprio Banco Central se concluir pela inexistência de prejuízo (art. 44).

6.7.4 – MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO ART. 45 DA LEI Nº 6.024/74 – OBSERVÂNCIA RIGOROSA DO PRAZO

Prefacialmente, cumpre esclarecer o equívoco terminológico empregado pelo legislador ao prever o seqüestro dos bens e, logo em seguida, utilizar a expressão arresto (cf. § 1º e § 2º do art. 45, cit. lei). Correto, pois, o uso da expressão arresto, uma vez que, enquanto o seqüestro tem por objetivo a apreensão de bens até que se esclareçam direitos a ele referentes, o arresto, por meio da apreensão de bens indeterminados de certo devedor, assegura a execução de uma obrigação patrimonial posta em risco de ser inadimplida.

Ultimada a apuração do Inquérito Extrajudicial, com remessa à vara falimentar (onde houver) e posterior vista dos autos ao Ministério Público, caberá a adoção das providências judiciais tendentes à buscar a reparação do dano, caso a existência de prejuízos causados pelos administradores da instituição financeira seja conclusiva no inquérito.

Assim, recebidos os autos, a par da tiragem de cópias dos autos para fins de segurança de sua existência, observar, rigorosamente, o prazo legal de oito dias para requerer a medida cautelar prevista no art. 45 da Lei nº 6.024/74, inclusive em relação aos bens que não tenham sido real e efetivamente alcançados pela indisponibilidade legal, tais como obras de arte de alto valor econômico.

Vale destacar que, em determinadas ocasiões, poderá ser necessário o ajuizamento simultâneo da ação principal com a ação cautelar, sem necessidade de se aguardar o transcurso do prazo de 30 dias.

6.7.5 – PROVIDÊNCIAS QUANTO AOS BENS ATINGIDOS PELA INDISPONIBILIDADE

Adotar as providências necessárias à preservação dos bens atingidos pela indisponibilidade e/ou pela medida cautelar, inclusive mediante pesquisas, averbações e anotações junto aos seguintes órgãos:

- registros gerais de imóveis do país (através das Corregedorias de Justiça de todas as unidades da federação);
- Departamentos de Trânsito de todo o país (através das Secretarias de Estado respectivas);
- empresas concessionárias de serviços de telecomunicações e telefonia de todo o país (através do Ministério das Telecomunicações);

³¹² **Curso de Direito Falimentar**. v. 2. 11 ed. São Paulo: Saraiva, p. 224.

- d) Comissão Nacional da Bolsa de Valores, para que informe acerca de bens, papéis ou direitos em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
- e) Bolsa Mercantil e de Futuros operantes (BMF) em todo o país (através do Ministério da Economia) para que informem acerca de bens ou direitos em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
- f) Comandos Aéreos Regionais de todo o país (através do Ministério da Aeronáutica) para que informem, inclusive junto ao Departamento de Aviação Civil (DAC) e/ou Serviço Aéreo Regional de Aviação Civil (SERAC), acerca de bens e/ou autorizações em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
- g) Comandos Navais de todo o país (através do Ministério da Aeronáutica) para que informem, inclusive junto aos Distritos Navais respectivos e/ou autorizações em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
- h) Secretaria da Receita Federal para que remeta cópias das declarações de bens e direitos em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
- i) Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), para que informe acerca de todos os contratos de seguro, em vigor ou não, realizados pela instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
- j) Banco Central do Brasil para que informe, relativamente a todas as instituições financeiras autorizadas a funcionar no território nacional, acerca de bens e direitos em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores, com requisição de remessa da documentação respectiva, devendo o juízo respectivo, na forma do art. 38 da Lei nº 4.595/64, determinar a quebra do sigilo bancário.

6.7.6 – AÇÃO DE RESPONSABILIDADE – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A par da ação cautelar disposta pelo art. 45 da Lei nº 6.024/76 que objetiva resguardar a responsabilização patrimonial dos gestores da instituição, caberá, inicialmente, ao Ministério Público o ajuizamento da ação principal de responsabilidade em face dos ex-administradores, conselheiros, procuradores-gestores e gerentes, além de terceiros que tenham concorrido com o prejuízo causado. Caberá ao órgão ministerial promovê-la no prazo de trinta dias a partir da efetivação do arresto, sob pena de responsabilidade. Esta, por interpretação lógica, haverá de ser apurada a luz do caso concreto, eis que o não-ajuizamento da ação ordinária no prazo legalmente previsto poderá ensejar, *prima facie*, descumprimento de dever funcional, com reflexo na seara disciplinar, sem prejuízo, desde que presentes as elementares do tipo, da incidência da norma penal incriminadora gizada no art. 319 do CP.

Malgrado haja decisões isoladas negando a legitimidade ativa do Ministério Público ao argumento de que a defesa dos interesses dos credores são distintos e individualizáveis, não se identificando com a tutela difusa ou coletiva³¹³, tem o Colendo STJ afastado tal entendimento, admitindo a legitimidade do *Parquet* para propor e prosseguir na ação de responsabilidade de ex-administradores de instituição financeira, mesmo após o encerramento dos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.447/97 c.c. o art. 46 da Lei nº 6.024/76³¹⁴, abarcando hipótese de defesa do crédito, do sistema financeiro, do poupador e do investidor frente a empresas que lidam com a captação de poupança popular, fiscalizadas pelo Banco Central. As normas citadas, portanto, encontram-se em perfeita sintonia com a Constituição da República que prevê, inclusive, hipótese de intervenção do Estado no domínio econômico, e com o sistema de defesa do consumidor.

Em caso de omissão, decairá o órgão ministerial do direito de ação em favor de qualquer interessado, no prazo de quinze dias, sob pena de, se ninguém o fizer, levantar-se-ão o arresto e a indisponibilidade dos bens.

Como se vê, descabe ao interventor ou liquidante intervir na ação quer como autor quer como assistente.

Sob outro enfoque, a responsabilidade dos administradores de instituição financeira vem regulada pelos arts. 39³¹⁵ e 40³¹⁶ da Lei nº 6.024/76.

Vigora ante o texto legal empregado acirradas discussões doutrinárias acerca da natureza da responsabilidade. A primeira corrente, adepta à teoria subjetiva da culpa, é subdivida em dois grupos: a) a dos que defendem ser *puramente subjetiva* a responsabilidade, ou seja, é necessária a prova de uma conduta comissiva ou omissa para autorizar a responsabilização; b) admite-se a inversão do ônus da prova em torno da culpa, ou seja, presume-se a

³¹³ TJMG/3ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0000.00.267956/000

³¹⁴ STJ – AgRg nos ERRp 590490-GO, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 23.11.2005; REsp. 592.069-SP, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15/02/2007; REsp 444.948-RO, 2ª Seção, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11/12/2002; REsp nº 447.939-SP, 3ª T., Rel.ª Min.ª. Nancy Andrigui, j. 4/10/2007

³¹⁵ Art 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, qualquer tempo salvo prescrição extintiva, pelos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.

³¹⁶ Art 40. Os administradores de instituições financeiras responderão solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão até que se cumpram. Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante e dos prejuízos causados.

culpa dos administradores, contudo, faculta-se-lhes comprovar a boa gestão.

A *teoria puramente subjetiva* foi sustentada por Vicente Ráo, Miranda Valverde, F.C. Bulhões Pedreira e outros (*apud* WAISBERG, Ivo. **Responsabilidade Civil dos Administradores dos Bancos Comerciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 102;103). A segunda corrente subjetivista mediante *inversão do ônus da prova* foi sufragada por Arnaldo Wald e Werter Faria (*cf.* VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. in **Responsabilidade Civil nas Instituições Financeiras e nos Consórcios em Liquidação Extrajudicial**. São Paulo: RT, 1933. p. 56 e ss).

Outra corrente doutrinária assevera que a responsabilidade dos administradores é de natureza *objetiva*. Dentre outros, defendem-na Mauro Brandão Lopes³¹⁷, Luiz Roldão de Freitas Gomes³¹⁸ e Nelson Abrão.

No plano jurisprudencial, entendeu o Colendo STJ que a responsabilidade dos administradores é de natureza dupla; pelo art. 39 da Lei nº 6.024/76 é subjetiva, enquanto o art. 40 do mesmo diploma consagra a responsabilidade objetiva pelas obrigações assumidas no período de sua gestão.³¹⁹

Para nós, os administradores, conselheiros fiscais, diretores, gerentes, procuradores-gestores respondem pelos atos ilícitos que praticaram no exercício das atribuições ou poderes dos cargos e terão responsabilidade objetiva³²⁰, solidária, direta, e não subsidiária. Justifica-se o critério legal adotado de molde a conferir maior segurança ao consumidor que entrega sua poupança à instituição financeira a qual irá gerir recursos de terceiros, além de resguardar a credibilidade do sistema financeiro nacional, haja vista a atividade fiscalizatória a que está sujeita pelo BACEN e às normas ditadas pela legislação especial.

Assim sendo, caberá ao promovente da ação de responsabilidade, cujo rito será o ordinário, demons-

³¹⁷ “Responsabilidade Civil dos Administradores de Instituição Financeira, Revista das Sociedades por Ações, nº 11.

³¹⁸ “Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Instituição Financeira Privada em Regime de Intervenção ou Liquidação Extrajudicial, no Brasil”, in Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 17, p. 23/31.

³¹⁹ REsp nº 21.245-9, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ. de 31/10/1994 e REsp nº 592069-SP – 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

³²⁰ TJSP – Ap. Cível nº 116.726-4 – 6ª Câmara Dir. Privado – Rel. Des. Ernani de Paiva, v.u., j. 19/04/01; TJSP – Ap. Cível nº 25.781-4 – 5ª Câmara. Direito Privado – Rel. Des. Silveira Netto, v.u., j. 8/04/99; TJSP – Ap. Cível nº 77.018-4 – 6ª Câmara. Direito Privado – v.u – Rel. Des. Munhoz Soares- v.u – j. 15.04.99; TJSP – Ap. Cível nº 232.381-4/0-00 e 232.383-4/4, 5ª Câmara. Direito Privado – v.u – Rel. Des. A.C. Mathias Coltro, j. 08/08/2007.

trar o prejuízo suportado pelos lesados e a identidade de quem o causou.

6.7.7 – RESPONSABILIZAÇÃO DAS AUDITORIAS CONTÁBEIS INDEPENDENTES E INSTITUIÇÕES CONTROLADORAS

O Inquérito Extrajudicial compreenderá a apuração de atos ou omissões relevantes incorridas pelas pessoas físicas ou jurídicas prestadoras de serviços de auditoria independente às instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

Atentar, por isso, para a possibilidade de responsabilização das auditorias contábeis independentes, bem como das instituições controladoras, tendo em vista o disposto na Lei nº 9.447/97, que responderão por dolo ou culpa frente aos prejuízos causados aos lesados.

6.7.8 – CESSAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO OU INTERVENÇÃO – AUTUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA LEI

Sobrevindo a falência após a decretação do arresto e no curso da ação principal, competirá ao administrador judicial prosseguir-la, devendo haver substituição processual do Ministério Público, passando o órgão ministerial a intervir como *custus legis*, nos termos do art. 82, III, CPC.

6.7.9 – AÇÕES RELACIONADAS COM OS BENS DAS PESSOAS JURÍDICAS SUJEITAS AO REGIME DE INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Oficiar em todas as ações que digam respeito a bens de pessoas jurídicas sujeitas ao regime de intervenção e liquidação extrajudicial de que trata a Lei nº 6.024/74 de molde a garantir a real fiscalização nos feitos em que envolvam a instituição sob intervenção ou liquidação.

6.8 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Constituição Federal

Código de Processo Civil

Código de Processo Penal

Código Penal

Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei de Falências e Recuperação de empresas

Decreto-Lei nº 7.661/45 (antiga Lei de Falências e Concordatas)

Lei Federal nº 6.024/73

6.9 - JURISPRUDÊNCIA

PROCESSUAL CIVIL - FALÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA - NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NULIDADE PROCESSUAL. 1- A FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NAS CAUSAS DE FALÊNCIA, CONFORME ART. 82, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, IMPLICA A NULIDADE DO PROCESSO DESDE O MOMENTO EM QUE SE IMPUNHA TAL INTERVENÇÃO. 2- RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS A QUE SE DÁ PROVIMENTO, JULGANDO-SE PREJUDICADOS OS DEMAIS APELOS, DELES NÃO SE CONHECENDO.

(Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL 20050110632200APC DF; Registro do Acórdão Número: 314976; Data de Julgamento: 25/06/2008; Órgão Julgador: 3ª TURMA CÍVEL; Relator: VASQUEZ CRUXÊN; Publicação no DJU: 29/07/2008 Pág.: 25; Decisão: CONHECER; PROVER O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E JULGAR PREJUDICADOS OS OUTROS RECURSOS, TUDO À UNANIMIDADE.).

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - LEI 11.101/2005 - MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERVENÇÃO - INTERESSE PÚBLICO - ARTIGO 82, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NULIDADE DO PROCESSO - NÃO INTERVENÇÃO MINISTERIAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO 1 - EMBORA NÃO CONSTE DA LEI 11.101/2005, A INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA, NOS PROCESSOS DE FALÊNCIA, ESPECIFICAMENTE NA FASE PRÉ-FALIMENTAR, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, LEVANDO-SE EM CONTA O INTERESSE PÚBLICO QUE ENVOLVE ESTES PROCESSOS FALIMENTARES, MISTER VISTA AO PARQUET PARA QUE SE MANIFESTE NOS AUTOS. 2 - NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 84 DO CPC, NÃO SENDO PROMOVIDA A INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUANDO A LEI CONSIDERA SUA INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA, DECRETAR-SE-Á A NULIDADE DO PROCESSO. 3 - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL 20070110093123APC DF; Registro do Acórdão Número: 294181; Data de Julgamento: 07/02/2008; Órgão Julgador: 5ª TURMA CÍVEL; Relator: LUCIANO VASCONCELLOS; Publicação no DJU: 12/02/2008 Pág.: 1885; Decisão: CONHECER. DAR PROVIMENTO. UNÂNIME).

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NULIDADE. A FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NAS CAUSAS EM QUE A LEI ASSIM DETERMINA, IMPLICA A NULIDADE DO PROCESSO DESDE O MOMENTO EM QUE SE IMPUNHA TAL INTERVENÇÃO.

(Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL 20070110210075APC DF; Registro do Acórdão Número: 292468; Data de Julgamento: 19/12/2007; Órgão Julgador: 4ª TURMA CÍVEL; Relator: SÉRGIO

BITTENCOURT; Publicação no DJU: 17/01/2008 Pág.: 867; Decisão: DAR PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO FALIMENTAR. INTERESSE PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. INDISPENSABILIDADE. OMISSÃO DA LEI ESPECÍFICA (LEI Nº 11.101/05). IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL (CPC, ART. 82, III). FALÊNCIA. DECRETAÇÃO. SENTENÇA. NULIDADE INSANÁVEL. CASSAÇÃO. 1. A FALÊNCIA, REDUNDANDO NA PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DA QUEBRADA E NA LIQUIDAÇÃO DOS SEUS ATIVO E PASSIVO DE FORMA A SER PRESERVADO O EXERCITAMENTO DA LIVRE INICIATIVA DE CONFORMIDADE COM OS PRIMADOS QUE GOVERNAM O REGIME CAPITALISTA, PREVENINDO-SE QUE EMPREENDIMENTO DESPROVIDO DE VIABILIDADE CONTINUE OPERANDO EM DETRIMENTO DA ORDEM JURÍDICA E COM MENOSPREZO PARA COM O CRÉDITO E FÉ PÚBLICOS, REVESTE-SE DE EVIDENTE INTERESSE PÚBLICO, IRRADIANDO ESSA NATUREZA AOS PROCESSOS FALIMENTARES. 2. CONQUANTO A NOVA LEI DE FALÊNCIAS - LEI Nº 11.101/05 - TENHA FICADO DESPROVIDA DE DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA INDISPENSABILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO SER OUVIDO NAS AÇÕES QUE A TÊM COMO ESTOFO, O PARQUET, VALENDO-SE DA LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA QUE LHE É CONFERIDA - CPC, ART. 82, III - ANTE A NATUREZA DAS DISPOSIÇÕES QUE NELA ESTÃO IMPREGNADAS E DO INTERESSE PÚBLICO DE QUE SE REVESTEM AS AÇÕES DE INSOLVÊNCIA CIVIL E COMERCIAL, DEVE NECESSARIAMENTE DELAS PARTICIPAR, VELANDO PELA CORRETA APLICAÇÃO DO LEGALMENTE PRESCRITO, DO LEGALMENTE PRESCRITO, RESGUARDANDO O DIREITO DOS CREDORES E DO PRÓPRIO FALIDO E FISCALIZANDO A ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR NOMEADO À MASSA. 3. AFERIDO QUE O ITINERÁRIO PROCEDIMENTAL NÃO FORA PERCORRIDO DE CONFORMIDADE COM O LEGALMENTE DELINEADO ANTE A OMISSÃO HAVIDA QUANTO À NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO FALIMENTAR, O PROCESSO RESTA MACULADO POR VÍCIO INSANÁVEL, AFETANDO, POR CONSEQUINTE, A INTANGIBILIDADE DA SENTENÇA QUE AFIRMARA A QUEBRA, DETERMINANDO SUA ANULAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES DIRETAMENTE ENVOLVIDOS NA RELAÇÃO PROCESSUAL, POIS DA SIMPLES OMISSÃO HAVIDA EMERGE A NULIDADE (CPC, ARTS. 84 E 246). 4. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. UNÂNIME.

(Classe do Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO 20070020033292AGI DF; Registro do Acórdão Número: 278533; Data de Julgamento: 27/06/2007; Órgão Julgador: SERVIÇO DE RECURSOS CONSTITUCIONAIS - SERECO; Relator: TEÓFILO CAETANO; Publicação no DJU: 23/08/2007 Pág.: 94; Decisão: CONHECER O RECURSO, DAR PROVIMENTO. UNÂNIME.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO DE BEM MÓVEL EM AÇÃO DE FALÊNCIA. POSSÍVEL OCORRÊNCIA DE CRIME FALIMENTAR ANTES DA SENTENÇA DE DECRETAÇÃO DA QUEBRA: INCIDÊNCIA DO ARTIGO 168 DA LEI N. 11.101/05. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER BUSCA E APREENSÃO DE EQUIPAMENTO, ANTE À EXISTÊNCIA DE INTERESSE QUE TRANSCENDE AOS LINDES DA RELAÇÃO PRIVADA OBJETO DO FEITO FALIMENTAR. LEGITIMIDADE, TAMBÉM, DO FIEL DEPOSITÁRIO EM PLEITEAR A EXTENSÃO DA MEDIDA AOS ACESSÓRIOS DO EQUIPAMENTO APREENDIDO (AFINAL, A SINA DO ACESSÓRIO É SEGUIR O PRINCIPAL). DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA RECURSAL DESPROVIDA. (Classe do Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007.059317-3; Palhoça; Quarta Câmara de Direito Comercial; Rel. Des. João Henrique Blasi; Publicação no DJSC: 09/05/2008 Pág.: 100.

FALÊNCIA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 82 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IRREGULARIDADES QUE CONDUZEM À EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO. NOS PROCESSOS ENVOLVENDO O PEDIDO DE FALÊNCIA, É NECESSÁRIA A INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTES DA DECISÃO QUE DECLARE A FALÊNCIA ABERTA, VISTO QUE TAIS PROCESSOS SEMPRE PODEM ENVOLVER O INTERESSE PÚBLICO (ART. 82, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). (TJMG; AG 1.0074.07.034538-9/0011; Bom Despacho; Quinta Câmara Cível; Rel.^a Des^a. Maria Elza; Julg. 06/12/2007).

FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DIVERGÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. FISCAL DA LEI. LEGITIMIDADE RECURSAL CARACTERIZADA. COMPROVADA QUE A CONTROVÉRSIA A SER DIRIMIDA PELA INSTÂNCIA REVISORA SE REFERE À APLICAÇÃO OU NÃO DO ARTIGO DEC. LEI Nº 7.661/45, NO PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO MANEJADO NO JUÍZO DE ORIGEM, RESTA CARACTERIZADA A LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA QUALIDADE DE FISCAL DA LEI. (TJMG; AG 1.0024.06.023747-6/001; Belo Horizonte; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Edílson Olímpio Fernandes; Julg. 10/07/2007; DJMG 24/07/2007).

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA IRREGULAR. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. IRREGULAR A PENHORA DE CRÉDITO INCERTO, SEM INDICAÇÃO DO DEVEDOR, PODENDO ATÉ MESMO INEXISTIR. 2. NECESSÁRIA A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM VISTA A FALÊNCIA SOBREVINDA À DEVEDORA. 3. EXECUÇÃO ANULADA DE OFÍCIO, DESDE A PENHORA, INCLUSIVE. (TJMG; AC 1.0672.05.159522-7/001; Sete Lagoas; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Jarbas de Carvalho Ladeira Filho; Julg. 06/02/2007; DJMG 16/02/2007).

6.10 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Micheli de. **Nova Lei de falências e Recuperação de Empresas** – Confrontadas e Breves Anotações. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino, **Nova Lei de recuperação e Falências comentada/Lei nº 11.101/05**: comentário artigo por artigo. 3 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 365/394.

CAMPOS, Moacyr Lobato de Filho. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 321/327.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas**: Lei nº 11.101/05. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 406/414-526/532.

GONTIJO, Vinícius José Marques. **Nova Lei de Falências**. Curso realizado em 2005. Ministério Público do Estado de Minas Gerais/CEAF. 3 DVDs.

7 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Procurador de Justiça André Estevão Ubaldino Pereira

7.1 - INTRODUÇÃO

Qualquer exame que se pretenda do assunto usualmente denominado *Crime Organizado* exige, antes de tudo, que se repita a advertência, já tantas vezes feita, de que não há fenômeno a que se possa chamar de crime organizado, mas, sim, *organizações criminosas*. Tal observação, à primeira vista despida de maior importância, traduz apenas um dos embaraços que se apresentam no estudo de tema em verdade pouco conhecido e de existência até mesmo negada por alguns.

O que é, de fato, o tão (impropriamente) citado *crime organizado*? Existe, verdadeiramente, tal *fenômeno*?

Compreendido como conduta humana voluntária que lesa ou expõe a risco de lesão bens juridicamente tutelados, o crime é, até mesmo conceitualmente, atividade que pode desenvolver-se individualmente, nada exigindo, para a sua configuração, plurissubjetividade ativa. Talvez por isso, isto é, exatamente por bastar à existência do delito a ação de um único indivíduo, ter sido tardio o interesse do legislador pela capitulação, como criminosas, de condutas em que a tipicidade decorresse da simples associação destinada à prática do delito.

Olvidou o legislador brasileiro, de fato, durante muitos anos, que uma tendência irrefreável do homem – a de associar-se – poderia levá-lo a criar (como o levara a criar o próprio Estado) outras sociedades, inclusive criminosas.

Assim, não havendo entre nós, até a década de 40, tipo penal por meio do qual se incriminasse a associação para delinquir, o que vigorava, segundo anota Hungria, era – por inspiração do antigo Direito penal francês – uma cumplicidade que se presumia em decorrência do favorecimento prestado a bandos de assassinos e ladrões nos crimes por eles cometidos.

A esse tempo, porém, o próprio Direito penal francês, que antes nos servira de inspiração, já convertera em crime autônomo a associação para delinquir, definida nos arts. 262 a 266 do CPF como *association de malfaiteurs*. O mesmo também havia feito o Direito italiano, cujo Código Penal definira no art. 416 a *associazione per delinquere*, e o argentino, que no art. 210 definia o delito denominado *asociación ilícita*.

Por outro lado, embora à época ainda não fossem empregadas para designar essas associações as expressões, hoje correntes, *crime organizado* e *organização criminosa*, ações evidenciadoras de sua existência já se podiam fazer sentir em vários cantos do mundo.

Com efeito, ao mesmo tempo em que, com corrente emprego de corrupção e violência, criminosos reunidos violavam a lei seca americana, explorando o contrabando, a produção e a venda de bebidas alcoólicas, no oriente se destacavam a organizada produção, comércio e criminosa exportação, inclusive para o ocidente, do ópio e de seus derivados.³²¹

Enquanto isso, no Brasil, em que vigorara primeiro o Código Penal de 1890 e depois a Consolidação das Leis Penais de 1932, iniciavam-se os já preocupantes furtos de automóveis, perpetrados por grupos de criminosos, antes do que já mostrava o cangaço o fôlego que permitiu, entre outras coisas, ao seu mais destacado membro – Virgulino Ferreira da Silva – desfrutar da alcunha de *Governador do Nordeste*.

Manifestação das mais emblemáticas, o cangaço, embora não exibisse o caráter da transnacionalidade, hoje tão comum à delinquência organizada, fartava-se dos elementos que, modernamente, segundo o senso comum, permitem e impõem a constatação do fenômeno.³²²

³²¹ As Tríades Chinesas, por exemplo, cujas origens remontam a meados do séc. XVII, em meados do séc. XIX se dedicavam, em Taiwan, à exploração do ópio. A Yakuza, dedicada a atividades ilícitas de diversa espécie, como cassinos, prostíbulos, tráfico de pessoas e armas, etc., tem sua origem no séc. XVIII. Já a Máfia teria sua origem no início do séc. XIX.

³²² Para conceituá-lo, formaram-se três tendências: a de, partindo de um conceito criminológico de crime organizado (organização, finalidade, geografia), defini-lo juridicamente; a de reconhecê-lo caracterizado ante o concurso de pelo menos três de seus caracteres, sem referência a tipos penais; a de estabelecer um rol de crimes, conside-

De fato, ali já se encontravam presentes, dentre outros, o alto poder de intimidação³²³ e de corrupção de autoridades públicas³²⁴, o esforço pelo domínio territorial³²⁵, a estrutura piramidal³²⁶ e a busca de vantagem econômica.³²⁷

Além disso, valendo-se de artifício³²⁸ que não se apresentava inédito, mas que, utilizado com maestria, granjeou-lhe grande e indispensável apoio popular³²⁹, apresentava-se seu maior líder ante o povo dos sete Estados por cujo sertão livremente trafegou como o miserável injustiçado cuja coragem e desassombro aterrorizavam os poderosos coronéis de sua época.

Exterminado o cangaço com a eliminação física de muitos dos que o compunham e com o terror imposto aos demais – inclusive com a prática consistente de cortar e exibir as cabeças dos seus mem-

brados crimes organizados quando praticados por três ou mais pessoas. O Tratado de Palermo (12/15 de novembro de 2000) fala (art. 2º) em mais de três pessoas (requisito estrutural), de forma estável (requisito temporal) visando praticar crimes graves (penas iguais ou superiores a quatro anos), com o fim de lucro (requisito finalístico).

³²³ O terror que caracterizava suas ações fez com que, muitas vezes, nem sequer precisasse a ele recorrer: freqüentemente um simples bilhete, toscamente escrito e enviado às autoridades municipais, bastava para que lhe dessem o que exigia.

³²⁴ Sabe-se, por exemplo, que Lampião contou, no Estado de Sergipe, com a proteção de seu interventor, depois Governador, Eronildes Carvalho. Além disso, em março de 1926 recebeu oficiosamente a patente de “capitão”, sob o compromisso de combater a Coluna Prestes.

³²⁵ Suas ações atingiram o sertão de sete dos nove Estados do Nordeste.

³²⁶ Líder incontestável do grupo, Lampião contava, porém, com subgrupos, que eram chefiados por seus auxiliares, entre os quais o mais conhecido foi Cristino Gomes da Silva Cleto, conhecido com *Corisco*.

³²⁷ Classificado o cangaço, pelos mais respeitados estudiosos, como cangaço vingança, cangaço proteção e cangaço meio-de-vida, Lampião teria migrado do primeiro para o último, abandonando o desejo de vingança em prol de transformá-lo em meio de subsistência. Provas disso são: o seqüestro em troca de resgate, introduzido por Lampião no sertão, e o expressivo valor apreendido em seu poder na Gruta de Angicos.

³²⁸ É o que se denomina “escudo ético”, empregado, aliás, por criminosos os mais diversos, e que deve merecer sempre grande atenção do Estado.

³²⁹ Tal expediente, diga-se de passagem, vem sendo comumente utilizado por organizações criminosas na busca permanente por legitimação, ou, ao menos, por tolerância das camadas populares. Assim, muito antes que organização constituída no interior de presídios paulistas proclamasse lutar por *paz, justiça e liberdade*, os criminosos que formavam o Cartel de Medellín já tentavam, na década de 80, transformar os atentados com que resistiam às propostas de alterações legais que os prejudicavam numa *luta política*.

bros –, que assim debandaram, nem por isso pôs-se o País a forro do fenômeno que, tendo características próprias, estava a exigir medidas específicas.

De fato, à vista de que o que aparentemente permitira ao cangaço impor por mais de três décadas regime de terror³³⁰ às populações tinham sido a pluralidade de normas processuais penais³³¹ e a impermeabilidade das fronteiras dos Estados, já a Constituição de 34, acompanhada pela de 37, determinava houvesse, no Brasil, um único Código de Processo Penal.

Embora tais modificações tivessem representado, em seu tempo, importantes inovações na prática repressiva brasileira, não passaram elas, vistas sob certa ótica, de simples correções de distorções, incapazes por isso de fazer face aos desafios de uma criminalidade de feições nitidamente empresariais.

De fato, em vários cantos do planeta eclodiam práticas ilícitas cujo cometimento pressupunha existência de estruturas organizacionais mais ou menos complexas, merecendo registro, entre outras igualmente lucrativas, o tráfico de mulheres com o fim de prostituição, o tráfico de entorpecentes e o contrabando.

Para contê-las, encontrava-se dotado o Direito penal brasileiro, desde 1942, de instrumento que se concebera para atender à realidade nacional das décadas³³² anteriores: o art. 288, do CPB, que, sob o *nomen juris* de bando ou quadrilha, impunha pena de reclusão de um a três anos aos que se associassem em quadrilha ou bando para o fim de cometer crimes.

A insuficiente capacidade intimidativa das normas³³³ até então empregadas fez-se, porém, logo evidente: numa das atividades mais freqüentemente exploradas pelas organizações criminosas, o tráfico de entorpecentes, por exemplo, sucederam-se vários tratados e convenções internacionais³³⁴, cada

³³⁰ Registre-se que a complacência foi obtida não somente à custa do terror, mas também da benemerência.

³³¹ Ao tempo da Constituição de 1891, não é demais lembrar, vigorava a competência dos Estados-membros para legislar em Direito Processual. Dessa forma, cada Estado que o quis teve sua própria codificação.

³³² Aqui não se chegara, para usar a expressão de Nelson Hungria, “às proporções de guerra franca e afoita contra a ordem jurídica”.

³³³ Tanto as vigentes no Brasil como as empregadas em Estados estrangeiros.

³³⁴ Assim foi que, desde a Conferência de Sanghai, de 1909, realizaram-se a de Convenção de Haia, de 23 de janeiro de 1912; as Convenções de Genebra, de 19 de fevereiro de 1925, de 13 de julho de 1931 e de 1936; o Protocolo de Lake Success, de 1946; o Protocolo de Paris, de 19 de novembro de 1948; a Convenção Única de Entorpecentes, de 25 de março de 1961; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de Viena, de 21 de fevereiro de

qual revelando o fracasso do que até então se experimentara e buscando instrumentos punitivos mais adequados e uniformes, com vistas à inibição do fenômeno – desde há muito identificado – denominado *transferência de cartéis*.³³⁵

Destaque especial, nesse sentido, merece a Convenção contra o Tráfico Ilícito Entorpecentes e Substâncias Controladas, de 1988, em que, em seu preâmbulo, afirmava constituir o tráfico ilícito *uma grave ameaça à saúde e às bases econômicas, culturais e políticas da sociedade, um risco para a estabilidade, segurança e soberania dos Estados*, bem como um risco, em virtude de seu grande rendimento financeiro, para a administração pública e as atividades comerciais e financeiras lícitas.³³⁶

Assim é que, constatada a criação, a consolidação e o fortalecimento das organizações criminosas (a um ponto tal que sua ousadia fez tornar conhecida não apenas sua existência, mas suas lideranças³³⁷), propunham-se medidas, inclusive econômicas, cuja adoção, todavia, ficava na dependência de iniciativas adotadas por cada qual dos convenientes.

No caso brasileiro, por exemplo, apesar das transformações sucessivas operadas nas leis de tóxicos, opôs-se tenaz resistência ao emprego de um dos mais eficazes tratamentos punitivos encontrados para deter o tráfico: o confisco de bens cuja proveniência ilícita não fosse cumpridamente demonstrada pelo condenado.

É que o Estado brasileiro pareceu satisfeito, por muito tempo, com a tão-só imposição de penas privativas de liberdade, que – verdade se diga –, em face do extenso catálogo de benefícios previstos no CPB e na Lei nº 7.210/84, revelam-se autêntica obra de ficção.

1971, e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Controladas, de Viena, de 1988.

³³⁵ Um exemplo bastante conhecido de transferência, se não do cartel, mas de seu dirigente, foi-nos dado por traficante bastante conhecido em todo o Brasil: perseguido no Rio de Janeiro, fixou residência no Estado do Paraná, de onde se deslocou para Minas Gerais, onde acabou preso. Fugindo, mediante suposto pagamento à autoridade pública, de expressivo valor, foi avistado meses depois, na fronteira do Brasil com o país que ostenta o título de mais importante produtor de *Cannabis sativa*. Ali também perseguido, estabeleceu relações na Paraíba, de onde parece ter migrado para a Colômbia, onde foi preso e comprovada sua ligação com grupo terrorista.

³³⁶ Afirmava ainda o preâmbulo: “Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente a cada vez mais alta prioridade, conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis,”.

³³⁷ Quem ignora o exemplo de *Alphonsus Capone*? Ou o de Pablo Escobar, Rodriguz Gacha e Irmãos Ochoa?

Além disso, embora desde há muito impusessem as leis penais a perda dos proventos obtidos com práticas criminosas, não se criaram mecanismos capazes de permitir a célere, como necessária, demonstração da proveniência ilícita de bens e valores.³³⁸ Sem falar, é claro, nos prazos processuais cuja exigüidade impõe que ou se solte o acusado por sua inobservância ou a ela se dê causa com o fim (muitas vezes frustrado) de demonstrar o patrimônio que possui e sua origem ilícita.

Demais disso, talvez por excessivo pudor, sempre se repudiou veementemente a cooperação para a repressão criminal daqueles que, por sua posição, melhor contribuição poderiam a ela dar: os criminosos arrependidos.³³⁹ Também às testemunhas, mesmo quando sujeitas à represália de criminosos, negou-se, durante muito tempo, qualquer forma de apoio. Mas não é só. Contribuíram também para que chegássemos ao ponto em que nos encontramos a falta de estabelecimentos que efetivamente assegurassem o cumprimento de penas privativas de liberdade e a arcaica estrutura e modo de funcionamento de nossas instituições de controle.

Por tudo isso, o recrudescimento da criminalidade violenta entre nós, como subproduto das ações da criminalidade organizada, hoje dedicada não só ao tráfico, mas a diversificada área de atuação revela-se por meio de ações a cada dia mais ousadas.

Em conseqüência, tem-se assistido a numerosos exemplos de ataques ao Estado, por vezes na pessoa dos que se acham investidos no exercício de funções públicas ligadas à repressão criminal³⁴⁰ e, é óbvio, aos titulares dos bens jurídicos protegidos por débeis normas penais incriminadoras.

Igual fenômeno ocorreu, anos atrás, na Itália³⁴¹, que a ele respondeu com legislação repressiva consideravelmente mais severa.³⁴²

³³⁸ Observe-se, a propósito, que data de 3 de março de 1998, apenas, a Lei nº 9.613 que definiu os crimes de lavagem de dinheiro e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

³³⁹ A Alemanha a adota. A Itália também, por inspiração americana.

³⁴⁰ Exemplo de tal prática foi a sucessão vertiginosa de ataques, que produziram dezenas de mortes, planejados por organização criminosa, ocorridos no Estado de São Paulo.

³⁴¹ Ali, mais de vinte magistrados foram mortos por organizações mafiosas – entre eles o mundialmente conhecido Paolo Borsellino e Giovanni Falconi pela máfia. E, somente em Palermo, num período de dois anos, registraram-se cerca de 500 homicídios ligados a atividades mafiosas.

³⁴² Entre outras providências, estabeleceu-se disciplina prisional mais rigorosa, adotaram-se medidas protetivas de magistrados e seus familiares, ampliou-se a colaboração premiada e, principalmente, permitiu-se a expropriação de bens e ativos de criminosos.

7.2 - A RESPOSTA DO DIREITO BRASILEIRO ÀS AÇÕES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

No Brasil, onde a ousadia crescente das organizações criminosas tem sido bastante sentida, como explicitado, produziram-se, nessa ordem, as leis do crime organizado³⁴³ (Lei nº 9.034/95), de interceptações telefônicas (Lei nº 9.296/96), de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), de proteção às testemunhas (Lei nº 9.807/99), Leis nº 10.217/2001 e nº 10.792/2003.³⁴⁴

Além disso, tramitam no Congresso Nacional, atualmente, importantes projetos relativos ao tema.³⁴⁵

Tal a situação em que se acha, atualmente, o conjunto das normas legais que servem de fundamento à repressão às ações perpetradas por organizações criminosas, que logo se percebe a existência de confusão ou vácuo legislativo³⁴⁶ no tratamento do tema.

Críticas variadas têm sido dirigidas às normas por meio das quais se buscou responder ao incremento, entre nós, *do que se toma por ações praticadas por organizações criminosas*. E o uso da expressão *do que se toma* não é acidental: traduz a primeira das críticas dirigidas a uma Lei nº 9.034/95 que, visando *dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*, absteve-se, porém, de informar que ações seriam essas, ou o que as caracterizaria.

Com efeito, não mencionando a Lei que disciplina os meios operacionais repressivos admitidos os crimes sujeitos às suas disposições ou as características suas, restaria admitir, como absurdamente parece propor seu art. 1º, que seriam os praticados por bando ou quadrilha.

³⁴³ Sem mencionar, é claro, a Lei nº 8.072/90, que, embora editada num tempo em que não se falava, no Brasil, em organizações criminosas, impunha tratamento mais severo às infrações penais mais comumente por elas praticadas. E, é claro, a Lei nº 8.429/92, que, sancionando o enriquecimento ilícito do agente público, atua sobre um fator indispensável ao êxito das organizações criminosas: a complacência de parcelas do poder público.

³⁴⁴ Introduziu a referida Lei entre nós o Regime Disciplinar Diferenciado, que previu tratamento prisional mais severo para os integrantes de organizações criminosas, dificultando, assim, seu contato com o mundo exterior e, portanto, a subsistência das suas *cadeias de comando*.

³⁴⁵ Entre eles, pode-se citar o PLS 118, que concorre, porém, com o 67/96 e o 150/06. Nenhum deles se acha, no entanto, isento de críticas: os dois últimos reforçam o modelo judicial de colaboração premiada. Os três relacionam os crimes considerados objeto de ação de organização criminosa.

³⁴⁶ Diante dele, é certo, não se detêm organizações criminosas; antes, animam-se, sob o influxo do fenômeno, já mencionado, da *transferência de cartéis*.

Omissa nesse particular a Lei, o equívoco tampouco é corrigido por qualquer dos projetos em curso, já que todos, em afronta à Convenção promulgada pelo Brasil³⁴⁷, relacionam de forma exaustiva os crimes que poderiam ser considerados o objeto da ação de organizações criminosas. Esse o pior modelo, abriga ele grave retrocesso: como as medidas destinadas à repressão a organizações criminosas devem ser (segundo o senso comum) as mais vigorosas admitidas pelo ordenamento jurídico (e apenas a elas aplicáveis), a criação de novas (e lucrativas) práticas reprováveis, uma vez tornando-se o objeto de sua ação, exigiria, para sujeição à disciplina legal, não só a sua definição como criminosas, mas a sua inclusão (nem sempre rápida, como exige a cambiante ação de tais organizações) num rol adremente estabelecido. Bem por isso, a Convenção de Palermo, adotada entre nós, prevê sejam suas disposições aplicáveis a: a) grupos estruturados (como tais considerados os formados de maneira não fortuita para prática de uma infração, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada) e b) grupos compostos de três ou mais pessoas (desde que *existente há algum tempo e atuando concertadamente para cometer uma ou mais infrações graves, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material*), considerando-se grave a infração punível com pena privativa de liberdade máxima não inferior a quatro anos.

Por isso que, não havendo clara antinomia entre as disposições da Lei nº 9.034/2005 e a Convenção promulgada, têm sido, na prática, consideradas ações de organizações criminosas as que, além dos critérios dela emanados, exibam outros caracteres apontados pela doutrina mais autorizada. Daí falar-se, ainda, em alto poder de intimidação, controle de áreas (sejam geográficas, sejam modalidades de crimes) e um outro, que nos parece determinante: a participação, por ação ou omissão, de servidores públicos.^{348,349}

³⁴⁷ Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto nº 5.015/05.

³⁴⁸ Já se tornou comum a afirmação, comprovada na prática, no sentido de que não há organização criminosa que subsista sem a convivência de agentes do Estado. Demais disso, é a ausência de regular funcionamento do Estado que permite às organizações criminosas seu desenvolvimento. É que a população atingida pode passar, em dado instante, a ver a organização como alternativa ao Estado (é o que tem presentemente ocorrido com certa organização criminosa brasileira, a que têm por vezes recorrido os interessados para a solução de conflitos de interesses), deixando assim de fornecer aos seus órgãos as informações imprescindíveis à sua repressão.

³⁴⁹ É imperativo, por isso, que se requeira, nos crimes praticados por funcionário público, a decretação, motivadamente, do efeito previsto no art. 92, I, do CPB.

Para a prevenção e repressão a tais infrações, consente o ordenamento jurídico brasileiro³⁵⁰ no emprego: a) da ação controlada; b) do acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais; c) da captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; d) da infiltração de agentes de polícia ou de inteligência; e) da interceptação telefônica e f) da colaboração processual.

Entre todos os instrumentos mencionados, alguns, porém, têm sido escassamente utilizados, sendo o que sucede, por exemplo, com a infiltração de agentes³⁵¹ e a colaboração processual.

Esbarra o emprego da infiltração de agentes contra obstáculos de variada espécie. Dentre eles, deve ser mencionado o elevado risco, por vezes inaceitável, a que se expõe o agente infiltrado, potencializado, no caso brasileiro, pela ausência de treinamento específico e pela falta da cultura, especialmente no Poder Judiciário³⁵², da *compartmentação sigilosa*³⁵³. Além disso, não estabelecendo a Lei parâmetros quaisquer a serem observados por ocasião da infiltração, resta ainda incerteza completa acerca das conseqüências suportadas, pelo agente infiltrado, pelos atos praticados durante ela. Tais dificuldades têm feito com que, ainda nos dias de hoje, optem os órgãos encarregados da investigação pela cooptação de informantes, recrutados muitas vezes entre testemunhas do fato criminoso ou, talvez mais freqüentemente, entre seus autores.³⁵⁴

³⁵⁰ No âmbito do Estado de Minas Gerais, convém atentar para o fato de que a Lei nº 15.301, de 10/08/2004, prevê (art. 51) a suspensão preventiva do servidor policial civil acusado de prática de alguns crimes, para o que deve a autoridade judiciária notificar a autoridade administrativa a que se encontre subordinado.

³⁵¹ Deparando com pedido de infiltração de agentes, recomenda-se seja exigida demonstração (convincente, é óbvio) de investigação.

³⁵² Por achar-se obrigado, na generalidade dos casos, à publicidade, nem mesmo se encontra o Judiciário, atualmente, adequadamente aparelhado para lidar com informações que exijam elevado grau de sigilo, como é o caso.

³⁵³ Tal conceito pode ser sintetizado na máxima *sabe quem precise saber*, de acordo com a qual o conhecimento, especialmente o sensível, não deve ser objeto de transmissão senão a quem dele precise.

³⁵⁴ O uso de informantes, extremamente comum em investigações, é medida que exige grande cautela. É preciso, antes de tudo o mais, que se descubra qual é o fim último perseguido pelo informante, fator de enorme importância para se avaliar sua credibilidade. É necessário, ainda, avaliar sua capacidade cognitiva, já que não é raro afirmar categoricamente o informante fatos que refogem completamente à sua compreensão. Necessário é ainda, a exemplo do que se faz com a testemunha, separar o testemunhado do deduzido (já que suas deduções são freqüentemente orientadas pelo fim último perseguido). É fundamental, por outro lado, verificar a veracidade dos informes recebidos, recomendando a cautela o emprego da dúvida metódica.

O emprego da colaboração processual, a seu turno, tem seus embaraços na própria forma através da qual se desenvolve o processo penal brasileiro, bem como nos princípios que o orientam.³⁵⁵ Trate-se da medida prevista no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, trate-se daquela a que se referem os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, as dificuldades são bastante semelhantes. Consiste a primeira dificuldade, a nosso juízo, no fato de que, devendo a colaboração expressar-se (para que produza alguma utilidade, da qual depende o benefício) na fase da investigação, importa ela logicamente na confissão de prática de um fato (que se traduz, para o confitente, subjetivamente, numa *garantia de condenação*) em troca de um benefício futuro, a ser-lhe conferido se acorde o juiz. Em outras palavras, a grande dificuldade parece ser a circunstância de resistir o sujeito ativo da prática do crime a quem se oferte o benefício a confessar e delatar, de imediato, em troca de um benefício que lhe parece incerto.³⁵⁶ Dispondo-se o agente, porém, à cooperação, revela-se a medida bastante útil, tendo em vista que a ninguém é possível conhecer melhor uma organização criminosa que aquele que a integre ou tenha integrado.³⁵⁷

Menos infreqüente é a ação controlada, denominada na Convenção de Palermo, *entrega vigiada*. É o que vem sendo entre nós denominado *flagrante retardado*, que consiste em permitir que pessoas, coisas ou valores que devam ser arrestados ingressem, atravessem ou saiam de locais (ainda que seu arresto já tenha sido determinado), sempre com a finalidade de fazê-lo em momento que se revele mais interessante (seja para identificar mais ou mais importantes componentes de organizações criminosas, produzir melhores provas ou causar, às organizações criminosas, danos mais significativos). É técnica bastante difundida fora do país, já tendo sido objeto de referência feita pela Conven-

³⁵⁵ Pretendendo dar ao instituto maior utilidade, os autores do Projeto nº 118/2002 (acolhendo sugestão de comissão composta também por membros do MP/MG) ampliaram o seu cabimento, admitindo sua utilização no curso da investigação, do processo de conhecimento e mesmo da execução penal, com progressiva redução, porém, da intensidade do benefício.

³⁵⁶ Outra dificuldade é o próprio temor que inspira a violação da *omertá*: ao temor de uma vingança (real ou imaginária), se acresce a certeza da perda, pelo *pentiti*, de cooperação (jurídica e financeira) freqüentemente suportada pelas organizações criminosas em favor do acusado leal e da sua respectiva família.

³⁵⁷ A proposta de colaboração processual, porém, exige as mesmas cautelas observadas no recrutamento do informante, especialmente no que se refere aos fins perseguidos. Muitas vezes, o fim perseguido pelo agente o é tão tenazmente que o benefício passa a ser pouco importante. Cite-se o exemplo, sempre lembrado, de Tomaso Buscetta: preso no Brasil, fez delações que permitiram a propositura de ação penal contra quase quinhentos mafiosos (muitos dos quais foram condenados). Em troca, apenas pediu segurança (afinal, a Máfia já havia assassinado seus filhos, irmão e genro).

ção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes de 1988.³⁵⁸ No que respeita aos crimes de tráfico de entorpecentes, por sua vez, foi a medida objeto de regramento, através da Lei nº 11.343/2006.³⁵⁹

Merece registro, por outro lado, a circunstância de que, embora inspirado para utilização em crimes transnacionais, nada impede, em face dos termos da Lei, a utilização do instrumento nos casos de tráfico circunscrito ao território nacional.

Admitida não somente na repressão às organizações criminosas, mas ao crime de um modo geral, figura o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais como medida das mais comumente empregadas. Necessário é, porém, para seu uso na investigação e instrução criminal, observar que não se vem admitindo a sua apropriação direta pelo Ministério Público, tratando-se de sigilo fiscal e bancário.³⁶⁰ Deve-se, com efeito, obter, para o acesso, a imprescindível autorização judicial. Por outro lado, deve-se salientar que o acesso a tais dados é de extrema utilidade, nas investigações que se voltam para organizações criminosas, o que se explica por dois distintos motivos. De fato, muito freqüente é que seja a movimentação bancária e fiscal o único vestígio deixado por práticas criminosas.³⁶¹ Mas há um outro aspecto em que se revela de fundamental importância o acesso aos dados bancários e fiscais: é no interesse da investigação financeira destinada a privá-la do que lhe dá vitalidade, isto é, seus recursos financeiros.³⁶²

³⁵⁸ Art. 11.

³⁵⁹ Admitida atualmente pelo art. 53 da Lei nº 11.343/2006, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, a medida se revela extremamente útil, especialmente se examinados os casos em que não se deu sua aplicação. Importante exemplo disso ocorreu há alguns anos: cidadãos sul-africanos vinham com enorme freqüência ao Brasil, para, em troca de pífia remuneração, transportar drogas daqui para aquele país. Frequentemente eram presos, no Brasil, não se conseguindo, porém, identificar e prender, ali, o contratante. Em conseqüência, durante longo período, permaneceram nossas prisões abarrotadas de cidadãos sul-africanos, em número crescente, com elevado custo para os cofres públicos nacionais e sem eficácia na repressão.

³⁶⁰ Nesse sentido, confirmam-se os acórdãos proferidos nº 25375 DJ 07/04/08, julgado em 19/02/08, Rel. Ministro Felix Fischer; RHC 20.329, DJ 22/10/07, julgado em 04/10/07 Rel. Des. Convocada Jane Silva.

³⁶¹ Na quase totalidade dos casos, não se consegue, por exemplo, demonstrar que exerce alguém o papel de *laranja* de grupo criminoso organizado, senão através do rastreamento de valores que transitam por suas contas bancárias, ou que se expressam na sua vida fiscal. É, aliás, o que se tem visto nos casos mais conhecidos, dada a evidente impossibilidade de juntar aos autos inexistente instrumento de *pacta sceleris*.

³⁶² Organizações criminosas perseguem vantagens econômicas, não poder político. Nessas circunstâncias, o que promove a agregação (ou, ao revés, a desagregação) dos que a compõem é a promessa ou expectativa de obtenção de vantagens financeiras. Atingindo-se e expropriando-se

Registre-se, finalmente, no tocante ao assunto, que a experiência recomenda que, cercada de completo sigilo³⁶³, deva tal vertente investigatória preceder, o quanto seja possível, a decretação ou execução de qualquer medida constritiva pessoal.³⁶⁴

A captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos é outro instrumento valioso na investigação das ações perpetradas por organizações criminosas. Como em todos os instrumentos empregados, todavia, há, é claro, algumas considerações que a seu respeito devem feitas. Inegável o valor de imagens e sons (estes, especialmente, quando determinada, por confissão ou perícia, a identidade de interlocutores) na formação do convencimento, é ele muito freqüentemente elemento decisivo para a afirmação de fatos negados (encontros, condutas praticadas, permanência em locais, etc.). Sua captura, todavia, exige equipamento adequado (nem sempre disponível) e capacitação do operador, que deve, a um só tempo, cuidar de executar a atividade de coleta e ocultá-la dos que sejam seus *alvos*. Além disso, a escolha do equipamento³⁶⁵ deve merecer especial atenção. Outro ponto

a vantagem econômica, suprime-se ou reduz-se seu oxigênio, dificultando sua sobrevivência ou, ao menos, reduzindo sua capacidade de ação. A experiência tem revelado, de fato, que a pujança de organizações criminosas não decorre de se acharem presos ou soltos seus líderes, mas de sua maior ou menor capacidade de produzir ganhos de diferente espécie (favores na prisão, assistência à família, patrocínio de defesas, participação em crimes e lucros deles decorrentes, etc.) para os que a compõem. Como tudo isso custa dinheiro, expropriá-lo é condição *sine qua non* para uma eficaz repressão. Tal é, aliás, a percepção que tem levado a ONU a propor, nas sucessivas convenções que tem patrocinado para o enfrentamento das organizações criminosas (e crimes, como o tráfico de entorpecentes e outros, a que se dedica), a adoção de mecanismos que permitam ou facilitem a perda dos proventos obtidos ou presumivelmente obtidos com a prática de crimes.

³⁶³ Tal cautela, recomendável nas investigações em geral, revela-se vital, no tocante às que se refiram a organizações criminosas.

³⁶⁴ O ideal é que, após terem-se tornado investigados e conhecidos os componentes (ainda que não todos) de uma organização criminosa, seus bens, ativos e fontes de financiamento, se proceda, simultaneamente, à decretação de prisões (ou captura em flagrante) e execução de medidas constritivas patrimoniais. De fato, quando o contrário se dá, isto é, quando às prisões (eventualmente em situação de flagrância, noutras vezes por ordem judicial) se segue a deflagração de investigações de cunho financeiro, o processo criminal passa a arrastar-se (sem culpa do acusado), dando causa à soltura dos acusados (com tudo o que disso decorre: redução da credibilidade das autoridades públicas, reconstituição da capacidade intimidativa, retomada da capacidade de comunicação entre membros, etc.) ou, então, renuncia-se à busca por patrimônio.

³⁶⁵ É extremamente importante, por exemplo, determinar, previamente, se as imagens e os sons de interesse são produzidos em ambiente fechado (caso em que devem ser superadas dificuldades referentes às suas discretas instalação e desinstalação, alimentação de energia, etc.) ou meio aberto (caso em que se recomenda o uso de equipamen-

que merece destaque é que tais ações, realizadas de forma sempre sigilosa (afinal, o alvo não pode, em nenhuma hipótese, descobrir-se investigado), dependem de circunstanciada autorização judicial.³⁶⁶ E, conquanto não nos pareça exigível tal autorização em todos os casos³⁶⁷, parece no mínimo de boa cautela sua prévia obtenção, especialmente ante a possibilidade de inutilidade de complexa investigação em consequência de eventual aplicação da teoria da nulidade da prova por derivação.

Por fim, figura a interceptação telefônica, embora regulada em lei específica, como um dos instrumentos de grande valia na apuração de infrações de responsabilidade de organizações criminosas. Prova cabal disso é seu largo emprego (que é estimulado, porém, também por um mito: o da sua eficiência ou satisfatividade) em investigações de variada espécie. De fato, multiplicando-se o seu emprego desde o advento da Lei nº 9.296/96, deu-se, igualmente, ampla difusão de que tal técnica vinha sendo utilizada. Isso se traduziu, evidentemente, na adoção de cautelas redobradas por parte de delinqüentes, que, de modo geral, passaram a empregar (quando possível) outros meios de conversação e, mesmo ao telefone, a utilizar expressões de sentido somente compreensível para os interlocutores. Em consequência, a eficiência da interceptação de conversações telefônicas (que não se confunde, é claro, com a gravação de seus diálogos por um dos interlocutores) se reduziu, exigindo a cada dia mais tenha o agente dela encarregado os mesmos e prévios conhecimentos dos fatos suspeitados e de seus autores que os possuídos por quem a requer e quem a determina³⁶⁸. Não se pode olvidar, por outro lado, que a interceptação telefônica, por isso só, muito raramente produz prova bastante para a demonstração de ilícitos, especialmente os mais complexos, como os praticados por organizações criminosas. Bem por isso, a realização de interceptações telefônicas exige a correspondente realização de diligências destinadas a confirmar a identidade de pessoas, os lugares e os fatos que sejam objeto de conversação. Assim, a observação, a vigilância, a pé ou motorizada, o emprego de fo-

tos específicos, como microfones direcionais bem como pessoal treinado para a execução de vigilância).

³⁶⁶ Lei nº 9.034/95, art. 2º, inciso IV.

³⁶⁷ Pessoalmente, pensamos que independem de autorização judicial a captura e a utilização, como meio de prova, de sinais óticos ou acústicos produzidos fora dos locais protegidos pela inviolabilidade constitucional (domicílios). Com efeito, parece-nos que não se pode reclamar proteção à intimidade ante a prática de ações quaisquer em locais públicos.

³⁶⁸ De fato, para que uma interceptação se revele produtiva é imprescindível que, de antemão, saiba o agente dela encarregado, no mínimo, quem é o alvo e qual a atividade criminosa de cuja prática é suspeito. Tudo que se saiba, porém, deve ser reportado ao encarregado, poupando-o de consumo desnecessário de energia e de recursos na obtenção de conhecimentos já disponíveis.

tografia e filmagem são instrumentos comumente utilizados em complemento às interceptações. Forçoso concluir, portanto, que há, no curso das interceptações, inúmeros momentos em que o sigilo das investigações é posto em risco, com todas as graves consequências disso decorrentes. Por isso que, no emprego das interceptações telefônicas, algumas cautelas são rigorosamente indispensáveis. Nesse tema, como de resto em todos os instrumentos antes mencionados, vale a conhecida regra de proteção do conhecimento segundo a qual *sabe quem precisa saber*. Em outras palavras, ninguém, senão o público absolutamente indispensável, deve ter conhecimento da medida. Em decorrência disso, algumas cautelas, recomendadas pela experiência, devem ser adotadas. Consiste em delas em submeter o requerimento de interceptação³⁶⁹ a despacho pessoal e reservado com o juiz competente, a quem se deve, igualmente, requerer permanença o expediente sob segredo e sua guarda até o término da diligência³⁷⁰. Pela mesma razão, deve-se requerer que a ordem judicial dirigida à concessionária seja exarada tão laconicamente quanto possível, isto é, dela constando, simplesmente, o número do telefone ou telefones que devam ser objeto de interceptação, com os respectivos códigos de áreas e o órgão responsável pela execução das operações técnicas (dela não deve constar, porém, o nome do assinante). Além disso, para evitar desnecessária exposição de conhecimento sensível, deve ser exarada uma ordem para cada concessionária, nunca uma só para todas. Por fim, tratando-se de investigação que objetive apuração de atividades de organização criminosa, deve-se ser especialmente criterioso na observância do que dispõe o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, retardando-se ao máximo permitido a apensação do procedimento aos autos³⁷¹. Ainda que sejam adotadas tais cautelas, destinadas a preservar a eficiência e utilidade das interceptações, não é incomum a discussão, por parte dos acusados, acerca de sua legalidade. Algumas vezes, de fato, insurgem-se os acusados contra a circunstância de terem sido as operações técnicas conduzidas pela Polícia Militar e não pela Civil, exigindo outros a realização de perícia de voz, sempre dispendiosa e demorada. A primeira das questões, porém, já se acha superada, conforme se pode ver no recentíssimo (julgamento em 04/03/2008, publicação em 08/04/2008) acórdão unânime proferido pelo TJMG nos autos da apelação criminal 1.0525.06.086290-7/001, em que des-

tacou que não é ilícita a interceptação requerida e realizada pela Polícia Militar se decorrente de decisão devidamente fundamentada, ciente o Ministério Público para seu acompanhamento. A segunda, por sua vez, encontra sua solução no princípio do livre convencimento motivado, não sendo defeso ao juiz, obviamente, emprestar à prova o valor que possa ter no cotejo com os demais meios de prova.

Além dos instrumentos examinados, especial importância na repressão a organizações criminosas tem a aplicação das disposições da Lei nº 9.613/98, que passou a incriminar prática ordinariamente cometida por organizações criminosas e que constitui, em realidade, condição imprescindível à sua subsistência.

Com efeito, perseguindo organizações criminosas proveito econômico, e sendo tradicionalmente prevista pelo ordenamento jurídico, como já mencionado, a perda dos proventos havidos com a infração, ocultá-los se transformou, em dado instante, numa prática corriqueira entre elas.

Foi tal a percepção que culminou, em 1988, com a elaboração, em 20 de dezembro de 1988, da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena (aprova-da, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14/07/91). Embora voltada para o tráfico de entorpecentes, como o indica seu título, a Convenção, já em seu preâmbulo, acusava a compreensão de que tráfico e organizações criminosas são questões entrelaçadas, afirmando necessário enfrentá-las com a supressão das vantagens econômicas delas decorrentes.³⁷²

³⁷² Veja-se, a esse propósito:

“Profundamente preocupadas também com a sustentada e crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas nos diversos grupos sociais [...] o que constitui um perigo de gravidade incalculável; Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados, Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis,

Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade, Interessadas em eliminar as causas profundas do problema do uso indevido de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, compreendendo a demanda ilícita por tais drogas e substâncias e os enormes ganhos derivados do tráfico ilícito,

Convém o seguinte:

[...]

Art. 5º

Confisco

Cada parte adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco:

do produto derivado de delitos estabelecidos no § 1º do

³⁶⁹ Modelo, no caso do Ministério Público de Minas Gerais, pode ser obtido junto ao CAO-CRIMO.

³⁷⁰ Trate-se de organização criminosa, ou não, não é raro de tomar o investigado, por meio de pessoas de algum modo familiarizadas com o meio forense, conhecimento de que tal ou qual medida foi determinada e se acha em execução ou próxima de sê-lo. Daí a importância do sigilo.

³⁷¹ O que aumenta, evidentemente, as chances de que, ignorando achar-se a medida em curso, falem os interlocutores mais livremente sobre os crimes, levando inclusive à identificação de outros comparsas.

Por isso ter a Convenção sugerido (art. 7º) aos que a subscreveram até mesmo que considerassem

[...] a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confiscos, na medida em que isso seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

Como se vê, pois, traduz a Lei nº 9.613/98, internamente, a adesão do Brasil à idéia de que a repressão às atividades criminosas organizadas deve buscar também a supressão das vantagens econômicas delas decorrentes. E, conquanto não tenha chegado ao ponto, reclamado por muitos, de inverter o ônus da prova no tocante à origem do patrimônio, submeteu-se o crime de lavagem de dinheiro a uma disciplina cujo rigor é compatível com sua gravidade.

Com efeito, como o proveito financeiro é o que move organizações criminosas no sentido da prática dos graves crimes que o precedem, ali se previu causa especial de aumento de pena (art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98) em tais casos, prevendo-se, ainda, expressamente, nessas infrações, a inaplicabilidade do disposto no art. 366 do CPP. Desse modo, a ocorrência da revelia não é, em crimes da espécie, obstáculo à marcha do processo (art. 2º, § 2º), que independe, por outro lado, até mesmo da propositura da ação penal pelo crime antecedente. Permite-se, de fato, que a denúncia seja ofertada com indícios suficientes da existência do crime antecede-

dente, ainda que desconhecido seu autor (art. 2º, § 1º). Outras importantes inovações introduzidas, por outro lado, foram a ampliação do prazo para a propositura da ação penal (quando se decretar, cautelarmente, no curso do inquérito, a apreensão ou o seqüestro) para 120 dias e a exigência de comparecimento pessoal (art. 4º, § 3º) para conhecimento de pedido de restituição. Ali também se previu, sob inspiração de ordenamentos jurídicos estrangeiros que o haviam empregado com êxito, colaboração processual de maior extensão, pois passou-se a admitir até mesmo a concessão do perdão judicial ao que auxilie a apuração de infrações, a identificação de autores ou a localização de bens, direitos ou valores que sejam seu objeto.

Ainda no campo da colaboração processual, deve ser objeto de registro o advento, em 1999, da Lei nº 9.807/99, que veio a introduzir meios de proteção à testemunha e aos réus colaboradores.

No que se refere às vítimas e testemunhas, pode o pedido de sua inclusão no programa ser encaminhado (art. 5º) pelo interessado, pela autoridade policial, por órgãos públicos ou entidades com atribuições na defesa dos direitos humanos ou pelo Ministério Público. Ao Ministério Público é que toca, por outro lado, a atribuição de manifestar-se sobre a inclusão ou exclusão no programa³⁷³, que deve levar

[...] em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova (art. 2º).

Como depende o ingresso no programa de anuência do interessado, é imperativo seja previamente cientificado das providências que isolada ou cumulativamente podem ser adotadas (art. 7º), do prazo máximo de sua duração (art. 11) e da possibilidade de exclusão por conduta incompatível (art. 10).

No que concerne ao réu colaborador, por sua vez, permite a Lei até mesmo a concessão de perdão judicial (art. 13) em casos em que a colaboração permita a identificação de outros concorrentes do delito, a localização de vítima com integridade preservada ou a recuperação total ou parcial do produto do crime. Ademais, ainda que impossível, no caso concreto, em atenção ao disposto no art. 13, parágrafo único, a concessão do perdão judicial, prevê-se diminuição da pena (art. 14), em caso de condenação, bem como as medidas protetivas a que se refere o art. 15.

³⁷³ Ao fazê-lo, deve-se ter especial cautela na identificação dos de personalidade ou conduta incompatível com o programa (há registro de quem já pretendeu ingressar no programa com o fim de localizar testemunha que buscare incriminá-lo em processo), assim como dos que nele buscam apenas fonte de sustento, por vezes delatando práticas criminosas fantasiosas com o fim de ingressar ou manter-se nele.

art. 3º, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto;

de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, dos materiais e instrumentos utilizados ou destinados à utilização, em qualquer forma, na prática dos delitos estabelecidos no § 1º do art. 3º.

2 Cada parte adotará também as medidas necessárias para permitir que suas autoridades competentes identifiquem, detectem e decretem a apreensão preventiva ou o confisco do produto, dos bens, dos instrumentos ou de quaisquer outros elementos a que se refere o parágrafo 1 deste artigo, com o objetivo de eventual confisco.

3 *Omissis*

4 *Omissis*

5 *Omissis*

a) Quando o produto houver sido transformado ou convertido em outros bens, estes poderão ser objeto das medidas mencionadas no presente artigo, aplicáveis ao produto.

b) Quando o produto houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas, sem prejuízo de qualquer outra medida de apreensão ou confisco preventivo aplicável, esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado.

c) Tais medidas se aplicarão à renda ou a outros benefícios derivados:

i) do produto;

ii) dos bens, nos quais o produto tenha sido transformado ou convertido; ou

iii) dos bens com os quais o produto tenha sido misturado, do mesmo modo e na mesma medida (em) que o produto (o foi).

Por fim, entre as normas legais que de algum modo favorecem o enfrentamento às organizações criminosas, figura a Lei nº 10.792/2003, que pôs termo a enorme controvérsia então existente acerca da possibilidade ou não de aplicação, por meio de resolução, do Regime Disciplinar Diferenciado. Por isso que, desde o seu advento, sujeitam-se às restrições previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 52 da Lei nº 7.210/84, entre outros, aqueles sobre os quais *recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*.

Representou a inserção do preso no Regime Disciplinar Diferenciado entre as sanções disciplinares admitidas no direito brasileiro um importante avanço, que se encontra historicamente vinculado ao incremento das ações de organizações criminosas nascidas e abrigadas no interior de presídios brasileiros.

De fato, embora em alguns casos fossem bastante conhecidas suas lideranças, muito pouco se podia fazer contra organizações criminosas instaladas em estabelecimentos prisionais, tendo em vista que consideravelmente facilitadas se achavam suas comunicações com o mundo exterior. Esse, aliás, foi o maior ganho produzido pela adoção do RDD no direito brasileiro: tornar possível inibir a comunicação de líderes presos de organizações criminosas com seus componentes livres, inibindo-se assim o pleno funcionamento de suas cadeias de comando. É, em consequência, instrumento que pode, em casos específicos, produzir excelentes resultados.³⁷⁴

Finalmente, registre-se que ao fenômeno do avanço das ações de organizações criminosas deve dedicar-se grande atenção. Suas ações impulsionam numerosas outras práticas criminosas, comprometendo, assim, a eficiência e, por consequência, a própria credibilidade do Ministério Público e do Poder Judiciário, em especial, e do Estado, de um modo geral. Em decorrência disso, é provável que, em breve tempo, a matéria venha a ser objeto de novo regramento, convertendo-se em lei algum dos projetos que no Congresso Nacional presentemente têm curso.

7.3 - EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Decreto Legislativo nº 162, de 1991 – Aprova o texto da Convenção contra o tráfico de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, aprovada em Viena, em 20 de dezembro de 1988.

Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 – Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

³⁷⁴ O recolhimento em presídios federais é outro instrumento análogo muitas vezes também empregado com êxito, especialmente em localidades ou Estados não dotados de estabelecimentos confiáveis.

Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 – Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 – Dispõe sobre os crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e dá outras providências.

Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 – Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Lei nº 10.792/2003 – Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências.

7.4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime Organizado**. 2 ed. São Paulo: RT, 1997. 373p.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 580 p.

KRAUTHAUSEN, Ciro; SARMIENTO, Luis Fernando. **Coca & Co. Um Mercado Ilegal por Dentro**. 1 ed. Bogotá: Tercer Mundo, 1991. 239 p.

MELLO, Frederico Pernambucano de. **Guerreiros do Sol. Violência e Banditismo no Nordeste do Brasil**. 4 ed. São Paulo: A Girafa, 2005. 458p.

PELEGRINI, ANGIOLO; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Criminalidade Organizada**. 1 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. 103 p.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Justiça Penal. O Crime Organizado**. 1 ed. São Paulo: RT, 1995. 262 p.

SAAVEDRA ROJAS. **La Convención de Viena y El Narcotráfico**. 1 ed. Bogotá: Themis, 1991. 178p.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado. Procedimento Probatório**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 179 p.

8 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA ÁREA ELEITORAL

Promotor de Justiça Edson de Resende Castro

8.1 - INTRODUÇÃO

As funções do Ministério Público Eleitoral são exercidas, por força da Lei Complementar nº 75/93, pelo Ministério Público Federal. Junto ao TSE, sua atuação se dá por meio do Procurador-Geral Eleitoral, que é

o Procurador-Geral da República. Perante os TREs, funciona o Procurador Regional Eleitoral, designado pelo PGE entre os Procuradores da República no respectivo Estado, para mandato de dois anos, admitida a recondução.

Perante as Zonas Eleitorais, primeira instância da Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público Eleitoral são exercidas pelo Promotor Eleitoral, que é designado pelo Procurador Regional Eleitoral mediante indicação do Procurador-Geral de Justiça.

Percebe-se, então, que as funções eleitorais do Ministério Público são exercidas, na primeira instância, pelo Ministério Público Estadual, por força da delegação contida na mencionada Lei Complementar. Sempre que houver mais de um Promotor de Justiça na comarca sede da zona eleitoral, as funções serão exercidas pelo período de dois anos, mediante rodízio, na forma da Resolução do CNMP. Como o objetivo desta obra é fornecer elementos para a atuação do Promotor de Justiça, este capítulo se aterá ao exercício das funções do Promotor Eleitoral, não alcançando, portanto, as atribuições dos Procuradores Geral e Regional.

8.2 - ATUAÇÃO NO ALISTAMENTO ELEITORAL

Independentemente da realização de eleições, mas já visando à sua preparação, o cadastro geral de eleitores, administrado pela Justiça Eleitoral, é alimentado pelo alistamento eleitoral, hoje integralmente disciplinado pela Resolução TSE nº 21.538/2003.

Compreende-se como alistamento eleitoral o procedimento de admissão do brasileiro – que preencher os requisitos da lei – em um determinado corpo eleitoral, conferindo-lhe capacidade eleitoral ativa naquela circunscrição eleitoral, ou seja, o direito de votar.

Se o brasileiro ainda não é eleitor – ou se já o foi e teve a sua inscrição cancelada –, o alistamento se dá pela inscrição, a partir da qual passa ele a integrar não só o corpo de eleitores do município de seu domicílio como também o cadastro geral de eleitores, que forma o corpo eleitoral nacional. A inscrição exige o preenchimento de alguns requisitos, entre os quais se destacam o pleno gozo dos direitos políticos e o domicílio eleitoral.

Quanto aos direitos políticos, registre-se que todo brasileiro os possui, desde que não esteja incluído em alguma das hipóteses de perda ou suspensão previstas no art. 15 da Constituição Federal.

O domicílio eleitoral é o lugar de residência ou de vínculos laborais, patrimoniais, familiares, sociais ou políticos do alistando e está previsto no art. 42 do Código Eleitoral. É diferente, portanto, do domicílio civil, que exige a residência com ânimo definitivo.

De outro lado, se o brasileiro já é eleitor e altera seu lugar de residência para município diverso, o procedimento a ser verificado é o da transferência, que pressupõe, portanto, que o requerente já integre o cadastro geral de eleitores. Para que esse eleitor seja admitido na nova circunscrição, será necessária a demonstração da residência mínima de três meses e de já haver transcorrido pelo menos um ano da inscrição ou da última transferência, requisitos dispensáveis quando se tratar de eleitor servidor público ou de membro da sua família que houver sido removido ou transferido pela administração (art. 55 do Código Eleitoral e art. 18 da Resolução TSE nº 21.538/2003).

Sobressai, pela sua importância na atuação do Ministério Público Eleitoral, o requisito domicílio eleitoral ou residência. De fato, o requerente da inscrição ou transferência terá que informar à Justiça Eleitoral um endereço na circunscrição em que pretende exercer sua capacidade eleitoral ativa e passiva, o que é feito no ato do alistamento, através do Requerimento de Alistamento Eleitoral (RAE). Não raro, há falsidade dessa afirmação. E se essa irregularidade não for detectada, o alistando terá seu alistamento deferido e exercerá irregularmente o direito de voto no município. E mais: também poderá candidatar-se a cargos públicos eletivos na circunscrição, visto que a respectiva condição de elegibilidade – domicílio eleitoral – se prova pelo alistamento.

Não obstante seja administrativo o procedimento do alistamento eleitoral, é imprescindível o acompanhamento atento do Promotor Eleitoral, requerendo diligência de verificação da veracidade do domicílio ou residência, opinando contrariamente ao deferimento do pedido ou recorrendo da decisão. Ou até mesmo propondo a ação de exclusão prevista no art. 77 do Código Eleitoral quando o alistamento já se houver operado e a falsidade for descoberta posteriormente. Para todos esses pronunciamentos ministeriais, há peças de sugestão na página do CAEL (www.mp.mg.gov.br/cael).

Esse trabalho de acompanhamento permite a detecção de declaração falsa de endereço à Justiça Eleitoral, evitando-se o alistamento irregular ou deflagrando-se a ação penal correspondente (arts. 289 e 350 do Código Eleitoral).

8.3 - ATUAÇÃO NO CONTROLE DAS FILIAÇÕES PARTIDÁRIAS

O brasileiro que estiver no pleno gozo dos seus direitos políticos e regularmente alistado como eleitor, portanto com capacidade eleitoral ativa, poderá exercer atividade político-partidária, mediante filiação a uma agremiação de sua preferência.

Os partidos políticos têm a sua criação, funcionamento e extinção regulados pela respectiva lei orgânica – Lei nº 9.096/95 –, cuja matriz constitucional assenta-se no art. 17 da CF/88, nela destacando-se a autonomia para o estabelecimento de suas próprias regras e rotinas.

A filiação partidária, dentro desse contexto de autonomia partidária, é relação que se passa entre o eleitor e o partido político, pressupondo requerimento daquele e preenchimento das condições estatutárias deste. Esse requerimento normalmente é instrumentalizado com o preenchimento da ficha de filiação, segundo modelo adotado pelo partido, que passa a compor os arquivos da agremiação.

Não obstante a dita autonomia partidária e sua desvinculação da estrutura estatal, interessa à Justiça Eleitoral o arquivamento de informações relativas aos filiados dos diversos partidos, seja para comprovação oportuna da condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, da Constituição Federal – filiação partidária desde pelo menos um ano antes da eleição – seja para evitar que um mesmo brasileiro exerça essa atividade partidária em mais de um partido político simultaneamente.

Assim, a Lei nº 9.096/95 impõe aos partidos a obrigação de entregar à Justiça Eleitoral, em abril e outubro, a lista atualizada de seus filiados. Alimentado com todas as listas, o sistema informatizado de controle das filiações faz o cruzamento dessas informações, apontando eventuais duplicidades, ou seja, o aparecimento de um mesmo eleitor em mais de uma lista de filiados. Com essa constatação, torna-se necessária a instauração de procedimento de apuração do ilícito.

De fato, diz o art. 22 da mencionada Lei nº 9.096/95 que o filiado que pretender migrar para outro partido poderá providenciar sua nova filiação, bastando que comunique esse ato – nova filiação – ao partido anterior e à Justiça Eleitoral no dia imediatamente seguinte. Assim procedendo, ele passará a integrar a lista de filiados no seu novo partido e, naturalmente, será retirado da lista do partido abandonado, não aparecendo em duas listas quando do mencionado cruzamento de dados. Mas se a dupla comunicação – ao partido anterior e à Justiça Eleitoral, repita-se – não é feita até o dia seguinte ao ato, ambas as filiações são tidas como nulas.

O procedimento que se instaura na zona eleitoral em que inscrito o filiado visa exatamente apurar as circunstâncias dessa duplicidade e declarar a nulidade de ambas as filiações. Embora não haja regulamento em torno desse procedimento, é certo que os envolvidos – os dois partidos e o filiado – devem ser notificados para o exercício do direito constitucional à ampla defesa. Quando o Juiz Eleitoral se apressa à declaração de nulidade sem estabelecer o contraditório, sua decisão torna-se nula.

Quase sempre as defesas se fundam na alegação do eleitor de que, quando da sua segunda filiação, nem mesmo se lembrava da primeira, daí a ausência das comunicações, o que não afasta a incidência da nulidade. Deve ser objeto de especial atenção a alegação do eleitor de que não se filiou a um dos partidos envolvidos, o que se resolve com a requisição, pela Justiça Eleitoral, das fichas de filiação, porque nelas deve estar aposta a assinatura do filiado.

Embora também procedimento administrativo, indispensável a participação do Promotor Eleitoral desde o seu deflagrar, cuidando da regularidade processual e emitindo parecer final. Essa peça também encontra sugestão na página do CAEL mineiro, no endereço já fornecido.

8.4 - ATUAÇÃO NAS PRESTAÇÕES DE CONTAS PARTIDÁRIAS

Anualmente, mais exatamente até o dia 30 de abril, os partidos políticos devem apresentar à Justiça Eleitoral sua prestação de contas, registrando suas receitas e despesas ao longo do ano anterior.

Dessa prestação de contas tem vista o Promotor Eleitoral, que deve atentar-se para a não rara ocorrência de falsidade pela omissão principalmente de receitas, do que resulta a omissão das despesas por elas sustentadas. Quando a prestação de contas diz respeito a ano ímpar, em que não há eleições, é comum o diretório municipal declarar a ausência de movimentação, apresentando prestação de contas zero, o que dificilmente corresponde à realidade, porque o partido não se livra de despesas inevitáveis, como o aluguel de sua sede, as contas de fornecimento de água, energia elétrica e telefone, e, principalmente, a remuneração do profissional incumbido da sua contabilidade. Para satisfação dessas despesas, o partido terá recebido doações, ainda que dos seus próprios dirigentes, as quais não estão dispensadas dos registros contábeis. Mesmo quando, por exemplo, o imóvel é cedido gratuitamente ao partido e o profissional nada cobra pelos seus serviços, a contabilidade deve registrar esses movimentos a título de doação em bens ou serviços estimáveis em dinheiro.

Disso decorre que, a rigor, não há movimentação zero e a prestação de contas deve espelhar a realidade, registrando as doações recebidas e as despesas liquidadas.

Havendo movimentação de dinheiro, indispensável o seu trânsito pela conta corrente do partido, até porque a prestação de contas deve ser instruída, entre outros documentos, com o extrato bancário.

No exame da prestação de contas, o Promotor Eleitoral deve verificar se há indícios de falsidade ou omissão de informações e desvio de recursos do

partido. Algumas diligências podem ser requeridas no próprio procedimento da prestação de contas, como a juntada do contrato de locação ou comodato do imóvel sede do partido, o contrato de prestação de serviço com o contador, entre outras. Havendo suspeita de prática de crime (ex.: falsidade ideológica eleitoral e apropriação indevida de recursos), deve ser requisitada a instauração de inquérito à Polícia Federal – que é a polícia judiciária eleitoral – ou à Polícia Civil – se aquela não estiver presente na localidade.

Bom lembrar que a rejeição das contas do partido deve ser comunicada pelo Juiz Eleitoral ao TRE, para efeito de suspensão do repasse das cotas do fundo partidário, consequência administrativa que atinge apenas a unidade partidária responsável pela irregularidade no caso, o diretório municipal.

8.5 - ATUAÇÃO NA PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA

Sabe-se que a propaganda eleitoral só pode ter início após 5 de julho do ano da eleição, conforme dispõe o art. 36 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97). Antes disso, qualquer mensagem dirigida ao eleitor com a finalidade de convencê-lo ao voto constitui ilícito eleitoral de natureza cível, punido com a multa prevista no § 3º do mencionado artigo.

Desde o momento em que se iniciam na localidade as cogitações de candidaturas, é possível falar-se em propaganda eleitoral extemporânea. Como a legislação eleitoral não impõe termo inicial para a incidência do tipo infracional referido (art. 36, § 3º), pode-se questionar na Justiça Eleitoral a conduta daquele que leva ao eleitor a mensagem da candidatura, própria ou de terceiro, com pedido expreso ou disfarçado de voto, mesmo quando praticada no ano anterior ao da eleição. É certo que, quanto mais distante da data do pleito, mais difícil se torna a caracterização da propaganda eleitoral, quando subliminar, porque essa espécie de propaganda – a subliminar – revela-se pela potencialidade de a mensagem ser percebida e apreendida pelo eleitor como processo de convencimento ao voto. O que é importante, portanto, é a detecção de apelo eleitoral na mensagem, esteja ele implícita ou explicitamente manifestado.

Principalmente no ano da eleição, o Promotor Eleitoral deve estar atento à movimentação política na zona eleitoral da sua atuação, para perceber o quanto antes a veiculação de propaganda eleitoral.

O ideal é a atuação preventiva, convocando-se os dirigentes partidários nos municípios que integram a zona para reuniões periódicas, abordando os assuntos de interesse do momento e orientando sobre limites e proibições legais. A recomendação ministerial, instrumento previsto na Lei Orgânica do Ministério Público, deve ser prestigiada, e sua

entrega pode ser feita ao final da reunião, depois de comentada ela própria e esclarecidas as dúvidas dos destinatários. E nunca é demais lembrar que a recomendação do MP tem caráter de orientação genérica e, portanto, destina-se a contribuir para o aprimoramento do processo. Nesse contexto, sua expedição pelo Promotor Eleitoral é de interesse dos próprios partidos e candidatos, pois pode levá-los a não praticar o ilícito, evitando-se a imposição de sanções.

E quando já se tiver notícia do cometimento da infração aqui tratada – propaganda eleitoral extemporânea – o Promotor Eleitoral deve reunir os elementos probatórios necessários para a propositura da Representação a que se refere o art. 96 da Lei nº 9.504/97. Como essa ação eleitoral obedece ao rito ali traçado, sumaríssimo, a inicial deve ser instruída com a prova necessária ao julgamento, porque não haverá dilação probatória. Assim, o fato deve ser documentado com fotografias, certidão de constatação do Oficial do MP ou do Oficial de Justiça, entre outras providências. Se o ilícito tiver sido gravado, a inicial deve acompanhar-se da respectiva fita, CD ou DVD e seu conteúdo transcrito em duas vias, o que pode ser feito por certidão do Oficial do MP, sem necessidade de perícia. Na página do CAEL-MG, há modelos de recomendação e representação.

8.6 - ATUAÇÃO NO PERÍODO DE CONVENÇÕES PARTIDÁRIAS

Os partidos políticos, para definição das candidaturas e coligações, realizam suas convenções, que são uma espécie de assembléia geral da agremiação, para a qual são convocados seus filiados com direito a voto, chamados *convencionais*. A Lei nº 9.504/97 fixa o período de 10 a 30 de junho do ano da eleição para a realização das convenções oficiais, ou seja, as que se destinam a escolha de candidatos e a decisão sobre coligações. Não obstante possam os partidos fazer convenções em outras épocas, as que são levadas em conta para o registro de candidatura devem realizar-se no período aqui mencionado.

Nessa fase do processo eleitoral, a atenção do Promotor Eleitoral deve voltar-se para a prática de propaganda eleitoral em meio à propaganda intrapartidária autorizada pelo art. 36 da Lei das Eleições. Como propaganda intrapartidária entende-se a mensagem do pré-candidato, dirigida aos convencionais do partido, com o objetivo de convencê-los à indicação do seu nome. Se a mensagem transborde esse objetivo e alcança os eleitores, com sugestão do nome ao voto nas eleições, a conduta deve ser objeto de representação por propaganda eleitoral extemporânea, assunto antes tratado.

8.7 - ATUAÇÃO NO REGISTRO DAS CANDIDATURAS

Após realizadas as convenções, os partidos e coligações levam à Justiça Eleitoral seus pedidos de registro de candidatura. Aqui, salienta-se que a legitimidade para o pedido de registro é do partido – quando disputando as eleições isoladamente – ou da coligação. Nesse caso, representa a coligação aquele que assim for indicado pelos diversos partidos que a compõem ou pelos presidentes dos partidos coligados, assinando conjuntamente o pedido. De qualquer forma, os partidos coligados não podem se dirigir isoladamente à Justiça Eleitoral, para o que quer que seja, pois a legitimidade passa a ser da coligação.

Fixa a Lei nº 9.504/97 a data de 5 de julho do ano da eleição como termo final para o requerimento de registro de candidaturas formulado pelo partido/coligação. Aquele candidato regularmente escolhido na convenção que teve o seu nome omitido no pedido de registro do partido/coligação poderá dirigir-se diretamente ao Juiz Eleitoral, com requerimento de sua inclusão na lista, desde que o faça nas 48 horas seguintes à publicação da lista dos candidatos pela Justiça Eleitoral.

Passada essa data, a lista de candidaturas só sofrerá alterações para a substituição de candidatos inelegíveis, ou que tiverem seu registro indeferido, ou que morrerem ou renunciarem. Essa substituição deve ser requerida pelo partido/coligação no prazo de dez dias, contados do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que deu origem à substituição. Se a vaga surgir na chapa que disputa a eleição majoritária (prefeito e vice, governador e vice, presidente e vice e senador e suplentes), a substituição pode ser feita, observados os dez dias, até a antevéspera da eleição. Mas a substituição de candidatos às eleições proporcionais (vereadores e deputados estaduais e federais) ainda deve observar, além dos mencionados dez dias, outra condicionante: não se dar nos sessenta dias anteriores à eleição. É que a Lei nº 9.504/97 não admite a inclusão de novos nomes de candidatos às eleições proporcionais nesse período. Nomes de candidatos às eleições proporcionais podem também ser acrescentados à lista quando a convenção partidária não tiver sufragado o número máximo permitido: 150% do número de cadeiras a preencher no parlamento – para o partido isoladamente – ou 200% desse número – para a coligação. São as chamadas candidaturas remanescentes, que também se submetem ao termo final dos sessenta dias já mencionados.

Com os pedidos de registro, a Justiça Eleitoral publica os editais de candidatura, divulgando a lista dos candidatos por partido, a partir de quando corre o prazo de cinco dias para a impugnação, inclusive para o Ministério Público.

Como o Ministério Público Eleitoral é um dos legitimados ativos, conforme o art. 3º da Lei Complementar nº 64/90, cabe ao Promotor Eleitoral examinar a situação de cada um dos candidatos às eleições municipais, para propor a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) em relação àqueles que não reunirem as condições de elegibilidade ou que incorrerem em causas de inelegibilidade.

Necessário, então, conhecer as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade dispostas no ordenamento jurídico eleitoral, basicamente nos arts. 14 e 15 da CF/88 e na Lei Complementar nº 64/90, devendo-se recorrer à doutrina especializada e à jurisprudência dos tribunais eleitorais.

8.8 - ATUAÇÃO NA PROPAGANDA ELEITORAL

Diz o art. 36 da Lei nº 9.504/97 que a propaganda eleitoral é permitida após 5 de julho do ano da eleição, portanto candidatos, partidos e coligações só podem fazê-la de 6 de julho em diante. Antes disso, a propaganda eleitoral é ilícita, por extemporânea, caracterizando a infração já examinada.

A propaganda eleitoral é orientada pelo princípio da liberdade, daí ser permitida toda e qualquer mensagem aos eleitores, desde que não haja vedação legal. Ou seja, é permitido, na propaganda eleitoral, aquilo que não está proibido pelo ordenamento jurídico.

De qualquer forma, a propaganda eleitoral é feita sob a responsabilidade dos candidatos, partidos ou coligações, que inclusive respondem solidariamente pelos excessos praticados por adeptos da sua campanha: cabos eleitorais, etc., conforme art. 241 do Código Eleitoral. E deve, sempre, fazer expressa menção ao partido (ou coligação) pelo qual o candidato disputa a eleição. Se não satisfeita essa exigência, pode ser apreendida pelo Juiz Eleitoral, no exercício do seu poder de polícia eleitoral, de ofício ou por provocação do Promotor Eleitoral.

A distribuição de impressos em geral, folhetos e volantes é reconhecida no art. 38 da Lei das Eleições como livre e independente de licença municipal ou autorização da Justiça Eleitoral. Aquele que a promover deve atentar-se, tão-somente, para a necessidade de preservar pessoas e instituições das afirmações inverídicas, caluniosas, injuriosas e difamantes, pois tais condutas são tipificadas no Código Eleitoral como crime (arts. 323, 324, 325 e 326). A panfletagem, porém, não pode ocorrer no interior dos bens pertencentes ao poder público (prédios e veículos) e nem nos bens particulares de uso comum, visto que em tais locais é vedada a veiculação de qualquer propaganda eleitoral (art. 37 da Lei nº 9.504/97). Quando a propaganda ultrapassa tais limites, a Promotoria Eleitoral deve repre-

sentar à Justiça Eleitoral (art. 96 da mesma lei) para a imediata cessação da conduta, com a apreensão do material, e requisitar a instauração de inquérito policial.

Também não depende de licença municipal ou autorização da Justiça Eleitoral a fixação, em propriedades particulares, de faixas, placas, cartazes e *baners*, bem como pintura e inscrições em muros e fachadas, desde que se obtenha autorização do proprietário, que deve ser gratuita (art. 37, § 2º, da Lei nº 9.504/97). Já para as eleições de 2008, o TSE passou a entender que os muros e fachadas dos imóveis particulares se submetem ao limite de 4m², o que agora foi consagrado na Lei nº 12.034/2009. Assim, essa propaganda eleitoral, para comportar-se como lícita, deve limitar-se àquela medida. Se superior, estará caracterizada a infração eleitoral do art. 37, § 1º, devendo ser oferecida a representação para a retirada da propaganda e aplicação da multa. Deve-se observar, ainda, que a partir da Lei nº 12.034/2009 não mais importam as vedações constantes da legislação municipal sobre quaisquer espécies de propaganda, pois agora a legislação eleitoral se sobrepõe às posturas municipais.

A propaganda com utilização de aparelhagem de som e alto-falantes pode realizar-se em veículos ou nas sedes dos partidos e comitês de campanha, desde que respeitado o limite de horário, que é das 8 às 22 horas para os alto-falantes instalados em veículos e das 8 às 24 horas para os alto-falantes fixos. Essa propaganda também não pode ser feita a menos de duzentos metros de alguns locais especialmente protegidos pela lei eleitoral (art. 39, § 3º: as sedes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quartéis militares, os hospitais, as escolas, as bibliotecas, os teatros e as igrejas). E deve, ainda, observar o direito ao sossego da população em geral, não abusando desses instrumentos sonoros. Como não há previsão de multa para a inobservância dessas regras, a providência limita-se ao poder de polícia, inclusive com apreensão da aparelhagem de som utilizada na propaganda, remetendo-se à Justiça Criminal Comum a notícia de perturbação do sossego.

Na imprensa escrita – jornais e revistas – também é permitida a propaganda eleitoral, paga por candidatos, partidos e coligações, limitada a 1/8 de página de jornal e 1/4 de página de revista, por edição, e a dez anúncios por veículo de comunicação, em datas diversas, ao pé do qual deverá ser informado o valor pago pela inserção. A inobservância desses limites sujeita os responsáveis – candidato, partido, coligação e empresa jornalística – à multa do art. 43, § 1º. Para aplicação dessa multa, o Promotor Eleitoral deve oferecer a Representação prevista no art. 96. E para apurar eventual abuso de poder, se o exagero nas publicações tiver o potencial de afetação da normalidade e legitimidade das eleições, deve ser proposta a investigação judicial eleitoral prevista no art. 22 da LC nº 64/90.

No rádio e na TV, a propaganda eleitoral limita-se ao horário eleitoral gratuito, de duas espécies: a rede, em que todas as emissoras veiculam a mesma propaganda, com uma única geradora; e as inserções, que são mídias de quinze, trinta ou sessenta segundos veiculadas em meio à programação normal. De qualquer forma, essa propaganda se limita aos espaços distribuídos pela Justiça Eleitoral aos partidos e coligações, segundo a representatividade daqueles na Câmara Federal. É vedada a propaganda paga e, inclusive, o tratamento privilegiado da emissora a candidatos, partidos e coligações em meio à sua programação normal e noticiários. A infração a essas proibições também é apurada mediante a mencionada Representação do art. 96, levando à aplicação de multa e suspensão das atividades da emissora.

Permitida, por último, a propaganda eleitoral na internet, conforme previsto nos arts. 57-A a 57-I, da Lei nº 9.504/97, onde é livre a manifestação do pensamento. Veda-se, entretanto, a propaganda paga, como também a sua veiculação em sites de pessoa jurídica e nos hospedados por órgãos ou entidades da administração pública.

De outro lado, é proibida a propaganda eleitoral em bens que pertencem à administração pública (móveis e imóveis) e naqueles cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público (ônibus, táxis, etc.). E, ainda, nos chamados bens particulares de uso comum: centros comerciais, estádios, igrejas, teatros, cinemas, etc. A partir da Lei nº 11.300/2006, até mesmo a fixação de faixas, cartazes e *baners* em postes de iluminação, pontes, passarelas e viadutos restou proibida, em face da nova redação imposta ao art. 37 da Lei nº 9.504/97. A inobservância dessa vedação deve ser apurada mediante a Representação prevista no art. 96, buscando-se a reparação patrimonial do bem atingido e a aplicação da multa. Diante da nova redação do art. 37, § 1º, ditada pela Lei nº 11.300/2006, que sugere a aplicação de multa apenas quando o agente não repara o bem lesado, recomenda-se consulta à doutrina especializada, que vê no dispositivo a possibilidade de cumulação da reparação com a multa. Restou vedada pela Lei nº 11.300/2006, também, a propaganda eleitoral mediante outdoor, artifício publicitário normalmente explorado por empresas do ramo. E o TSE, já nas eleições de 2006, conceituou o outdoor como painel de propaganda com mais de 4m², independentemente da sua veiculação em locais reservados às empresas de publicidade e mesmo da sua exploração comercial. Esse entendimento acabou sendo acolhido pela Lei nº 12.034/2009, que fixou o tamanho máximo (4m²) para a propaganda mediante faixas, placas, cartazes e pinturas ou inscrições em bens particulares (art. 37, § 2º), sujeitando-se o infrator às sanções do § 1º: multa e reparação do bem, o que desperta a necessidade de oferecimento da representação.

É proibida a veiculação de propaganda eleitoral mediante afixação de *placas justapostas*, com *dimensão total superior a 4m²*, contendo apelo visual de outdoor, cuja utilização é vedada pela legislação eleitoral e pela jurisprudência deste Tribunal (art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97). Precedentes [...]. (TSE, Ag. Reg. no Ag. Instrumento nº 8.824, RS, Rel. Min. Gerardo Grossi, em 18/12/2007).

Os comícios também receberam novo tratamento, na medida em que agora não mais é possível a apresentação, remunerada ou não, de artistas ou animadores, transformando o evento em *show-mício*. Como não há sanção pecuniária específica, deve o Promotor Eleitoral provocar o Juiz Eleitoral ao pronto exercício do poder de polícia, para fazer cessar imediatamente a irregularidade, inclusive diante de inobservância do horário fixado na lei: das 8 às 24 horas. Mas o fato é que a apresentação de artistas nos comícios pode levar à conclusão de inobservância das normas de arrecadação e gastos de campanha, hoje tipificada como infração cível eleitoral punida com a cassação do diploma pelo art. 30-A. O Promotor Eleitoral, por conseguinte, deve ficar atento aos movimentos de campanha e recolher as informações necessárias ao ajuizamento oportuno da representação, pelo rito do art. 22 da LC nº 64/90.

O dar, oferecer, prometer e entregar bens e vantagens de qualquer natureza ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, é conduta tipificada na legislação eleitoral como infração cível (art. 41-A da Lei nº 9.504/97) e como crime (art. 299 do Código Eleitoral). E as sanções são a multa e cassação, no primeiro caso, e reclusão, no segundo. A partir da Lei nº 11.300/2006 – que proibiu a distribuição de brindes de campanha –, a doação de camisetas, bonés, canetas, etc., ainda que contendo a propaganda do candidato ou partido político, caracteriza também a captação ilícita do sufrágio aqui comentada, exatamente porque esses brindes agora não estão entre os gastos lícitos do art. 26. Uma vez noticiada ao MPE essa prática, diligências preparatórias devem ser adotadas, se for o caso com a instauração de procedimento administrativo ou inquérito civil, a fim de reunir elementos para a propositura da representação, que obedecerá ao procedimento previsto no art. 22 da LC nº 64/90. Segundo expressa disposição legal, o prazo final para essa representação é a diplomação dos eleitos. Se até essa data não for possível ajuizá-la, a matéria ainda pode ser tratada no *Recurso contra a Diplomação* – art. 262 do Código Eleitoral, cujo prazo é de três dias após a diplomação – e na *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* (AIME) – art. 14, § 10, da CF/88, nos quinze dias posteriores também à diplomação.

O uso da máquina administrativa nas eleições, violando o princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos, tem tipificação nos art. 73 e ss. da Lei nº 9.504/97. Ganha especial atenção a sanção de cassação do registro ou do diploma, prevista

no art. 73, § 5º, dirigida agora a todas as condutas enumeradas no *caput*. A par da cassação, há previsão de multa, aplicável a todas as hipóteses. As ditas condutas vedadas aos agentes públicos devem ser objeto de Representação, observado o procedimento do art. 22, da LC nº 64/90, que agora é expressamente recomendado pelo § 12, do art. 73, que também fixa o termo final para a propositura da ação: a data da diplomação dos eleitos.

8.9 - ATUAÇÃO NO DIA DAS ELEIÇÕES, NA APURAÇÃO E NA TOTALIZAÇÃO DOS RESULTADOS

Durante todo o dia da eleição, o Promotor Eleitoral deve ficar atento à movimentação de candidatos, partidos e coligações, para tomar todas as providências que forem necessárias à preservação da liberdade de escolha e manifestação do voto dos eleitores.

Ocorre com alguma frequência o delito denominado *boca de urna*, previsto no art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, que consiste no aliciamento de eleitores no dia da eleição. Qualquer abordagem ao eleitor, pedindo ou sugerindo o voto, ainda que seja pela silenciosa e aparentemente ingênua distribuição de impressos, volantes e *santinhos*, caracteriza o mencionado crime eleitoral, sujeitando-se o infrator à condução pela autoridade policial, para a lavratura do TCO correspondente – por se tratar de crime de menor potencial ofensivo – e sua oportuna apresentação ao Juiz Eleitoral.

Também vedado na Lei nº 6.091/74 o transporte e a alimentação de eleitores no dia da eleição, como também na véspera e no dia seguinte. Somente a Justiça Eleitoral pode prover tais necessidades dos eleitores da zona rural, para tanto podendo requisitar veículos e motoristas da administração pública e organizar quadro de itinerários. O particular, candidato ou não, que fornecer transporte e alimentação a eleitores nesse período comete o crime do art. 11 da dita lei, sujeitando-se a prisão em flagrante, já que a pena é de quatro a seis anos de reclusão.

Além desse acompanhamento, o Promotor Eleitoral deve visitar pessoalmente as seções eleitorais, tanto mais quanto possível, para levar seu apoio à atividade dos mesários e tomar contato com a realidade dos acontecimentos, e com isso tendo condições de pensar nas providências eficazes à manutenção da boa ordem eleitoral. Ao final do dia, quando encerrada a votação, deve estar presente no local designado pelo Juiz Eleitoral para o recebimento dos disquetes contendo os boletins de urna (BUs) e lá permanecer até a divulgação dos resultados.

Quando a votação é feita com utilização da urna eletrônica, o trabalho da Junta Eleitoral se resume ao recebimento dos disquetes, sua inserção no sistema e divulgação dos resultados fornecidos pela totalização informatizada do TSE. O Promotor Elei-

toral deve acompanhar todo esse movimento, cuidando inclusive para que não haja desvio desse material, o que prejudicaria a finalização da apuração.

Nos casos em que for feita votação em cédulas de papel, a Junta Eleitoral deverá reunir-se logo que fechadas as urnas para a apuração pelo sistema denominado *voto cantado*, que consiste na leitura do voto e sua digitação em uma urna eletrônica. Esse é o momento de surgimento de impugnações a essa apuração, porque pode ser que o interessado (candidato, partido ou coligação) divirja da interpretação dada pelo escrutinador na leitura do voto. Nesse caso, a Junta Eleitoral terá que decidir esse incidente, colhendo o parecer, oral e imediato, do Promotor Eleitoral.

8.10 - ATUAÇÃO NA DIPLOMAÇÃO DOS ELEITOS

Em eleições municipais, compete à Junta Eleitoral, sob a presidência do Juiz Eleitoral, diplomar os eleitos. Normalmente, designa-se uma data para a entrega solene dos diplomas, ato ao qual deve comparecer o Promotor Eleitoral. Como se trata de mera solenidade, os candidatos eleitos não têm o dever de comparecer e a falta não acarreta prejuízo à diplomação.

Da expedição do diploma, cuja data coincide com a dita solenidade de entrega, correm os prazos para o *Recurso contra a Expedição do Diploma* (RCED) – três dias – e para a *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* (AIME) – quinze dias.

8.11 - ATUAÇÃO NA FASE PÓS-DIPLOMAÇÃO

Realizada a diplomação, iniciam-se, como dito, os prazos para o recurso e a ação de impugnação.

Se ocorrerem as hipóteses do art. 262 do Código Eleitoral, mormente as inelegibilidades constitucional e superveniente, o Promotor Eleitoral poderá oferecer o RCED no prazo de três dias, instruindo-o com o material probatório de que dispuser, principalmente a prova produzida em investigação judicial por abuso do poder, mesmo que ainda não apreciada naqueles autos, porque os Tribunais Eleitorais têm admitido como prova pré-constituída não apenas a sentença de procedência transitada em julgado.

De outro lado, será possível impugnar o mandato eletivo, através da AIME, a qual deverá ser proposta nos quinze dias contados também da diplomação. Embora seja decadencial esse prazo, a jurisprudência eleitoral entende que o seu termo final prorrogar-se para o primeiro dia útil seguinte, sempre que cair em sábado, domingo ou feriado. Nessa ação, discutem-se abuso do poder econômico (que poderá já ter sido tratado em AIJE e no RCED), corrupção eleitoral (art. 41-A da Lei nº 9.504/97 ou art. 299 do Código Eleitoral, que podem ter sido objeto de representação e ação penal) e fraude na eleição.

Como o Ministério Público é um dos legitimados ativos para essas ações, o Promotor Eleitoral poderá atuar ativamente nesta fase ou, então, acompanhar o seu andamento como *custos legis*.

É preciso lembrar que essas ações, quando intentadas contra diplomados nas eleições majoritárias (prefeito e vice), levam à desconstituição do diploma ou do mandato, daí ser conveniente a formação do litisconsórcio passivo entre os que compuseram a chapa vencedora. Isso porque há importante divergência na jurisprudência sobre ser o litisconsórcio, nesses casos, facultativo ou necessário.

Na página do CAEL há modelo do RCED e da AIME.

8.12 - ATUAÇÃO NO DIREITO PENAL ELEITORAL

Durante todo o processo eleitoral, desde o alistamento, deve o Promotor Eleitoral permanecer atento às práticas delitivas de eleitores e candidatos, lamentavelmente ainda comuns.

Na inscrição ou transferência, ocorre a afirmação falsa de domicílio eleitoral ou residência, conduta que caracteriza em tese os tipos penais dos arts. 289 e 350 do Código Eleitoral. Também pode tipificar a falsidade ideológica eleitoral (art. 350) a inserção de informação falsa ou a omissão relevante no procedimento do registro de candidatura, quando candidatos e partidos declaram dados pessoais e partidários relevantes à apreciação da viabilidade das candidaturas e da participação nas eleições.

Durante a campanha eleitoral, as ofensas praticadas por candidatos, uns contra os outros, podem caracterizar os crimes eleitorais de injúria, calúnia e difamação, cuja ação penal é pública incondicionada, cabendo a iniciativa, portanto, privativamente ao Ministério Público Eleitoral.

No dia da eleição, como dito, há significativa incidência da *boca de urna*, crime previsto no art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, e do transporte e alimentação de eleitores, este tipificado na Lei nº 6.091/74.

A atuação do Promotor Eleitoral, diante de notícia de crimes eleitorais, que são, repita-se, todos de ação penal pública incondicionada, deve dirigir-se à apuração do ilícito, mediante requisição de inquérito policial à Polícia Federal (polícia judiciária eleitoral) ou à Polícia Civil local, quando houver dificuldade daquela principalmente pela inexistência de Delegacia Federal na comarca. Com os elementos de convicção disponíveis, as opções são as da lei processual penal: arquivamento ou denúncia.

Na página do CAEL também há modelos de denúncia em algumas hipóteses típicas.

Índice

Índice analítico



I

EVOLUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A ESTRUTURA DE SUA LEI ORGÂNICA

1 - PRINCIPAIS PONTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO	38
1.1 - As raízes e o perfil de uma instituição.....	38
1.2 - Os primeiros anos do Ministério Público em Minas Gerais	40
1.3 - O novo caminho em Minas Gerais	42
1.4 - Os caminhos do futuro do Ministério Público	44
2 - A LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (LEI Nº 8.625/93)	46
2.1 - Sugestão de leitura	50
3 - ESTRUTURA DA LEI ORGÂNICA ESTADUAL (LEI COMPLEMENTAR Nº 34/94): ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	51

II

PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DEVERES E ATRIBUIÇÕES

1 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DEVERES E ATRIBUIÇÕES À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO	58
1.1 - Evolução constitucional do Ministério Público	58
1.1.1 - O Ministério Público na Constituição Imperial de 1824	58
1.1.2 - O Ministério Público na Constituição de 1891	58
1.1.3 - O Ministério Público na Constituição de 1934	58
1.1.4 - O Ministério Público na Constituição de 1937	58
1.1.5 - O Ministério Público na Constituição de 1946	58
1.1.6 - O Ministério Público na Constituição de 1964	59
1.1.7 - O Ministério Público na Constituição de 1969	59
1.1.8 - O Ministério Público na Emenda nº 7/77	59
1.1.9 - O Ministério Público na Constituição de 1988: A consagração do Ministério Público como instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito.....	59
1.1.10 - O Ministério Público na Emenda Constitucional nº 45/2004	59
1.2 - O Ministério Público brasileiro na Constituição Federal de 1988 e a sua nova natureza institucional	60
1.3 - Os dois modelos do Ministério Público brasileiro: o demandista e o resolutivo	61
1.4 - O Ministério Público como <i>custos legis</i> para o Ministério Público como <i>custos societatis (custos juris)</i>	62
1.5 - Ministério Público e a nova <i>summa divisio</i>	62
1.6 - Alguns aspectos das atribuições e das garantias constitucionais do Ministério Público	64
1.7 - O Ministério Público e suas atribuições e garantias como cláusulas pétreas ou superconstitucionais	64

1.7.1 - O papel constitucional das cláusulas pétreas	64
1.7.2 - Pós-positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo	65
1.7.3 - O Ministério Público como cláusula pétrea	69
1.7.4 - Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas ou superconstitucionais: a impossibilidade de sua eliminação ou restrição e a possibilidade de sua ampliação ...	69
1.8 - A multifuncionalidade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais e novas técnicas de atuação do Ministério Público	70
1.9 - O modelo constitucional sobre normas de direitos e garantias fundamentais adotado pela CF/88 e a necessária abertura do Ministério Público para a Sociedade	72
1.10 - Teoria Crítica do Direito: a diretriz filosófica mais adequada para amparar a atuação do Ministério Público como Instituição constitucional de transformação social	73
1.10.1 - Teoria crítica do Direito e vertentes do pensamento crítico	73
1.10.2 - Objeto da teoria crítica do Direito	76
1.10.3 - A hermenêutica jurídica na teoria crítica do Direito	77
1.10.4 - Categorias da teoria crítica do Direito	78
1.10.5 - Teoria crítica do direito e o acesso à justiça	80
1.10.6 - Um novo conceito sobre o acesso à justiça	80
1.10.7 - O acesso à justiça para além do Judiciário	81
1.10.8 - O acesso à justiça como método de pensamento	81
1.10.9 - O acesso à justiça como paradigma para os modelos explicativos dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais consagrados na CF/88	82
1.10.10 - A importância da teoria crítica do direito para a implementação das funções constitucionais do Ministério Público	83
1.10.11 - Conclusões	83
1.11 - Alguns fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público ..	84
1.11.1 - A importância da preocupação com a legitimação social do Ministério Público	84
1.11.2 - Priorização da atuação preventiva	84
1.11.3 - Exercício da função pedagógica da cidadania: um compromisso constitucional social do Ministério Público (arts. 1º, parágrafo único, 3º, 6º, 127, <i>caput</i> , e 205 da CF/88)	86
1.11.4 - Realização periódica de audiências públicas	86
1.11.5 - Combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais (art. 3º e art. 127, <i>caput</i> , da CF/88): da perícia para as estatísticas e os indicadores sociais – necessidade de planejamento institucional e fiscalização orçamentária	90
1.11.6 - Provocação articulada e sistematizada do controle jurisdicional (abstrato/concentrado e difuso/incidental) e extrajurisdicional da constitucionalidade	92
1.11.7 - Ampliação e estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo: necessidade de sistematização e maior investimento na atuação extrajurisdicional	93
1.11.8 - Atuação vinculada à especificação funcional da Instituição	94
1.11.9 - O acompanhamento da tramitação processual e a fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais ...	94
1.11.10 - Adequação da independência funcional do órgão do Ministério Público ao planejamento funcional estratégico da Instituição	94
1.11.11 - Formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e dos servidores do Ministério Público	95
1.12 - Revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais	96
1.13 - Utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da Instituição	96
1.14 - Conclusões	97
1.15 - Referências bibliográficas	98
2 - PRINCÍPIOS, GARANTIAS E DEVERES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	100
2.1 - Princípios institucionais do Ministério Público	100
2.1.1 - Princípio da unidade do Ministério Público	101

2.1.2 - Princípio da indivisibilidade do Ministério Público	101
2.1.3 - Princípio da independência Funcional	102
2.2 - Garantias constitucionais do Ministério Público	103
2.2.1 - Vitaliciedade	103
2.2.2 - Inamovibilidade	103
2.2.3 - Irredutibilidade de subsídio	103
2.3 - Deveres dos membros do Ministério Público	104
2.4 - Ementário de legislação pertinente	104
2.5 - Referências bibliográficas	104
3 - AS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	104
3.1 - Modelo constitucional do Ministério Público	104
3.2 - Litisconsórcio entre Ministérios Públicos.....	106
3.3 - As funções institucionais do Ministério Público.....	107
3.3.1 - Promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I, CF/88):	107
3.3.2 - Zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública (art. 129, II, CF/88)	107
3.3.3 - Promoção do inquérito civil e da ação civil pública (art. 129, III, da CF/88)	108
3.3.3.1 - Inquérito civil	108
3.3.3.2 - Objeto do inquérito civil.....	108
3.3.3.3 - O procedimento do inquérito civil	108
3.3.3.4 - A ação civil pública: origens	109
3.3.3.5 - Conceito da ação civil pública	110
3.3.3.6 - Objeto da ação civil pública	110
3.3.3.7 - Princípio da legitimação concorrente e pluralista	111
3.3.3.8 - Natureza jurídica da legitimação na ação civil pública	111
3.3.3.9 - A desistência da ação civil pública e a proibição de seu abandono	111
3.3.3.10 - Legitimidade ativa do Ministério Público na ação civil pública	112
3.3.4 - Promoção da ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados (art. 129, IV, CF/88)	113
3.3.4.1 - Aspectos gerais do controle de constitucionalidade	113
3.3.4.2 - Ação direta de inconstitucionalidade e representação interventiva. Legitimidade do Ministério Público	115
3.3.4.3 - A ação civil pública e o controle de constitucionalidade	118
3.3.5 - Defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, CF/88)	118
3.3.6 - Expedição de notificações e requisições de informações e documentos (art. 129, VI, CF/88)	118
3.3.6.1 - Considerações gerais	118
3.3.6.2 - Inviolabilidade da privacidade e do sigilo de dados.....	120
3.3.6.3 - A quebra do sigilo bancário e requisição do Ministério Público	121
3.3.7 - Exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF/88).....	122
3.3.8 - Requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial. Manifestações fundamentadas (art. 129, VIII, CF/88)	123
3.3.8.1 - As requisições como instrumento de atuação funcional	123
3.3.8.2 - O poder investigatório do Ministério Público	124
3.3.8.3 - A requisição de procedimento administrativo	127
3.3.9 - Exercício de outras funções compatíveis com sua finalidade e vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX, CF/88)	127
3.3.10 - Jurisprudência.....	128

III

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

1 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA.....	146
2 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA JURÍDICA	149
2.1 - Introdução	149
2.2 - Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade.....	150
2.2.1 - Introdução	150
2.2.2 - Pós-positivismo como atitude interpretativa adequada à Constituição	151
2.2.3 - Controle jurisdicional de constitucionalidade	158
2.2.3.1 - Controle difuso de constitucionalidade: histórico	158
2.2.3.2 - Metodologia.....	158
2.2.4 - Ação civil pública e controle difuso de constitucionalidade: a vinculação dos pedidos	159
2.2.5 - Crises de constitucionalidade e de legalidade.....	160
2.2.6 - Controle de constitucionalidade e processo legislativo.....	161
2.2.7 - Controle concentrado de constitucionalidade: histórico.....	162
2.2.8 - Metodologia.....	163
2.3 - Ementário de legislação pertinente.....	164
2.4 - Jurisprudência	164
2.5 - Referências bibliográficas	165
2.6 - Técnicas de atuação.....	166
• Recomendação.....	166
• Representação.....	174
3 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA ADMINISTRATIVA.....	176
3.1 - Introdução	176
3.2 - Unidades	178
3.2.1 - Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa	178
3.2.1.1 - Central de Apoio Técnico.....	180
3.2.1.2 - Central de Atendimento às Promotorias de Justiça	180
3.2.1.3 - Assessoria Especial Administrativa e Financeira.....	180
3.2.1.4 - Diretoria-Geral.....	181
A - Assessoria Jurídico-Administrativa	182
B - Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional	182
C - Diretoria de Informática	183
D - Superintendência Administrativa	184
D.1 - Diretoria de Contratos e Convênios	184
D.2 - Diretoria de Material e Patrimônio	185
D.2.1 - Divisão de Material de Consumo	186
D.2.2 - Divisão de Material Permanente	186
D.3 - Diretoria de Serviços Gerais e Transporte	187
D.4 - Diretoria de Compras e Licitações.....	188
D.4.1 - Divisão de Compras	188
D.4.2 - Divisão de Apoio à Licitação	189
E - Superintendência de Finanças.....	189
E.1 - Diretoria de Administração Financeira.....	190
E.2 - Diretoria de Contabilidade.....	190
F - Superintendência Judiciária.....	191

F.1 - Diretoria de Serviço Cível	191
F.2 - Diretoria de Serviço Criminal	192
G - Superintendência de Planejamento e Coordenação	192
G.1 - Diretoria de Modernização Administrativa	193
G.2 - Diretoria de Orçamento	193
H - Superintendência de Recursos Humanos	194
H.1 - Diretoria de Desenvolvimento de Recursos Humanos	194
H.2 - Diretoria de Pagamento de Pessoal	195
H.3 - Diretoria de Pessoal Administrativo	195
H.4 - Diretoria de Pessoal do Ministério Público	196
3.3 - Produtos e serviços	197
3.3.1 - Material e patrimônio	197
3.3.1.1 - Requisição de material de consumo	197
3.3.1.2 - Requisição de material permanente	198
3.3.1.3 - Inventário patrimonial	198
3.3.1.4 - Conserto de material permanente	199
3.3.1.5 - Material permanente em desuso	199
3.3.2 - Finanças	199
3.3.2.1 - Adiantamentos diversos	199
3.3.2.2 - Diárias de viagem	203
3.3.2.3 - Despesas de viagem	204
3.3.3 - Serviços gerais e transporte	204
3.3.3.1 - Serviços gerais	204
A - Cópias reprográficas	204
B - Serviço postal telegráfico	205
C - Serviço de telefonia	206
D - Solicitação de serviços de manutenção	206
E - Manutenção preventiva	207
3.3.3.2 - Transporte	208
3.3.4 - Informática	208
4 - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA INSTITUCIONAL	210
5 - CHEFIA DE GABINETE	210
5.1 - Introdução	210
5.2 - Atribuições de Chefia de Gabinete previstas na Resolução PGJ nº 35/2005	210
5.3 - Atribuições correlatas	211
5.4 - Parâmetros de atuação	211
5.5 - Metas	211
6 - SECRETARIA-GERAL	211
6.1 - Introdução	211
6.2 - Unidades	212
6.2.1 - Assessoria de Comunicação Social (ACS)	212
6.2.2 - Superintendência dos Órgãos Colegiados da Administração Superior do Ministério Público – SOC	213
6.2.3 - O projeto estruturador Sedes Próprias	214
7 - CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL	215
7.1 - Introdução	215
7.2 - Diretoria	216

7.2.1 - Unidades administrativas	216
7.2.1.1 - Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento	216
A - Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento Funcional de Membros do Ministério Público	217
B - Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento Funcional de Servidores do Ministério Público	217
C - Diretoria de Convênios e Estágios Acadêmicos	217
D - Diretoria de Produção Editorial	218
D.1 - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (DE JURE)	219
D.2 - Revista MPMG Jurídico	219
D.3 - Manual de Atuação Funcional	219
E - Diretoria de Estudos e Pesquisa	220
F - Diretoria de Informação e Conhecimento	220
F.1 - Divisão de Atendimento e Pesquisa Jurídica	220
F.2 - Divisão de Referência Legislativa	221
F.3 - Divisão de Acervos Bibliográficos	221
F.4 - Divisão de Acervos Arquivísticos	221
7.2.1.2 - Secretaria Executiva	222
7.2.1.3 - Conselho Editorial	222
7.2.1.4 - Conselho Científico	222
7.2.2 - Cursos, serviços e apoio técnico	223
7.2.2.1 - Informativo <i>On Line</i>	223
7.2.2.2 - Cursos e eventos	223
A - Curso preparatório para Promotores de Justiça substitutos	223
B - Curso de vitaliciamento	223
C - Escola virtual	223
D - Cursos e treinamentos internos	224
D.1 - Curso de formação inicial de servidores	224
D.2 - Treinamento para implantação do Sistema de Registro Único (SRU)	224
D.3 - Projeto Software Livre	224
7.2.3 - Apoio técnico	224
7.2.3.1 - Editoração, gravação e transmissão	224
7.2.3.2 - Pesquisa	225
7.3 - Legislação pertinente e atos normativos	225
8 - COORDENADORIA DE INCLUSÃO E MOBILIZAÇÃO SOCIAL - CIMOS	225
9 - COMISSÃO DE CONCURSO	225
9.1 - Natureza	225
9.2 - Composição	225
9.3 - Atribuições	227
9.4 - Finalidade	228
9.5 - Suspeição, impedimentos e incompatibilidades	228
9.6 - Remuneração	229
9.7 - Referências bibliográficas	229
10 - SECRETARIA ESPECIAL DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO	229
10.1 - Introdução	229
10.1.1 - Competências	230
10.1.2 - Estrutura	230
10.2 - Atuação	230
10.2.1 - Planejamento estratégico	230

10.2.2 - Acompanhamento legislativo	231
10.2.3 - Fórum permanente de Centros de Apoio Operacional	232
10.3 - Ementário de legislação pertinente	232
10.4 - Coordenadoria de Planejamento Institucional (Copli)	232
10.4.1 - Introdução	232
10.4.2 - Competências	232
10.4.3 - Estrutura	233
10.4.4 - Histórico	233
10.5 - Atuação	234
10.5.1 - Plano Geral de Atuação (PGA)	234
10.5.2 - Audiências públicas	234
10.5.3 - Projetos institucionais	235
10.5.4 - Termos de parceria com outras instituições	235
10.5.5 - Modernização	236
10.5.6 - Inteligência institucional	236
10.5.7 - Segurança de instalações	238
10.5.8 - Segurança de pessoas	238
10.6 - Solicitação de serviços ao CESIN	239
10.6.1 - Contatos	239
10.7 - Ementário de legislação pertinente	239
11 - ATUAÇÃO FUNCIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	239
11.1 - O papel do servidor público: postura, direitos, deveres e proibições do servidor do Ministério Público.....	239
11.2 - Dos deveres	240
11.3 - Das proibições, sem distinção de cargo ou função.....	240
11.4 - Penalidades disciplinares	241
11.4.1 - Responsabilidades	241
11.4.2 - Regime disciplinar	241
11.5 - Dos direitos	241
11.6 - Estágio probatório e avaliação de desempenho	244
11.7 - Plano de carreiras	244
11.8 - Gestão de recursos humanos no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais	245
12 - ESTAGIÁRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS	246
12.1 - Resolução explicada nova lei de Estágio - estagiários de Direito	246
12.1.1 - Antes da Lei nº 11.788/2008:	246
12.1.2 - Depois da Lei nº 11.788/2008 – Resolução nº 73/2008	246

IV

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1 - INTRODUÇÃO	252
2 - CORREGEDOR-GERAL	252
3 - ESTRUTURA DE ACESSORAMENTO	253
4 - ESTRUTURA NORMATIVA INTERNA	254
5 - CONSOLIDAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS E ORIENTADORES	254
6 - REGIME DISCIPLINAR	256
7 - PROCESSO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO	258
8 - CONTROLE EXTERNO	259
9 - SUGESTÃO PARA APROFUNDAMENTO DO ASSUNTO	260

V

ÓRGÃOS COLEGIADOS DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

1 - INTRODUÇÃO	264
2 - ÓRGÃOS COLEGIADOS	264
3 - COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA	264
4 - CÂMARA DE PROCURADORES DE JUSTIÇA	266
5 - CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO	268
6 - IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO NOS ÓRGÃOS COLEGIADOS	271
7 - SECRETARIA DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS	271

VI

OUVIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1 - INTRODUÇÃO	274
2 - BASE LEGAL	274
3 - NATUREZA	274
4 - PRINCÍPIOS	274
4.1 - Transparência	274
4.2 - Eficiência	274
5 - O OUVIDOR	274
6 - ESTRUTURA ADMINISTRATIVA	274
7 - ACESSO	274
8 - PROCEDIMENTOS	274
9 - LEGISLAÇÃO	275
9.1 - Constituição Federal	275
9.2 - Lei Complementar nº 94, de 10 de janeiro de 2007	275
9.3 - Resolução PGJ nº 27, de 5 de abril de 2008	276

VII

PROCURADORIAS DE JUSTIÇA

1 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL	284
1.1 - Estrutura da Procuradoria de Justiça Criminal e especializações nela existentes	284
1.2 - Peças jurídicas	286
• Concessão de <i>habeas corpus</i> - crime de porte ilegal de arma	287
• Agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial	290
• Impossibilidade de admissão dos recursos especial e extraordinário	293
• Nulidade do julgamento e da sentença condenatória	296
• Correta aplicação do direito positivo	301
1.3 - Recurso extraordinário e recurso especial	305
2 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE AOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS	305

2.1 - Foro privilegiado e o princípio da igualdade	305
2.2 - Competência dos tribunais para julgamento dos crimes envolvendo prefeitos	306
2.3 - Nas hipóteses de co-autoria e participação	307
2.3.1 - Quanto aos crimes dolosos contra a vida	308
2.4 - Quanto aos demais crimes da competência da Justiça Estadual	309
2.5 - Atribuição do Ministério Público para atuar nos casos de crimes envolvendo prefeitos	310
2.5.1 - Forma de atuação dos membros do Ministério Público integrantes da PJCCAP	310
2.6 - Algumas nuances do procedimento previsto na Lei nº 8.038/90	311
2.6.1 - O exercício da investigação criminal pelo Ministério Público	312
2.7 - O Decreto-Lei nº 201/67 em face da Constituição Federal	323
3 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS	324
3.1 - A atuação do órgão de execução em segundo grau	324
3.2 - Direitos difusos – Direitos de terceira geração	
- Questões ainda controvertidas nos nossos tribunais	326
3.2.1 - Introdução	326
3.2.2 - Direitos difusos – Direitos de terceira geração	327
3.2.3 - O nexos entre as duas instâncias ministeriais	328
3.2.4 - Questões que envolvem a defesa do patrimônio público	329
3.2.4.1 - Títulos executivos do Tribunal de Contas	330
3.2.5 - Ilegalidades cometidas por policiais militar e civil – Improbidade	
caracterizada – Perda do cargo – Competência	331
3.2.5.1 - A ação de improbidade administrativa contra Policial Militar – Perda do cargo	331
3.2.5.2 - Ação de improbidade administrativa contra Policial Civil	334
3.2.6 - Conclusão	334
3.3 - Reconhecimento legal e a efetiva fruição individual de direitos metaindividuais ...	335
3.3.1 - Introdução	335
3.3.2 - As distinções entre os interesses coletivos em sentido amplo	336
3.3.3 - A marcante indisponibilidade dos interesses coletivos	338
3.3.4 - Conclusão	339
3.4 - Anotações sobre recurso especial e recurso extraordinário em ação civil pública ..	339
3.4.1 - Suspensão de segurança: sentenças e liminares	341
3.5 - Jurisprudência	341
3.6 - Referências bibliográficas	350
4 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL	352
4.1 - Normatização básica	352
4.1.1 - Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994	352
4.1.2 - Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993	352
4.1.3 - Regimento Interno da Procuradoria de Justiça Cível junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais...	353
4.2 - Natureza, estrutura e finalidade	353
4.3 - Racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil	354
4.4 - Atuação da Procuradoria de Justiça Cível	355
4.5 - Banco de dados	355

5 - PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS CRIMINAIS	355
5.1 - Introdução	355
5.2 - Recursos especial e extraordinário	355
5.3 - Medida cautelar para obtenção de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário ..	363
5.4 - Agravo de instrumento para o STJ ou para o STF	364
5.5 - Peças práticas	365
5.6 - Referências bibliográficas	366

VIII

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA: ATUAÇÃO PENAL

1 - ATUAÇÃO PENAL	370
1.1 - O recebimento de <i>notitia criminis</i>	371
1.1.1 - Comunicação verbal de crime de ação pública incondicionada	371
1.1.2 - Comunicação escrita de crime de ação pública incondicionada	371
1.1.3 - Comunicação anônima ou conhecimento por meio de leitura de publicação periódica de crime de ação pública incondicionada	371
1.1.4 - Comunicação verbal de crime de ação pública condicionada	372
1.1.5 - Comunicação escrita de crime de ação pública condicionada	372
1.1.6 - Comunicação anônima ou conhecimento por meio de leitura de publicação periódica de crime de ação pública condicionada	372
1.1.7 - Comunicação verbal de crime de ação privada	372
1.1.8 - Comunicação escrita de crime de ação privada	372
1.1.9 - Comunicação anônima ou conhecimento por meio de leitura de publicação periódica de crime de ação privada	372
1.2 - Recebimento de inquérito policial	373
1.2.1 - Indiciado com foro por prerrogativa de função	373
1.2.2 - Inquérito policial militar remetido à Justiça comum em razão de incompetência da Justiça Militar – Providência	373
1.2.3 - Devolução do inquérito à autoridade policial – Diligências	373
1.2.4 - Requisição de diligências em caso de indiciado preso	373
1.2.5 - Requisição de diligências quando do oferecimento da denúncia	373
1.2.6 - Realização de diligências pelo próprio órgão ministerial	373
1.2.7 - Fixação de prazo quando do retorno do inquérito à delegacia	374
1.2.8 - Permanência dos autos em cartório	374
1.2.9 - Pedidos de dilação do prazo de conclusão do inquérito – Análise	374
1.2.10 - Requisição de exame complementar nos delitos de lesões corporais graves – Laudo pericial – Requisitos ..	374
1.2.11 - Lesão corporal seguida de morte – Análise	375
1.2.12 - Crimes dolosos contra a vida praticados mediante uso de projétil de arma de fogo – Requisitos do laudo....	375
1.2.13 - Auto de reconhecimento de pessoas ou coisas – Reconhecimento fotográfico	375
1.2.14 - Lei nº 10.826/2003, medidas provisórias e tipicidade penal	375
1.2.15 - Art. 21 da Lei nº 10.826/2003 (possibilidade de concessão de liberdade provisória)	376
1.2.16 - Porte e posse ilegal de arma – Laudo pericial	377
1.2.17 - Da representação pela prisão preventiva ou temporária	377
1.2.18 - Arts. 303 e 306 da Lei nº 9503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e transação penal	378
1.2.19 - Destinação de objetos apreendidos após arquivamento do inquérito policial	379
1.2.20 - Homicídio doloso – Requisitos do laudo	379
1.2.21 - Afogamento – Necessidade da indicação no laudo dos sinais externos e internos da <i>causa mortis</i>	379

1.2.22 - Crimes em que há necessidade de realização de exames laboratoriais	379
1.2.23 - Furto qualificado por rompimento de obstáculo à subtração da coisa – Necessidade da prova pericial	379
1.2.24 - Crimes em que se deve apurar violência contra a coisa – Requisitos do laudo pericial	379
1.2.25 - Crimes em que se deve apurar o valor da coisa – Laudo pericial	380
1.2.26 - Casos de incêndio – Laudo pericial	380
1.2.27 - Contravenção penal do jogo do bicho – Laudo grafotécnico	380
1.2.28 - Porte ilegal de arma – Laudo pericial	380
1.2.29 - Ação penal pública condicionada – Necessidade de representação	380
1.2.30 - Inquéritos policiais em crimes de ação penal privada	380
1.2.31 - Prova da idade do indiciado e da vítima	380
1.2.32 - Depósito de quantias anexadas aos autos	380
1.2.33 - Requerimento de mandado de busca e apreensão – Quebra de sigilo bancário e fiscal e de dados telefônicos	380
1.2.34 - Manifestação sobre prisão em flagrante	380
1.2.35 - Fiscalização do prazo de conclusão do inquérito policial – Providência no caso de prescrição em razão do atraso da apuração	381
1.3 - Fase processual	381
1.3.1 - Emprego de terminologia adequada	381
1.3.2 - Fiscalização das armas, instrumentos e produtos do crime	381
1.3.3 - Arquivamento de inquérito ou peças informativas em razão da extinção da punibilidade	381
1.3.4 - Arquivamento - Requisitos da manifestação	381
1.3.5 - Arquivamento de inquérito ou peças informativas por motivo de política criminal, princípio da insignificância ou por presunção de ocorrência de prescrição pela pena aplicada	381
1.3.6 - Arquivamento de inquérito instaurado por crime culposos	381
1.3.7 - Arquivamento de inquérito ou peças informativas pela existência de causa justificante	381
1.3.8 - Arquivamento de inquérito na hipótese de concurso de pessoas – Oferecimento de denúncia contra um ou mais participantes	381
1.3.9 - Denúncia na hipótese de concurso de pessoas – Exclusão de alguém concorrente em razão de necessidade de diligência	382
1.3.10 - Requisitos da denúncia	382
1.3.11 - Requerimentos quando do oferecimento da denúncia	382
1.3.12 - Denúncia em caso de concurso de pessoas	382
1.3.13 - Requerimento de incidente de insanidade mental	382
1.3.14 - Denúncia por crime que deixa vestígio	382
1.3.15 - Denúncia por crime contra a vida ou a integridade corporal	382
1.3.16 - Denúncia por crime culposos	383
1.3.17 - Denúncia por crime de lesão corporal	383
1.3.18 - Denúncia por crime contra o patrimônio	383
1.3.19 - Denúncia por crime de ameaça	383
1.3.20 - Denúncia por crime de desacato, contra a honra e denunciação caluniosa	383
1.3.21 - Denúncia por crime de prevaricação	383
1.3.22 - Denúncia por crime de receptação	383
1.3.23 - Qualificação do acusado	383
1.3.24 - Qualificação da vítima e testemunhas	384
1.3.25 - Idade do acusado – Necessidade de menção na denúncia	384
1.3.26 - Acusado menor de 18 anos – Ausência de certidão de nascimento	384
1.3.27 - Menção na denúncia da expressão ou locução caracterizadora do verbo nuclear do tipo	384
1.3.28 - Explicitação na denúncia sobre a data e o lugar do fato	384
1.3.29 - Menção na denúncia das circunstâncias relevantes na qualificação do fato	384
1.3.30 - Referência na denúncia sobre o atendimento das condições de procedibilidade	384
1.3.31 - Descrição na denúncia do fato impeditivo da consumação na hipótese de crime tentado	384
1.3.32 - Denúncia em caso de concurso de crimes	384
1.3.33 - Crime com participação de menor de 18 anos de idade	384
1.3.34 - Rol de testemunhas	384
1.3.35 - Análise da folha de antecedentes ou informações dos distribuidores	385

1.3.36 - Diligências para a localização do réu	385
1.3.37 - Providências após a citação por edital	385
1.3.38 - Cabimento do benefício da suspensão condicional do processo	385
1.3.39 - Interrogatório – Necessidade da presença do defensor	385
1.3.40 - Possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência (art. 185, CPP)	385
1.3.41 - Observância do rito procedimental	386
1.3.42 - Fase de requerimento de diligências (art. 402, CPP)	386
1.3.43 - Análise das preliminares	386
1.3.44 - Alegações finais - Referência a possível interrupção da prescrição	386
1.3.45 - Alegações finais, pareceres, razões e contra-razões recursais	386
1.3.46 - Fuga do réu e deserção da apelação	386
1.3.47 - Dispensa do réu em audiência	386
1.3.48 - Dispensa de testemunhas	387
1.3.49 - Cartas precatórias	387
1.3.50 - Desmembramento da ação penal	387
1.3.51 - Alegações orais – Requisitos	387
1.3.52 - Intimação da sentença	387
1.3.53 - <i>Emendatio libeli</i>	387
1.3.54 - Desistência de prazo recursal – Impossibilidade	388
1.3.55 - Fase recursal	388
1.3.56 - Embargos declaratórios	388
1.3.57 - Recurso em sentido estrito e carta testemunhável	388
1.3.58 - Apelação	388
1.3.59 - Condenação de estrangeiro por crime doloso ou contra a segurança nacional, a ordem política social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública	388
1.3.60 - Condenação de militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos	388
1.3.61 - Ação civil para reparação do dano	389
1.3.62 - Manifestação em <i>habeas corpus</i> em primeiro grau de jurisdição	389
2 - ATUAÇÃO NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI	389
2.1 - Alegações finais	389
2.2 - Recurso em sentido estrito – Pronúncia que não contempla a totalidade da pretensão deduzida na denúncia	389
2.3 - Absolvição sumária – Não existência de recurso de ofício – Sentença que decide sobre crimes conexos – Necessidade de recurso voluntário	389
2.4 - Desclassificação da imputação para outro crime de competência do juiz singular	389
2.5 - Intimação da sentença de pronúncia	389
2.6 - Providências após a sentença de pronúncia	389
2.7 - Fiscalização da lista anual de jurados	390
2.8 - Sessão de julgamento – Indumentária – Fiscalização do sorteio	390
2.9 - Recusa de jurado	390
2.10 - Causa de impedimento ou suspeição de jurado	390
2.11 - Não comparecimento do réu à sessão de julgamento	390
2.12 - Dispensa de testemunhas arroladas	390
2.13 - Incomunicabilidade das testemunhas	390
2.14 - Leitura de peças em plenário	390
2.15 - Fase de debates – Manifestação do Promotor de Justiça	390

2.16 - Presença de assistente da acusação	390
2.17 - Concessão de apertes	390
2.18 - Postura do Promotor de Justiça em plenário	391
2.19 - Uso de linguagem adequado nos debates	391
2.20 - Incidentes provocados no plenário	391
2.21 - Réplica	391
2.22 - Fiscalização da omissão ou defeito na redação dos quesitos	391
2.23 - Fase recursal	391
3 - ATUAÇÃO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS (TÓXICOS)	391
3.1 - Introdução	391
3.1.1. A quantidade como critério diferenciador do usuário e do traficante de drogas	392
3.1.2 - Diligências a serem requeridas por ocasião do oferecimento da denúncia	393
3.1.3 - A liberdade provisória no crime de tráfico de drogas	395
3.1.4 - Peças processuais	397
• Petição de interposição de recurso em sentido estrito contra decisão que concede liberdade provisória ..	397
• Mandado de segurança para concessão de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito contra decisão que concede liberdade provisória	401
3.1.5 - Pedido de retorno para delegacia de polícia para cumprimento de diligências no caso de inquérito policial em que o indiciado esteja preso	407
3.1.6 - Do prazo para formação da culpa	407
3.1.7 - A homologação da prisão em flagrante delito	407
3.1.8 - O testemunho nos processos de tráfico de drogas	408
3.1.9 - Importância da confissão extrajudicial e da delação nos processos envolvendo tráfico de drogas ...	414
3.1.10 - Da gravação de imagem e do som ambiental nos processos de tráfico de drogas	415
3.1.11 - Do pedido de vista de processos cautelares fora da secretaria	417
3.1.12 - Do rito processual nas varas de tóxicos em face das mudanças ocorridas no Código de Processo Penal brasileiro	419
3.1.13 - A tipicidade do tráfico de drogas na Lei nº 11.343/2006	420
3.2 - Das preliminares mais comuns em processos envolvendo a Lei nº 11.343/2006 ...	426
3.2.1 - Questionamento quanto às interceptações telefônicas	426
3.2.1.1 - Nulidade das interceptações em razão das sucessivas prorogações	427
3.2.1.2 - Nulidade das interceptações telefônicas em razão da alegada inexistência de indícios razoáveis de autoria	428
3.2.1.3 - Da ausência da transcrição dos diálogos interceptados	429
3.2.1.4 - Cerceamento de defesa – Falta de perícia	430
3.2.1.5 - Da prova emprestada – Interceptação realizada em processo diverso	430
3.2.1.6 - Nulidade das interceptações telefônicas – Perícia realizada por não perito	431
3.2.1.7 - Nulidade das interceptações telefônicas – Interpretação pessoal do agente de polícia	432
3.2.2 - Nulidade – Ausência de mandado de busca e apreensão	432
3.2.3 - Direito de recorrer em liberdade	433
3.2.4 - Cerceamento de defesa pela não realização do exame de dependência toxicológica	433
3.2.5 - Do abuso de direito – Uso desnecessário de algemas durante o interrogatório	434
3.2.6 - Do flagrante forjado	434
3.2.7 - Da prova ilícita: policiais que atendem ao celular do réu quando da prisão em flagrante delito – Conduta lícita	436
3.2.8 - Bibliografia específica recomendada	436
4 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL	437
4.1 - Da fiscalização das cadeias públicas e estabelecimentos prisionais	437

4.2 - Da execução da pena	437
4.2.1 - Introdução	437
4.2.2 - Técnica de atuação ministerial na execução penal	437
4.3 - Da pena privativa de liberdade	438
4.3.1 - Providências preliminares - Expedição da guia de recolhimento	438
4.3.2 - Não estabelecimento do regime prisional na sentença	438
4.3.3 - Modificação do regime de cumprimento da pena	438
4.4 - Da pena restritiva de direitos e suspensão condicional da pena	438
4.4.1 - Prestação de serviços à comunidade	438
4.4.2 - Indicação do local de prestação do serviço pelo condenado	439
4.4.3 - Fiscalização pelo Ministério Público	439
4.4.4 - Pena de multa – Dívida de valor – Legitimidade para cobrança	439
4.4.5 - Condições para concessão da suspensão condicional da pena	439
4.4.6 - Período de prova	439
4.4.7 - Condições obrigatórias	439
4.5 - Da comissão técnica de classificação	439
4.6 - Do exame criminológico	439
4.7 - Do trabalho do condenado	440
4.7.1 - Obrigatoriedade	440
4.7.2 - Preso recolhido à cadeia pública	440
4.7.3 - Trabalho externo com autorização judicial	440
4.7.4 - Trabalho externo com autorização da direção do estabelecimento	440
4.7.5 - Fiscalização do trabalho externo	440
4.8 - Da progressão e da regressão do regime prisional	440
4.8.1 - Necessidade de se ouvir a Comissão Técnica de Classificação	440
4.8.2 - Progressão para o regime semi-aberto	440
4.8.3 - Progressão para o regime aberto	440
4.8.4 - Regime aberto em prisão domiciliar	440
4.8.5 - Regressão do regime	441
4.9 - Das autorizações de saída	441
4.9.1 - Permissão de saída (art. 120, LEP)	441
4.9.2 - Saída temporária (art. 122, LEP)	441
4.9.3 - Limite para a saída temporária	441
4.10 - Da remição	441
4.10.1 - Documentos necessários à instrução do pedido	441
4.10.2 - Tempo de trabalho interno durante a prisão provisória	441
4.10.3 - Não aplicação no regime aberto	441
4.11 - Do livramento condicional	441
4.11.1 - Requisitos	441
4.11.2 - Condenação por crime hediondo e outro crime	442
4.12 - Do agravo em execução	442
4.13 - Sobre o indulto	442
4.14 - Da comutação	442
5 - ATUAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E NA TURMA RECURSAL.....	443
5.1 - Introdução	443
5.1.1 - Técnica de atuação – Competência	443
5.1.2 - Auto de prisão em flagrante	443
5.1.3 - Detalhes do termo circunstanciado de ocorrência	444

5.1.4 - Pedido de arquivamento de termo circunstanciado	444
5.1.5 - Turma Recursal	444
5.1.6 - Audiência preliminar – Crime de ação penal privada – Ausência injustificada da vítima	444
5.1.7 - Audiência criminal preliminar – Crime de ação penal pública condicionada – Vítima não localizada ...	444
5.1.8 - Audiência preliminar – Crime de ação penal pública condicionada – Ausência injustificada da vítima..	445
5.1.9 - Audiência preliminar – Autor do fato não localizado	445
5.1.10 - Audiência preliminar – Adiamento	445
5.1.11 - Acordo civil em ação penal pública incondicionada – Pacificação social	445
5.1.12 - Composição de danos civis em ação penal privada e ação penal pública condicionada	445
5.1.13 - Retratação da representação	446
5.1.14 - Competência – Concurso de crimes	446
5.1.15 - Competência – Conexão de crimes	446
5.1.16 - Competência – Causa de aumento de pena	446
5.1.17 - Descumprimento de acordo civil	446
5.1.18 - Decadência do direito de queixa ou representação	446
5.1.19 - Transação penal – Necessidade de análise da presença ou não de causas impeditivas à proposta ..	447
5.1.20 - Análise dos óbices dos incisos I, II e III do §2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95	447
5.1.21 - Transação penal – Não propositura	447
5.1.22 - Princípio da oralidade – Postura do MP	447
5.1.23 - Arts. 50 e 58 da LCP – Autoria a apurar	448
5.1.24 - Transação penal após oferecimento da denúncia	448
5.1.25 - Transação penal – Especificação da proposta	448
5.1.26 - Transação penal – Limites da proposta	448
5.1.27 - Transação penal – Especificação da proposta e modificação	448
5.1.28 - Queixa-crime – Transação penal e suspensão condicional do processo em ação penal de iniciativa privada..	448
5.1.29 - Momento da manifestação do Ministério Público em ação penal de iniciativa privada	449
5.1.30 - Remessa dos autos à Justiça comum	449
5.1.31 - Descumprimento da pena transacionada e possibilidade de oferecimento de denúncia após a homologação da transação penal	449
5.1.32 - Denúncia – Momento de oferecimento	451
5.1.33 - Denúncia – Requisitos	451
5.1.34 - Requerimentos quando do oferecimento da denúncia	451
5.1.35 - Audiência de instrução e julgamento – Ausência do denunciado	451
5.1.36 - Audiência de instrução e julgamento – Dinâmica	452
5.1.37 - <i>Emendatio e mutatio libelli</i>	452
5.1.38 - Recursos contra a sentença monocrática	452
5.1.39 - Crime de trânsito – Arts. 291 e 303 do CTB – Vedação de transação penal e causa de aumento de pena ...	452
5.1.40 - Crime de trânsito – Arts. 309 c/c 303 do CTB	452
5.1.41 - Crime de trânsito – Art. 303, <i>caput</i> , do CTB – Não instauração de TCO	452
5.1.42 - Crimes de lesões corporais leves e na direção de veículo automotor	453
5.1.43 - Condução de veículo automotor sem habilitação – Art. 309 do CTB	453
5.1.44 - Absorção da conduta de condução de veículo automotor sem possuir habilitação pela conduta de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor	453
5.2 - Da suspensão condicional do processo	454
5.2.1 - Incidência	454
5.2.2 - Requisitos genéricos	454
5.2.3 - Revogação	455
6 - ATUAÇÃO NO COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS	456
6.1 - Introdução	456
6.2 - Recomendações de atuação ao promotor público no combate aos crimes de internet ...	457
6.3 - Principais práticas delituosas – tipo de crime	457
6.4 - Práticas delituosas que exigem ação urgente visando a retirada imediata do conteúdo ofensivo da internet	458

6.5 - Projeto de lei em andamento no Senado Federal que versa sobre a tipificação dos crimes cibernéticos	458
6.6 - Outros projetos	463
6.6.1 - Central Nacional de Denúncias	463
6.7 - Dicas para a comunidade	464
6.8 - Onde denunciar os crimes da internet	464
6.9 - Jurisprudência	464
6.10 - Apêndice	467
6.10.1 - Monitoramento eletrônico de indiciados/sentenciados	468
6.10.2 - A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC)	468
6.10.3 - Minuta de estatuto da APAC	469
6.10.4 - Peças jurídicas	476
• Modelo de quesitos em caso de insanidade mental do acusado	476
• Modelo de pedido de comutação de pena	478
6.11 - Ementário de legislação pertinente à execução penal	479
6.12 - Referências bibliográficas	480
7 – ATUAÇÃO NA AUDITORIA MILITAR	481
7.1 - Escorço histórico	481
7.2 - Natureza da intervenção ministerial	481
7.3 - Competência da Justiça Militar	482
7.4 - Inquérito policial militar	482
7.5 - Processo criminal	483
7.6 - Instituto especial - Menagem	483
7.7 - Dos recursos em primeira instância	483
7.8 - Execução penal na Justiça Militar	484
7.9 - Aspectos práticos da atuação do Promotor de Justiça perante a Justiça Militar de primeira instância	484
7.10 - Ementário da legislação pertinente	484
7.11 - Referências bibliográficas	484

IX

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA: ATUAÇÃO CÍVEL

1 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DE FAMÍLIA	488
1.1 - Separação judicial por mútuo consentimento	488
1.1.1 - Requisitos da inicial	488
1.1.2 - Audiência	488
1.1.3 - Acordo	488
1.1.4 - Cláusulas que devem ser evitadas	489
1.1.5 - Partilha	489
1.1.6 - Alteração do procedimento	489

1.2 - Separação judicial litigiosa	489
1.2.1 - Requisitos da inicial	489
1.2.2 - Rito processual	489
1.2.3 - Desnecessidade de apuração da culpa	489
1.2.4 - Sentença	489
1.3 Divórcio direto litigioso	489
1.3.1 - Requisitos da inicial	489
1.3.2 - Audiência	489
1.3.3 - Fase de instrução	489
1.3.4 - Partilha	489
1.4 - Divórcio direto consensual	489
1.4.1 - Requisitos da inicial	489
1.4.2 - Audiência	489
1.4.3 - Partilha	490
1.5 - Divórcio por conversão	490
1.6 - Ações cautelares	490
1.6.1 - Cautelares mais comuns	490
1.6.2 - Requisitos da inicial	490
1.6.3 - Pedido de liminar – impropriedade da manifestação do Ministério Público	490
1.6.4 - Busca e apreensão	490
1.6.5 - Arrolamento de bens	490
1.6.6 - Separação de corpos – alimentos provisionais	490
1.6.7 - Cautelar de separação de corpos	490
1.6.8 - Separação de corpos – medida excepcional	490
1.7 - Restabelecimento da sociedade conjugal	490
1.8 - A união estável	491
1.8.1 - Consideração inicial	491
1.8.2 - Requisitos	491
1.8.3 - Conversão da união estável em casamento	491
1.9 - Ação de alimentos	491
1.9.1 - Requisitos da inicial	491
1.9.2 - Audiência	491
1.9.3 - Fixação dos alimentos	491
1.10 - Ação revisional de alimentos	491
1.10.1 - Breve consideração	491
1.10.2 - Requisitos da inicial	492
1.10.3 - Fase instrutória	492
1.11 - Execução de alimentos	492
1.11.1 - Espécies de execução de alimentos	492
1.11.2 - Execução com constrição patrimonial como simples fase do processo de conhecimento	492
1.11.2.1 - Cabimento	492
1.11.2.2 - Alimentos definitivos e provisórios	492
1.11.2.3 - Iniciativa	492
1.11.2.4 - Pagamento voluntário e fase executiva	493
1.11.2.5 - Impugnação ao cumprimento de sentença	493
1.11.3 - Execução autônoma com constrição patrimonial	493
1.11.4 - Execução com coerção pessoal	494
1.11.4.1 - Coerção pessoal: prisão civil	494
1.11.4.2 - Cabimento	494
1.11.4.3 - Procedimento	494
1.11.5 - Execução por desconto em folha	495
1.11.6 - Escolha do procedimento executivo	495

1.11.7 - Prescrição	496
1.12 - Alimentos gravídicos	496
1.12.1 - Nota introdutória	496
1.12.2 - Critérios para fixação dos alimentos gravídicos	496
1.12.3 - Questões processuais	496
1.13 - Tutela	497
1.13.1 - Competência do juízo	497
1.13.2 - Hipóteses legais	497
1.13.3 - Legitimidade	497
1.13.4 - Documentos	497
1.13.5 - Alvará	497
1.13.6 - Prestação de contas	497
1.13.7 - Especialização de hipoteca legal	497
1.13.8 - Depósito em conta judicial	497
1.13.9 - Prestação de contas	497
1.13.10 - Remoção do tutor	497
1.14 - Curatela	497
1.14.1 - Hipóteses legais	497
1.14.2 - Legitimidade	497
1.14.3 - Documentos necessários	497
1.14.4 - Fase de instrução	498
1.14.5 - Prova	498
1.14.6 - Registro da sentença	498
1.14.7 - Aplicação dos dispositivos da tutela	498
1.14.8 - Prestação de contas	498
1.15 - Guarda	498
1.15.1 - Competência	498
1.15.2 - Modalidade da guarda	498
1.15.3 - Legitimidade	498
1.15.4 - Fase de instrução	499
1.15.5 - Documentos	499
1.16 - Investigação de paternidade	499
1.16.1 - Considerações iniciais	499
1.16.2 - Competência	499
1.16.3 - Alimentos provisionais	499
1.16.4 - Prova	499
1.16.5 - Sentença	499
1.16.6 - Investigação de maternidade	499
1.17 - A exclusão da paternidade	499
1.17.1 - Considerações iniciais	499
1.17.2 - Competência	500
1.17.3 - Fase de instrução	500
1.17.4 - Exclusão da maternidade	500
1.18 - Suprimento de idade para casamento – fundamento	500
1.19 - Suprimento de consentimento para o casamento – procedimento	500
1.20 - Ação de nulidade de casamento – requisitos da inicial	500
1.21 - Ação de anulação de casamento	500
1.21.1 - Atuação do Ministério Público	500
1.21.2 - Requisitos da inicial	500
1.22 - Pedidos de mudança de nome e sexo formulados por transexual	500
1.22.1 - Considerações iniciais	500

1.22.2 - Atuação do Ministério Público	500
1.22.3 - Conselho Federal de Medicina	501
1.23 - União homoafetiva	501
1.24 - Mudança do regime de bens	501
1.25 - Central de conciliação	501
1.25.1 - Considerações iniciais	501
1.25.2 - Atuação do Ministério Público	501
1.26 - Modelos de peças jurídicas	502
• Parecer final do Ministério Público – Adoção	502
• Parecer final do Ministério Público – Alimentos dos avós aos netos	503
• Parecer final do Ministério Público – Alimentos em união estável	505
• Parecer final do Ministério Público – Alimentos a filho maior	508
• Parecer final do Ministério Público – Alimentos dos filhos aos pais	510
• Parecer final do Ministério Público – Alteração de regime de bens	512
• Parecer final do Ministério Público – Alvará judicial	514
• Parecer do Ministério Público – Anulação de casamento	515
• Parecer final do Ministério Público – Busca e apreensão de menor em face da mãe	517
• Parecer final do Ministério Público – Busca e apreensão de menor em face do pai	519
• Parecer final do Ministério Público – Cautelar inominada – Guarda	520
• Parecer final do Ministério Público – Cautela inominada	522
• Parecer Final do Ministério Público – Interdição e curatela de ascendentes	524
• Parecer final do Ministério Público – Interdição e curatela de descendentes	525
• Parecer final do Ministério Público – Curatela / Levantamento de interdição	527
• Parecer Final do Ministério Público – Prestação de contas	529
• Parecer final do Ministério Público – Remoção de curador	531
• Parecer final do Ministério Público – Divórcio direto litigioso	532
• Parecer final do Ministério Público – Divórcio por conversão	535
• Parecer final do Ministério Público – Modificação de guarda – avós	535
• Parecer final do Ministério Público – Modificação de guarda	537
• Parecer final do Ministério Público – Guarda paterna	540
• Parecer final do Ministério Público – Investigação de Maternidade c/c Anulação de Adoção	541
• Parecer final do Ministério Público – Investigação de paternidade c/c alimentos	543
• Parecer Final do Ministério Público – Revisional de alimentos – Improcedência	546
• Parecer final do Ministério Público – Revisional de alimentos – Procedência parcial da ação	548
• Parecer final do Ministério Público – Revisional de alimentos – Procedência parcial	550
• Parecer final do Ministério Público – Revisional de alimentos – Improcedência – Revisional devedor redução	552
• Parecer final do Ministério Público – Separação litigiosa – 1	554
• Parecer final do Ministério Público – Separação litigiosa – 2	556
• Parecer final do Ministério Público – Tutela	558
• Parecer final do Ministério Público – Reconhecimento de união estável – Procedência	561
• Parecer final do Ministério Público – Reconhecimento de união estável – Improcedência	563
1.27 - Jurisprudência	566
2 - ATUAÇÃO EM DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE	609
2.1 - A filiação como elemento integrante da dignidade humana	609
2.2 - Atuação do Promotor de Justiça em declaratórias de paternidade/maternidade	611
2.2.1 - Providências preliminares do juízo	611
2.2.2 - Providências preliminares do Promotor de Justiça	611
2.2.3 - Arquivamento do procedimento	612
2.2.4 - Atuação judicial	612
2.2.4.1 - Legitimidade ativa do Ministério Público	612
2.2.4.2 - Considerações na atuação judicial	612
2.2.4.3 - Sentença	613
2.3 - Referências bibliográficas	614

2.4 - Modelos de peças jurídicas	615
• Termo de reconhecimento paterno com anuência materna	615
• Petição para o registro do reconhecimento	615
• Petição inicial de ação de investigação de paternidade	616
3 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DA SUCESSÃO E AUSÊNCIA	619
3.1 - Sucessão legítima	619
3.1.1 - Hipótese de intervenção	619
3.1.2 - Exame do rito	619
3.1.3 - Inventário com rito solene	619
3.1.4 - Nomeação de curador especial	619
3.1.5 - Avaliação judicial	619
3.1.6 - Requerimentos de alvarás	619
3.1.7 - Alienação de bens	619
3.1.8 - Permutas	619
3.1.9 - Prestação de contas	620
3.1.10 - Lei nº 6.858/80 (regulamentada pelo Decreto nº 85.845/81)	620
3.1.11 - Lei nº 12.195/2010	620
3.1.12 - Seguros de vida	620
3.2 - A sucessão testamentária	620
3.2.1 - Documentos essenciais	620
3.2.2 - Providências preliminares	620
3.2.3 - Partilha	620
3.2.4 - Aprovação e registro de testamento ou codicilo	620
3.3 - Jurisprudência	621
3.4 - Referências bibliográficas	626
4 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DE REGISTROS PÚBLICOS	626
4.1 - Introdução	626
4.2 - Princípios	626
4.3 - Retificação de registro civil	627
4.3.1 - O prenome	627
4.3.2 - O patronímico	629
4.3.3 - Retificação para correção de erros materiais e omissões	629
4.3.3.1 - Retificação pela via administrativa	630
4.3.3.2 - Retificação de registro de nascimento	630
4.3.3.3 - Modificação do regime de bens	630
4.3.3.4 - Retificação de registro de óbito	632
4.3.3.5 - Retificação para aquisição de cidadania estrangeira	632
4.3.3.6 - Retificação para inclusão de nome de família de padrasto ou madrasta	633
4.3.4 - Constituição de registro	633
4.3.5 - Registro de óbito tardio	633
4.3.6 - Reconhecimento de paternidade (Lei nº 8.560/92)	633
4.4 - Retificação de registro de imóveis	633
4.4.1 - Procedimento judicial	634
4.4.1.1 - Procedimento para retificação de área	634
4.4.1.2 - Procedimento para cancelamento de ônus	635
4.4.1.3 - Procedimento para cancelamento de cláusulas restritivas do direito de propriedade	635
4.5 - Procedimento de dúvida	636
4.5.1 - Dúvida não impugnada	636
4.5.2 - Dúvida impugnada	636

4.5.3 - Dúvida inversa	636
4.5.4 - Dúvida <i>ex officio</i>	637
4.6 - Hipótese de não retificação de escritura pública através de provocação do juízo registral	637
4.7 - Procedimento de habilitação para o casamento	637
4.7.1 - Aspectos gerais	637
4.7.2 - Trasladação	637
4.7.3 - Nubente estrangeiro	638
4.7.4 - Procuração no estrangeiro	638
4.7.5 - Procuração em território nacional	638
4.7.6 - A desnecessidade de exigência de publicação do edital de proclamas no respectivo consulado do nubente estrangeiro	639
4.8 - Averbções	639
4.8.1 - Atos realizados sob a égide da lei estrangeira	639
4.8.2 - Atos realizados no consulado	639
4.9 - Referências bibliográficas	639
5 - ATUAÇÃO NO JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA E EXECUÇÕES FISCAIS.....	640
5.1 - Introdução	640
5.1.1 - Mandado de segurança	640
5.1.2 - Da ação popular	644
5.1.3 - Da ação civil pública	645
5.2 - Jurisprudência	646
5.3 - Ementário de legislação pertinente.....	646
5.4 - Referências bibliográficas	648
5.5 - Peças jurídicas	650
• Mandado de segurança - Concurso público – Classificação 1º lugar – Direito à nomeação	650
• Mandado de Segurança - Serviços cartorários – ISSQN – Base de cálculo – Valor bruto dos emolumentos	653
• Mandado de segurança - Bronzeamento – Atuação da Anvisa – Exercício do poder de polícia	655
• Mandado de segurança - Concurso – Concessão efeito suspensivo a recurso constitucional – Impossibilidade.....	657
• Mandado de segurança - Indeferimento da inicial com análise do mérito – Não intervenção do Ministério Público – Nulidade.....	659
• Razões de recurso - Ação ordinária - Dano moral – Valor fixado irrisório	660
• Mandado de segurança - Trânsito – Resolução nº 168/2004 do Contran – Ilegal	662
• Mandado de segurança - Teto constitucional pensionista do IPSEMG	665
• Mandado de segurança - Concurso - Preliminar perda do objeto - Idade limite - Exame psicológico - Legalidade	673
• Mandado de segurança - Licitação – Fase habilitação – inexistência de litisconsorte passivo necessário – Capacidade técnica - Requisitos	677
• Mandado de segurança - Ato disciplinar – preliminar litisconsórcio – Nulidade da portaria inaugural – Não precisão dos fatos que visa apurar	680
• Mandado de segurança - Renúncia. Proventos de aposentadoria e aproveitamento do tempo de serviço em outra carreira – Possibilidade	683
• Mandado de segurança - ICMS – Bem importado mediante <i>leasing</i> – Não incidência.	686
• Mandado de Segurança - Resolução nº 276/08 CONTRAN - CNH antiga - Proibição ilegal da renovação fora do prazo	688
• Mandado de segurança - Prorrogação licença-maternidade – Direito à prorrogação automática – Inexistência – autonomia dos entes da federação	692
• Mandado de segurança - Técnico farmacêutico – Responsável técnico por drogarias e farmácias – Impossibilidade	693
• Mandado de segurança - Taxa de fiscalização ambiental de Minas Gerais – Enquadramento quanto ao porte da empresa – Exigência legal	696
• Petição inicial de ação civil pública	697
• Ofício - Pedido de emenda a edital de concurso público	702

6 - ATUAÇÃO RESIDUAL NO CÍVEL	703
6.1 - Introdução	703
6.2 - Ação de usucapião	703
6.2.1 – Aspectos a serem observados na ação de usucapião	704
6.3 - Jurisdição voluntária	705
6.3.1 - Levantamento de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares	705
6.3.2 - Alvarás para permuta e alienação de imóveis de incapazes	705
6.4 - Pedidos de sub-rogação de vínculos	705
6.5 - Ações de indenização por morte	706
6.6 - Homologação de acordo	706
6.7 - Ações anulatórias ou de nulidade de ato jurídico	706
6.8 - Posicionamentos advindos de discussões dos membros da promotoria cível da Capital ...	706
6.9 - Ementário de legislação pertinente	708
6.10 - Referências bibliográficas	708
6.11 - Jurisprudência	708
7 - APÊNDICE	709
7.1 - Carta das famílias	709
7.2 - Resolução PGJ nº 67, de 6 de outubro de 2010	712

X

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA: ATUAÇÃO ESPECIALIZADA PARTE 1

1 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E NO APOIO COMUNITÁRIO....	718
1.1 - Evolução dos direitos humanos nos cenários internacional e nacional	718
1.1.1 - Breve histórico	718
1.1.2 - O Ministério Público brasileiro e a defesa dos direitos humanos	720
1.1.2.1 - As atribuições do Ministério Público de Minas Gerais na atuação em defesa dos direitos humanos ..	720
1.2 - Discriminação racial	721
1.2.1 - A questão do negro afro-descendente	721
1.2.1.1 - Comunidades quilombolas	722
1.2.2 - O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime de racismo	723
1.2.3 - Injúria qualificada e crime de racismo	724
1.2.4 - História e cultura afro-brasileira como temas obrigatórios no currículo oficial da rede de ensino ...	725
1.3 - Diversidade sexual	725
1.3.1 - Conceitos	726
1.3.2 - União homoafetiva	726
1.3.3 - A questão da transexualidade	728
1.3.4 - Adoção por casal homoafetivo	729
1.3.5 - Sanções legais a práticas homofóbicas	730
1.3.6 - Benefícios previdenciários para companheiros homossexuais	731

1.4 - Direito humano à alimentação adequada e à segurança alimentar	731
1.4.1 - Segurança alimentar no Brasil e o Ministério Público	732
1.4.2 - A legislação municipal como forma de limitação da monocultura bioenergética e garantia de segurança alimentar	733
1.5 - Programa de proteção, auxílio e assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas – Provita... 733	733
1.5.1 - Requisitos para encaminhamento de um pedido de inclusão ao programa	734
1.5.2 - Quem pode encaminhar um pedido de inclusão	734
1.5.3 - Documentos que devem instruir o pedido	734
1.5.4 - Perfil legal do usuário do Programa de Proteção	734
1.5.5 - Forma de atuação da equipe técnica	735
1.5.6 - Obrigações contraídas pelo usuário	735
1.5.7 - Obrigações contraídas pelo programa	735
1.5.8 - O réu colaborador	735
1.5.9 - O depoente especial	736
1.6 - Tortura	736
1.6.1 - Histórico da tortura no Brasil	736
1.6.2 - A evolução do combate à tortura	736
1.6.3 - Conceito de tortura	736
1.6.4 - A apuração da tortura	737
1.6.4.1 - Questões probatórias	737
1.6.4.2 - A perícia médico-legal	738
1.6.4.3 - O Ministério Público ante a perícia	739
1.6.5 - O monitoramento de locais de detenção – O Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura da ONU ..739	
1.6.5.1 - Conceitos	740
1.6.5.2 - O monitoramento	740
1.6.5.3 - Como monitorar?	741
1.7 - A questão da violência arbitrária (art. 322 do CP), do exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350 do CP) e do abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65)...742	742
1.7.1 - O crime do art. 209 do Código Penal Militar e a Lei de Abuso de Autoridade	743
1.8 - O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público	744
1.8.1 - Introdução	744
1.8.2 - O poder investigatório do Ministério Público	745
1.8.3 - A efetivação possível da fiscalização da atividade policial	746
1.8.3.1 - A Lei estadual nº 15.301/2004 – Suspensão cautelar do policial civil	747
1.8.4 - O controle interno	747
1.9 - Apoio comunitário	747
1.10 - Combate à violência doméstica e familiar contra a mulher	748
1.10.1 - Introdução	748
1.10.2 - Desafios jurídicos	749
1.10.2.1 - Constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006	750
1.10.2.2 - Constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006	751
1.10.2.3 - O afastamento da Lei nº 9.099/95	752
1.10.2.4 - A inaplicabilidade da suspensão processual nos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher	754
1.10.3 - A ação penal	757
1.10.3.1 - Possibilidade de retratação e renúncia à representação – Audiência do art. 16 da Lei nº 1.340/2006...757	
1.10.3.2 - Ação penal nos delitos de lesão corporal leve	760
1.10.4 - Crimes e delitos	761
1.10.5 - Atendimento à vítima	763
1.10.5.1 - O atendimento propriamente dito	763
1.10.5.2 - O requerimento de medidas protetivas	764
1.10.5.3 - Providências diante do descumprimento das medidas protetivas	767
1.10.6 - A prisão preventiva na Lei nº 11.340/2006	767

1.11 - Referências bibliográficas	768
1.12 - Modelos de peças processuais concernentes a direitos humanos	770
• Ação civil pública contra IPISM e IPSEMG	770
• Parecer final do MP - Crime de racismo - Modelo de parecer	796
• Denúncia 1	807
• Denúncia 2	809
• Modelo de Ação Cautelar Inominada - Interdição de cadeia pública	810
• Modelo de recomendação	815
• Pedido de inclusão de testemunha / vítima no Provita	818
• Modelos de peças processuais no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher	818
• Modelo de pedido de reconsideração de medidas protetivas – I	818
• Pedido de reconsideração de medidas protetivas indeferidas, medidas cautelares criminais – II	819
• Petição de recurso em sentido estrito quando da rejeição da denúncia	821
• Requerimento de prisão preventivas do agressor	828
• Parecer ministerial tomando ciência de audiência designada para oitiva da vítima, requerendo seu cancelamento e o recebimento da denúncia, bem como a designação de interrogatório do acusado.....	829
1.13 - Ementário	831
1.14 - Jurisprudência	834
2 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS CONFLITOS AGRÁRIOS/FUNDIÁRIOS	838
2.1 - Introdução	838
2.2 - Síntese das atribuições	838
2.3 - Atuação na área cível	839
2.3.1 - Considerações	839
2.3.2 - Atuação nos interditos possessórios	839
2.3.2.1 - Legitimação interventiva	839
2.3.2.2 - Conflito coletivo pela posse da terra rural – Caracterização	839
2.3.2.3 - Os interditos possessórios	840
2.3.2.4 - Abordagem clássica da posse	841
2.3.2.5 - Observância do princípio da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, 170, III, e 186 da CF/88)	841
2.3.2.6 - Competência/atribuições – Resolução nº 438/04/TJMG e LC nº 34/94	842
2.3.2.7 - Competência da Vara de Conflitos Agrários de Belo Horizonte, pelas atribuições da Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários e pela competência da Justiça Federal	842
2.3.2.8 - Oitiva prévia do Ministério Público	842
2.3.2.9 - Conflitos possessórios envolvendo remanescentes de comunidades de quilombos	843
2.3.3 - Atuação nos feitos dominiais	844
2.4 - Atuação na área penal	844
2.4.1 - Considerações	844
2.4.2 - Atipicidade nas condutas de ocupação	844
2.4.2.1 - Violação de domicílio – Art. 150, CP	847
2.4.2.2 - Alteração de limites – Art. 161, CP	847
2.4.2.3 - Esbulho possessório – Art. 161, § 1º, II, CP	848
2.4.2.4 - Dano – Art. 163, CP	848
2.4.2.5 - Apologia de crime ou criminoso – Art. 287, CP	848
2.4.2.6 - Quadriilha ou bando – Art. 288, CP	848
2.4.2.7 - Resistência – Art. 329, CP	849
2.4.2.8 - Desobediência – Art. 330, CP	849
2.4.2.9 - Exercício arbitrário das próprias razões – Art. 345, CP	850
2.4.2.10 - Delito descrito no art. 20, <i>caput</i> , da Lei nº 4.947/66	850
2.4.3 - A intervenção policial em questões possessórias	850
2.4.4 - Combate à formação e ações de milícias	852
2.5 - Atuação na esfera dos interesses coletivos e individuais homogêneos	852
2.6 - Ementário de legislação pertinente	853

2.7 - Referências bibliográficas	860
2.8 - Técnica de atuação/peças	862
• Reintegração de Posse - 1	862
• Reintegração de Posse - 2	862
• Agravos de instrumento	863
• Limites subjetivos da lide/Necessidade de citação editalícia	863
• Agravo de instrumento – Prévia intervenção/ausência de vistoria e de audiência prévia/função social	865
• Agravo de instrumento – Litisconsórcio facultativo/Função social	871
• Agravo de instrumento – Deslocamento/Justiça Federal	877
• Ação civil pública – Criança e adolescente	879
• Arquivamento – Atipicidade – Conduta de ocupação de imóvel rural	886
2.9 - Jurisprudência	890
3 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DO CONSUMIDOR	901
3.1 - Introdução	901
3.2 - Considerações gerais	902
3.2.1 - Conceitos básicos na interpretação das normas consumeristas	902
3.2.2 - Norma de ordem pública	902
3.2.3 - Relação de consumo	902
3.2.4 - Consumidor	902
3.2.5 - Vulnerabilidade	902
3.2.6 - Fornecedor	902
3.2.7 - Produto	903
3.2.8 - Produto durável e produto não durável	903
3.2.9 - Serviços	903
3.2.10 - Fato do produto/serviço.....	903
3.2.11 - Vício do produto	903
3.2.12 - Vício do serviço	904
3.2.13 - Nota técnica	904
3.2.14 - Fundo estadual de proteção e defesa do consumidor (FEPDC)	904
3.2.15 - Conselho gestor do FEPDC	904
3.3 - O Ministério Público na defesa do consumidor	905
3.3.1 - Atuação social	905
3.3.2 - Proteção e defesa do consumidor no âmbito transindividual	905
3.3.3 - Educação	905
3.3.4 - Incentivo às associações civis de proteção do consumidor	905
3.3.5 - Criação e incentivo ao funcionamento do Procon municipal	905
3.3.6 - Atendimento ao consumidor	906
3.3.7 - Audiências públicas	906
3.4 - Atuação no juízo criminal	906
3.4.1 - Sujeito ativo	907
3.4.2 - Bem jurídico	907
3.4.3 - Sujeito passivo	908
3.5 - Atuação no juízo cível	908
3.5.1 - Esboço histórico	908
3.5.2 - Peculiaridades	908
3.5.3 - Execução de termos de ajustamento de conduta e termos de acordo	909
3.5.4 - Atuação como fiscal da lei (<i>custos legis</i>)	909
3.6 - Atuação administrativa	909
3.6.1 - Informações preliminares	909
3.7 - Atuação extrajudicial típica	910
3.7.1 - Inquérito civil	910

3.7.2 - Recomendação	911
3.8 - Atuação extrajudicial atípica	911
3.8.1 - Mecanismos de atuação do Promotor de Justiça à frente do PROCON-MG	911
3.8.1.1 - Medidas cautelares	911
3.8.1.2 - Investigação preliminar	912
3.8.1.3 - Processo administrativo	912
3.8.1.4 - Iter procedimental	913
3.8.1.5 - Decisão administrativa	913
3.8.1.6 - Sanções	913
3.9 - Referências bibliográficas	914
4 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	914
4.1 - Introdução	914
4.2 - Breve história do direito da criança e do adolescente	915
4.3 - Alteração do paradigma do direito da criança e do adolescente	917
4.3.1 - Princípios basilares do atual direito da criança e do adolescente	919
4.3.1.1 - Princípio da prioridade absoluta	920
4.3.1.2 - Princípio da proteção integral	925
4.3.1.3 - Princípio do melhor interesse	926
4.3.1.4 - Princípio do peculiar estado de pessoa em desenvolvimento	927
4.3.1.5 - Princípio da municipalização do atendimento	928
4.4 - Peculiaridades da atuação na área	930
4.4.1 - Considerações iniciais	930
4.4.2 - O sistema de garantias dos direitos de crianças e adolescentes	932
4.4.3 - Políticas públicas na área da infância e juventude, Conselhos de Direitos e Fundo da Infância e Juventude (FIA)	932
4.4.3.1 - Introdução	932
4.4.3.2 - Conselhos de Direitos	933
4.4.3.3 - Fundo da Infância e da Adolescência (FIA)	936
4.4.4 - O Conselho Tutelar	937
4.4.4.1 - Considerações iniciais	937
4.4.4.2 - Instalação	938
4.4.4.3 - Funcionamento	940
4.4.4.4 - Atribuições	942
4.5 - As primeiras atribuições do Promotor de Justiça da área da infância e da juventude	943
4.6 - O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos individuais da criança e do adolescente ..	945
4.6.1 - Medidas de proteção: considerações pertinentes	945
4.6.1.1 - Direito à convivência familiar e comunitária	946
4.6.1.2 - Colocação em família substituta e as alterações trazidas pela Lei n.º 12.010/2009	948
4.6.1.3 - Orientação, apoio e encaminhamento temporários e a inclusão em programa oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente	950
A - O Sistema Único de Assistência Social	951
4.6.1.4 - Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos	952
4.6.1.5 - Crianças/adolescentes ameaçados de morte	955
4.6.2 - Os procedimentos de cunho familiar	956
4.6.2.1 - Ação de investigação de paternidade	958
4.6.2.2 - Procedimento de destituição e suspensão do poder familiar	959
4.6.2.3 - A nomeação e a remoção do tutor	961
4.6.2.4 - A especificação da hipoteca legal	963
4.6.2.5 - A prestação de contas do tutor e do curador	964
4.6.2.6 - A ação de alimentos em favor da criança ou do adolescente	964

4.6.2.7 - Ação de execução de alimentos	965
4.6.3 - O procedimento para a apuração de irregularidades em entidades de atendimento	966
4.6.4 - A ação de responsabilização em razão de infração administrativa	967
4.6.4.1 - As infrações administrativas contra as normas protetivas	967
4.6.4.2 - O procedimento de apuração de infração administrativa	968
4.6.4.3 - A execução de multas cominatórias	969
4.6.5 - Crimes cometidos contra crianças e adolescentes	969
4.6.5.1 - Peculiaridades da investigação	969
4.6.5.2 - A ação penal diante dos crimes cometidos contra crianças e adolescentes	970
4.6.5.3 - Crimes contra a criança e o adolescente tipificados na Lei n.º 8.069/90	972
A - Falta do registro de atividades na forma do art. 10 do Estatuto	972
B - Não-identificação do neonato e da parturiente	972
C - Privação da liberdade de criança e adolescente	972
D - Falta de comunicação de apreensão de criança e adolescente	972
E - Submissão da criança e do adolescente a vexame ou constrangimento	973
F - Tortura contra criança e adolescente	973
G - Não liberação imediata de criança e adolescente	973
H - Descumprimento de prazo	974
I - Impedir ou embarçar ação de autoridade judiciária	974
J - Subtração de criança ou adolescente	974
K - Entrega de filho ou pupilo mediante recompensa	974
L - Envio de criança ou adolescente ao exterior	974
M - Utilização de criança ou adolescente em cena pornográfica	975
N - Divulgação de cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente	975
O - Manter registro de cena de sexo explícito pornográfica envolvendo criança e adolescente	975
P - Simulação de participação de criança em cena de sexo explícito ou pornográfica	976
Q - Assédio à criança ou ao adolescente	976
R - Conceito de pornografia e sexo explícito	976
S - Venda de arma, munição ou explosivo	976
T - Venda de produtos que causem dependência física ou psíquica	976
U - Venda de fogos de artifício a criança e adolescente	976
V - Exploração sexual de criança e adolescente	976
4.6.6 - Os remédios constitucionais	977
4.6.6.1 - Mandado de segurança	977
4.6.6.2 - Mandado de injunção	978
4.6.6.3 - <i>Habeas corpus</i>	979
4.7 - O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos coletivos e difusos	980
4.7.1 - Os direitos transindividuais	980
4.7.2 - A ação civil pública	982
4.7.2.1 - Legitimidade para propositura	983
4.7.2.2 - O inquérito civil	984
4.7.2.3 - O termo de ajustamento de conduta	986
4.7.2.4 - O processamento da ação civil pública	987
4.7.2.5 - A execução da sentença e do termo não cumprido	987
4.7.3 - O direito à vida	988
4.7.4 - O direito à saúde	988
4.7.4.1 - O nascituro e a gestante	989
4.7.4.2 - O aleitamento materno	990
4.7.4.3 - Os estabelecimentos médicos de atendimento à parturiente	991
4.7.4.4 - O teste do pezinho	992
4.7.4.5 - A saúde da criança e do adolescente	992
4.7.4.6 - O sistema preventivo e as campanhas de vacinação	995
4.7.5 - O direito à liberdade	996
4.7.5.1 - O direito de ir e vir	996
A - O toque de recolher	997
4.7.5.2 - A autorização para viajar	998

4.7.5.3 - O direito à expressão	998
4.7.5.4 - O direito à crença e à religião	999
4.7.6 - O direito ao respeito e à dignidade	999
4.7.7 - O direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer	1000
4.7.7.1 - O direito à igualdade	1001
4.7.7.2 - As condições e a permanência	1002
A - O material didático e escolar	1002
B - O transporte escolar	1003
C - A merenda escolar	1003
D - O uniforme escolar	1004
E - A escola pública próxima à residência	1004
4.7.7.3 - O ensino fundamental obrigatório	1004
4.7.7.4 - O ensino médio e a extensão de sua obrigatoriedade	1005
4.7.7.5 - A educação tecnológica e profissionalizante	1005
4.7.7.6 - A educação infantil	1006
4.7.7.7 - O ensino noturno ao adolescente trabalhador	1007
4.7.7.8 - O processo educacional	1008
4.7.7.9 - O direito à cultura, ao esporte e ao lazer	1008
4.7.8 - O direito à profissionalização	1010
4.8 - O Promotor de Justiça e o ato infracional	1012
4.8.1 - Primeiras considerações	1013
4.8.2 - A apresentação do adolescente	1014
4.8.3 - O arquivamento da notícia de ato infracional	1014
4.8.4 - A remissão ministerial	1014
4.8.5 - A representação à autoridade judiciária	1016
4.8.6 - As audiências de apresentação e em continuação	1018
4.8.7 - A aplicação de medida socioeducativa	1018
4.8.8 - O recurso	1019
4.9 - O Promotor de Justiça como fiscal da lei	1020
4.9.1 - Peculiaridades da atuação na qualidade de <i>custos legis</i>	1020
A - A obrigatoriedade da intervenção	1020
B - A intimação	1020
C - A falta da intervenção	1021
D - A forma de atuação	1021
4.9.2 - As previsões estatutárias	1022
4.9.2.1 - Nos procedimentos de cunho familiar	1022
4.9.2.2 - Nas medidas socioeducativas	1022
4.9.2.3 - No afastamento provisório dirigente de entidade de atendimento	1022
4.9.2.4 - Nos procedimentos não disciplinados pela Lei nº 8.069/90	1022
4.9.2.5 - Nas infrações administrativas	1022
4.9.2.6 - Na apuração de irregularidade em entidade de atendimento	1022
4.10 - O Promotor de Justiça e os procedimentos não jurisdicionais	1022
4.10.1 - Os procedimentos administrativos e as sindicâncias	1023
4.10.2 - A fiscalização das entidades de atendimento	1023
4.11 - Considerações finais	1025
4.12 - Referências bibliográficas	1025
4.13 - Apêndice	1028
4.13.1 - Resolução CONANDA nº 106, de 17 de novembro de 2005	1028
4.13.3 - Proposta de portaria que regulamenta a fiscalização da destinação dos recursos do Fia pelo Ministério Público	1038

5 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NOS DIREITOS DO IDOSO E DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA	1040
5.1 - Considerações introdutórias	1040
5.2 - Atribuições e legitimidade do Ministério Público na defesa do direito do idoso e da pessoa com deficiência	1040
5.2.1 - Direitos difusos e coletivos – Idoso e pessoa com deficiência	1040
5.2.1.1 - Fundamento legal	1040
5.2.1.2 - Considerações	1041
5.2.2 - Direitos individuais homogêneos – Idoso e pessoa com deficiência	1043
5.2.2.1 - Fundamento legal	1043
5.2.2.2 - Considerações	1044
5.2.3 - Direitos individuais puros	1044
5.2.3.1 - Idoso	1044
5.2.3.2 - Pessoa com deficiência	1046
5.2.4 - Atuação como <i>custos legis</i>	1046
5.2.4.1 - Idoso	1046
5.2.4.2 - Pessoa com deficiência	1046
5.3 - Acessibilidade	1047
5.3.1 - Acessibilidade nas edificações	1047
5.3.1.1 - Fundamento legal	1047
5.3.2 - Acessibilidade nos serviços de transporte coletivo	1048
5.3.2.1 - Fundamento legal	1048
5.3.2.2 - Acessibilidade no transporte coletivo rodoviário	1049
5.3.2.3 - Acessibilidade no transporte coletivo aquaviário	1049
5.3.2.4 - Acessibilidade no transporte coletivo metroferroviário e ferroviário	1050
5.3.2.5 - Acessibilidade no transporte coletivo aéreo	1050
5.3.2.6 - Prazo contido na Lei Federal nº 10.048/2000	1050
5.4 - Transporte coletivo - Gratuidade	1051
5.4.1 - Passe livre no transporte coletivo urbano, intermunicipal e interestadual para idosos e pessoas com deficiência ..	1051
5.4.1.1 - Transporte coletivo urbano	1051
5.4.1.2 - Transporte coletivo intermunicipal	1052
5.4.1.3 - Transporte coletivo interestadual	1053
5.5 - Fiscalização de instituições de longa permanência para idosos	1054
5.5.1 - Normas aplicáveis	1054
5.5.1.1 - Aspectos a serem observados quando da fiscalização de ILPI	1054
5.5.1.2 - Requisitos relativos à pessoa jurídica	1055
5.5.1.3 - Requisitos relativos ao idoso	1055
5.5.1.4 - Quanto ao atendimento prestado pela entidade	1055
5.5.1.5 - Quanto às condições da entidade	1056
5.6 - Direito à educação	1056
5.6.1 - Necessária compreensão do tema	1056
5.6.1.1 - Fundamento legal	1056
5.6.1.2 - Aspectos práticos e pedagógicos - EJA	1057
5.6.1.3 - Aspectos práticos e pedagógicos - Educação especial	1058
5.6.1.4 - Informações úteis	1060
5.6.1.5 - Roteiro para atuação	1060
5.6.1.6 - Texto veiculado no Boletim Informativo Eletrônico Mensal do CAOPPI, ano 3, número 40, setembro 2009	1061
5.7 - Ementário de legislação pertinente	1062
5.8 - Jurisprudência	1062
5.9 - Referências bibliográficas	1068

6 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NO DIREITO AMBIENTAL - DEFESA DO MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO CULTURAL, URBANISMO E HABITAÇÃO (CAO-MA)	1069
6.1 - Mineração: considerações gerais sobre o tema	1069
6.1.1 - Técnica de atuação	1071
6.1.1.1 - Quesitos	1071
6.2 - A defesa da ordem urbanística	1072
6.2.1 - Introdução	1072
6.2.2 - Competência em matéria urbanística	1072
6.2.3 - A atuação do Ministério Público em prol da ordem urbanística	1073
6.3 - Plano diretor	1074
6.3.1 - A obrigatoriedade dos Municípios em editar seus planos diretores	1074
6.3.2 - A obrigatoriedade e abrangência do plano diretor	1075
6.3.3 - Prazo para editar o plano diretor	1075
6.3.4 - As sanções jurídicas pela não edição do plano diretor	1076
6.3.5 - Conteúdo mínimo do plano diretor	1076
6.3.6 - Procedimentos de elaboração do plano diretor	1076
6.3.7 - Conclusão	1076
6.4 - Técnicas de atuação: roteiro prático	1077
6.5 - Uso e ocupação do solo: parcelamento do solo urbano	1078
6.5.1 - Parcelamento do solo urbano: loteamentos e desmembramentos clandestinos e irregulares	1078
6.5.1.1 - O uso e a ocupação do solo urbano na CF/88	1078
6.5.1.2 - Urbanismo, ordem urbanística e direito urbanístico	1078
6.5.1.3 - Efeitos da inobservância das normas urbanísticas	1078
6.5.1.4 - A legitimidade do Ministério Público para defesa da ordem urbanística	1079
6.5.1.5 - Parcelamento do solo urbano – Lei federal nº 6.766/79	1079
6.5.1.6 - Exigências legais para o regular parcelamento do solo urbano	1079
6.5.1.7 - Loteamentos e desmembramentos clandestinos	1080
6.5.1.8 - Loteamentos e desmembramentos irregulares	1081
6.5.2 - Técnicas de atuação	1081
6.5.2.1 - A instrução do inquérito civil	1081
6.5.2.2 - A ação civil pública	1083
6.5.2.3 - O inquérito policial	1084
6.5.2.4 - A denúncia criminal	1084
6.5.2.5 - A suspensão condicional do processo	1085
6.5.2.6 - Providências cautelares	1085
6.6 - As APPs urbanas	1085
6.6.1 - As áreas de preservação permanente e parcelamento, uso e ocupação do solo urbano	1085
6.6.1.1 - A preservação do meio ambiente e as áreas protegidas	1085
6.6.1.2 - Conceito de áreas de preservação permanente, formas de instituição e importância	1086
6.6.1.3 - A aplicação do Código Florestal na área urbana	1088
6.6.1.4 - A observância das restrições legais à ocupação das APPS nos empreendimentos de parcelamento do solo urbano	1089
6.6.1.5 - Da autorização para novas construções em áreas de preservação permanente em loteamentos antigos	1091
6.6.1.6 - Do interesse social, da utilidade pública e do baixo impacto como requisitos à autorização da intervenção em APP	1093
6.6.1.7 - Das autorizações de intervenções eventuais e de baixo impacto em APPS urbanas	1093
6.6.1.8 - Conclusão	1094
6.6.1.9 - Referências bibliográficas	1095
6.6.2 - Técnicas de atuação: Roteiro básico de atuação do Ministério Público em casos de ocupações irregulares de APPS urbanas	1095
6.6.3 - Quesitos para IC que versa sobre construção ilegal em APP Urbana	1096

6.7 - Reserva legal	1098
6.7.1 - A desfiguração do Código Florestal. A legislação federal e estadual mineira sobre reserva legal	1099
6.7.2 - A função social da propriedade	1100
6.7.3 - A função social da propriedade rural e o meio ambiente	1101
6.7.4 - O Direito agrário, o Direito ambiental e a função ambiental da propriedade rural	1102
6.7.5 - A reserva legal como conteúdo específico da função ambiental de toda propriedade rural, inclusive a pequena propriedade rural ou posse rural familiar	1103
6.7.6 - A reserva legal como espaço territorial especialmente protegido – conceito normativo – percentual em Minas Gerais	1103
6.7.7 - Funções da reserva legal	1104
6.7.8 - Uso sustentável dos recursos naturais	1104
6.7.9 - Conservação e reabilitação dos processos ecológicos	1104
6.7.10 - Conservação da biodiversidade e abrigo e proteção de fauna e flora naturais	1105
6.7.11 - Pequena propriedade rural e a posse rural familiar – Caracterização em Minas Gerais – Requisitos objetivo e subjetivo	1105
6.7.12 - Vantagens para a pequena propriedade e posse rural familiar quanto à reserva legal para efetivação da reserva legal	1105
6.7.13 - A contagem do percentual de reserva legal – Exceções – Pequena propriedade – Cômputo de vegetação nativa existente em área de preservação permanente	1106
6.7.14 - A área de reserva legal e a ausência de vegetação nativa	1106
6.7.15 - A averbação da reserva legal	1109
6.7.16 - Aquisição de imóvel já desmatado	1111
6.7.17 - Averbação como dever do oficial do Cartório de Registro de Imóveis	1112
6.7.18 - A compensação da reserva legal	1112
6.7.19 - Cooperação técnica interinstitucional e viabilização da averbação das reservas legais em Minas Gerais ..	1113
6.7.20 - Conclusão	1114
6.8 - Poluição em decorrência da disposição irregular de resíduos sólidos urbanos: aspectos jurídicos e atuação ministerial	1114
6.8.1 - Considerações gerais sobre o problema	1114
6.8.2 - Resíduos especiais	1115
6.8.3 - Formas corretas de coleta e destinação de resíduos sólidos urbanos	1116
6.8.3.1 - Coleta	1116
6.8.4 - Aspecto criminal	1119
6.8.5 - Aspecto cível	1120
6.8.6 - Improbidade administrativa ambiental	1122
6.8.7 - Aspecto administrativo	1123
6.8.8 - Sugestão de roteiro para atuação ministerial	1123
6.8.9 - Plano Geral de Atuação	1123
6.9 - Poluição em decorrência do lançamento em cursos d'água de esgotos sanitários sem prévio tratamento – aspectos jurídicos e atuação do Ministério Público	1124
6.9.1 - Considerações sobre o problema	1124
6.9.2 - Diplomas legais aplicáveis à temática	1124
6.9.3 - Instrumentos jurídicos para o combate à poluição	1127
6.9.3.1 - Aspecto criminal	1127
6.9.3.2 - Aspecto cível	1127
6.9.4 - Conclusões	1130
6.9.5 - Roteiro simplificado de atuação ministerial	1130
6.10 - O Ministério Público e o licenciamento ambiental	1131
6.10.1 - Introdução	1131
6.10.2 - Natureza jurídica da licença ambiental	1132
6.10.3 - Competência em matéria ambiental	1133
6.10.3.1 - Competências constitucionais na federação brasileira	1133
6.10.3.2 - Competência legislativa ambiental	1134
6.10.3.3 - Competência administrativa ambiental	1134
6.10.4 - O licenciamento ambiental em Minas Gerais	1135

6.10.4.1 - O Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM)	1135
6.10.4.2 - Estrutura e modo de funcionamento do COPAM	1135
6.10.4.3 - O COPAM e o direito do ambiente negociado	1136
6.10.5 - Município e licenciamento ambiental	1137
6.10.6 - Empreendimentos passíveis de licenciamento ambiental	1138
6.10.7 - Definição do potencial degradador	1138
6.10.7.1 - Presunção absoluta de potencial significativo de impacto ambiental	1140
6.10.8 - Espécies de licença ambiental	1140
6.10.8.1 - Licença de operação corretiva	1141
6.10.8.2 - Prazo para emissão da licença ambiental	1141
6.10.9 - Renovação de licença de operação	1141
6.10.10 - Etapas do licenciamento ambiental	1141
6.10.11 - Estudo prévio de impacto ambiental	1141
6.10.11.1 - Conteúdo do estudo de impacto ambiental	1142
6.10.11.2 - A influência da conclusão do EIA	1143
6.10.12 - Licenciamento ambiental e participação popular	1144
6.10.12.1 - A audiência pública e o EIA/RIMA	1145
6.10.12.2 - Procedimento da audiência pública em Minas Gerais	1146
6.10.13 - O caráter complexo do procedimento de licenciamento ambiental	1146
6.10.13.1 - Participação de municípios em licenciamento ambiental em trâmite em outro nível federativo ...	1147
6.10.13.2 - Prévia autorização dos órgãos gestores de unidades de conservação	1148
6.10.13.3 - Terras indígenas	1148
6.10.13.4 - Implantação de hidrelétrica	1149
6.10.13.5 - Oitiva dos órgãos de defesa do patrimônio cultural	1149
6.10.14 - A regularização ambiental de atividades de potencial pequeno potencial degradador	1149
6.10.15 - A regularização ambiental como processo contínuo	1151
6.10.16 - Conclusões	1152
6.11 - Glossário de siglas - licenciamento ambiental.....	1152
6.12 - Ementário de legislação pertinente.....	1152
6.13 - Roteiro básico para atuação dos Promotores de Justiça no Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM)	1153
6.13.1 - Legislação básica aplicável	1153
6.13.1.1 - Legislação federal	1153
6.13.1.2 - Resoluções CONAMA	1153
6.13.1.3 - Legislação estadual	1153
6.13.1.4 - Deliberações normativas COPAM	1154
6.13.2 - Considerações gerais	1154
6.13.3 - Compensação ambiental (Lei do SNUC; Lei nº 11.428/2006; Lei Estadual nº 14.309/2002 e Resolução CONAMA nº369/2006)	1155
6.13.4 - Reserva legal e áreas de preservação permanente	1155
6.13.5 - EIA/RIMA	1156
6.13.6 - Material de apoio para atuação	1156
6.13.7 - Referências bibliográficas	1156
6.14 - Improbidade administrativa e licenciamento ambiental	1157
6.14.1 - Introdução	1157
6.14.2 - Licenciamento	1157
6.14.3 - Estudo de impacto ambiental	1158
6.14.4 - Agente público	1159
6.14.5 - Responsabilidade por danos ao meio ambiente – Princípio da prevenção	1159
6.14.5.1 - Responsabilidade civil	1160
6.14.5.2 - Improbidade administrativa	1160
6.14.5.3 - Responsabilidade penal	1161
6.14.6 - Conclusão	1162
6.14.7 - Referências bibliográficas	1163

6.15 - Agrotóxicos	1164
6.16 - Introdução	1164
6.17 - Agrotóxicos e o meio ambiente	1164
6.18 - Legislação aplicável	1165
6.18.1 - Constituição Federal	1165
6.18.2 - Legislação federal	1165
6.19 - Conceito	1166
6.20 - Princípio da prevenção	1166
6.21 - Registro	1166
6.22 - Comercialização	1168
6.23 - Responsabilidade do usuário	1169
6.24 - Responsabilidade das empresas produtoras e comercializadoras	1169
6.25 - Conclusão	1169
6.26 - Referências bibliográficas	1170
6.27 - Jurisprudência	1171
6.28 - Referências bibliográficas	1172

XI

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA: ATUAÇÃO ESPECIALIZADA PARTE 2

1 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA EM FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL	1178
1.1 - Introdução	1178
1.2 - Associações	1178
1.2.1 - Existência legal	1178
1.2.2 - Atos constitutivos	1178
1.2.3 - Disposições estatutárias obrigatórias	1179
1.2.4 - Controle exercido pelo Ministério Público	1179
1.2.5 - Extinção	1180
1.3 - Fundações	1180
1.3.1 - Definição	1180
1.3.2 - Natureza jurídica	1180
1.3.3 - Arcabouço principiológico	1181
1.3.4 - Instituidor	1181
1.3.5 - Atos constitutivos	1181
1.3.6 - Vontade do instituidor	1182
1.3.7 - Estatuto	1182
1.3.8 - Patrimônio, sua constituição e utilização	1183
1.3.9 - Natureza relativamente inalienável do patrimônio fundacional	1184
1.3.10 - Fundações de apoio	1184
1.3.11 - Fundações de previdência privada	1185
1.3.12 - Fundações partidárias	1185
1.3.13 - Velamento	1185

1.3.14 - Instrumentos de atuação do curador de fundações	1186
1.3.15 - Prestação de contas	1187
1.3.16 - Extinção	1187
1.3.17 - Exposição sintética das atribuições do curador de fundações	1188
1.4 - Estrutura orgânica das entidades sem fins lucrativos	1189
1.4.1 - Introdução	1189
1.4.2 - Órgão deliberativo	1190
1.4.3 - Órgão executivo	1190
1.4.4 - Órgão de controle interno	1190
1.4.5 - Remuneração de dirigentes e dos reflexos no gozo de imunidade fiscal	1190
1.5 - Responsabilidade dos dirigentes	1191
1.6 - Títulos, certificados e qualificações	1192
1.7 - Coletânea jurisprudencial	1193
1.7.1 - Assistência judiciária	1193
1.7.2 - Suprimento judicial para aprovação de reforma estatutária denegada pelo <i>Parquet</i>	1193
1.7.3 - Imunidade tributária	1193
1.7.4 - Afastamento de dirigentes	1194
1.7.5 - Responsabilização de dirigentes	1194
1.7.6 - Extinção de fundação	1196
1.7.7 - Ministério Público como <i>custos juris</i>	1196
1.7.8 - Invalidação de ato jurídico	1197
1.7.9 - Indisponibilidade relativa do patrimônio fundacional	1197
1.7.10 - Poder requisitório e legitimidade do Ministério Público para propor ação exorbitária	1197
1.7.11 - Descabimento de mandado de segurança contra desaprovação de contas	1197
1.8 - Modelo de estatuto	1198
1.9 - Bibliografia recomendada	1205
2 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA SAÚDE PÚBLICA	1205
2.1 - Introdução	1205
2.1.1 - Marco legal	1205
2.1.2 - Histórico	1206
2.1.3 - Instituições	1207
2.1.4 - Campo de atuação	1207
2.1.5 - Recursos humanos	1208
2.2 - Financiamento	1208
2.3 - Planejamento	1208
2.4 - Fiscalização dos instrumentos de gestão	1208
2.5 - Fiscalização do sistema de informações	1209
2.6 - Controle social	1209
2.7 - Sociedade civil	1209
2.8 - Ementário De Pareceres Emitidos Pelo CAO-Saúde/2009	1209
2.9 - Dos consórcios públicos em geral	1211
2.10 - Da situação concreta do CISMIRECAR	1214
2.11 - Da improbidade administrativa	1215
2.12 - Conclusão	1215
2.13 - Ementário de pareceres	1216

2.14 - Ementário de legislação pertinente	1227
2.15 - Referências bibliográficas	1236
3 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO	1245
3.1 - Introdução	1245
3.2 - Improbidade administrativa	1246
3.3 - Ressarcimento ao erário	1251
3.4 - Prescrição	1251
3.5 - Aspecto penal	1254
3.5.1 - Requisição de instauração de inquérito policial	1254
3.5.2 - Envolvimento de prefeitos e ex-prefeitos municipais	1255
3.5.3 - Conclusão da investigação – possibilidade de ajuizamento das ações civil e penal	1255
3.5.4 - Ressarcimento do dano e a esfera penal	1255
3.5.5 - Ilícitos penais previstos na Lei de Licitações	1255
3.6 - Extrajudicial	1255
3.6.1 - Inquérito civil e o princípio da publicidade	1257
3.6.2 - Inquérito civil e o princípio da eficiência	1258
3.6.3 - Inquérito civil e dignidade da pessoa humana	1262
3.6.3.1 - Tratamento a ser dispensado às partes envolvidas em inquérito civil – Presunção de inocência – Controle e acompanhamento social dos atos ministeriais	1262
3.6.4 - Instrumentos extrajudiciais de solução – Termo de ajustamento de conduta (TAC) e recomendação ..	1266
3.6.5 - Arquivamento do inquérito civil ou procedimento	1270
3.6.6 - Reflexos em outras áreas de atuação do MP	1271
3.7 - Judicial	1273
3.7.1 - Considerações iniciais	1273
3.7.2 - Ação civil pública por ato de improbidade administrativa	1273
3.7.2.1 - O sujeito passivo	1274
3.7.2.2 - O sujeito ativo	1274
3.7.2.3 - O ressarcimento integral do dano	1275
3.7.2.4 - Elemento subjetivo (condutas culposas e dolosas)	1275
3.7.2.5 - A competência	1276
3.7.2.6 - As sanções	1276
3.7.2.7 - O processo judicial – questões procedimentais	1277
3.7.2.8 - Legitimidade concorrente – intervenção do Ministério Público	1281
3.7.2.9 - Citação da pessoa jurídica interessada	1282
3.7.2.10 - Notificação preliminar	1282
3.7.2.11 - Aprovação das contas do órgão investigado	1282
3.7.3 - Ação civil pública de defesa do patrimônio público	1282
3.7.3.1 - A competência	1283
3.7.3.2 - Litispendência entre ação civil pública e ação popular	1283
3.7.3.3 - Diversidade de pedidos entre a ação civil pública e a popular	1283
3.7.3.4 - Prestação de contas em convênios formulados por órgãos do executivo	1283
3.7.3.5 - Recursos ou bens transferidos aos Estados e Municípios	1283
3.7.3.6 - A exordial	1284
3.7.3.7 - Ressarcimento de dano ao erário	1285
3.7.4 - A casuística	1285
3.7.4.1 - A publicidade	1285
3.7.4.2 - O concurso público	1286
3.7.4.3 - Irregularidades nos procedimentos licitatórios	1287
3.7.4.4 - A responsabilidade fiscal	1290
3.7.4.5 - As caixas escolares	1291
3.7.4.6 - Fiscalização dos atos da administração pública	1292

3.7.4.7 - Procedimentos oriundos do Tribunal de Contas	1294
3.7.4.8 - Remuneração recebida a maior por agentes políticos	1296
3.7.4.9 - Despesas sem comprovação	1296
3.7.4.10 - Despesas não afetadas ao Município	1296
3.7.4.11 - Despesas sem prévio empenho e abertura de créditos adicionais sem autorização legislativa ...	1297
3.7.4.12 - Aplicação de 25% (vinte e cinco por cento) das receitas municipais na rubrica manutenção e desenvolvimento do ensino, consoante prescreve o art. 212, caput, da CF/88 ..	1297
3.8 - Ementário de legislação pertinente	1297
3.9 - Referências bibliográficas	1298
3.10 - Jurisprudência	1299
4 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E TURÍSTICO.....	1306
4.1 - Introdução - Patrimônio cultural e meio ambiente	1306
4.2 - Evolução da tutela do patrimônio cultural no Brasil	1307
4.3 - Princípios informadores da tutela do patrimônio cultural	1310
4.3.1 - Princípio da proteção	1310
4.3.2 - Princípio da função sociocultural da propriedade	1310
4.3.3 - Princípio da fruição coletiva	1311
4.3.4 - Princípio da prevenção de danos	1311
4.3.5 - Princípio da responsabilização	1311
4.3.6 - Princípio do equilíbrio	1311
4.3.7 - Princípio da participação popular	1311
4.3.8 - Princípio da vinculação dos bens culturais	1312
4.3.9 - Princípio da educação patrimonial	1312
4.3.10 - Princípio da solidariedade intergeracional	1312
4.3.11 - Princípio da cooperação internacional	1312
4.4 - Instrumentos de proteção	1312
4.4.1 - Inquérito civil público	1313
4.4.2 - Recomendação	1314
4.4.3 - Termo de ajustamento de conduta	1315
4.4.4 - Ação civil pública	1315
4.4.5 - Ação penal pública	1315
4.4.6 - Tombamento	1315
4.4.7 - Inventário	1316
4.4.8 - Registro	1317
4.4.9 - Vigilância	1317
4.4.10 - Educação patrimonial	1317
4.4.11 - Proteção por meio de lei	1318
4.4.12 - Plano diretor	1319
4.4.13 - Estudo de impacto de vizinhança	1319
4.4.14 - Instituição de unidade de conservação	1320
4.5 - Bens culturais em espécie	1320
4.5.1 - As formas de expressão	1320
4.5.2 - Os modos de criar, fazer e viver	1321
4.5.3 - As criações científicas, artísticas e tecnológicas	1321
4.5.4 - Espaços destinados às manifestações artístico-culturais	1321
4.5.5 - Os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico e artístico	1322
4.5.6 - Patrimônio documental	1322
4.5.7 - Patrimônio bibliográfico	1324
4.5.8 - Patrimônio arqueológico	1324
4.5.9 - Patrimônio paleontológico	1325
4.5.10 - Patrimônio espeleológico	1326

4.5.11 - Patrimônio quilombola	1328
4.5.12 - Patrimônio ferroviário	1328
4.6 - Técnica de atuação judicial - A ação civil pública na defesa do patrimônio cultural	1328
4.6.1 - Considerações gerais	1328
4.6.2 - Competência	1329
4.6.3 - Objeto	1330
4.6.4 - Ação civil pública declaratória de valor cultural	1330
4.6.5 - Legitimidade ativa	1332
4.6.6 - Controle de constitucionalidade	1332
4.6.7 - Modelos de peças práticas	1333
4.7 - Defesa do patrimônio turístico	1333
4.7.1 - Tutela legal dos bens turísticos	1333
4.7.2 - Proteção dos bens turísticos pelo Ministério Público	1333
4.7.2.1 - Proteção administrativa e judicial	1333
4.7.2.2 - Licenciamento de atividades turísticas	1334
4.7.2.3 - Fiscalização do cumprimento da função turística da propriedade	1336
4.7.2.4 - Defesa do direito ao turismo	1337
4.7.3 - Elaboração e aprovação de planos diretores pelas cidades turísticas	1337
4.8 - Técnicas de atuação extrajudicial	1338
4.8.1 - Ministério Público resolutivo	1338
4.8.2 - A atuação do Ministério Público <i>ombudsman</i> na defesa do patrimônio cultural e turístico	1340
4.8.3 - Modelos de peças práticas	1342
4.9 - Ementário de legislação pertinente	1342
4.10 - Jurisprudência	1344
4.11 - Referências bibliográficas	1357
4.12 - Modelos de quesitos	1359
5 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA	1368
5.1 - Introdução	1368
5.1.1 - Auto de infração (AI) e processo tributário administrativo (PTA)	1369
5.1.2 - Auto de notícia-crime (ANC)	1369
5.1.3 - Crédito e débito de ICMS (princípio da não-cumulatividade)	1369
5.1.4 - Livro de apuração do ICMS	1369
5.1.5 - Saldo credor	1369
5.1.6 - Substituição tributária	1369
5.1.7 - Operação interna com gasolina automotiva	1369
5.2 - Alguns apontamentos	1370
5.2.1 - Extinção da punibilidade pelo pagamento do débito	1370
5.2.2 - Parcelamento do débito fiscal	1370
5.2.3 - Agente do ilícito penal tributário	1370
5.2.4 - Crime de sonegação fiscal	1370
5.3 - Ação penal pública nos crimes contra a ordem tributária	1370
5.3.1 - Os crimes referidos na Lei nº 8.137/90 são de ação penal pública incondicionada	1370
5.3.2 - Auto de notícia-crime (ANC)	1370
5.4 - Práticas fraudulentas comumente verificadas	1371
5.4.1 - Nota calçada	1371
5.4.2 - Nota paralela ou clonada	1371
5.4.3 - Crédito frio	1372
5.4.4 - Subfaturamento	1372
5.4.5 - Venda de mercadorias sem o fornecimento de nota fiscal – caixa 2	1372

5.4.6 - Forma mais comum de evasão fiscal: ISS	1372
5.4.7 - Merece atenção especial do Promotor de Justiça o viés patrimonial da ação repressiva do <i>Parquet</i>	1372
6 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA E FALÊNCIA	1372
6.1 - A questão da intervenção do Ministério Público sob a ótica da Lei nº 11.101/2005	1372
6.2 - As principais inovações introduzidas pela Lei nº 11.101/2005	1373
6.3 - Atuação do Ministério Público como <i>custos legis</i> na falência	1374
6.3.1 - Fase pré-falimentar – Intervenção do Ministério Público – Aplicabilidade das normas do Código de Processo Civil	1374
6.3.2 - Fase processual	1376
6.4 - Atuação do Ministério Público como autor no processo falimentar	1379
6.5 - A atuação do Ministério Público na recuperação judicial e extrajudicial.....	1379
6.5.1 – Hipóteses de intervenção do Ministério Público na recuperação judicial e extrajudicial	1380
6.6 - Atuação do Ministério Público na área criminal, de acordo com a Lei nº 11.101/2005	1381
6.6.1 - Expressão abolida: crimes falimentares	1381
6.6.2 - Penas	1381
6.6.3 - Prescrição	1381
6.6.4 - Efeitos da condenação	1382
6.6.5 - Inquérito policial e oferecimento da ação penal	1382
6.6.6 - Competência	1382
6.6.7 - Suspensão condicional do processo	1383
6.6.8 - Rito processual-sumário	1383
6.7 - Atuação nos procedimentos decorrentes de intervenção ou liquidação extrajudicial e regime de administração especial temporária	1384
6.7.1 - Entidades sujeitas ao regime de liquidação extrajudicial	1384
6.7.2 - Providências preliminares	1384
6.7.3 - Indisponibilidade de bens dos administradores	1385
6.7.4 - Medida cautelar prevista no art. 45 da Lei nº 6.024/74 – observância rigorosa do prazo	1385
6.7.5 - Providências quanto aos bens atingidos pela indisponibilidade	1385
6.7.6 - Ação de responsabilidade – legitimidade do Ministério Público	1386
6.7.7 - Responsabilização das auditorias contábeis independentes e instituições controladoras	1387
6.7.8 - Cessação da liquidação ou intervenção – atuação do Ministério Público como fiscal da lei	1387
6.7.9 - Ações relacionadas com os bens das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de intervenção e liquidação extrajudicial – intervenção do Ministério Público	1387
6.8 - Ementário de legislação pertinente	1387
6.9 - Jurisprudência	1388
6.10 - Referências bibliográficas	1389
7 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	1389
7.1 - Introdução	1389
7.2 - A resposta do Direito brasileiro às ações de organizações criminosas	1392
7.3 - Ementário de legislação pertinente	1398
7.4 - Referências bibliográficas	1398
8 - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NA ÁREA ELEITORAL	1398
8.1 - Introdução	1398
8.2 - Atuação no alistamento eleitoral	1399

8.3 - Atuação no controle das filiações partidárias	1399
8.4 - Atuação nas prestações de contas partidárias	1400
8.5 - Atuação na propaganda eleitoral extemporânea	1401
8.6 - Atuação no período de convenções partidárias	1401
8.7 - Atuação no registro das candidaturas	1402
8.8 - Atuação na propaganda eleitoral	1402
8.9 - Atuação no dia das eleições, na apuração e na totalização dos resultados	1404
8.10 - Atuação na diplomação dos eleitos	1405
8.11 - Atuação na fase pós-diplomação	1405
8.12 - Atuação no Direito penal eleitoral	1405