Revista do Ministério Público do Estado do Pará

Ano V
Vol I
Dezembro
2010

Revista do Ministério Público do Estado do Pará / Ministério Público do Estado do Pará, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 5, V. 1, (2010-Dezembro). Belém: GRÁFICA E EDITORA LICEU LTDA., 2010.

Anual

ISSN: 1980-5535

1. Direito – Doutrina. 2. Direito – Jurisprudência. 3. Pareceres. 4. Entrevistas.

CDD:340

Revista do Ministério Público - PA

Belém-Pará
Ano V
Volume I
Dezembro - 2010

Revista do Ministério Público do Estado do Pará

CONSELHO EDITORIAL

Membros:
Cristina Figueiredo Terezo
Daniel Henrique Queiroz De Azevedo
Ivanilson Paulo Corrêa Raiol
José Edvaldo Pereira Sales
Luiz Alberto Rocha
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves

FICHA TÉCNICA

Diretora de Publicações do CEAF:
José Edvaldo Pereira Sales
Normalização bibliográfica
e revisão de texto:
Maria das Graças Leal *
Projeto de Capa:
Ériko Morais
Fotos da capa:
Laurent Fournier
Editoração e Impressão:
GRÁFICA E EDITORA LICEU LTDA.

Publicação do Ministério Público do Estado do Pará por meio do
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Endereço eletrônico para remessa de artigo: ceaf_periodicos@mp.pa.gov.br
As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

Ministério Público do Estado do Pará
Rua João Diogo, 100
Cidade Velha - Belém - PA
CEP 66015-160
(91)4009-3400
ceaf@mp.pa.gov.br
http://www.mp.pa.gov.br

GRÁFICA E EDITORA LICEU LTDA.

Rua Capitão Lima, 173
Santo Amaro – Recife - PE
CEP: 50.040-080
(81) 3423-8566

* Salvo os artigos cujos autores não acataram revisão

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Geraldo de Mendonça Rocha

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Pedro Pereira da Silva
Manoel Santino Nascimento Júnior
Anabela Boução Viana
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves
Geraldo Magela Pinto de Souza
Cláudio Bezerra de Melo
Ubiragilda Silva Pimentel
Ester de Moraes Neves de Outeiro
Luiz César Tavares Bibas
Geraldo de Mendonça Rocha
Francisco Barbosa de Oliveira
Dulcelinda Lobato Pantoja
Marcos Antônio Ferreira das Neves
Adélio Mendes dos Santos
Almerindo José Cardoso Leitão
Mariza Machado da Silva Lima
Antônio Eduardo Barleta de Almeida
Ricardo Albuquerque da Silva
Ana Tereza do Socorro da Silva Abucater
Mario Nonato Falângola
Edna Guilhermina Santos dos Santos
Maria da Conceição Gomes de Souza
Olinda Maria de Campos Tavares
Maria da Conceição de Mattos Sousa
Maria da Graça Azevedo da Silva
Ana Lobato Pereira
Leila Maria Marques de Moraes
Tereza Cristina Barata Batista de Lima
Maria Tércia Ávila Bastos dos Santos
Estevam Alves Sampaio Filho
Maria do Socorro Santos Velasco

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Geraldo de Mendonça Rocha
Presidente
Ubiragilda da Silva Pimentel
Corregedora-Geral

Procuradores de Justiça

Antonio Eduardo Barleta de Almeida
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves
Geraldo Magela Pinto de Souza
Luiz César Tavares Bibas
Geraldo Magela Pinto de Souza
Esther de Moraes Neves de Outeiro
Ricardo Albuquerque da Silva

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Ubiragilda Silva Pimentel

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA JURÍDICO-INSTITUCIONAL
Antônio Eduardo Barleta de Almeida

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA.
Almerindo José Cardoso do Leitão

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

CONSELHO DELIBERATIVO

Geraldo de Mendonça Rocha
Presidente

Ubiragilda Silva Pimentel
Vice-Presidente

Demais membros:
Maria da Graça Azevedo da Silva
Pedro Pereira da Silva
Almerindo José Cardoso Leitão
Aldir Jorge Viana da Silva
Cândida de Jesus Ribeiro do Nascimento
Ivanilson Paulo Corrêa Raiol
Regina Luiza Taveira da Silva
Ana Christina Braga de Lemos

DIRETORIA EXECUTIVA

Frederico Antônio Lima de Oliveira
Diretor-Geral

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues
Diretor de Cursos e Eventos

José Edvaldo Pereira Sales
Diretor de Grupos de Estudos, Pesquisas e Publicações

Daniella Maria dos Santos Dias
Diretora de Bolsas de Estudos, Auxílios Financeiros e Parcerias

CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

COORDENADORES

Licurgo Margalho Santiago
CAO Criminal

Regina Fátima Sadalla Silva Abbade
CAO Cível

Frederico Antonio Lima de Oliveira
CAO Constitucional

Maria do Socorro M. Carvalho Mendo
CAO da Infância e Juventude

Natanael Cardoso Leitão
CAO da Cidadania

Apresentação

Quando se aproxima o encerramento do meu mandato de Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, tenho a grata satisfação, mais uma vez, de apresentar à comunidade jurídica a revista do *Parquet* paraense, que está no seu quinto ano.

A revista traz artigos, crônicas e pareceres de estudiosos da área do Direito, abrangendo professores de faculdades e militantes nas lides forenses. Reconhecendo o mérito de todos, quero fazer referência a dois autores. Primeiro, ao Dr. Milton Augusto de Brito Nobre, que escreve sobre *Protestos de CDAs*: mutação ou deformação no protesto de títulos. Com a clareza e a profundidade que lhe são próprias, o autor aborda o tema. O Dr. Milton Nobre é conhecido de todos nós. É professor da Universidade da Amazônia e da Universidade Federal do Pará, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará e membro do Conselho Nacional de Justiça. Sua participação em muito engrandece a nossa revista. Segundo, destaco o inquietante e relevante tema discutido pelo eminente professor e promotor de justiça de Santa Catarina, Dr. Pedro Roberto Decomain, autor de diversas obras publicadas no país. Discorre ele sobre *A investigação criminal pelo Ministério Público*. Apesar da discordância de alguns, não há dúvida, como, aliás, tem sido admitido pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio de suas turmas, que o Órgão Ministerial possui tal atribuição. Quem ganha com isso é a sociedade, e quem perde são os infratores da lei!

Durante a leitura da revista, o leitor perceberá, ainda, três fatos que reputo importantes: primeiro, há textos subscritos por autores de outros Estados da Federação, o que demonstra o reconhecimento que a revista tem tido fora do Estado do Pará; segundo, a participação de membros do *Parquet* paraense que ingressaram no último concurso público realizado, revelando, assim, o interesse deles no aprimoramento cultural e no compartilhamento do saber; terceiro, a participação de professores, fato que comprova que a revista tem chegado aos espaços da academia.

O entrevistado é o professor e doutor em direito Inocêncio Mártires Coelho. Sua apresentação é desnecessária. É estudioso do direito e extremamente conhecido pela comunidade jurídica, não só por ter sido Procurador-Geral da República como também pelo seu magistério e pelas reconhecidas obras publicadas. Além disso, como se não bastasse, o professor Inocêncio Mártires Coelho é paraense, orgulho da nossa terra. Na entrevista, fala sobre vários temas relacionados ao direito constitucional, à hermenêutica, ao Ministério Público e ao Supremo Tribunal Federal. A leitura é indispensável!

Como nas edições anteriores, esta revista traz, ao final, as sugestões de leitura. Entretanto, um fato chama a atenção: temos entre os livros indicados, três de autoria de promotores de justiça do Pará. São eles: Dr.ª Daniella Maria dos Santos Dias, com o livro *Democracia urbana*: é possível coadunar desenvolvimento sustentável e práticas

democráticas nos espaços urbanos no Brasil?; Dr. Ivanilson Paulo Corrêa Raiol, com a obra *Ultrapassando fronteiras*: a proteção jurídica dos refugiados ambientais; e Dr.ª Léa Cristina Mouzinho da Rocha, com o seu recentíssimo *Direito penal*, *condições sociais adversas e exculpação*. Não só os autores, mas também o Ministério Público paraense e os interessados nas temáticas estão de parabéns.

Com as minhas recomendações, desejo boa leitura a todos!

Belém, 14 de dezembro de 2010.

Geraldo de Mendonça Rocha
Procurador-Geral de Justiça

Sumário

Praça do Açaí com vistas para a 1ª rua de Belém

Artigos

Relativização da impenhorabilidade sobre salário à luz da proposta de ordem jurídica justa
Alexandre Duarte Quintans.....15

Conselhos de direito – Canais de participação social no orçamento público
Ana Maria Magalhães de Carvalho.....31

Direito penal de emergência - Releitura do eficientismo no contexto da globalização
Christian Ribeiro de Menezes.....41

A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema
Cristiano Chaves de Farias.....49

O Direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais
Daniella S. Dias.....67

Evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o novo Direito Processual Internacional dos Direitos Humanos
Evandro de Aguiar Ribeiro e Cristina Figueiredo Terezo 79

Inquietações a respeito do acontecimento risco: criança e jovens em foco
Flávia Cristina Silveira Lemos, Estela Scheinvar e Maria Lívia do Nascimento.....95

Violência doméstica e atuação do Ministério Público
Gessinaldo de Aragão Santana.....109

A liberdade de escolha, o sentido da vida e os valores vitais: aspectos da dimensão existencial da pessoa humana
Hidemberg Alves da Frota e Fernanda Leite Bião.....125

A movimentação das peças de informações e as atitudes do Órgão Ministerial ante as disposições normativas submetidas a sua análise: um retrato do Ministério Público do Estado do Pará
Luiz Márcio Teixeira Cypriano e Hugo Sanches da Silva Picanço.....137

Protesto de CDAs: mutação ou deformação no protesto de títulos
Milton Augusto de Brito Nobre.....153

Ação civil pública e competência jurisdicional: breves reflexões.
Paulo Ricardo de Souza Bezerra.....187

A investigação criminal pelo Ministério Público

Pedro Roberto Decomain.....199

Violência doméstica: Possíveis retrocessos na efetivação da Lei Maria da Penha
Rafael Bezerra de Sousa.....235

Crônicas de Jurisprudência

A verdade sócio-afetiva sobrepondo-se à verdade biológica: uma releitura da adoção à brasileira pelo Superior Tribunal de Justiça
Louise Rejane de Araújo Silva.....255

Art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas): a liberdade provisória em crime de tráfico de drogas na visão do Supremo Tribunal Federal
Renato Marcão.....261

Crônicas Legislativas

Aspectos práticos da ação penal no crime de estupro, especialmente em suas formas qualificadas pelo resultado morte ou lesão corporal, após a entrada em vigor da lei 12.015/2009.
Daniel Henrique Queiroz de Azevedo.....269

Pareceres

Em Mandado de Segurança Coletivo - A liberdade de escolha da unidade bancária para recebimento dos vencimentos
Carlos Luiz Wolff de Pina.....281

Pedido de arquivamento de inquérito policial - Princípio da insignificância
Janaina Andrade de Sousa.....287

Entrevista

Entrevista com Inocêncio Mártires Coelho
Por Edyr Falcão e Júlio César Sousa Costa.....297

Sugestões de Leitura

.....305

Artigos

Mangal das Garças

RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE SOBRE SALÁRIO À LUZ DA PROPOSTA DE ORDEM JURÍDICA JUSTA

Alexandre Duarte Quintans*

Sumário: Introdução; 1 As crises da execução; 2 A tentativa de efetividade do processo e o acesso à ordem jurídica justa; 3 Flexibilização do conceito de impenhorabilidade de salário; Considerações finais; Referências

Resumo: O Direito Processual Civil passa por profundas reformas objetivando a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Contudo, alguns dispositivos de lei ordinária contrastam com essa mudança de paradigma. Nesse sentido, o presente artigo sugere uma releitura da impenhorabilidade de rendimentos discriminada no inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil. Para isso, discorrer-se-á sobre as constantes crises pelas quais passou e passa o procedimento executório e que a atual fase instrumentalista aliada à força normativa dos princípios constitucionais flexibiliza o conceito de impenhorabilidade de salários e rendimentos, inscrito no Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Acesso à ordem jurídica justa. Salário. Penhora.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil vem sofrendo alterações significativas, principalmente após a Constituição Federal (CF) de 1988[1]. Essa mudança de paradigma é fruto da imperiosa necessidade de a função jurisdicional realizar eficazmente seu papel.

A sociedade brasileira está imersa no fenômeno da globalização. A economia, a tecnologia e o consumo de massa exigem respostas rápidas e efetivas aos conflitos resultantes. Neste sentido, a estrutura e o dogmatismo que alicerçam a função jurisdicional ainda se mostram incapazes de superar esses desafios do mundo contemporâneo[2]. Nesse contexto de mudanças, apresenta-se o Estado Democrático de Direito como vetor de solução, desde que haja ressonância na função jurisdicional correspondente.

Os princípios que regem essa ordem constitucional oportunizam meios de superar a crise na prestação jurisdicional, notadamente no que se refere ao procedimento de execução, mitigando um dos principais óbices à responsabilidade patrimonial: **a impenhorabilidade de rendimentos**. É o que este trabalho se propõe a analisar.

---

* Técnico administrativo do Ministério Público de Pernambuco. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Aluno do curso de especialização em Direito Processual Civil do Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento (CESED).

1 BRASIL. Senado Federal. **O Código de Processo Civil de 1973 e suas alterações**. Brasília, DF, jan. 2010. Biblioteca Acadêmico Luiz Viana Filho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERAÇÕES.pdf>. Acesso em: . Nesse mesmo sentido: LEITE, Gisele. Tendências do processo civil contemporâneo. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 11 abr 2009. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39167>. Acesso em: .

2 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo : Cortez, 2001. p. 161-186.

1 AS CRISES DA EXECUÇÃO

É recorrente o entendimento de que a execução forçada sempre passou por crises[3]. Esse estado da arte jurídico é decorrente da própria tentativa da sociedade, em vários milênios de experiência, de adotar métodos eficazes na solução de conflitos[4]. Nesse sentido, a prevalência de mecanismos de pacificação ainda está intimamente ligada aos valores políticos, econômicos e sociais utilizados pela coletividade consumidora da respectiva noção de justiça[5].

Nessa linha evolutiva, é intransponível a realidade de que coube ao Estado – na medida em que se foi fortalecendo – a função pacificadora de solucionar os conflitos de interesses na sociedade, assumindo o monopólio da jurisdição.

A prevalência da jurisdição sobre a autotutela e a composição evidenciou a primeira crise da execução na medida em que um "terceiro" se encarregaria de assegurar "à parte individual e coletiva, a solução, o mais possível aproximada, se não igual àquela que obteria não tivesse havido transgressão da norma legal"[6], isso porque o modelo de "justiça do mais forte sobre o mais fraco" gerava instabilidade nas relações sociais[7]. A partir do momento em que o Estado assumiu novas funções, foram agregando-se outros valores ao termo jurisdição e assim, gerando consequências positivas para a sociedade.[8]

Em meio a essas mudanças de paradigma e do ponto de vista do procedimento de execução forçada em si, deve-se ao período romano clássico seus primeiros avanços

---

3 "Ainda que se possa falar em crise do Direito, não será contraditória a reflexão sobre o progresso jurídico. Via de regra, no âmbito do direito a crise não exclui o progresso. Este se define pelos avanços na axiologia e na técnica. A crise jurídica pode manifestar-se de diferentes modos: pela defasagem entre os institutos jurídicos e o avanço social; pelo não acatamento dos postulados básicos do Estado de Direito; pela não efetividade de leis fundamentais. Ainda que padeça de algumas dessas deficiências, considerando-se os ordenamentos antigos, o sistema jurídico adotado pelos países civilizados revela-se Direito evoluído." (NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 97).

4 "E a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitionis* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor liberdade uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição por parte de ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado. [...] A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a mediação e o processo." (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20).

5 "[...] nada mais alienador e perverso do que dissociar o direito do exercício do Poder político. Só na medida em que se alteram, no grupo, as relações de poder, é que se modificam as relações jurídicas. Aquilo a que serve o poder é aquilo a que serve o direito." (PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise no processo de execução. In: ASSIS, Araken de (Org.). **O processo de execução:** estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Safe, 1995, p. 194).

6 ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 80, out./dez. 1995, p. 104 apud MAIDAME, Márcio Manoel. **Impenhorabilidade e direitos do credor**. Curitiba : Juruá, 2007, p. 32.

7 "Antigamente, quando o Estado ainda não tinha poder suficiente para ditar as normas jurídicas e fazer observá-las, aquele que tinha um interesse e queria vê-lo realizado fazia, através da força, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Na verdade, realizava o seu interesse aquele que tivesse força ou poder para tanto, prevalecendo a denominada 'justiça do mais forte sobre o mais fraco.'" (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil:** processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, v. 2, p. 32).

8 "É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada freqüentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constituiu apenas uma análise macroscópica da tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas." (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1999, p. 23-24).

técnicos, principalmente por meio do instituto da *actio iudicati*[9]. Não obstante a época adrede, aquele modelo serviu de paradigma para o direito processual brasileiro até o ano 2005, incidindo, naturalmente, nas reações e reformas[10] contemporâneas contra "os vestígios da indesejável dualidade de processos para promover o acertamento e a execução dos direitos insatisfeitos"[11].

Assim, a queda do império romano, a miscigenação de métodos executivos dos povos germanos e o fortalecimento das atividades negociais e dos títulos de crédito envidou na paulatina substituição da *actio iudicati* pelo paradigma da *executio per officium iudicis*. Sob o ponto de vista do consumidor da jurisdição, "Com a invasão dos germânicos, passaram, então, a existir dois sistemas: o romano, que protegia o devedor, e o bárbaro ou germânico, que privilegiava o credor"[12].

A partir da instituição do Código de Napoleão, tomou-se a iniciativa de unificar a execução em torno do modelo da *actio iudicati*, em razão da superioridade quantitativa das execuções sobre títulos de crédito. A opção de separar "conhecimento" e "execução" refletiu negativamente na prestação jurisdicional, em razão da morosidade e dos custos do procedimento, beneficiando a figura do devedor.

No curso dessa adequação de modelos, muitos outros entraves dificultaram a prestação jurisdicional efetiva. As linhas evolutivas pela qual passou o direito processual são referência. As principais fases metodológicas são tentativas de se alcançar uma ordem jurídica justa[13].

Nessa mesma linha argumentativa, a mutação entre responsabilidade pessoal para patrimonial transformou significativamente o panorama da execução até hoje. Entretanto, se o diminutivo do humanismo foi palco para a crise na execução, o atual superlativo configura-se um entrave à efetividade da prestação jurisdicional, na medida em que a concessão de indiscriminados privilégios ao devedor contraria atuais princípios

---

9 "Nas origens do direito de tradição romanística, só se chegava à prestação jurisdicional executiva depois de acertado o direito do credor por meio da sentença. Esta autorizava a intromissão do credor no patrimônio do devedor, mas isto reclamava o exercício de uma nova ação – a *actio iudicati* [...] Dentro desse prisma, somente por meio de outra ação se tornava possível obter a tutela da autoridade pública (*imperium*) para levar a cabo a execução do crédito reconhecido pelo *iudex*, quando o devedor não se dispunha a realizá-lo voluntariamente. Daí a existência da *actio iudicati*, por meio da qual se alcançava a via executiva. Não existia, outrossim, o título executivo extrajudicial, de modo que a execução forçada somente se baseava na sentença e somente se desenvolvia por meio da *actio iudicati*." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2, p. 8-9).

10 "Daí por que desde 1994 o CPC vem sendo paulatinamente alterado, criando-se institutos e reformando-se outros, sempre com a intenção de tornar o processo um instrumento efetivo de realização de direitos. Tais reformas setoriais vêm sendo efetivadas sob a iniciativa da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, e resultaram em importantes alterações, como, por exemplo, a generalização da antecipação de tutela, as modificações no recurso de agravo, a introdução da ação monitória, a limitação dos casos de reexame necessário, a ampliação da execução provisória, a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipativas, a efetivação das sentenças de obrigação de fazer, não fazer e de dar e, agora, o cumprimento ou a efetivação das sentenças condenatórias por quantia, e a execução fundada em título extrajudicial." (COSTA, Daniel Carnio. **Execução no processo civil brasileiro**. 2. ed. Curitiba : Juruá, 2009. p. 18).

11 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 11.

12 SANTANA, Carlos Alberto. **Cumprimento de sentença & multa do artigo 475-J**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 92.

13 "Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos [...]. A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material [...]. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo [...]. Foi o longo período de *sincretismo* que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno acerca da própria natureza jurídica do processo. [...] A segunda fase foi *autonomista* ou **conceitual**, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual [...]. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos." (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1999, p. 42).

constitucionais, prejudicando o acesso à justiça[14] [15].

É recorrente que a crise da execução possui causas variadas[16]: a diversificação e a volatilidade de ativos financeiros, a via recursal[17], a mitigação da reprovabilidade da figura do devedor, a crise na administração da justiça[18], aspectos econômicos[19] e os limites da responsabilidade patrimonial[20] são alguns exemplos.

Em que pesem essas várias faces da crise da execução, seu gênero – *a inefetividade da prestação tutela jurisdicional*[21] – é palco de profundas reflexões[22]. É nesse sentido que se posiciona a crescente vertente doutrinário-jurisprudencial em torno do tema da **flexibilização do conceito de impenhorabilidade sobre rendimentos**, relativizando o contido no artigo 649, IV, do Código de Processo Civil (CPC), a partir da

---

14 FÉRES, Marcelo Andrade. Apontamentos sobre alguns fatores jurídicos determinantes da crise do crédito no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 858, 8 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7532>. Acesso em:

15 "No passado, o devedor respondia com o próprio corpo. No presente, responde com o patrimônio e neste futuro, não responde mais." (CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do imóvel residencial). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 662, dez. 1990, p. 63).

16 "A adequada prestação da tutela jurisdicional encontra, no processo de execução, um dos seus maiores óbices. O processo de execução sempre se encontrou desestruturado, inadequado e desprovido de mecanismos apropriados para assegurar amplamente o êxito da execução, em período razoável de tempo." (SANTANA, 2009, p. 82-83).

17 "Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exeqüível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerarmos os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordo por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no art. 6.º, parágrafo 1.º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de 'um prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível." (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 20).

18 "De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão de caráter estrutural [...]. Daqui resultou um factor adicional da crise da administração da justiça. A visibilidade social que lhe foi dada pelos meios de comunicação social e a vulnerabilidade política que ela engendrou para as elites dirigentes na base da criação de um novo e vasto campo de estudos sociológicos sobre a administração da justiça, sobre a organização dos tribunais, sobre a formação e o recrutamento dos magistrados, sobre as motivações das sentenças, sobre as ideologias políticas e profissionais dos vários setores da administração da justiça, sobre os custos da justiça, sobre os bloqueamentos dos processos e sobre o ritmo do seu andamento em suas várias fases." (SANTOS, 2001, p. 166).

19 *Cf.* PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado:** cooperação ou confronto? Fev. 2003. Disponível em: <http//www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf>. Acesso em:

20 WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para sua intensificação: propostas para minimizá-las. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 52, n. 316, p. 37-49, fev. 2004.

21 "Uma vez que a todo direito material corresponde uma ação, já que qualquer do povo não pode se utilizar da coerção para compelir a parte contrária ao cumprimento de uma obrigação, e o direito, como o cidadão, não pode ficar desamparado, o simples acesso ao Judiciário não pressupõe a entrega completa da tutela jurisdicional, entendida como instrumento de se atingir o cumprimento de um determinado direito protegido por lei material. É necessário que este instrumento seja tão eficiente a ponto de causar modificação no comportamento da parte recalcitrante, para entregar ao titular do direito protegido o bem que lhe cabe." (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 129, nov. 2005, p. 10-11).

22 "No âmbito do direito processual civil contemporâneo, em que se objetiva, cada vez mais, a efetividade da tutela jurisdicional – e, conseqüentemente, do próprio processo em si –, nota-se uma incessante busca pelo chamado 'processo civil de resultados', que visa atingir os seus escopos sociológicos e políticos, resumidos na expressão *pacificação com justiça social*. O processo deve ser considerado como 'instrumento através do qual a jurisdição se opera (instrumento para positivação do poder)', pois ele 'é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante atuação da vontade concreta da lei'. Deve ser, também, 'útil' a fim de realizar, pela tutela jurisdicional, os objetivos pretendidos, para que sejam recebidos e sentidos pelos litigantes de forma 'imediata' e, de forma mediata e menor direta – mas não menos importante –, pela sociedade em geral." (NASCIMBENI, Asdrubal Franco. Cumulação ulterior de execuções na atual sistemática do CPC. In: COSTA, Susana Henrique da (Coord.). **Execução extrajudicial:** modificações da lei 11.382/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 78-79).

vetorização de princípios constitucionais[23].

2 A TENTATIVA DE EFETIVIDADE DO PROCESSO E ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

A superioridade *substantiva*[24] da Constituição e os princípios[25] dela decorrentes reconfiguraram a operacionalização da tutela executiva. Nesse norte, manusear a execução é agregar todo um conjunto filosófico, doutrinário e jurisprudencial que incida na efetividade do processo como corolário do próprio Estado Democrático de Direito[26].

Elevada à categoria de direito fundamental[27][28], a efetiva prestação jurisdicional[29], constante no artigo 5.º, XXXV e LIV, da CF, impõe ao magistrado a

23 "Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender as leis a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da idéia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações a que eles estejam adequadas." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual., 2. tir. São Paulo: RT, 2008, v. 1, p. 97-98).

24 "Destarte, temos na Constituição, não um mero conglomerado de enunciados políticos-diretivos, mas a fonte basilar, guardiã do conteúdo axiológico vivificado nos anseios dos cidadãos e norma primaz de onde parte todo pensamento jurídico, irradiando validez às demais manifestações estatais que se reproduzem debaixo do seu manto. Luís Roberto Barroso assevera que uma Constituição não pode ser só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços." (RODRIGUES, Flávio Marcondes Soares. **O princípio da isonomia e sua incidência nas isenções extrafiscais**. Maceió: Nossa Livraria, 2010, p. 32).

25 "Os princípios constitucionais são conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional [...]". (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994 apud RODRIGUES, 2010, p. 33).

26 "Pouco importa seja a ação um direito subjetivo, ou um poder, ou uma faculdade para o respectivo titular, como é desinfluente tratar-se da ação como direito concreto ou abstrato frente ao direito material disputado em juízo, se essas idéias não conduzem à produção de resultados socialmente mais satisfatórios no plano finalístico da função jurisdicional. [...] Nessa ótica de encontrar efetividade no direito material por meio dos instrumentos processuais, o ponto culminante se localiza, sem dúvida, na execução forçada visto que é nela que, na maioria dos processos, o litigante concretamente encontrará o remédio capaz de pô-lo de fato no exercício efetivo do direito subjetivo ameaçado ou violado pela conduta ilegítima de outrem." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 92-93).

27 "a ordem jurídica de um país pode ser justa ou injusta, sendo certo que o processo 'não tem função de modificar ordenamento jurídico, mas sim de fazê-lo atuar efetivamente', entendendo que, se o processo serve como 'instrumento para garantir a plenitude da ordem judiciária' quando se utilizar o termo justiça como sinônimo de adequação, será possível afirmar que o 'processo visa garantir o acesso à ordem jurídica justa'." (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 23-24).

28 "a expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar suas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos." (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

29 "Estas idéias são assim defendidas porque o princípio do acesso à justiça não é preceito meramente formal – que se concretiza com a estrita garantia de que petições serão analisadas por magistrados. O acesso à justiça efetiva é o chamado acesso a uma ordem jurídica justa que tem como corolário a obtenção (dentro dos verdadeiros limites) efetiva do direito postulado." (MAIDAME, 2007, p. 40).

conformação da legislação ordinária aos princípios da constituição[30], quando conflitantes, isto é, uma interpretação *extra legem, intra jus*[31] tendo em vista a força normativa desses[32].

> A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. [...]
> El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenam que algo sea realizado em la mayor medida posible dentro de las possibilidades juridicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de *optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos[33].

Nesse contexto, acentua Márcio Manoel Maidame que a impenhorabilidade absoluta de rendimentos é estudada como problema, pois turba o direito fundamental de acesso à justiça[34] e atenta contra o direito à propriedade do credor. A outrora intangível

30 "Os princípios gerais são, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normais mais gerais. O nome princípio induz em engano, tanto que é velha questão entre jurista se os princípios são ou não são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?" (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 236).

31 "Nenhuma lei pode contrariar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, por isso mesmo, quando as normas ordinárias não podem ser interpretadas 'de acordo', têm a sua constitucionalidade controlada a partir deles. A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorga maior efetividade à Constituição." (MARINONI, 2008, p. 98).

32 "A norma é o instrumento prático do Direito, pois regula o fato em função de determinado valor que se pretende adotar socialmente. Tais elementos configuram, no seu conjunto, a chamada *Teoria Tridimensional do Direito*, Desenvolvida e enriquecida pelo júris-filósofo brasileiro Miguel Reale." (NADER, 1997, p. 44).

33 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versión castellana: Ernesto Galzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83-86.

34 MAIDAME, 2007, p. 26.

regra foi mitigada, a partir de sua decomposição em base principiológica[35] [36].

Alcançar essa conformação exige do magistrado uma ruptura com o dogmatismo que persiste em embasar a respectiva formação, até porque "A tutela jurisdicional, além de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais devem iluminar a tarefa jurisdicional *dos direitos*"[37].

> Com o advento da democracia social, portanto, intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das regras do jogo. Cabe a ele, agora, zelar por um processo justo, capaz de permitir a justa aplicação das normas de direito material, a adequada verificação dos fatos, a participação das partes num contraditório real e a efetividade da tutela dos direitos. Uma coisa é certa: a neutralidade passou a ser um mito, e a inércia do julgador (= abandono do processo à sorte que as partes lhe deram) é incompatível com os valores do Estado atual[38].

Cândido Rangel Dinamarco demonstra que certos limites políticos da responsabilidade patrimonial têm por escopo preservar a dignidade, o patrimônio mínimo e os direitos de personalidade em geral[39], projetando o debate em torno da colisão de princípios fundamentais[40].

A colisão *supra* resolve-se a partir "da prevalência que o núcleo de certos direitos fundamentais tem sobre outros"[41]. *In casu*, estão em jogo a tentativa de proteção ao mínimo existencial (dignidade da pessoa humana) do devedor e, de outro, a dignidade (isonomia), o direito à propriedade privada e a efetiva tutela jurisdicional ao credor[42].

---

35 "É comum dizer-se que o Direito está mais nos princípios do que nas leis. É que neles se acham concentradas as idéias diretoras dos sistemas jurídicos. Quem pretende assimilar a cultura jurídica, há de cultivá-los, pois é a partir deles que se elaboram teorias e códigos [...]. Como idéia-força, os princípios se conjugam para promover o Direito como processo de adaptação social. Direta ou indiretamente, os princípios se acham comprometidos com a realização do Direito como fenômeno adaptativo e com os valores segurança e justiça." (NADER, 1997, p. 82).

36 "Princípio é, com efeito, toda norma jurídica enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém." (ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999, p. 55).

37 MARINONI, 2008, p. 113.

38 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 69, dez. 2008, p. 105.

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. Menor onerosidade e efetividade da tutela jurisdicional. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 296.

40 "A grande maioria da doutrina já pacificou o entendimento de que os princípios, em comunhão com as regras, são espécies do gênero norma jurídica, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha suscitar. Eros Grau assevera que 'um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de Direito'. Assim, no Direito, enquanto ordem jurídica, os princípios – agora princípios jurídicos – podem ser tomados, basicamente, em dois sentidos: no primeiro, como *princípios positivos do Direito* e, no segundo, como *princípios gerais do direito*. Grau fundamentou-se nos ensinamentos de Antoine Jeammaud e Jerzy Wróblewski para adotar essa distinção." (RODRIGUES, 2010, p. 24).

41 MAIDAME, 2007, p. 130.

42 "Uma idéia recorrente neste trabalho é a de que o processo de execução é palco de um conflito de interesses que importa igualmente em colisão de direitos fundamentais. Para satisfação do direito do credor (efetividade da jurisdição e propriedade), certas garantias fundamentais do devedor devem ser agredidas (intimidade, inviolabilidade do lar, propriedade), e o controle do 'quanto' será a agressão é feito pelo magistrado no processo (geralmente, o de execução)." (MAIDAME, 2007, p. 130).

> Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según um principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que em el principio desplazado haya que introduzir uma cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que em los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima elprincipio com mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo em la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar em colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, em la dimensións del peso[43].

Assim, a outrora intangibilidade do salário não se entrelaça totalmente ao núcleo do princípio da dignidade, em razão de que a penhora de uma dada parcela, *a priori*, não tem o condão de prejudicar a existência digna da família do devedor. Assim, a lei ordinária afronta também o princípio da isonomia, na medida em que iguala indivíduos que auferem rendas díspares, v. g., a confrontação entre a margem disponível de um assalariado e a de um alto executivo[44].

A realidade brasileira contrasta com a de outros países. Em estudo percuciente, Márcio Manoel Maidame demonstra a possibilidade de constrição de verba salarial na Itália, em Portugal, na Alemanha, na Espanha, na França, na Bélgica, no Luxemburgo, no México, nos EUA e na Argentina[45]. Assim, a "crise na lei"[46] da impenhorabilidade de salário gera flagrante injustiça. Em razão desse fato, a doutrina e a jurisprudência relativizaram seu conceito a partir da análise do caso concreto, conformando o dispositivo de lei aos princípios constitucionais adrede mencionados.

---

43 ALEXY, 1993, p. 89.

44 "Se é certo que o salário é o elemento que assegura a manutenção das condições mínimas de vida do indivíduo, há de existir um limite para que a verba recebida seja considerada com essa natureza. Especialmente em um país como o Brasil, em que a desigualdade de salários é monstruosa, equiparar todos os tipos de remuneração (não importando seu valor) é, por óbvio, um disparate. Não se pode, evidentemente, tratar da mesma forma o salário mínimo e a remuneração de vários milhares de reais. Se, no primeiro caso, há evidente caráter alimentar em todo o rendimento, o mesmo dificilmente será possível dizer quanto ao segundo. Existe, sem dúvida, um limite até o qual a remuneração deve ser protegida; extrapolando, porém, esse teto, não há razão para considerar o restante com caráter também alimentar. Afinal, não é a **origem** do dinheiro que deve ditar a sua essência alimentar, mas sim a sua **finalidade**." (ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e salários. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito civil e processo:** estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2008, p. 254).

45 MAIDAME, 2007, p. 250-256.

46 Ibid., p. 116.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE IMPENHORABILIDADE DE SALÁRIO

A finalidade das hipóteses de impenhorabilidade é proteger a dignidade do devedor e de sua família, assegurando-lhes um mínimo de condições para a respectiva manutenção e o sustento[47]. Contudo, Daniel Amorim Assumpção Neves pondera "se não haveria atualmente exagero na humanização da execução, esquecendo-se, por muitas vezes, que o exeqüente também é humano e sofre ao não receber seu crédito diante da ineficácia do processo executivo"[48], tendo em vista o princípio constitucional da isonomia.

O salário[49] nunca foi intocável. A doutrina discrimina uma série de exceções legais à regra da impenhorabilidade de salário: a previsão na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de o patrão ressarcir-se de danos causados pelo empregado, por via de desconto mensal; a retenção de parte da remuneração dos servidores públicos que, por qualquer razão, tenham de pagar quantia aos cofres públicos; empréstimos consignados; a retenção de parcelas do salário no tocante à previdência e aos tributos – imposto de renda retido na fonte, por exemplo[50]. A jurisprudência admite penhora de salários para pagamento de dívida alimentar[51].

Diante dessa permissividade e dos fundamentos acima evidenciados, a doutrina posiciona-se favoravelmente à penhora de parcela de salário ao pagamento de dívida comum, desde que respeitado o princípio da dignidade humana, *in verbis*:

> Afigura-se bastante plausível que o magistrado, quando por outras diligências não se obteve sucesso em encontrar bens penhoráveis, utiliza-se das regras da Lei 10.820/03 para proceder à penhora da parcela dos vencimentos do devedor, independente de qual seja a natureza jurídica do débito. Se o devedor pode, *sponte propria*, alhear parcela do seu salário, *a fortiori*, pode o juiz fazê-lo, em busca de efeti-

47 COSTA, Susana Henriques da. A impenhorabilidade de bens e a Lei n.º 11.382/06. In: COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **Execução extrajudicial:** modificações da lei 11.382/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 183.

48 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Injustificados vetos presidenciais à Lei 11.382/06. In: COSTA, Susana Henriques da. **Execução extrajudicial:** modificações da lei 11.382/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 487.

49 "Salário na acepção deste esforço monográfico é entendido como o conjunto de rendimento descritos no inciso IV, do art. 649, *in verbis*: 'os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'. Segundo posicionamento balizado de Araken de Assis, o CPC adotou fórmula analítica: 'Enumerou verbas com acepções técnicas diferentes. Vencimentos e subsídios são percebidos, respectivamente, por servidores públicos e por certos agentes políticos em atividade (p. ex., os magistrados. Soldo é a designação tradicional da retribuição pecuniária dos servidores militares, e definida nas leis. Salário e remuneração designam o dinheiro recebido, em sentido estrito e amplo, pelos trabalhadores da iniciativa privada, embora o termo remuneração se aplique, por igual, ao conjunto das vantagens pecuniárias recebidas pelos servidores públicos (vencimento, no singular, adicionais e gratificações). Recebem proventos os servidores públicos e os agentes políticos aposentados. As pensões, os pecúlios e os montepios constituem contraprestações previdenciárias, recebidas pelo próprio beneficiário ou por seus dependentes, e, graças ao desaparecimento do inciso próprio, tais verbas deixaram de receber proteção absoluta, ao contrário do que acontecia no regime anterior, e podem ser penhoradas na execução de alimentos. Recebem honorários os profissionais liberais (p. ex., o advogado, a teor do art. 22, *caput*, da Lei 8.906/1994). À falta de melhor palavra, utilizou-se 'ganhos' para retratar o dinheiro recebido por trabalhadores autônomos. E não deixou o texto de prever o dinheiro recebido por liberalidade de terceiros, a exemplo do que provém do contrato de constituição de renda, da mesada dos pais para o filho, do auxílio pecuniário prestado por homem casado para mulher diversa da esposa, e assim por diante." (ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 252-253).

50 MAIDAME, 2007, p. 256-257.

51 STJ. Resp 194.581/MG.

> var a tutela jurisdicional, desde que mantenha garantida ao executado parcela suficiente de remuneração para sobrevivência[52].

Nesse sentido, colaciona-se excerto de Daniel Amorim de Assumpção Neves:

> Essa exceção à regra é a prova maior de ser absolutamente possível a penhora de parte dos ganhos advindos do trabalho ou de aposentadoria, o que, apesar de gerar algum esforço maior à manutenção do executado e conseqüentemente levá-lo a algumas privações, não o impossibilita de continuar a viver com dignidade. Ora, se a norma existe para preservar a dignidade humana do executado, e comprova-se claramente que tal valor é preservado com a manutenção de parte de seus vencimentos, e não necessariamente a totalidade, é inadmissível permitir-se tal penhora tão somente nos casos de dívidas de natureza alimentar[53].

Demócrito Reinaldo Filho mantém o mesmo posicionamento:

> Os valores obtidos a título de salário, vencimentos, proventos e pensões são impenhoráveis somente nos limites do eventual comprometimento da receita mensal necessária à subsistência do devedor e de sua família. Preserva-se, dessa forma, um mínimo para a sua sobrevivência, mas ao mesmo entrega-se a prestação jurisdicional pleiteada pelo exeqüente. Interpretação contrária provocaria evidentes distorções e criaria indevida proteção ao executado[54].

Posição também compartilhada por Fredie Didier Júnior et al., *in verbis*:

> De acordo com as premissas teóricas desenvolvidas acima, é possível mitigar essa regra de impenhorabilidade, se, no caso concreto, o valor recebido a título de verba alimentar (salário, rendimento de profissional liberal etc.) exceder consideravelmente o que se impõe para a proteção do executado. É possível penhorar parcela desse rendimento. Restringir a penhorabilidade de toda a "verba salarial", mesmo quando a penhora de uma parcela desse rendimento não comprometa a manutenção do executado, é interpretação constitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento do direito fundamental do exeqüente[55].

As ponderações da doutrina têm repercutido de forma positiva no Poder Judiciário. Márcio Manoel Maidame colaciona uma série de julgados dos tribunais estaduais

52 MAIDAME, op. cit., p. 262.

53 NEVES, 2007, p. 494.

54 REINALDO FILHO, Demócrito. Da possibilidade de penhora de saldos de contas bancárias de origem salarial: interpretação do inciso IV do art. 649 do CPC em face da alteração promovida pela Lei n.º 11.382/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1796, 2 jun. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11336>. Acesso em: .

55 DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil:** execução. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 5, p. 554.

de Brasília[56], Goiás[57] e São Paulo[58], "que refletem as sugestões aqui apresentadas"[59]. Essa conformação é fruto da independência alcançada pela função jurisdicional na defesa dos direitos fundamentais[60].

Em aresto paradigma, o Superior Tribunal de Justiça desmistificou o assunto e efetuou interpretação da legislação federal consentânea com a proposta de ordem jurídica justa, *in verbis*:

> Ementa: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. ATO JUDICIAL. *EXECUÇÃO. PENHORA. CONTA-CORRENTE. VENCIMENTOS. CARÁTER ALIMENTAR. PERDA. – [...].– Em princípio é inadmissível a penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. Entretanto, tendo o valor entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável.* [...][61].

Em recente oportunidade, o Pretório Excelsior aprofundou as questões acima evidenciadas, fazendo explícita referência ao princípio da efetividade como vetor de correção da lei ordinária, *in verbis*:

> Ementa: Processual civil. Recurso Especial. Ação revisional. Impugnação ao cumprimento de sentença. *Penhora on line*. Conta corrente. Valor relativo à restituição de imposto de renda. *Vencimentos. Caráter alimentar. Perda. Princípio da efetividade*. Reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ. [...] – *Em princípio, é inadmissível a penhora de valores depositados em conta corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. — Ao entrar na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, a verba relativa ao recebimento de salário, vencimentos ou aposentadoria perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável. – Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos*

---

56 TJDF. 3ª T. Civ. AI 2006.00.2.010.618-8. Rel. Des. Costa Carvalho. Julgamento em 22 de novembro de 2006. v.u. **DJU**, 1 fev. 2007, p. 178; TJDF. 6ª T. Civ. AI 2007.00.2.005294-1. Rel.ª. Des.ª. Ana Maria Duarte Amarante Brito. Julgamento em 20 de junho de 2007. v.u. **DJU**, 5 jul. 2007, p. 140; TJDF. 6ª T. Civ. AI 2005.00.2.000617-3. Rel. Des. Otávio Augusto. Julgamento em 28 de março de 2005. v.u. **DJU**, 5 maio 2005, p. 96; TJDF. 3ª T. Civ. AI 2005.00.2.007865-3. Rel. Des. Mário Zam-Belmiro. Julgamento em 11 de maio de 2006. v.u. **DJU**, 8 ago. 2006, p. 133. E ainda: TJDF. 6ª T. Civ. AI 2007.00.2.010173-5. Rel. Otávio Augusto. Julgamento em 10 de outubro de 2007. v.u. **DJU**, 30 out. 2007, p. 156.

57 TJGO. 3ª CC. AI 62054-0/180. Rel. Des. Felipe Batista Cordeiro. Julgamento em 27 de maio de 2008. v.u. **DJ**, 9 jul. 2008; TJGO. 2ª CC. AI 59718-8/180. Rel. Des. Alan S. de Sena Conceição. Julgamento em 3 de junho de 2008. v.u. **DJ**, 1 jul. 2008.

58 TJSP. 31ª CDPriv. AI 1.183.808-0/8. Rel. Des. Adilson de Araújo. Julgamento em 24 de junho de 2008. v.u. .

59 MAIDAME, 2007, p. 262-264.

60 "O magistrado não pode ser escravo de nada, nem mesmo da literalidade da lei. O Direito é produto de uma dialética equilibrada entre teoria e ação, entre intuir e saber, entre o preceito legal e o dinamismo da vida. Ora, se a ordem jurídica não contempla a solução única, como ocorre com as ciências exatas, é natural que a escolha da solução adequada dependa, não mais da 'razão pura', mas da 'razão prática'." (TAMG. 1ª CC. Apelação Cível n.º 2.0000.00.410030-9/000(1). Rel. Gouvêa Rios. Julgamento em 23 de dezembro de 2003. **DJe**, 14 fev. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>).

61 STJ. Terceira Turma. RMS 25397/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 14 de outubro de 2008. **DJe**, 3 nov. 2008, grifo nosso.

previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta. [...][62].

As considerações acima evidenciadas mostram a possibilidade de relativizar o conceito de impenhorabilidade absoluta de salários e de vinculá-los ao pagamento de dívida de qualquer natureza, desde que, na apreciação do caso concreto por parte da função jurisdicional, preserve-se a dignidade do devedor e de sua família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivo é um fato. O regime das tutelas dos direitos fundamentais, o pluralismo jurídico e a presente ordem constitucional possibilitam a correção da legislação em conformidade com os ditames da justiça social. Os efeitos dessa conformação são positivas, quando o magistrado assume seu papel com verdadeira independência.

Nesse sentido, a busca pela efetividade da prestação jurisdicional exige, necessariamente, uma mudança na concepção do procedimento executório e nas indiscriminadas restrições à responsabilidade patrimonial do devedor, notadamente à impenhorabilidade de salários, a partir do contrabalanceamento de princípios constitucionais.

A doutrina evidencia que a penhora de parcela do salário ao pagamento de dívidas de qualquer natureza não suprime o princípio da dignidade humana, e tal paradigma tem tido ressonância na jurisprudência de escol, em homenagem à efetividade do processo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versión castellana: Ernesto Galzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 20, n. 80, p. 103-110, out./dez. 1995. In: MAIDAME, Márcio Manoel. **Impenhorabilidade e direitos do credor.** Curitiba: Juruá, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e salários. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito civil e processo:** estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2008. p. 523-529.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil:** processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, v. 2.

62 STJ. Terceira Turma. REsp 1059781/DF. Rel.ª Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 1.º de outubro de 2009. **DJe**, 14 out. 2009. **RDDP**, v. 81, p. 152; **RDDT**, v. 81, p. 152; **REVFOR**, v. 403, p. 461. **RIOBDCPC**, v. 62, p. 145, grifos nossos.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 129, p. 9-49, nov. 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Senado Federal. **O Código de Processo Civil de 1973 e suas alterações.** Brasília, DF, jan. 2010. Biblioteca Acadêmico Luiz Viana Filho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERAÇÕES.pdf>. Acesso em:

CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do imóvel residencial). **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 662, p. 58-63, dez. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COSTA, Daniel Carnio. **Execução no processo civil brasileiro.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Susana Henriques da. A impenhorabilidade de bens e a Lei n.º 11.382/06. In: COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **Execução extrajudicial:** modificações da lei 11.382/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. ...-...

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil:** execução. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Menor onerosidade e efetividade da tutela jurisdicional. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. ...-...

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

FÉRES, Marcelo Andrade. Apontamentos sobre alguns fatores jurídicos determinantes da crise do crédito no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 858, 8 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7532>. Acesso em:

LEITE, Gisele. Tendências do processo civil contemporâneo. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 11 abr 2009. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39167>. Acesso em:

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

MAIDAME, Márcio Manoel. **Impenhorabilidade e direitos do credor.** Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed. rev. e atual., 2. tir. São Paulo: RT, 2008, v. 1.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. Cumulação ulterior de execuções na atual sistemática do CPC. In: COSTA, Susana Henrique da (Coord.). **Execução extrajudicial:** modificações da lei 11.382/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Injustificados vetos presidenciais à Lei 11.382/06. In: COSTA, Susana Henriques da. **Execução extrajudicial: modificações da lei 11.382/2006**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. ...-...

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo. **Revista Dialética de Direito Processual,** São Paulo, n. 69, p. 104-110, dez. 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise no processo de execução. In: ASSIS, Araken de (Org.). **O processo de execução:** estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Safe, 1995. p. ...-...

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado:** cooperação ou confronto? Fev. 2003. Disponível em: <http//www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf>. Acesso em:

REINALDO FILHO, Demócrito. Da possibilidade de penhora de saldos de contas bancárias de origem salarial: interpretação do inciso IV do art. 649 do CPC em face da alteração promovida pela Lei n.º 11.382/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1796, 2 jun. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11336>. Acesso em:

RODRIGUES, Flávio Marcondes Soares. **O princípio da isonomia e sua incidência nas isenções extrafiscais.** Maceió: Nossa Livraria, 2010.

SANTANA, Carlos Alberto de. **Cumprimento de sentença & multa do artigo 475-J.** Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-moder-

nidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil:** processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para sua intensificação: propostas para minimizá-las. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 52, n. 316, p. 37-49, fev. 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil.** São Paulo: RT, 2007, v. 3.

CONSELHOS DE DIREITO: CANAIS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ORÇAMENTO PÚBLICO

Ana Maria Magalhães de Carvalho*

Sumário: 1 Conselhos de direito: fundamento legal 2 Conselhos de direito: um dos meios de implementação do avanço da prática democrática pela participação social nas tomadas de decisão orçamentária 3 Natureza jurídica dos conselhos de direito 4 Principais conselhos: instituição obrigatória 5 Outros conselhos de direito 6 A função de conselheiro e as dificuldades para o exercício do cargo

Resumo: Os Conselhos dos Direitos ou Conselhos de Políticas Públicas constituem uma forma de participação e controle social na gestão dos recursos públicos. Como entes com estrutura e natureza jurídica peculiar - são governo e são sociedade civil ao mesmo tempo – representam espaços públicos institucionais especiais criados para canalizar as deliberações da sociedade para o interior do Estado. O fundamento dos conselhos de direito é encontrado na Constituição que, inspirada na ideia de construir uma prática democrática participativa para atuar ao lado da democracia representativa, traz vários dispositivos que determinam a presença da sociedade civil na gestão pública. O presente trabalho tem por escopo analisar a função e a natureza jurídica dos Conselhos de Direito como poder social que, atuando no controle setorial do orçamento público, representa um importante instrumento para alcançar o cumprimento da arrojada carta de direitos sociais prevista na Constituição.

Palavras-chave: Conselhos de direito. Canais de participação social. Orçamento público. Democracia.

1 CONSELHOS DE DIREITO: FUNDAMENTO LEGAL

Os Conselhos de Direitos, ou Conselhos de Políticas Públicas, ou Conselhos Gestores de Políticas Públicas Setoriais – forma de participação e de controle social da gestão dos recursos públicos – encontram seu fundamento na Constituição. Com efeito, a Norma Magna, inspirada na ideia de construir uma prática democrática participativa para atuar ao lado da democracia representativa, traz vários dispositivos[1] que determinam a presença da sociedade civil na gestão pública.

Alguns exemplos da **confiança** depositada pelo constituinte no poder social como meio de alcançar o cumprimento da arrojada carta de direitos sociais prevista na Constituição podem ser encontrados nos seguintes artigos – todos ligados aos direitos fundamentais:

> a) artigo 198, III, que prevê a participação da **comunidade** nas ações e nos serviços públicos de saúde;

* Promotora de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), especialista em Ciência Política pela UFPA, especialista em Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

1 Um dos quais pode ser encontrado na própria declaração democrática. Diz a Constituição Federal (CF), art. 1.º, parágrafo único: "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou **diretamente**, nos termos da Constituição".

b) artigo 205, que requisita a colaboração da **sociedade** na promoção e no incentivo da educação, que se impõe como dever do Estado e da família;
c) artigo 194, que dispõe que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da **sociedade,** destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, e seu inciso VII, que menciona o caráter **democrático** e descentralizado da administração desse sistema, mediante gestão quadripartite, com **participação** dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados;
d) artigo 227, § 1.º, que confere à **sociedade**, bem como à família e ao Estado, o dever de assegurar à criança e ao adolescente a fruição de direitos fundamentais e a proteção contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, admitindo a participação de entidades não governamentais nos programas que o Estado deve criar visando a assistência integral à saúde da criança e do adolescente;
e) artigo 216, § 1.º, que convoca a **comunidade** a colaborar com o Poder Público na promoção e na proteção do patrimônio cultural brasileiro;
f) artigo 225, que determina ao Poder Público e à **coletividade** o dever de defender e de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações;
g) artigo 204, II, que convoca a **participação popular,** por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações de assistência social, em todos os níveis[2].

2 CONSELHOS DE DIREITO: UM DOS MEIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DO AVANÇO DA PRÁTICA DEMOCRÁTICA PELA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS TOMADAS DE DECISÃO ORÇAMENTÁRIA

No recôndito das normas acima citadas, está a responsabilidade do corpo social pela conquista de sua própria liberdade: a Constituição é o "Guia" que orienta a tomada de decisões por parte da sociedade (interesse de todos tratados como intrinsecamente iguais); é o "Legislador" superior que estipula os meios democráticos (conselhos e outros canais de participação social) que possibilitam que as deliberações sejam canalizadas para o interior do sistema político (Estado). Em outras palavras: a Constituição informa os objetivos eleitos pela própria sociedade (os do artigo 3.º), garante os direitos (os fundamentais) e outorga os meios (normas de participação social) idôneos para a obtenção dos resultados pretendidos. Cumpre à sociedade assumir sua cidadania juri-

2 Outros exemplos que indicam a democracia participativa no nosso ordenamento jurídico são os seguintes artigos da CF: o artigo 31, § 3.º, que determina que as contas dos municípios devem ficar, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame, apreciação e eventual questionamento da legitimidade, nos termos da lei; o artigo 37, § 3.º, que determina a edição de lei para disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta; o artigo 10, que assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; o artigo 29, XIII, que prevê a possibilidade de a população apresentar projeto de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros; o artigo 58, II, que menciona a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil pelo Congresso Nacional; o artigo 204, II, que exige a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações governamentais na área da assistência social, que são realizadas com recursos do orçamento da seguridade social (art. 195) e de outras fontes.

dicamente garantida e empreender o caminho que levará à transformação social de que falam os substancialistas pátrios.

3 NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS DE DIREITO

Os conselhos são fruto do anseio de forjar uma cultura democrática participativa por meio de espaços públicos reais. Eles são introduzidos na estrutura da administração política (federal, estadual ou municipal) por meio de lei editada pela unidade federativa respectiva (União, estados e municípios respectivos), a qual deve fixar sua composição e organização. São órgãos colegiados compostos de forma paritária (representantes governamentais e não governamentais), permanentes, normativos, deliberativos e consultivos, tendo como incumbência formular, propor, supervisionar, avaliar, fiscalizar, controlar e defender as políticas públicas no seu âmbito temático. Devem funcionar como mediadores entre a sociedade e o Estado, como canais que possibilitam que segmentos expressivos do corpo social busquem legitimamente influenciar as decisões da gestão pública.

Tais órgãos têm natureza jurídica inovadora porquanto **não são entes governamentais** (seus membros não são servidores públicos, são particulares que colaboram com a administração estatal em prol do bem comum), mas integram a estrutura básica do Poder Executivo, da secretaria ou do órgão da área social respectiva. Também não são associações, mas alguns de seus representantes são indicados por suas bases associativas. Na verdade, são entes com estrutura jurídica peculiar, pois são governo e são sociedade civil ao mesmo tempo; **são espaços públicos institucionais especiais criados para canalizar as deliberações da sociedade para o interior do Estado.**

4 PRINCIPAIS CONSELHOS: CONSTITUIÇÃO OBRIGATÓRIA

Os Conselhos de Educação, de Saúde e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) são de constituição obrigatória para o repasse de verbas federais.

Os Conselhos de Educação municipais, estaduais e distritais, junto com o Conselho Nacional de Educação (assim denominados por leis) são todos órgãos colegiados, de caráter normativo, deliberativo e consultivo, que interpretam, decidem, segundo suas competências e atribuições, a aplicação da legislação educacional e propõem sugestões de aperfeiçoamento nos sistemas de ensino. Cada ente federal deve criar ~~por~~ seu respectivo conselho, seguindo as diretrizes federais contidas na Lei n.º 4.024/61, que foi revogada pela Lei n.º 9394/96, com exceção dos artigos 6.º a 9.º, alterados pela Lei n.º 9131/95.

A Lei n.º 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. De acordo com a lei, para receber os recursos da saúde, os municípios (assim como os Estados e o Distrito Federal) deverão contar com o Conselho de Saúde, com composição paritária (Decreto n.º 99.438/90). O não atendimento pelos municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabeleci-

dos em lei implica que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.

A lei que cria os conselhos estaduais e municipais deve seguir o padrão estrutural do Conselho Nacional de Saúde. Tais órgãos são colegiados, permanentes e deliberativos, compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários (a representação dos usuários nos Conselhos de Saúde deve ser paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos), atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. Os Conselhos de Saúde têm sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho. Os membros (conselheiros titulares e suplentes) da área governamental (isto é, pertencentes aos ministérios ou às secretarias estaduais ou municipais) são nomeados para mandato específico, pelo chefe do Poder Executivo respectivo. Os membros da sociedade civil (titulares e suplentes) são eleitos por seus pares, em processo eleitoral disciplinado em lei, também para mandato específico.

Instituído pela Emenda Constitucional n.º 53, de 19 de dezembro de 2006, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) é um fundo de natureza contábil, regulamentado pela Medida Provisória n.º 339, posteriormente convertida na Lei n.º 11.494/2007. Foi implantado em 1.º de janeiro de 2007, mas sua implementação tem sido feita de forma gradual, com previsão de ser concluída em 2009, quando estará funcionando com todo o universo de alunos da Educação Básica pública presencial e os percentuais de receitas que o compõem terão alcançado o patamar de 20% de contribuição. O FUNDEB substituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), que só previa recursos para o Ensino Fundamental. Os recursos do Fundo destinam-se a financiar a Educação Básica (creche, pré-escola, Ensino Fundamental, Ensino Médio e Educação de Jovens e Adultos). Sua vigência é até 2020, atendendo, a partir do terceiro ano de funcionamento, 47 milhões de alunos. Para que isso ocorra, o aporte do governo federal ao Fundo, de R$ 2 bilhões em 2007, aumentará para R$ 3 bilhões em 2008, R$ 5 bilhões em 2009 e 10% do montante resultante da contribuição de estados e municípios a partir de 2010.

A Lei n.º 11.494/2007 dispõe sobre o controle social a ser exercido pelos conselhos federal, estaduais e municipais do FUNDEB, inclusive sobre sua composição, atribuições, vedações.

O Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) é um dos mais importantes conselhos municipais, visto que atua na área de maior carência –infância e adolescência. O artigo 88, II, da Lei n.º 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – prevê a criação dos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente como órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis da política voltada para a área da infância e da adolescência, o que deve ocorrer por meio de lei da correspondente unidade federativa. No entanto, esses conselhos não contam com verba específica, vinculada e, por isso, operacionalizam suas atividades com muita dificuldade. Em sua composição é assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas.

O artigo 260 do ECA dispõe que os contribuintes do Imposto de Renda po-

dem deduzir da renda bruta o total de doações efetuadas aos Fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e o Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. O limite máximo para doações dedutíveis do Imposto de Renda é de 1% do imposto devido para pessoas jurídicas[3] e de 6% para pessoas físicas. Em ambos os casos, a dedução cumula-se com outras doações e incentivos fiscais federais[4].

No âmbito municipal, a criação do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente (FUMCAD) e de sua respectiva conta corrente é muito importante para que o Conselho Tutelar funcione com independência. Em regra, os conselheiros encontram grande dificuldade para obter a aprovação de dotações orçamentárias para esse fundo junto aos gestores municipais. Essa é uma área na qual o Ministério Público, em apoio ao CMDCA, pode ter uma atuação política no momento da elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA), de forma a garantir uma dotação orçamentária específica para o FUNCAD.

5 OUTROS CONSELHOS DE DIREITO

Muitos outros conselhos podem ser criados: os conselhos de assistência social, de direito dos idosos, os conselhos do trabalho (tripartirdes, com representantes, em igual número, do poder público, dos empregadores e dos empregados), conselhos do meio ambiente, etc.

6 A FUNÇÃO DE CONSELHEIRO E AS DIFICULDADES PARA O EXERCÍCIO DO CARGO

A função de conselheiro de direito é considerada um serviço de relevância social e não é remunerada. Os conselheiros não possuem nenhum vínculo, quer político, quer de subordinação administrativa em relação ao Estado (município ou estado-membro). Devem ser independentes, para que seu trabalho surta o efeito que a sociedade espera e precisa, isto é, devem atuar com qualidade e independência, de forma que sua presença nos espaços públicos especiais de representação social direta influam na adoção de providências que resultem em melhoria dos serviços de relevância pública.

No entanto, os conselheiros comumente encontram dificuldades para exercer com eficiência o mister para o qual são eleitos.

Uma dessas dificuldades é o tratamento dispensado aos diversos conselhos pela administração. Em geral, enquanto os **organismos** cujas temáticas **não** possuem recursos certos e determinados por lei ou pela Constituição são quase ignorados, os que têm por função coordenar setores aos quais correspondem verbas vinculadas recebem um tratamento diferenciado.

Tal distinção de acolhimento acontece porque a transferência para os cofres municipais dos recursos vinculados **depende** da existência dos conselhos correlatos, assim como a prestação de contas dos investimentos realizados com esses recursos deve ser apresentada ao Tribunal de Contas respectivo com a aprovação do Conselho

3 Decreto n.º 794/1993.

4 Artigo 22 da Lei n.º 9.532/97.

Temático[5]. Ademais, os conselheiros tomam conhecimento das verbas transferidas da União para o município pelo modo **fundo a fundo**[6] antes mesmo do gestor municipal, pois o Governo Federal dirige-se a eles diretamente por meio de ofício, ou seja, a comunicação do depósito da verba é feita, não à secretaria municipal que vai geri-la, mas ao conselho temático incumbido de fiscalizar sua aplicação.

Destarte, é inviável que o Administrador ignore a necessidade de ouvir os conselhos e de prestar-lhes contas com temáticas ligadas a verbas específicas, determinadas por lei ou pela própria Constituição.

Outra dificuldade para o bom desempenho dos conselhos é a falta de independência decorrente do vínculo que alguns conselheiros têm com a Administração, em especial em municípios pequenos ou médios, onde é comum que os prefeitos busquem interferir nas escolhas dos conselheiros, mesmo os que representam a sociedade, para que somente pessoas com algum vínculo com a Prefeitura ocupem todas as vagas nos conselhos.

Esse vínculo pode ser direto ou indireto. Direto é o vínculo do conselheiro que é servidor público municipal, enquanto o indireto é estabelecido por meio da contratação de parentes dos conselheiros para trabalharem para o município.

Por trás da criação do vínculo, está a ideia de gerar uma relação de dependência do conselheiro em relação ao gestor a fim de que a ingerência daquele sobre a gestão dos recursos seja mínima, em especial, para que não crie embaraço na aprovação das prestações de contas.

Para evitar situações que tais, é de suma importância que o conselheiro servidor público tenha estabilidade profissional e que não possua parentes contratados ou em cargo de confiança naquela administração pública cuja verba setorial tem o dever de fiscalizar.

Nos municípios onde não há servidores concursados, a dependência é mais acentuada, pois, como todos os indicados para os conselhos, via de regra, são servidores municipais e, no caso, sem estabilidade, suas contratações dependem diretamente da vontade do Prefeito. Dessa forma, poucos são os conselheiros com liberdade para contestar um investimento, uma prestação de contas, ou mesmo propor uma determinada política ou gasto que contrarie a vontade do gestor, quer representem o governo, quer representem a sociedade.

Ao contrário, quando o conselheiro é servidor municipal com estabilidade, ou quando sua renda não depende dos cofres municipais (o que é muito raro ocorrer nos municípios pequenos, onde os empregos na iniciativa privada são limitados), o grau de independência é maior.

O baixo domínio sobre o papel, os poderes e os deveres do conselho é outro grave problema a impedir o bom exercício do mandato.

---

5 Exemplo: "O gestor do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo apresentará, trimestralmente, ao conselho de saúde correspondente e em audiência pública nas câmaras de vereadores e nas assembléias legislativas respectivas, para análise e ampla divulgação, relatório detalhado contendo, dentre outros, dados sobre o montante e a fonte de recursos aplicados, as auditorias concluídas ou iniciadas no período, bem como sobre a oferta e produção de serviços na rede assistencial própria, contratada ou conveniada" (Lei n.º 8.689/93, art. 12).

6 Repasse fundo a fundo é a verba depositada diretamente pela União em conta específica do fundo de saúde dos municípios (como também dos Estados e do Distrito Federal). Essa forma de transferência de recursos evita o desvio e facilita o controle pelos conselhos municipais de saúde.

O conselheiro deve ter condições de discutir com a comunidade seus problemas, para levantar suas necessidades, ter conhecimentos específicos para sugerir às secretarias gestoras investimentos que reputem prioritários, conhecer o que pode ser inovado em termos de gastos públicos vinculados, ou o que pode ser remanejado para atender áreas mais necessitadas, enfrentar uma eventual postura autoritária por parte dos gestores, compreender o papel e a importância do Conselho que representa, ter o reconhecimento governamental e social da legitimidade política dos conselhos como interlocutores para a formulação das políticas públicas.

Mesmo diante das dificuldades, não se pode desprezar a importância dos Conselhos na estrutura de governança. Eles têm condições de vir a influir positivamente na construção de uma consciência democrática. Por isso, cabe ao Ministério Público atuar para fortalecer os conselhos, de forma que desenvolvam seu trabalho com liberdade e eficiência. Para tanto, o promotor de justiça deve buscar a esfera judicial, ingressando com ações contra aqueles que eventualmente estiverem inviabilizando ou dificultando a gestão do conselho, como também colaborando para difundir a ideia da necessidade de novas relações entre governo e cidadão para que haja a corresponsabilidade na construção de políticas públicas que venham ampliar a implementação dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

DAHL, Robert. **Poliarquia:** participação e oposição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

_____. **La democracia:** uma guía para los cidadanos. Traduccíon de Fernando Vallespín. Santafé de Bogotá, Colômbia: Tauros Pensamiento, 1999.

DEBUS, Ilvo; MORGADO, Jéferson Vaz; LIMA FILHO, Luiz Gonçalves de. **Orçamento público.** Brasília: Editora Vestcon, 2006.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário.** 14. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

HUNTIGTON, Samuel. **A terceira onda:** a democratização no final do século XX. São Paulo:Ática, 1994.

MAINWARING, Scott P. – **Sistemas partidários em novas democracias:** o caso do Brasil. Tradução de Vera Pereira. Porto Alegre/ Mercado Aberto: Rio de Janeiro/ FGV, 2001.

MATTOS NETO, Antonio José de. *Paper* **Competências Federativas para a Proteção do Meio Ambiente e Combate à poluição sonora em Belém/PA**, apresentado no dia 03/06/09, no Seminário Organização Territorial do Estado na Espanha e no Brasil, realizado no *Campus* da UFPA.

MITSCHEIN, Thomas Adalbert. CHAVES. Jadson Fernandes. MIRANDA. Henrique Rodrigues de. **Crescimento, pobreza e violência em Belém.** 2ª. Ed. Belém: NUMA/ UFPA, POEMA, 2006

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Novo manual de direito financeiro e direito tributário:** a luz da nova constituição. 7. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar,1991. SANTOS. Boaventura de Souza. Para uma Revolução Democrática da Justiça. São Paulo: Editora Cortez. 2007

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Razões da desordem**. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1993.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Orgs.). **Princípios de direito financeiro e tributário.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2006.

WEBER, Max. **Ciência e política:** duas vocações. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA: RELEITURA DO EFICIENTISMO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO[1]

Christian Ribeiro de Menezes[*]

Sumário: Introdução; 1 Intervenção penal condenatória; 2 A emergência no Direito Penal; Considerações finais; Referências.

Resumo: Reler aparentes axiomas e questionar velhos conceitos à luz de novos paradigmas de intervenção penal é o objetivo deste breve artigo. O eficientismo – aqui contraposto às teorias garantistas –, cerne do que atualmente se denomina Direito Penal de Emergência, é uma reação estatal a uma criminalidade contemporânea e inédita. A positivação de tal ideologia redefine discursos e recrudesce o sistema em um contexto de globalização. A linha tênue entre garantias e eficiência revela-se o mais importante dilema do penalista de hoje. Confrontar um garantismo ineficiente e um eficientismo que não garante para deles extrair o fundamento legitimador da intervenção penal ideal é dever de casa para todo aquele que se arvora ao estudo e à aplicação da ciência.

Palavras-chave: Intervenção penal. Globalização. Eficientismo. Emergência. Recrudescimento. Releitura.

INTRODUÇÃO

As concepções projetadas ao redor da intervenção penal no correr dos tempos, buscando-lhe a justificação, a adequação ou simplesmente lhe negando legitimidade, apenas traduzem as relações sociais travadas em estágios temporais diversos, porém únicos em seu momento histórico. Consolidando-se em caráter mais ou menos duradouro, porém, jamais em termos absolutos, seguem aperfeiçoando-se, ainda que subsequentemente rechaçadas, ensejando um estado permanente de crítica e revisão conceitual à luz do acervo de direitos e garantias até aqui conquistadas pelo homem, sem perder de vista as transformações profundas que se abateram nas últimas décadas sobre a humanidade em virtude da **globalização**.

A revolução liberal foi o germe da legalidade e do Estado de Direito, maximizando o conceito de liberdade e contrapondo-o ao absolutismo então vigente. A concepção inicial do novo modelo firma-se em premissas historicamente pontuais, reduzindo ou esvaziando a intervenção estatal nas relações sociais, embora mantida a entidade em si. Combatia-se fervorosamente a monarquia e sua ingerência nefasta, não o próprio Estado. Proclamava-se o homem um ser naturalmente livre para se fundamentar um campo mínimo de atuação governamental. O reconhecimento da igualdade de todos

1 Este artigo foi objeto de trabalho acadêmico referente ao Módulo IV do curso de especialização em Ciências Criminais ministrado pela Universidade Federal da Bahia (UNEB), em parceria com o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado da Bahia (CEAF), publicado em fevereiro de 2010.

[*] Promotor de Justiça do Estado do Pará. Aluno do curso de especialização em Ciências Criminais ministrado pela UNEB em parceria com o CEAF.

perante a lei cabia tão somente aos comandantes do povo.

Paradoxalmente, essa mesma igualdade acabou por desestabilizar o próprio Estado de Direito em seu viés liberal. Porque meramente formal, revelou-se incapaz de propiciar a todos as mesmas condições de realização social, mormente em um sistema capitalista, em que as diferenças materiais adquirem contornos bem mais expressivos. A integração efetiva de homens formalmente iguais ao seio de sua comunidade, com todas as oportunidades que lhes eram devidas e que jamais se viram consolidadas, não apenas sugeria, mas verdadeiramente impunha uma nova leitura do modelo estatal proclamado, revendo e aprimorando concepções já consolidadas a bem da justiça social. Clamava-se, assim, pelo retorno da intervenção estatal, agora como instrumento garantidor de igualdade material entre os homens, cabendo ao Estado Social a nova tarefa de promover e realizar aquilo que o estado natural de coisas não se mostrou capaz de fazer.

Reconhecendo-se a soberania do povo e de sua vontade suprema sobre a entidade juridicamente organizada, compreendendo-se o Estado em função do bem-estar social e da realização plena dos direitos e garantias fundamentais do homem, chega-se à atual concepção de um Estado Democrático de Direito, calcado na supremacia de valores constitucionalmente consagrados. Nesta maré da História, atentos às circunstâncias de seu tempo e às suas contingências, refletiram os doutrinadores e estudiosos da ciência jurídica o que melhor lhes pareceu amoldar-se ao modelo de Estado então vigente, ora refutando toda e qualquer intervenção punitiva, ora legitimando o seu recrudescimento, mantendo-se, todavia, como tendência universal, desde a consolidação do Direito Penal moderno, a teoria garantista enquanto limitação ao *jus puniendi*, somente reconhecido nos estritos limites da adequação, da necessidade e da razoabilidade em relação aos reclames da dignidade humana.

Fica claro que os conceitos de hoje são frutos de tais concepções e que estas, por sua vinculação histórico-cultural aos homens e às relações de seu tempo, trazem o cunho da instabilidade, relativizando-se a cada geração, como não poderia deixar de ser, pois o Direito é a assimilação de fatos valorados e integrados normativamente, traduzindo axiologicamente a dimensão de um comportamento humano em forma de ordenamento. No estágio em que vivemos, alguns desses conceitos afiguram-se inquestionáveis, tamanha a dimensão atribuída às premissas nas quais se esteiam – os direitos e garantias fundamentais.

O breve escorço aqui delineado em sede proemial deste artigo anuncia a possibilidade de releituras variadas de aparentes axiomas – notadamente quando relações contemporâneas tributárias de um processo de globalização entre os povos apresentam ao mundo inéditas formas de criminalidade, que aniquilam a garantia da segurança pública, desconhecem barreiras a espaços geográficos e reclamam adequada e eficaz contrapartida –, ao passo que busca questionar velhos conceitos diante de novos paradigmas do **eficientismo** – enquanto contrapartida às teorias garantistas –, internacionalmente assimilado nos diversos estatutos casuisticamente elaborados, que hoje integram o chamado **Direito Penal de Emergência**.

1 INTERVENÇÃO PENAL CONTEMPORÂNEA

A proclamação dos direitos do homem e todas as construções ideológicas que a precederam e que dela se originaram para estabelecer na comunidade universal um novo paradigma de intervenção estatal legaram aos estudiosos e juristas modernos o ideal garantista que permeia todos os ramos do direito público. Aplicado em sua concepção primeira ao círculo de intervenção punitiva, o ideal garantista serviu de escudo contra os abusos governamentais na esfera das liberdades individuais e foi a base estrutural dos pilares do Estado de Direito.

A função da pena e sua razão de ser, malgrado todas as controvérsias travadas ao longo dos séculos e que até hoje persistem a respeito, ganham especial relevo a partir da consolidação do Estado Democrático de Direito, alçando-se o respeito à dignidade humana um de seus fundamentos constitucionais. Já não se concebiam, como não se concebem, sanções meramente retribucionistas e vazias de um propósito socializador maior a lhes justificar a imposição, evidenciando-se a desconformidade de algumas penas – ainda que constitucionalmente previstas – com o conteúdo material da própria Lei Maior[2]. A intervenção penal passa a ser questionada e duramente criticada, notadamente por seu modelo executório, que se revela ineficaz em relação ao seu discurso "ressocializador", ecoando aos quatro hemisférios os chavões da seletividade e da exclusão social, da utilização desvirtuada da ciência em prol da manutenção de privilégios e do *status quo* das classes dominantes sobre as oprimidas.

A racionalidade impunha a utilização de critérios razoáveis no processo de intervenção penal, admitindo-a, enquanto meio de controle social, desde que submetida ao império dos direitos fundamentais e sempre em caráter fragmentário. O garantismo, assim considerado, acaba por também se afastar do seu espírito original[3] e desemboca nas modernas teorias abolicionistas, movidas, sobretudo, pela falência do sistema penitenciário e fomentadas pelos equívocos de uma política criminal meramente neutralizadora e degradante. A par da evidente indolência no raciocínio jurídico, revelam-se tais teorias absolutamente inconsistentes em suas propostas alternativas aos fenômenos criminológicos que se lhes apresentam, sejam eles atuais ou desde sempre incidentes.

As premissas garantistas aplicadas ao Direito Penal moderno soam corretas e estremes de questionamentos, na medida em que buscam libertar o homem das amarras históricas do grande déspota, erigindo a sua dignidade em valor supremo a limitar a intervenção punitiva. Não se discute a supremacia dos direitos fundamentais em todos os ordenamentos jurídicos democraticamente positivados no mundo inteiro, nem a necessidade de conformação da jurisdição penal com tais direitos para que adquira contornos de legitimidade material. A observância compulsória de princípios constitucionalmente albergados, sejam eles explícitos ou não, para contrapô-los a regras divorciadas de sua teleologia original e negar-lhes vigência é também prática comum em nossos julgados. A proporcionalidade e a razoabilidade, o uso da racionalidade e da coerência na aplicação de leis penais diante da transgressão verificada em concreto, o exame prévio e necessário

2 A esse respeito, vide **O Direito Penal do Estado de Direito:** ontologia da pena, artigo do autor.

3 Sobre os desvios do garantismo, conferir **O Direito Penal e sua legitimação constitucional**, monografia do autor referente ao primeiro módulo do curso de especialização em Ciências Criminais ministrado pela UNEB em parceria com o CEAF. Salvador, fev. 2009.

da efetiva lesividade social da conduta ensejadora da persecução criminal e a progressiva despenalização das medidas aplicáveis aos transgressores da ordem social, tudo isso integra o espírito de que se nutre a concepção garantista do penalista moderno.

Não há como sublimar a incompetência do Estado em promover o bem-estar social pela execução de políticas públicas voltadas para a integração de todos os seus membros, admitindo-se a substituição de tal mister pela pretensão punitiva. O Direito Penal dos vândalos e dos boêmios de outrora, das prostitutas e dos mendigos, lançado sobre grupos efetivamente selecionados para definitivamente neutralizá-los, certamente já não cabe no contexto atual. Tornou-se imperioso proteger os excluídos pela fome e pela miséria, os carentes de oportunidades e os flagelados da nação das fúrias da intervenção penal. A transgressão criminal quase sempre reflete uma trajetória de segregação social duramente punida com a privação da liberdade, num processo estigmatizante e ainda mais excludente, atentatório, na visão garantista, contra a dignidade do transgressor.

A exacerbação dos ideais garantistas produziu a deturpação de seu próprio sistema, pois a excessiva preocupação em proteger o criminoso dos excessos da intervenção penal acabou por afastar a vítima do cenário de garantias fundamentais a serem também protegidas, efeito colateral só recentemente percebido e paulatinamente remediado com a reinserção da vitimologia no direito positivo. A constatação de que nem sempre aqueles que são despojados de seus bens jurídicos constitucionalmente tutelados são efetivamente compensados pelas vias extrapenais, a sensação generalizada de ineficiência e de impunidade que grassa no seio da comunidade diante dos discursos que pregam uma intervenção penal mínima, por fim, o reconhecimento de um estado permanente de impotência dadas as novas formas de criminalidade contemporânea alimentam uma crescente onda de recrudescimento, resgatando-se, como que numa ciranda da História, o clamor por um Estado mais presente em sua atuação punitiva, a bem do acautelamento social e da segurança pública.

O modelo de intervenção atual revela-se frágil na medida em que já não consegue convencer a própria sociedade a que se propôs servir. A simbologia e a prevenção geral atribuídas ao Direito Penal então domado pelo garantismo cedem lugar à ânsia por eficiência no combate à criminalidade, notadamente a que decorre da ação de grupos terroristas e de organizações criminosas, inserindo-se no direito positivo, geralmente em caráter emergencial e casuístico, a supressão de benefícios e de garantias processuais até então consolidados, amparada pelo sentimento generalizado de insegurança. É o eficientismo outra vez convocado e explicitamente concretizado em acordos e convenções internacionais, visando a otimização da reação estatal a uma criminalidade transnacional contemporânea e inédita, modificando discursos e sugerindo a quebra de paradigmas em um contexto de globalização.

2 A EMERGÊNCIA NO DIREITO PENAL

Utilizando-se do aparato punitivo como método de pacificação social e inserindo critérios eficientistas na política criminal adotada, segue o legislador brasileiro tendência universalmente acolhida em diversas nações, primando por uma legiferação penal de urgência no combate ao novo padrão de criminalidade, que não mais se intimida com os métodos garantistas de uma intervenção mínima, endurecendo o seu discurso com

uma ideologia fundada no movimento da lei e da ordem (*law and order*), executado em países como os Estados Unidos da América, notadamente a partir dos atentados terroristas às Torres Gêmeas.

A ideia ressocializadora da pena cede lugar ao seu viés retributivo, justificando a previsão de severas penas para crimes de gravidade extrema, executadas em estabelecimentos penitenciários de segurança máxima. Legitima-se uma maior duração das prisões provisórias a fim de que a sociedade obtenha resposta imediata ao delito. A concepção de um sistema diferenciado de execução da pena fortalece-se diante da audácia de determinados criminosos que continuam a administrar suas organizações mesmo dentro dos presídios, como em tantas hipóteses concretas amplamente divulgadas pelos meios de comunicação.

Essa preocupação do legislador em atender a reclames e pressões sociais em razão do pânico decorrente do vertiginoso aumento da violência globalizada é a razão da construção de uma nova racionalidade a ser aplicada na esfera do poder punitivo, optando-se pela canalização do Direito Penal ao seu aspecto retributivo, aproximando-o mais da sociedade que o reclama, em uma relação quase sempre intermediada pela mídia, ainda que essas demandas – quase sempre atendidas – desemboquem na inadequação, na assistematicidade e na ofensividade a certas garantias fundamentais.

O discurso garantista então contrariado tem o seu contraponto na aceitação popular dessas leis emergentes. Em que pesem as contundentes e coerentes críticas a esse "novo" Direito Penal, voltado para atender demandas excepcionais e divorciado das bases estruturais legitimadoras da intervenção penal no contexto de um Estado Democrático de Direito, a unificação de respostas estatais ao redor do mundo, por tratados ou convenções transnacionais de criminalização, solidifica o eficientismo no contexto da globalização.

Ainda que produto de um reagir imediato e desvinculado de maiores reflexões científicas, a legislação penal de emergência, pelas premissas que a motivam e pela carga ideológica de que se vale, ganha espaço para fora e além dos velhos códigos. Instiga o instrumentista do Direito a examinar, com rigor e critério, a possibilidade de uma releitura da Ciência Criminal em tempos de hoje, reavaliando as funções da intervenção penal e seu real alcance, notadamente quando o garantismo, tão prestigiado pelos doutrinadores modernos, se bem compreendido, ao reconhecer os seus equívocos iniciais, há de reparar os direitos fundamentais das vítimas, que lhes foram subtraídos pela preocupação unilateral que sempre se voltou para o criminoso e sua defesa contra o Estado.

Afigura-se latente essa necessidade que o jurista contemporâneo tem de reconduzir a prestação jurisdicional penal ao seu devido lugar, na busca efetiva de proteção dos direitos e garantias fundamentais do homem, que não se limitam, como já afirmado em anterior trabalho[4], aos direitos e garantias do acusado. Rever paradigmas constitucionais e penais já consolidados para melhor (re)integrá-los ao contexto da sociedade moderna é pensar melhor o Direito e contribuir para o progresso da humanidade. O eficientismo que se afirma hoje não é aquele concebido em sua forma clássica. Não se trata de proteger o cidadão acusado de um crime contra os abusos do poder punitivo, mas de proteger a sociedade inteira, atônita e sobressaltada, contra atos aparentemente insanos

4 **O Direito Penal e sua legitimação constitucional**.

voltados, à guisa de exemplo, para fins ideológicos, políticos ou religiosos que, no geral, atingem alvos absolutamente diversos daqueles que se pretendia atingir, disseminando-se como pragas em explosões de ônibus ou sequestros de aviões.

A emergência reflete a proposta global de combate imediato aos desafios impostos pela criminalidade atual. É preciso garantir a segurança de todos, buscando-se a estabilização social em caráter inegociável, assim como inalienável desde sempre se revela a preservação da dignidade humana. Essa linha tênue entre eficiência e garantias é o grande dilema do penalista contemporâneo, que não pode admitir a substituição de políticas sociais inexistentes por um recrudescimento descriterioso do Direito Penal na solução dos conflitos, mas também não há de se furtar à responsabilidade de apresentar alternativas eficazes para a contenção de determinadas formas de violência e de enfrentar os anseios de intervenção máxima da sociedade moderna, sob pena de absoluto descrédito e de desaparição dessa ciência na esfera de controle social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A História da humanidade mostrou não prescindir o homem da entidade politicamente organizada denominada Estado, para lhe administrar os interesses comuns (ações governamentais), solucionar-lhe os conflitos (atuação jurisdicional), representá-lo diante de outras nações (relações diplomáticas) e manter a segurança pública (controle social), outorgando-lhe parcela de representatividade bastante a exigir do Poder Público a confiabilidade necessária aos fins do bem comum.

Essa relação de confiança varia no tempo e no espaço, entre as nações e os diversos modelos de Estado. Varia, finalmente, em função do grau de eficiência demonstrado pelo poder estatal em sua atuação precípua de garantir a ordem pública, pressuposto do bem-estar social. Os bens jurídicos mais caros e constitucionalmente reconhecidos como de fundamental relevância ensejam especial proteção, e, desde sempre, a intervenção penal fez-se a mais adequada em tal mister. A possibilidade de reprimendas drásticas sobre os haveres daqueles que se dispõem a transgredir o pacto social lesando bens jurídicos alheios erigiu o Direito Penal em instrumento de controle mais contundente do Estado.

A par da tendência constitucional universalmente aceita de blindar o cidadão desviante dos eventuais abusos do Estado em sua intervenção punitiva, a gravidade de certos delitos transcendentes aos padrões de tolerância e de aceitabilidade mínima do grupo social em que se verificam reclama maior densidade no exercício da autoridade penal. A percepção geral da nação, por assim dizer, já não se convence diante do ideal politicamente correto dos movimentos garantistas, porque não apresentam soluções práticas alternativas à segregação dos que transgridem com tamanha gravidade, de modo a não coadunar o discurso ressocializador e humanitário com hipóteses concretas de violação criminal de direitos fundamentais diversos, como os crimes sexuais – notadamente contra crianças de tenra idade – e os atentados terroristas – especialmente os que aniquilam vidas de milhares de pessoas estranhas à causa – dos que revolvem a ordem natural das coisas e convertem o agressor em um tipo aparentemente diverso da espécie humana.

O membro desviante representa um risco social. Contrapõe-se a noções ele-

mentares de civilidade e rompe o pacto de confiança, comportando-se como inimigo – não na visão jakobsiana de autor[5],-mas diante do fato concretamente considerado –, e isso justifica resposta compatível com o mal que causou. Nesse sentido, afiguram-se coerentes as considerações de Jesús-María Silva Sánchez:

> tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal "da normalidade", seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um "mal", este se configura como um "mal menor"[6].

Assim concebida pelo renomado autor, a terceira velocidade ali referida espelha o Direito Penal de Emergência, mesclando a severidade das sanções privativas de liberdade à flexibilização de garantias clássicas.

A pertinência de uma releitura necessária dos atuais paradigmas que envolvem a legitimação do Direito Penal sintetiza o espírito das linhas conclusivas deste breve artigo. Encontrar o meio termo necessário à prevenção e uma justa repressão à violência que assombra e desestabiliza as sociedades do mundo contemporâneo é o grande desafio do penalista de hoje. Confrontar o garantismo ineficiente e o eficientismo que não garante para deles extrair o fundamento legitimador da intervenção penal ideal é dever de casa para todo aquele que se consagra ao estudo e à aplicação da ciência.

Assim é que desponta o Direito Penal contemporâneo no cenário de um mundo sem fronteiras. Nem garantista, nem eficientista, mas integrado por ambas as vertentes em um terceiro gênero que traz o cunho da necessidade. Compreendido em sua essência, venha ou não a se estabelecer em caráter excepcional de emergência, flexibilizando mais ou menos o sistema tradicional de garantias em prol de uma segurança pública eficaz, será sempre legítimo quando efetivamente aplicado a quem dele precisa e na sua exata medida. Mais que isso é abuso; menos, impunidade – ambos, inaceitáveis.

---

5 JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

6 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. ...

REFERÊNCIAS

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARQUES, Luis Eduardo Rodrigues. **Direito Penal de Emergência**: conflitos frente ao Estado Democrático de Direito. Monografia para o curso de mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba.

MENEZES, Christian Ribeiro. **O Direito Penal do Estado de Direito:** ontologia da pena.

MENEZES, Christian Ribeiro. **O Direito Penal e sua legitimação constitucional.** Monografia referente ao primeiro módulo do curso de especialização em Ciências Criminais ministrado pela UNEB em parceria com o CEAF. Salvador, fev. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. **A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo:** o exemplo da Convenção de Viena. Monografia publicada em curso de mestrado em Direito em Políticas Públicas no Uniceub. Local, ano.

A POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS ALIMENTOS NA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL INFANTOJUVENIL: NOVOS ARGUMENTOS E NOVAS SOLUÇÕES PARA UM VELHO PROBLEMA

Cristiano Chaves de Farias*

Resumo: A altitude constitucional dos direitos e garantias fundamentais vincula todo o tecido normativo infraconstitucional, impondo a releitura de todas as categorias e institutos jurídicos, entre os quais o poder familiar e a obrigação alimentícia. Submetendo tais categorias à força construtiva da proteção integral da criança e do adolescente, infere-se a possibilidade de exercício de atividade fiscalizadora pelo genitor não guardião, conferindo a aplicação concreta da verba alimentar na manutenção e na educação do filho menor. Nesse desenho, surge, naturalmente, a possibilidade de uso da ação de prestação de contas como consequência natural da efetividade dos valores e garantias constitucionais.

Palavras-chave: Proteção integral. Criança e adolescente. Poder familiar. Atividade fiscalizadora. Prestação de contas.

Sumário: 1 Colocação do problema; 2 A proteção integral infantojuvenil como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana (a criança e o adolescente em perspectiva civil-constitucional); 3 Lineamentos sobre o poder familiar; 4 A função fiscalizadora encartada no exercício do poder familiar como concretização do melhor interesse da criança e do adolescente; 5 A ação de prestação de contas como instrumento processual idôneo para a proteção integral infantojuvenil, por meio da verificação das despesas com o alimentando incapaz; 5.1 O cabimento da prestação de contas em sede de alimentos para a proteção do interesse de criança e adolescente; 5.2 A natureza dúplice do procedimento de prestação de contas e a possibilidade de seu uso por qualquer dos genitores e mesmo por terceiro; 5.3 A compatibilização entre a natureza irrepetível dos alimentos e o procedimento de prestação de contas: 6 À guisa de arremate: a melhor solução para o império da proteção integral da criança e do adolescente. Referências.

Mas se quiseres tuas contas acertar
Pra ficar livre de minha maldade
Cobra de mim o que me tens a pagar
E eu te darei o fim da eternidade.
Rita Lee

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Diretor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado Da Bahia – FESMIP. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito e do Curso JusPODIVM – centro preparatório para as carreiras jurídicas. Coordenador do curso de pós-graduação em Direito Civil do Curso JusPODIVM. Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela UCSal (Universidade Católica do Salvador).

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Conflito bastante comum no cotidiano forense diz respeito ao interesse que o genitor-alimentante tem de fiscalizar e acompanhar os gastos com o seu filho-alimentando incapaz que se encontra sob a guarda do outro genitor.

Motivações de diferentes índoles podem levar aquele que presta alimentos ao filho cuja guarda não detém a se preocupar com os gastos da criança ou do adolescente. A verificação do atendimento integral das necessidades do menor, o desequilíbrio financeiro das despesas, que pode implicar sacrifício de determinados bens relevantes, o excesso de gastos com supérfluos, enfim, tudo isso pode gerar uma preocupação com o destino da verba alimentícia paga mensalmente.

Por força de entendimento (majoritário) doutrinário[1] e jurisprudencial[2] histórico, tem prevalecido o entendimento de que, considerado o caráter irrepetível da obrigação alimentícia e a falta de previsão expressa em lei, não seria admissível a propositura de uma ação de prestação de contas pelo alimentante, de modo a materializar, concretamente, a fiscalização que se pretenda exercer dos interesses de filho menor alimentando.

Venia maxima permissa, não é a melhor solução.

Diversos argumentos e ponderações unem-se para justificar o manejo da ação de prestação de contas pelo genitor-alimentante, que não detém a guarda, com o propósito de fiscalizar os gastos com o alimentando, garantindo o império da proteção integral da criança e do adolescente.

Seja pelo prisma do direito material, seja pela ótica do direito processual, a possibilidade de utilização da via processual da prestação de contas pelo alimentante exsurge como conclusão inexorável. Veja-se minudentemente.

2 A PROTEÇÃO INTEGRAL INFANTOJUVENIL COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (A CRIANÇA E O ADOLESCENTE EM PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL)

Entrelaçada a feição da família com o retrato da própria sociedade, consideradas as circunstâncias de tempo e lugar, imperativa se faz uma compreensão contemporânea, atual, da entidade familiar, considerados os avanços técnico-científicos e a natural evolução filosófica do homem.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rom-

1 Não admitindo a existência de um dever de prestar contas do genitor que detenha a guarda e administre os alimentos de seu filho menor, escreve Maria Berenice Dias, fundada na falta de previsão legal: "não existe a obrigação do genitor que tem o filho sob sua guarda e percebe a verba alimentar a ele destinada, de prestar contas ao outro genitor que paga os alimentos" (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 351). No mesmo sentido, segue Maria Helena Diniz, para quem o pai que administra o patrimônio e a pensão de um filho menor não responde, nem está obrigado a prestar caução ou a render contas (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro:** Direito de Família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 537).

2 Em franca maioria, os Tribunais brasileiros têm negado a possibilidade de uso da prestação de contas em sede de alimentos. Veja-se ilustrativamente: "Apelação Cível. Ação de prestação de contas. Alimentos. Descabimento. Acertada a decisão que extinguiu a ação de prestação de contas que o alimentante move contra a genitora das alimentadas, com fundamento no art. 267, VI do CPC, por carecer o recorrente do direito de ação e pela impossibilidade jurídica do pedido. Não se perquire de declaração de crédito ou débito entre os litigantes, ante a irrepetibilidade dos alimentos. Precedentes do Tribunal. Recurso de apelação desprovido monocraticamente" (TJ/RS. Comarca de Taquara. Ac. 8.ª Câm. Cív. ApCív 70019287127. Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgamento em 11 de junho de 2007. **DJ**, 14 jun. 2007).

pem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade pós-moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário substancialmente e desmatrimonializado (pluralizado). O escopo precípuo da família passa a ser a solidariedade social e as demais condições necessárias à afirmação da dignidade humana, regido o seu núcleo duro pelo *afeto*, como mola propulsora.

Abandona-se, assim, o caráter institucionalista, matrimonializado, para compreender a família como verdadeiro instrumento de proteção da pessoa humana que a compõe. Isto é, a *ratio essendi* do Direito de Família não é a proteção das instituições, mas do próprio ser humano e de sua integridade física e psíquica, de sua liberdade e de seus pressupostos básicos elementares (mínimo existencial). A família, por conseguinte, existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando, de forma definitiva e inescondível, a pessoa humana.

É a busca da *dignidade humana*, sobrepujando valores meramente patrimoniais ou institucionais[3].

Aliás, eleito como princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana modela uma nova feição da família, garantindo proteção isonômica (igualdade substancial, que significa tratar desigualmente aquele que reclama proteção diferenciada) a todos os seus membros. Em concreto, implica afirmar uma tutela jurídica diferenciada para a criança e o adolescente, a quem deve ser dispensada, pela família, pela sociedade e pelo Estado, *proteção integral* e *prioridade absoluta*, como reza o artigo 227 da Constituição da República[4].

Harmonizando-se com a lata compreensão da dignidade humana e com o caráter garantista da *Lex Mater*, a *proteção integral* implica a aplicação das garantias fundamentais constitucionais às crianças e aos adolescentes, que deixam de ser objeto, elevados à altitude de *sujeito especial de direitos*, particularmente do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (CF, art. 227, *caput*).

A proteção integral serve, assim, como instrumento vinculante de todo o tecido infraconstitucional, impondo ao jurista compreender toda e qualquer situação concreta de acordo com o que o melhor interesse da criança e do adolescente recomendar[5].

Em cada caso concreto, exige-se a construção de soluções derivadas do melhor interesse infantojuvenil, oxigenando clássicos institutos jurídicos (como a guarda, a filiação e, é claro, o poder familiar e os alimentos). Todo e qualquer instituto con-

3 Em outra sede, tive oportunidade de afirmar, em obra escrita a quatro mãos, juntamente com eminente civilista radicado na Terra das Alterosas, que o acatamento do princípio da dignidade humana como valor fundante de todo o ordenamento jurídico "impõe a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial, devendo garantir-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil:** teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 96).

4 Assim já se firmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "Guarda de menor. Criança criada pelos avós maternos. Reconhecida pelas instâncias ordinárias ser melhor para o menor permanecer na companhia dos avós maternos, com quem sempre viveu e a quem foi concedida a guarda depois da morte prematura da mãe, não cabe rever a matéria em recurso especial, seja porque se trata de matéria de fato, seja porque estão preservados os interesses da criança" (STJ. Ac. 4.ª T.. REsp. 280.228/PB. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 28 de novembro de 2000. **DJU**, 12 fev. 2001).

5 No que concerne à *proteção integral* infantojuvenil, Tânia da Silva Pereira corrobora essa imperiosa vinculação de todo o tecido infraconstitucional ao melhor interesse da criança ou do adolescente, asseverando tratar-se de uma verdadeira *garantia* que assegura a efetividade dos direitos subjetivos, limitando, inclusive, a discricionariedade estatal (PEREIRA, Tânia da Silva. O 'melhor interesse da criança'. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 26).

cernente a interesse de criança ou adolescente precisa estar sintonizado na frequência da *proteção integral* constitucional, sob pena de incompatibilidade com o sistema constitucional[6]. Seguramente por isso, Andréa Rodrigues Amim adverte:

> *o desafio é torná-la* [a proteção integral no sistema jurídico constitucional] *real, efetiva, palpável. A tarefa não é simples. Exige conhecimento aprofundado na nova ordem, sem esquecer as lições e experiências do passado.* Além disso, e principalmente, exige um comprometimento de todos os agentes – Judiciário, Ministério Público, Executivo, técnicos, sociedade civil, família – *em querer mudar e adequar o cotidiano infanto-juvenil a um sistema garantista* [7].

Ora, da aplicação desse vetor constitucional ao âmbito alimentício, resulta, inexoravelmente, que os alimentos devem garantir uma vida digna a quem os recebe (alimentando) e a quem os presta (alimentante). Por isso, fixá-los em percentual aquém do mínimo imprescindível à sobrevivência do alimentando ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor ofende, de maneira direta, o princípio da dignidade humana[8]. Averbe-se, então: toda e qualquer decisão acerca de alimentos deve ser presidida pelo (fundamental) princípio da dignidade do homem, respeitando as personalidades do alimentante ou do alimentando, sob pena de incompatibilidade com o Texto Magno.

Por outro turno, fixados os alimentos, a proteção integral infantojuvenil implica reconhecer uma necessidade constante, permanente, de fiscalização do emprego das verbas pecuniárias no atendimento daquelas necessidades elementares do alimentando, as quais justificaram a sua quantificação, para a garantia de sua dignidade. Aliás, a proteção integral recomenda exatamente essa atuação fiscalizatória, de modo a não periclitar interesses indisponíveis.

Trilhando esse caminho, constata-se que há inescondível interesse (ou melhor, dever) do alimentante em fiscalizar a aplicação dos alimentos pagos, de modo a verificar o respeito à dignidade do alimentando incapaz, verificando se a verba tem sido aplicada no respeito à sua integridade física e psíquica e se estão sendo atendidos os seus pressupostos materiais básicos, fundamentais.

Esse é o novo delineamento da matéria (alimentos e poder familiar) à luz das garantias especiais que decorrem da *proteção integral* da criança e do adolescente. É o que resulta de um olhar comprometido com a renovada cartela de (belas) cores e matizes apresentada pela Carta Magna, cujo tom é eminentemente garantista. Para enxergar essa nova arquitetura, exige-se do jurista, além de profundo conhecimento constitucional, uma generosa medida de sensibilidade, vencendo o tecnicismo.

6 Endossando essas ideias, vale invocar a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo que, propondo uma interpretação dos dispositivos codificados conforme a Constituição, afirma que as palavras utilizadas pelo Código Civil "são apenas signos, cujos conteúdos deverão ser hauridos dos princípios e regras estabelecidos pela Constituição e no contexto de sua aplicação" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2005, p. 152).

7 AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 18, grifos nossos.

8 As ideias apresentadas também são defendidas por Juliano Spagnolo, em excelente texto dedicado à apreciação constitucionalizada dos alimentos (cf. SPAGNOLO, Juliano. Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências constitucionais no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 152).

3 LINEAMENTOS SOBRE O PODER FAMILIAR

É certo que o conteúdo do instituto do poder familiar, no direito brasileiro, jamais se aproximou da concepção despótica romanista, sendo concebido, entre nós, como um complexo de direitos e deveres, simultaneamente concedidos ao pai e à mãe, a fim de que, a partir deles, pudessem melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os para a vida[9].

Do ponto de vista técnico, como bem percebeu Orlando Gomes, esse "conjunto de direitos e deveres compreendidos no instituto qualifica-se como situação jurídica peculiar que se caracteriza por ser, ao mesmo tempo, uma *faculdade* e uma *necessidade*"[10].

Trata-se, pois, de um feixe de situações jurídicas, por meio das quais o pai e a mãe (simultaneamente, em uma perspectiva isonômica constitucional) assumem um *direito-função* ou *poder-dever*, que se situa, topologicamente, em posição *sui generis* entre os direitos potestativos e os direitos subjetivos. Em decorrência disso, confere-se aos pais uma prerrogativa e, concomitantemente, uma obrigação: cuidar dos interesses dos seus filhos, independentemente de sua origem – biológica, artificial, afetiva.

Por lógico, em uma perspectiva civil-constitucional, é preciso sublinhar que a pedra de toque do poder familiar é o *melhor interesse da criança ou do adolescente* (derivada da conhecida fórmula *the best interest of the child*), reconhecido pelo artigo 227 da Constituição da República e corroborado pelos artigos 1.º e 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Segue-se, nesse sentido, uma firme corrente mundial, tendo a própria Convenção Internacional de Direitos da Criança, acolhida pelo Brasil, reafirmado esse propósito de proteção integral e prioritária, sempre visando ao bem-estar e à segurança das crianças e dos adolescentes, independentemente de formalismos processuais, regulamentações de normas constitucionais ou qualquer outro entrave burocrático ou legal.

Por isso, muito melhor seria falar em *autoridade parental*[11], afastando a histórica ideia de um poder excessivo conferido aos pais, para avultar a importância do tratamento protetivo prioritário da criança e do adolescente[12].

Nessa linha de intelecção, *as latitudes e longitudes do poder familiar têm de estar a serviço da proteção preferencial e integral menorista*, com o fito claro e incontroverso de preservar a dignidade e o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, assegurando-lhes o crescimento e o desenvolvimento completo, a salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas (no âmbito patrimonial ou pessoal) pela ausência, pela omissão, pelo abuso ou pela negligência dos genitores ou responsáveis.

Em respeito à tábua axiológica garantista constitucional (da qual deriva o melhor interesse da criança e do adolescente), portanto, é imperioso adaptar-se o instituto

---

9 Em lição lapidar, Pontes de Miranda reconheceu o poder familiar (outrora, pátrio poder) como o "conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou a emancipação desse, e de deveres em relação ao filho" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Campinas, SP: Bookseller, 2001, v. III, p. 143).

10 GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 389, grifos do autor.

11 Nesse diapasão, Paulo Luiz Netto Lôbo, após anotar a importância e a atualidade dessa discussão terminológica, defende o uso da expressão *autoridade parental* por traduzir "melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro" (LÔBO, 2005, p. 148).

12 Lembrando uma passagem bíblica, João Baptista Villela afirma que "tanto mais autoridade se tem quanto mais se exercita o serviço" (*apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 146-147).

do poder familiar às exigências de prioridade absoluta e de proteção integral do interesse menoril, contribuindo-se para evitar o abuso, o abandono e o descaso de pais ou responsáveis para com menores e para permitir a esses menores um feliz aprimoramento moral, psíquico e social, além de uma eficaz proteção patrimonial.

Velhos e novos conflitos de interesses devem estar, sempre, submetidos à proteção integral e prioritária da criança e do adolescente. Esse é o caminho e a salvação para o sistema jurídico.

4 A FUNÇÃO FISCALIZADORA ENCARTADA NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR COMO CONCRETIZAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Prima facie, merece destaque o fato de que, na perspectiva afetiva abraçada pela Constituição de 1988, a separação, o divórcio, a dissolução de união estável, bem como a não convivência entre os genitores, não afetam o exercício do poder familiar, que continuará sendo reconhecido a ambos os genitores, independentemente mesmo da constituição de uma nova entidade familiar com terceiro. No particular, a regra do artigo 1.632 é clara: "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos". E mais o comando do artigo 1.588: "o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente"[13].

Sem dúvida, a concepção constitucional do poder familiar – fundada no afeto, na solidariedade e na proteção integral da criança e do adolescente – impõe uma mudança em seu conteúdo, fazendo com que a autoridade seja conjugada com outros valores e que os atributos dele decorrentes sejam exercidos por ambos os genitores, como regra geral.

Pois bem, abordando a matéria com base no imperioso contexto protetivo decorrente da norma constitucional, naturalmente, detecta-se a existência de um conteúdo fiscalizador como atributo essencial ao poder familiar, quando se tratar de pais que não convivem juntos, que não formam, entre si, uma entidade familiar (pais separados ou divorciados, por exemplo). Até porque "o arcabouço básico do conjunto de deveres que compete à família – e especialmente aos genitores – encontra-se na Constituição e é correspondente aos direitos fundamentais da criança e do adolescente", como bem apregoa Ana Carolina Brochado Teixeira[14]. Dessa maneira, atrelando o conteúdo do poder

13 Em comentário a respeito do dispositivo legal mencionado, Denise Damo Comel dispara contundente crítica, observando que o artigo pretende "preservar o poder familiar do pai ou da mãe que se casa com terceiro, e encerra disposição que tinha sentido de existir antes da Constituição Federal, quando ainda não se reconhecia a plena igualdade entre o homem e a mulher, no casamento ou fora dele, bem como quando não se reconhecia a igualdade entre todos os filhos, independentemente da origem da filiação. Protegia, ao invés, o poder conferido à mulher que se casava com outro homem tendo em vista que no casamento ela, como esposa, num primeiro momento tornava-se relativamente incapaz e passava a ser chefiada pelo marido. Posteriormente, embora não perdendo a plena capacidade, continuava sob o mando do marido" (COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: RT, 2003, p. 243).

14 TEIXEIRA, 2005, p. 128-129.

familiar às garantias fundamentais infantojuvenis, infere-se, com absoluta convicção, a necessidade de se lhe conferir a funcionalidade necessária para preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, conferindo-lhe inclusive a possibilidade fiscalizatória.

Aliás, reconhecer a possibilidade de exercício de uma atividade fiscalizatória é essencial para assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que, mesmo estando o filho sob a guarda, apenas, de um dos pais, o outro se mantém na plenitude do poder familiar, devendo contribuir para a proteção integral de sua prole.

Com efeito, não se pode negar que o pai ou a mãe que não detém a guarda do filho deve (observe-se que não se trata de *pode*, mas sim de *deve*) estar atento às despesas e aos gastos realizados, pelo cônjuge guardião, com o seu filho incapaz, velando pelo atendimento de suas necessidades básicas fundamentais, com educação, saúde, moradia, cultura, esporte, vestuário e, por igual, lazer.

Inspirado nesses valores, o artigo 1.589 do Código Civil é de clareza solar ao prescrever que "o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como *fiscalizar sua manutenção e educação*", realçando, na parte final, essa possibilidade de acompanhamento das despesas com menores. Corolário disso, além do reconhecimento de um *dever* de visitas, *é a possibilidade de fiscalização, pelo genitor não guardião do sustento, da manutenção e da educação conferidos ao filho*.

De fato, a não convivência dos pais não pode representar para aquele que não detiver a guarda uma sanção ou mesmo uma diminuição do exercício do poder familiar. Assim, o *poder de fiscalização da manutenção e da educação de filhos menores* que estejam sob a guarda de outrem é de alto significado na ótica civil-constitucional, pois está antenado na proteção integral assegurada pela *Lex Legum*[15].

Conferir carta branca ao guardião, colocando a sua administração pessoal e patrimonial de uma criança ou de um adolescente a salvo de uma atividade fiscalizatória, é, sem dúvida, temerário e pode implicar violação de interesses infantojuvenis. Seria conferir um *bill de indenidade* ao guardião, ainda que em detrimento de criança ou adolescente.

Exatamente por isso, Yussef Said Cahali, em vigorosa obra, sustenta, com argumentos irrefutáveis, que o genitor não guardião está "investido do direito de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos que não tem sob sua guarda", porque não foi excluído do poder familiar[16].

Também fazendo coro ao entendimento aqui esposado, Denise Damo Comel esclarece que, "embora de difícil realização prática", a possibilidade de se exigir as contas daquele genitor que administra os bens e a verba pecuniária alimentícia do seu filho "parece mais jurídica e mais consentânea com o primado do interesse do menor, que norteia toda a matéria"[17].

Ora, caro leitor, a partir de uma simples – e ainda que perfunctória – compre-

---

15 Com cuidadosa análise da base valorativa constitucional, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel explica que "o poder de fiscalizar o exercício da guarda não é privilégio exclusivo daquele que exerce o poder familiar [...], a fiscalização do encargo da guarda pode ser feita por qualquer pessoa da família e, também, por todos aqueles que tiveram informações acerca do tratamento indigno dispensado a uma criança ou a um adolescente" (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 100-101).

16 CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 573.

17 COMEL, 2003, p. 160.

ensão sistêmica da matéria, é possível perceber que o interesse em verificar as despesas e os gastos realizados para a manutenção e a educação de um incapaz funda-se na própria *proteção integral* da criança e do adolescente, constitucionalmente assegurada. O genitor não guardião, que não foi excluído do exercício do poder familiar (CC, art. 1.632), tem o dever de fiscalizar para assegurar a ampla e integral proteção de sua prole, colocando-a a salvo de prejuízos.

Na esteira dessa compreensão, infere-se, necessariamente, que, mesmo aquele cônjuge ou companheiro reconhecido como culpado pela separação conserva o direito de fiscalizar a aplicação dos recursos financeiros pagos ao filho incapaz, uma vez que construída tal solução a partir do melhor interesse da criança, e não do genitor[18].

Em razão disso, como desfecho lógico do que se expôs, é fatal entender que o artigo 1.589 da Lei Civil, sintonizado na Norma Maior, protege e assegura, com absoluta prioridade, os interesses da criança e do adolescente, seja pela ótica pessoal, seja pelo prisma patrimonial, o que implica reconhecer um conveniente poder fiscalizatório como atributo natural do poder familiar de cada um dos pais, obstando abusos e desleixos.

5 A AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL IDÔNEO PARA A PROTEÇÃO INTEGRAL INFANTOJUVENIL, POR MEIO DA VERIFICAÇÃO DAS DESPESAS COM O ALIMENTANDO INCAPAZ

5.1 O CABIMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS EM SEDE DE ALIMENTOS PARA A PROTEÇÃO DO INTERESSE DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Conectada a atividade fiscalizatória do genitor não guardião no exercício do poder familiar (materializando a proteção integral e prioritária da criança e do adolescente), facultam a Lei Civil e a Lei Menorista uma série de providências judiciais que podem ser manejadas na defesa do interesse infantojuvenil. Isso equivale a dizer: reconhecido o direito de fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos, o genitor não guardião pode valer-se de uma série de medidas, judiciais inclusive, para concretizar essa prerrogativa.

Nesse âmbito, merece realce o fato de que esse rol de medidas judiciais protetivas do interesse de criança e adolescente é exemplificativo, não se exaurindo nas medidas de limitação, suspensão e extinção do poder familiar previstas no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Bem esclarece Ana Florinda Dantas que, além das medidas limitadoras do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, "outras poderão ser adotadas, se assim reclamar o interesse do filho, observados os princípios constitucionais [...] preservando a pessoa do filho e levando em conta o seu interesse"[19].

---

18 Nessa direção, vale conferir a cátedra de Edgard de Moura Bittencourt, que esclarece poder "o cônjuge culpado exercer distante mas permanente controle, inclusive por via judicial, sobre a educação dos filhos. Aí surge a tarefa do magistrado, com penetração psicológica e moral nos fatos, evitando abusos, auscultando o amor pelos filhos e afastando os golpes de vingança dirigidos ao outro cônjuge, por intermédio de criaturas inocentes" (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2003, p. 185).

19 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de Direito e Processo de Família:** Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 152.

Detecta-se, assim, a possibilidade de utilização de quaisquer medidas judiciais que se façam necessárias para a proteção prioritária e integral do menor, entre as quais, por lógico, a *prestação de contas*.

Até mesmo porque, "no direito de fiscalização da guarda, criação e educação da prole atribuída ao outro cônjuge, ou a terceiro, está ínsita a faculdade de reclamar em juízo a prestação de contas daquele que exerce a guarda dos filhos, relativamente ao numerário fornecido pelo genitor alimentante", como pontua Yussef Said Cahali[20].

Sem dúvida, a possibilidade de exigir contas é inerente ao exercício do poder familiar e da proteção avançada da criança e do adolescente, sob pena de inviabilizar a própria fiscalização da manutenção, do sustento e da educação dos filhos, reconhecida pelo artigo 1.589 da Codificação de 2002.

Não é demais lembrar que a própria natureza do procedimento de prestação de contas recomenda a sua utilização nessa hipótese. Veja-se que a prestação de contas está vocacionada para compor conflitos em que a pretensão esteja centrada em esclarecer situações decorrentes, no geral, da administração de bens alheios – o que se amolda com perfeição à gestão pelo genitor-guardião da verba pecuniária paga a título de alimentos ao seu filho que esteja sob sua gestão[21].

Exatamente com esse espírito, o Tribunal de Justiça bandeirante reconheceu:

> Alimentos. Pensão. Filha sob a guarda da mulher. Prestação de contas. Exigência pelo alimentante pai da criança. Possibilidade. Direito deste em exigir esclarecimentos precisos acerca da administração da prestação alimentícia recebida por conta da filha menor. Incidência do art. 1.589 do Código Civil de 2002. Direito de exigir contas que, na hipótese, decorre do exercício do poder familiar. Extinção do processo afastada. Recurso provido[22].

Sem dúvida, a melhor solução, à luz de uma interpretação conforme os valores protetivos da Constituição Federal, passa pelo reconhecimento da viabilidade do manejo da ação de prestação de contas, pelo genitor não guardião, para fiscalização de despesas com um alimentando incapaz. Mesmo porque, para evitar o desvio de recursos destinados a um menor, o uso do procedimento de prestação de contas pode apresentar-se necessário[23].

De fato, a ação de prestação de contas consiste no "relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem", consoante a cátedra de Humberto Theodoro Júnior[24]. Assim, é cabível o seu manejo sempre que uma pessoa mantiver

---

20 CAHALI, 2002, p. 572.

21 Confirmando esse entendimento, veja-se Humberto Theodoro Júnior, fulminando qualquer dúvida: "todos aqueles que têm ou tiveram bens alheios sob sua guarda e administração devem prestar contas" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 87).

22 TJ/SP. **JTJ**, n. 271, p. 27.

23 Veja-se, a respeito, decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, admitindo o uso da prestação de contas quando se demonstrou a potencialidade de desvio de verbas destinadas a incapaz (TJ/RJ. Ac. 10.ª Câm.Cív. AgInstr. 2000.002.05567. Rel. Des. Sylvio Capanema. Julgamento em 25 de julho de 2000).

24 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 85.

com outra uma relação jurídica através da qual seja necessária a apresentação de um balanço de despesas (descritivo, ainda que não contábil, quando não for possível apresentar as contas dessa maneira).

Trata-se de regra elementar: todo aquele que tem sob sua responsabilidade ou administra bens alheios tem obrigação de prestar contas, evitando um prejuízo de terceiro, o que ganha contornos ainda mais nítidos quando se tratar de interesse preferencial e integral de criança ou adolescente[25].

Nessa linha de pensamento, Caio Mário da Silva Pereira advoga a tese de que ao pai administrador dos interesses do filho corre o dever de lhe serem dadas as contas da gerência[26].

De mais a mais, se não fosse admissível o uso da ação de prestação de contas pelo genitor não guardião, que presta alimentos, restaria esvaziado o exercício pleno de seu poder familiar (*rectius,* autoridade parental)[27], faltando-lhe um de seus mais relevantes atributos – a atividade fiscalizadora.

Outrossim, impedir a propositura da prestação de contas poderia fazer periclitar os interesses menoristas, que devem ser tutelados preferencial e integralmente. Com efeito, vedado o ajuizamento da ação, a má administração de verba pecuniária destinada à manutenção e à educação de filho menor não seria passível de um eficiente controle. Por isso, na defesa do melhor interesse da criança e do adolescente, é reconhecida ao genitor-alimentante (bem como ao Ministério Público e a qualquer outra pessoa interessada, como os avós e tios) a legitimidade para requerer a prestação de contas do genitor que detiver a guarda e estiver administrando a importância pecuniária paga a título de alimentos.

Em lúcida decisão, reconheceu essa tese o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, fundando em valores de inspiração constitucional a possibilidade do uso de prestação de contas em sede alimentar:

> Direito Civil. Família. Alimentos destinados à genitora e à filha. Prestação de contas. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Indeferimento da inicial. Insurgência. *Fiscalização. Direito protetivo do menor. Legitimidade ativa do pai alimentante*. Ilegitimidade ativa do marido alimentante. Provimento parcial. Sentença reformada em parte.
> *Porque a má administração de numerário destinado à manutenção e educação de filho alimentando pode acarretar severas sanções legais ao mau administrador* (arts. 1.637 e 1.638, IV, do CC), *a Lei do Divórcio assegura ao alimentante a fiscalização da respectiva verba alimentar.*
> Não tem o marido alimentante legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento de prestação de contas no tocante à verba alimentar da ex-mulher[28].

---

25 Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça da Bahia já teve oportunidade de reconhecer o cabimento da ação de prestação de contas sempre que necessária a apresentação de prova de despesas. Veja-se: "a obrigação de prestar contas resulta do princípio universal de que todos aqueles que administram, ou têm sob sua guarda bens alheios, devem prestar contas" (TJ/BA. Ac. 1.ª Câm.Cív. ApCív. 21.052-8/01. Ac. n.º 14.076. Rel. Des. Raymundo Carvalho. Julgamento em 14 de novembro de 2001).

26 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 5, p. 239.

27 "Os poderes-deveres inerentes à autoridade parental competem a ambos os pais, mesmo após o fim da conjugalidade. Desta forma, os genitores devem continuar assistindo, criando e educando os filhos, independentemente da sua condição de solteiros, casados, separados, conviventes ou divorciados", como sinaliza Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 138-139).

28 TJ/SC. Comarca de Itajaí. Ac. 2.ª Câm.Cív. ApCív. 06.024243-1. Rel. Des. Monteiro Rocha. Julgamento em 28 de setembro de 2006, grifos nossos.

Assim, consequência natural do reconhecimento de um componente fiscalizatório inserto no poder familiar é a admissibilidade do manejo da ação de prestação de contas pelo genitor não guardião (ou mesmo por terceiro interessado, ou pelo Ministério Público) contra aquele que exercer a guarda, de modo a resguardar os interesses pessoais e patrimoniais do menor[29]. Essa admissibilidade ocorre com o objetivo precípuo de resguardar os interesses pessoais e patrimoniais do menor em razão de graves omissões ou de atos ruinosos praticados pelo genitor-guardião que detém a gestão financeira de sua pensão alimentícia (deixando de aplicar os recursos financeiros em atividades relevantes para a dignidade do menor, como educação, cultura, lazer e esporte).

Não é difícil notar que essa assertiva harmoniza-se, integralmente, com o melhor interesse da criança (CF, art. 227; ECA, arts. 1.º e 4.º), evidenciando que a criança e o adolescente são protagonistas do próprio processo de educação, manutenção e crescimento. Enfim, são sujeitos, e não objetos da tutela jurídica.

Em suma: sendo certo e incontroverso que o guardião é o natural gestor dos recursos financeiros destinados ao alimentando incapaz, especificamente para a sua manutenção, sustento e educação, é imperioso reconhecer a possibilidade de uso do procedimento judicial de prestação de contas, como mecanismo para explicitar o respeito e a efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por derradeiro, vale acrescer um outro argumento favorável ao cabimento da prestação de contas. Cuida-se do fato de que a não comprovação de despesas e a má administração dos recursos financeiros do menor, geridos pelo guardião, podem ocasionar a modificação de guarda, a suspensão do poder familiar ou mesmo a sua extinção – o que vem a confirmar a possibilidade de uso da prestação de contas, sempre à luz da proteção integral constitucional[30].

Defendendo a ideia, Sílvio Rodrigues dispara de modo contundente e concreto que o pai não guardião "pode reclamar alegando que a mãe economiza no trato do menor". Acrescenta, inclusive, ser isso, de certo modo, frequente na prática forense, exemplificando com a hipótese do genitor guardião que utiliza a pensão alimentícia do filho menor "para atender a seus gastos pessoais, às vezes até luxuosos". E desfecha: "o pai tem ação (de prestação de contas) para remediar a situação e até pretender a mudança da guarda"[31].

---

29 Precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Paraná chegou mesmo a reconhecer a legitimidade do próprio alimentando, após a aquisição da plena capacidade, para a ação de prestação de contas contra o genitor que administrou, durante a menoridade, o seu patrimônio: "Ação de prestação de contas. Administração de bem dos filhos. Exigência de render contas. Inobstante haja certa dúvida, na doutrina, acerca do direito dos filhos, após a maioridade, de exigirem contas dos pais quanto à administração dos bens que lhe pertencem, não há negar que, se a mãe, no exercício do pátrio poder, recebeu determinada importância em função de acordo judicial, em nome de seus filhos, com notícia de que o numerário já não existe, convém determinar-se a prestação de contas, de sorte a possibilitar o esclarecimento definitivo quanto ao destino da pecúnia" (TJ/PR. Ac. 3.ª Câm. Cív. ApCív. 7349. Rel. Des. Renato Pedroso. Julgamento em 16 de novembro de 1990).

30 Também assim, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2006, p. 101).

31 RODRIGUES, Sílvio. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 17, p. 209-210.

5.2 A NATUREZA DÚPLICE DO PROCEDIMENTO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS E A POSSIBILIDADE DE SEU USO POR QUALQUER DOS GENITORES E MESMO POR TERCEIRO

O procedimento de prestação de contas previsto no Código de Processo Civil (arts. 914 a 919) tem estrutura dúplice[32], podendo ser utilizado tanto pelo devedor (o alimentante), quanto pelo credor (o guardião, gestor dos alimentos pagos a um incapaz).

Ambos podem apresentar-se como autor ou réu porque, ao direito de exigir a apresentação das contas correspondentes à administração da importância paga a um incapaz, corresponde – natural espelho invertido – o direito de prestar contas da gestão do patrimônio de terceiro, prevenindo-se futuros questionamentos e medidas judiciais. Aliás, o próprio Código Instrumental confirma essa possibilidade ao disciplinar regras específicas para o procedimento de exigir contas e outras especificamente atinentes ao procedimento de dar contas.

Como corolário disso, percebe-se que a prestação de contas dispensa, por esse motivo, o uso da via reconvencional[33].

5.3 A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A NATUREZA IRREPETÍVEL DOS ALIMENTOS E O PROCEDIMENTO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

Apesar de alguma resistência em sede doutrinária e jurisprudencial[34], não há, efetivamente, qualquer descompasso entre o uso do procedimento de prestação de contas, em sede alimentícia, e o caráter irrepetível dessa especial obrigação jurídica.

É que, como esclarece Ernane Fidélis dos Santos, "na prestação de contas, o objeto da lide é o acertamento (esclarecimento das contas), sem importar o resultado". Por isso, "o objetivo do pedido (de prestação de contas), que limita e caracteriza a lide, *é a prestação das contas*" [35]. Dessa maneira, para que se admita a ação de prestação de contas, pouco interessa se o saldo, eventualmente apresentado, poderá, ou não, gerar execução.

É plenamente possível utilizar o procedimento especial de prestação de contas somente para ver apresentado o rol de créditos e despesas com o alimentando incapaz, sem que um eventual saldo seja objeto de execução.

Bastaria imaginar, para confirmar o que se aduz, a possibilidade de uma ação de prestação de contas decorrente da gestão de uma sociedade empresarial, por exemplo, na qual as contas são apresentadas corretamente, não havendo qualquer saldo a ser ajustado. Ter-se-ia, na aludida hipótese, a mera prestação de contas, sem qualquer acerto posterior.

---

32 Sobre o ponto, confira-se, por todos, Antônio Carlos Marcato (MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.150-151).

33 É o que diz Alexandre Freitas Câmara*:* "conseqüência desta natureza dúplice é que não cabe, na ação de prestação de contas (em qualquer das duas modalidades de procedimento que se pode instaurar), reconvenção. Eventual pretensão que o demandado queira manifestar em seu favor será veiculada através da contestação" (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. III, p. 371).

34 "Agravo de instrumento. Ação revisional de alimentos cumulada com ação de prestação de contas. Descabimento. Deve ser extinta a ação de prestação de contas (cumulada com a revisional de alimentos) que o alimentante move contra o alimentando, com base no art. 267, VI, do CPC, pela ilegitimidade daquele, e pela impossibilidade jurídica do pedido. *Não se perquire de declaração de crédito ou débito entre eles, ante a irrepetibilidade dos alimentos*. Precedentes do Tribunal" (TJ/RS. Comarca de Gravataí. Ac. 8.ª Câm. Cív. AgInst 70017308271. Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgamento em 21 de dezembro de 2006).

35 SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 36.

Assim, não há que se cogitar qualquer incompatibilidade entre o uso da via processual da prestação de contas e a natureza irrepetível da verba alimentícia, uma vez que, em caso de manejo da prestação de contas pelo genitor alimentante, o resultado apresentado não poderá ensejar execução, mas poderá servir de prova para outras finalidades protetivas do interesse da criança e do adolescente, como, *exempli gratia*, a suspensão ou a destituição do poder familiar ou mesmo uma alteração de guarda.

6 À GUISA DE ARREMATE: A MELHOR SOLUÇÃO PARA O IMPÉRIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Sintetizando os argumentos postos, em especial à luz do garantismo constitucional do qual deriva a *proteção integral da criança e do adolescente*, importa reconhecer a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos do Código Civil atinentes ao interesse infantojuvenil, inclusive ao poder familiar e à obrigação alimentar, submetendo-os às diretrizes constitucionais, que afirmam a primazia dos interesses superiores da pessoa humana, como verdadeiro exercício de *cidadania*[36]. Isso porque a cidadania, concebida como elemento essencial, concreto e real, para servir de centro nevrálgico das mudanças paradigmáticas da ciência jurídica, será a ponte, a ligação com o *porvir*, com os *avanços* de todas as naturezas, com as conquistas humanas que se têm consolidado, permitindo um Direito mais sensível, aberto e poroso aos novos elementos que se descortinem na sociedade. Um Direito mais real, mais humano e, por conseguinte, muito mais justo.

Para tanto, é preciso que esteja o direito aberto, sensível e em sintonia com os avanços da sociedade. Modificações nas históricas categorias e nos institutos jurídicos serão necessárias para garantir uma passagem aberta para outra dimensão, na qual a proteção integral da criança e do adolescente é elemento de garantia da própria dignidade humana. Disso advirá a eliminação de fronteiras delimitadas pelo sistema codificado anterior, por via das quais o interesse dos filhos estava submetido aos direitos dos pais. Abre-se espaço para um Direito de Família contemporâneo, propício às poderosas influências decorrentes do garantismo constitucional.

A propósito, vale invocar trecho do voto proferido pelo Ministro Waldemar Zveiter, em interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, tão bem aplicável ao caso *sub occulis*:

> mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pôs o constituinte de modo mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao que incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade[37].

36 Luiz Edson Fachin, com habitual proficiência, leciona que o "conceito de cidadania pode ser o continente que irá abrigar a dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais. Não mais, porém, como um sujeito de direitos virtuais, abstratos ou atomizados para servir mais à noção de objeto ou mercadoria" (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 330).

37 STJ. Ac. 3.ª T. REsp 269/RS. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgamento em 3 de abril de 1990. DJU, 7 maio 1990, p. 3829. **RSTJ**, n. 40, p. 231-236.

No que tange aos interesses de criança e de adolescente, a pedra angular primordial ao jurista do novo tempo é o respeito ao valor constitucional da *proteção integral* (que se materializa, em larga escala, na fórmula *the best interest of the child*), relevando-se vincular toda a normatividade infraconstitucional aos seus contornos, adaptando-se institutos e regras.

Volvendo os olhos para o poder familiar e para a obrigação alimentícia entre pais e filhos, infere-se, com tranquilidade, o reconhecimento de uma função *fiscalizadora* no conteúdo do poder familiar, incumbindo ao genitor-alimentante (que não possui a guarda) acompanhar a destinação da verba pecuniária paga ao seu filho menor, de modo a que estejam salvaguardados os seus interesses e que não estejam sendo sacrificados os seus direitos pessoais e patrimoniais.

Nesse ambiente, o manejo do procedimento especial de prestação de contas – pelo genitor não guardião, por terceiro interessado ou mesmo pelo Ministério Público – apresenta-se idôneo para assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, harmônico com a sua proteção integral e prioritária.

Comprovar desvio de verbas pecuniárias, a má administração financeira ou mesmo a insuficiência dos recursos são consequências possíveis de uma ação de prestação de contas e justificam o seu cabimento no âmbito da prestação alimentícia.

Longe da repetição de fórmulas hauridas em outros tempos[38] ou de discussões jurídicas a respeito da legitimidade (do titular do direito de cobrar as contas) ou da natureza do procedimento, o que se espera, efetivamente, do jurista contemporâneo é a busca da solução adequada para os conflitos de interesses, máxime quando dizem respeito à criança ou ao adolescente, cuja proteção especial diferenciada, além de calcada em valores culturais, morais, humanitários e na preocupação com o tempo futuro (que os menores representam), foi determinada constitucionalmente.

Bem por isso, não se poderia utilizar o procedimento de prestação de contas para o controle de verbas pecuniárias pagas, a título de pensão alimentícia, a pessoa maior e capaz, não se justificando a tutela jurídica diferenciada[39].

Desse modo, é fácil perceber a necessidade de adaptação do exercício do poder familiar e da administração de verba financeira do filho menor alimentando à possibilidade de prestação de contas, respeitando-se as garantias constitucionais e a proteção integral infantojuvenil. Do contrário, por via oblíqua, será possível frustrar o melhor interesse da criança e do adolescente, o que serviria como óbice à concretização da dignidade humana.

Como bem salientou Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao relatar no Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial 4987/RJ, "na fase atual da evolução do Direito de Família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas [...], sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor"[40].

---

38 Em página literária clássica, Edgard de Moura Bittencourt adverte não ser raro encontrar "decisões displicentes, em que o juiz adota soluções de rotina, em lastimável perjúrio ao compromisso funcional. É admissível que venha a errar, porque, embora sensível ao problema das partes, a solução não lhe brotará sempre perfeita; mas não há perdão para o descaso. E o certo é que os erros dos pais não devem ser agravados pelos descuidos dos juízes" (BITTENCOURT, 2003, p. 185).

39 O Tribunal de Justiça de Santa Catarina chegou a idêntica conclusão: "não tem o marido alimentante legitimidade ativa para a causa para o ajuizamento de prestação de contas no tocante à verba alimentar da ex-mulher" (TJ/SC. Comarca de Itajaí. Ac. 2.ª Câmara de Direito Civil. ApCív. 06.024243-1. Rel. Des. Monteiro Rocha. Julgamento em 28 de setembro de 2006).

40 **DOU**, 28 out. 1991.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3.- 45.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família.** 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2007, v.1.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

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

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: RT, 2003.

DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de Direito e Processo de Família:** Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113-154.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro:** Direito de Família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 5 v.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos decorrentes do parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Alimentos no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005. p.235.-.278

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil:** teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2005. p.143 - 156.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 95-109.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Campinas, SP: Bookseller, 2001, v. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 5.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança.** In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 19 - 35.

RODRIGUES, Sílvio. **Comentários ao Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003, v. 17.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3.

SPAGNOLO, Juliano. Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências constitucionais no Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151 -164.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil.** 6. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 3.

O DIREITO À MORADIA DIGNA E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Daniella S. Dias*

Sumário: Introdução; 1 O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais; 2 O significado do direito à moradia digna e o controle judicial das omissões da administração pública para implementar políticas públicas de saneamento básico; Considerações finais; Referências.

Resumo: O trabalho analisa os desafios para a concretização do direito à moradia digna e o necessário controle judicial sobre as políticas públicas de saneamento básico.

Palavras-chave: Moradia digna. Direito social. Políticas públicas. Saneamento básico. Controle judicial. Cidade sustentável. Poder Judiciário. Interpretação constitucional.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar um tema atual e de grande complexidade: a ineficácia, em nossa cidade, do direito à moradia digna, em razão, entre outros fatores, da precariedade do sistema de coleta de esgoto sanitário e de coleta de lixo.

Nesse sentido, o primeiro item do trabalho apresenta as diretrizes constitucionais e infraconstitucionais que tangem à habitação digna como uma das prioridades das políticas públicas para o desenvolvimento urbano. Ao analisar os parâmetros legais existentes, inicia-se uma reflexão sobre os óbices à eficácia social dos direitos fundamentais sociais.

O significado do direito à moradia digna e o necessário controle judicial das omissões administrativas na área de saneamento ambiental são objeto da segunda parte do trabalho, que tem por meta reforçar a ideia de que, para que sejam plenamente eficazes, os direitos sociais devem ser justicializados para que o Poder Judiciário assuma a função de cobrar a plena efetividade dos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais.

1 O DIREITO À MORADIA DIGNA E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A agressão ao meio ambiente, à saúde e ao bem-estar da população tem-se agravado dia a dia, principalmente nos locais em que seus habitantes não encontram guarida na Administração Pública. É alarmante a gravidade dos problemas vivenciados por parcela de belemenses que residem nas "baixadas" de nossa cidade, que convivem cotidianamente com o flagrante e violento desrespeito aos direitos sociais e difusos. Da-

* Promotora de Justiça. Professora da graduação e da pós-graduação da Universidade Federal do Pará. Professora da pós-graduação da Universidade da Amazônia. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com pós-doutorado na Universidad Carlos III de Madrid.

dos científicos[1] demonstram a grande omissão dos poderes públicos em relação às suas atribuições legais e constitucionais no sentido de promover políticas públicas sanitárias, cujo escopo é propiciar um ambiente sadio e digno para a garantia e o exercício dos direitos fundamentais de seus administrados.

Embora a proteção dos interesses acima referidos encontre lugar no topo de nosso ordenamento jurídico[2], a realidade fática de nossa cidade revela que estamos muito longe de assegurar condições de moradia adequadas à vida humana, com serviços básicos essenciais ao bem-estar físico, psicológico e social.

Ainda que o texto constitucional consagre a dignidade humana como princípio estruturante de nosso sistema jurídico, poucos habitantes de nossa cidade desfrutam do direito à vida segura e vivem em habitações dignas. Vale aduzir que a habitação digna é uma das prioridades que a União definiu para a realização de programas e políticas de desenvolvimento urbano[3]. A Carta Magna também define como competência de todos os entes da Federação a promoção de programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX).

Ratificando a determinação disposta no texto constitucional, o Estatuto da Cidade dispõe que o município tem por competência realizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e afirma a necessidade da garantia do direito à cidade sustentável, "entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações" (Lei n.º 10.257/2001, art. 2.º, I). A realização desses objetivos importa a tomada de medidas positivas, a realização de programas, de políticas para que todos possam viver e ter acesso à moradia digna, direito social esculpido no artigo 6.º da Constituição Federal.

Em verdade, a necessidade de efetivação de direitos difusos, garantias e direitos fundamentais e direitos sociais está sujeita a uma interpretação sistêmica que objetiva, da forma mais ampla possível, dar *força normativa* aos preceitos e objetivos constitucionais, aos fundamentos da República Federativa do Brasil. A interpretação constitucional busca também delimitar as diretrizes valorativas que deverão estar espelhadas nos instrumentos jurídicos que propiciarão a aplicabilidade das normas constitucionais e, por consequência, a efetividade de referidos direitos. Dar plena eficácia aos preceitos constitucionais implica a produção de normas infraconstitucionais que possibilitem a

---

1 A precariedade do sistema de coleta de esgoto sanitário na grande Belém é atestada por uma publicação do Imazon, segundo a qual apenas 8% dos domicílios são atendidos pela rede coletora. Nesse sentido, consultar PARANAGUÁ, Patrícia et al. **Belém sustentável**. Belém: Imazon, 2003.

2 A Constituição Federal, em seu artigo 225, *caput* e § 3.º, dispõem: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Em comento sobre esse dispositivo, pontifica o eminente doutrinador José Afonso da Silva: "As normas constitucionais assumiram a consciência de que o *direito à vida*, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as de iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através da tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana" (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 709-710, grifo nosso).

3 O texto constitucional, em seu artigo 21, estabelece: "Compete à União: [...] XX – Instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos".

realizabilidade desse direito e também a busca de sua *efetividade*.

Todavia, a efetividade das normas constitucionais não depende só da produção normativa infraconstitucional, da criação de ordenamentos jurídicos que acabem por dar densidade aos princípios e diretrizes constitucionais. Requer, também, que o Estado busque incessantemente intervir nos processos e modelos econômicos, para criar mecanismos de diminuição das diferenças e desigualdades sociais.

Com base nesse raciocínio, o Estado é ator político e jurídico determinante para promover transformações no âmbito político, social e econômico. Deve ser um Estado interventor, que produza políticas públicas em busca da efetivação de seu sistema jurídico, que crie normas e ordenamentos jurídicos que possibilitem maior igualdade e justiça social, que atue por meio de seus funcionários na busca da concretização da dignidade da pessoa humana.

Krell considera que o maior óbice à eficácia social dos direitos fundamentais sociais não é a falta de normas que dêem densidade jurídica aos preceitos constitucionais; a falta de eficácia social dos direitos sociais está relacionada à não prestação dos serviços sociais básicos pelo Estado: "[...] o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios"[4].

Lopes, por sua vez, considera que, "para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas"[5], o que significa dizer que a implementação dos direitos sociais está diretamente relacionada à viabilidade orçamentária e à responsabilidade que o Estado tem de planejar o desenvolvimento nacional e de efetivar condições para o exercício dos direitos sociais pelos cidadãos.

Os órgãos estatais têm liberdade de criar políticas públicas para a realização dos direitos sociais. Todavia, devem buscar concretizar tais direitos, maximizando sua eficácia, propiciando as condições materiais necessárias à sua implementação. A total vinculação do Poder Público para tornar efetivos os direitos fundamentais sociais deve-se ao fato de que são direitos fundamentais, dotados de aplicabilidade imediata; não podem ser relativizados ou considerados como "categorias de direitos" que não fazem parte do conjunto dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional, consoante posicionamento de alguns doutrinadores. Em verdade, a simples existência de um conjunto de determinações constitucionais referentes à realização de direitos sociais, econômicos, culturais impõe, por si só, a exigibilidade do cumprimento por parte do poder estatal das diretrizes, dos dispositivos, das disposições principiológicas que tratam da consecução dos referidos direitos. A importância dos direitos fundamentais sociais reforça-se pelo fato de integrarem os elementos essenciais do texto constitucional, não podendo sofrer qualquer tipo de modificação, estando, portanto, incluídos no rol das cláusulas pétreas.

Dotar de efetividade os direitos sociais depende de um complexo de fatores, intrinsecamente relacionados. Sobre o tema, afirma Barretto:

---

4 KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 32.

5 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 133.

> Os direitos sociais, portanto, não são categorias jurídicas de segunda ordem, pois a própria natureza dos direitos civis pressupõe a sua corporificação através desses direitos sociais. Essa relação torna-se ainda mais evidente quando constatamos que a plena realização dos objetivos da sociedade democrática de direito, como estabelecidos no texto constitucional, tem como seu fundamento dois instrumentos político-institucionais, os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos sociais, por outro. Para tanto, os direitos sociais – entendidos como igualdade material e liberdade real – constituem uma fonte substantiva, não formal ou adjetiva, dos direitos fundamentais. E essa característica faz com que os direitos fundamentais no quadro do Estado Democrático de Direito sejam tais na medida em que assegurem e estabeleçam direitos sociais. [...]
>
> Transitamos então para um novo patamar conceitual, onde direitos sociais irão representar a integração dos princípios da igualdade material e da liberdade real, que não é aquela meramente proclamada nos textos legais. Os direitos sociais adquirem um novo papel no sistema jurídico, deixando de ser simples expedientes funcionais, destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana. [...]
>
> [...] os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Esse regime, fundado sobre o princípio democrático, pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos de cidadania. A cidadania, em seu conceito jurídico clássico, estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado. Esse vínculo, entretanto, no quadro do Estado Democrático de Direito torna-se mais abrangente, o cidadão é aquele que goza e detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade). O vínculo da cidadania, sob esse ponto de vista, materializa-se em duplo sentido[6].

Ainda no que tange aos direitos sociais, para Abramovich e Courtis, não há razão para se fazer diferenciação substancial entre as obrigações correspondentes aos direitos civis e aquelas correspondentes aos direitos sociais. Os direitos civis, políticos, econômicos, culturais tanto definem obrigações para os Estados, para a Administração, quanto exigem condutas positivas, ações positivas, o que leva a crer que todos os direitos requerem "para su efectividad obligaciones positivas y negativas"[7]. Essa conclusão leva os autores a afirmar que os direitos sociais, para serem reconhecidos e considerados como verdadeiros "direitos", direitos plenos, devem ser passíveis de serem analisados e

6 BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional e internacional comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 133-134.

7 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional e internacional comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139-140.

considerados pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, os direitos sociais serão plenos quando forem superadas "las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad"[8].

Após demonstrar que o direito à moradia é um direito social, sem o qual não há a proteção à dignidade humana, vale considerar o significado de moradia digna.

2 O SIGNIFICADO DO DIREITO À MORADIA DIGNA E O CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO

Para a Agenda Habitat[9], habitação digna ou adequada é aquela que oferece condições de vida sadia, com segurança, apresentando infraestrutura básica, como suprimento de água, saneamento básico e energia, e contando com a prestação eficiente de serviços públicos urbanos, tais como saúde, educação, transporte coletivo, coleta de lixo. Ainda, pressupõe a segurança da habitação: é possível ir e vir em segurança e o local não é suscetível a desastres naturais. Quanto à acessibilidade, é preciso que a infraestrutura viária permita o acesso decente e seguro à habitação.

De acordo com a definição legal de moradia digna, caso haja omissão do poder público, cabe ao Poder Judiciário o controle judicial de omissões administrativas na área de saneamento ambiental. Com efeito, essas omissões atingem diretamente a dignidade humana e infringem, por consequência, os deveres constitucionais impostos a todos os entes federativos de defender e preservar o meio ambiente e de realizar ações para promover a saúde pública (CF, art. 225 c/c art. 196).

Outrossim, o saneamento básico é determinação disposta em texto constitucional[10]. A Lei n.º 11.445, de 2007, por sua vez, conhecida como Lei do Saneamento Básico, define a noção de saneamento básico, em sua natureza, e estabelece as diretrizes principiológicas para sua promoção, regulando essa promoção, a ser realizada

8 Ibid., p. 141.

9 NACIONES UNIDAS. Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT). **Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos**. Disponível em: <http://www.un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html>. Acesso em: 11 maio 2000.

10 "Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] *IX – promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*" (grifo nosso). "Artigo 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes".

pela Administração Pública[11].

Silva, ao tratar do saneamento ambiental, afirma:

> A Lei 11.445 [...], de janeiro de 2007, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, tendo como princípios fundamentais, entre outros, a universalidade, a integralidade e o controle social, além de definir saneamento básico como o conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.
> Entretanto, atualmente o conceito empregado é o de saneamento ambiental, definido, segundo o Ministério da Saúde e a Organização Pan-Americana de Saúde, como "um conjunto de ações que visam proporcionar níveis crescentes de salubridade ambiental em determinado espaço geográfico, em benefício da população que habita este espaço"[12].

O Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001), por sua vez, também dispõe sobre a política urbana direcionada ao saneamento ambiental:

> Artigo 2.º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

---

11 "Art. 2.º. Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: I – universalização do acesso; II – integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados; III – abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente; IV – disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; V – adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; VI – articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; VII – eficiência e sustentabilidade econômica; VIII – utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas; IX – transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados; X – controle social; XI – segurança, qualidade e regularidade; XII – integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos. Art. 3.º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas. [...] Art. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização. [...] Art. 13. Os entes da Federação, isoladamente ou reunidos em consórcios públicos, poderão instituir fundos, aos quais poderão ser destinadas, entre outros recursos, parcelas das receitas dos serviços, com a finalidade de custear, na conformidade do disposto nos respectivos planos de saneamento básico, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico".

12 SILVA, Kleber Roberto Matos da. Saneamento ambiental e desenvolvimento urbano e regional. In: CONFERÊNCIA ESTADUAL DAS CIDADES – DESENVOLVIMENTO URBANO COM PARTICIPAÇÃO POPULAR E JUSTIÇA SOCIAL: AVANÇANDO NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES, 3., 2007. Belém. **Anais...** Belém: Governo do Estado do Pará, SEDURB, 2007, p. 85.

> I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações [...].

No que diz respeito ao processo de implementação de políticas públicas para o saneamento básico, Silva faz referência ao cenário paraense. Da leitura atenta do documento, infere-se:

> O estado do Pará possui 46,9% de municípios atendidos por sistema de abastecimento de água (SNIS[13], 2005) [...]. A rede de abastecimento de água, com 6.304 km de extensão, atende 616.408 ligações domiciliares, sendo 154.488 ligações com micromedição. Estão em funcionamento 27 estações de tratamento de água e a produção é de 11.7431/seg (IBGE, 2000).
> Deste total, 481.198 ligações, com 134.178 ligações hidrometradas, são administradas pela *Companhia de Saneamento do Pará (COSANPA)*, que atende 58 municípios do estado, com uma rede de 4.141,4 km de extensão (SNIS, 2005)[14].

É preciso que se diga que o Poder Judiciário possui a função precípua de dar efetividade, força ao texto constitucional, por isso é competente para compelir os entes públicos a tomar medidas ativas que promovam o saneamento básico.

Não cabe dizer que o Poder Judiciário não pode adentrar a esfera de ação do Poder Executivo, quando o texto constitucional estabelece tarefas obrigatórias para os poderes públicos municipais realizarem determinados serviços públicos, sem os quais há o total desrespeito à dignidade humana e a todos os direitos a ela relacionados e ainda, por consequência, flagrante negligência para com a supremacia da nossa Carta Maior.

O Poder Judiciário é, nesse momento, um verdadeiro contrapoder, que pode cobrar dos órgãos governamentais a realização de suas respectivas medidas administrativas, cumprin-

13 Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, órgão vinculado à Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades.

14 SILVA, 2007, p. 85, grifo nosso.

do, assim, o seu papel de guardião da Constituição. No mesmo sentido, é a Jurisprudência[15].

Afirma Krell:

> [...] se o texto da carta federal declara a proteção ao meio ambiente e a promoção da saúde pública expressamente como deveres do poder público, tem de ser dada também a possibilidade ao Judiciário de corrigir as possíveis omissões dos outros poderes no cumprimento destes deveres. Isto vale especialmente para os casos em que a situação omissiva está claramente consubstanciada e não há dúvidas a respeito da atividade necessária para sanar o estado de ilegalidade. [...] Vale ressaltar, contudo, que o controle judicial deve restringir-se à questão da escolha entre 'agir e não agir' (v.g: construir uma estação de tratamento), e não do 'como agir' (v.g: tecnologia a ser adotada, localização, etc.)[16].

O controle judicial da atividade da Administração Pública não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público.

A judicialização das políticas públicas, aqui compreendida como implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e do Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra, a implementação de políticas públicas é da alçada do Executivo e do Legislativo. Todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. É o posicionamento do Supremo

---

15 *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Esgoto urbano – Lançamento em rio – Cominatória para submissão a tratamento - Alocação de recursos e prazo de execução que deverão observar os demais interesses da comunidade. (Relator: Campos Mello. Apelação Cível 151.683-1. Sorocaba, 30.10.91).*

CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. No microssistema da tutela ambiental impõe-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do Poder Judiciário, de forma a evitar o dano ao meio ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil ou impossível reparação. Por tal motivo que, nas ações que envolvam o meio ambiente, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais. A omissão do Município de Luz em tratar adequadamente do lançamento de esgotos e derivados, no Córrego do Açudinho, importa em flagrante violação ao meio ambiente e, por conseqüência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente, como um bem extraordinariamente relevante ao ser humano, é tutelado pela Constituição Federal. Assim, é dever inafastável do Estado empreender todos os esforços para a sua tutela e preservação, sob pena de violação ao art. 225 da CF. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante a preservação do meio ambiente, sob pena de não fazê-lo, compactuar com a degradação ambiental e com a piora da qualidade de vida de toda a sociedade. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra, a implementação de política pública é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Luz de preservar o meio ambiente. Assim, a este caso não se aplica à cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Luz, seja porque a pretensão social de um meio ambiente equilibrado, preservado e protegido se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial. (Relator: Maria Elza. Número do processo: 1.0388.04.004682-2/001(1). 21/10/2004).

16 KRELL, Andréas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84, grifos do autor.

Tribunal Federal na ADPF n.º 45, cujo relator foi o Ministro Celso de Melo[17].

Embora a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar – comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais e afetando, como decorrência de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental – aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado[18].

---

17 *"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental [...] a omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental" (RTJ 185/794-796. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.* ***Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado'"*** *(RTJ 175/1212-1213. Rel. Min. Celso de Mello).* Grifos do autor.

18 Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de Andreas Joachim Krell: "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações, consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais" (KRELL, 2002, p. 22-23).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A normatividade constitucional impõe valores a serem concretizados enquanto objetivos primordiais para a consecução de políticas urbanas. A juridicização de novos direitos e a ratificação de direitos antes existentes, renovados sob um novo paradigma, permitem uma nova interpretação da norma a partir da realidade urbana brasileira.

Desenvolvimento urbano com qualidade de vida nada mais visa do que compatibilizar interesses individuais e sociais. A coexistência de interesses públicos e privados é condição *sine qua non* para o gerenciamento da questão urbana, que há de ser calcada no bem-estar social e na qualidade de vida para todos os habitantes.

Nessa perspectiva, não há limites ou fronteiras entre o público e o privado. Direitos individuais, como o direito à vida, subentendido aqui o direito à saúde, a uma vida saudável, pressupõem dever estatal de propiciar mecanismos para sua proteção, da mesma forma que é necessária uma revisão conceitual do que sejam esses valores, a fim de que se possam implementar políticas públicas que resguardem a qualidade de vida de todos os cidadãos.

A proteção do meio ambiente e a qualidade de vida são valores que devem ser justificados e compreendidos por todos os ramos do Direito. Nesse sentido, a qualidade de vida é inexistente onde há pobreza, e a pobreza – refletida na falta de condições dignas de sobrevivência, nas favelas, nas invasões e nos cortiços – afeta o meio ambiente, a saúde e a qualidade de vida da população, impossibilitando a concretização do princípio da dignidade humana, por falta de meios e condições para se ter uma vida decente.

A proteção ambiental transpõe os limites conceituais de proteção dos recursos naturais e a forma de sua exploração para adotar uma visão mais ampla e caracteristicamente antropocêntrica, que compreende a utilização racional e coerente dos recursos naturais, bem como a necessidade de integração entre natureza e ser humano para que se concretizem espaços e condições de vida sadia, equilibrada, isto é, o bem-estar humano por meio do equilíbrio ambiental. A proteção ambiental para a qualidade de vida pressupõe respeito à vida e à saúde, em sua ampla dimensão.

O direito à saúde e ao meio ambiente, assim como o direito ao desenvolvimento urbano são interesses que tangenciam a esfera individual e corporificam-se na esfera dos interesses transindividuais ou difusos. Esses novos interesses estão cristalizados em inúmeros dispositivos constitucionais e hão de ser o novo norte para a interpretação dos princípios e normas constitucionais. Como salienta Morais, "[...] particularmente, a transcendência que adquire a noção de qualidade de vida [...] é justaposta a uma infinidade de situações jurídicas anteriormente pensadas desconectadas de tal pressuposto"[19].

No que tange à necessidade de concretização do direito à moradia digna e dos direitos fundamentais sociais, as disposições constitucionais e legais revelam determinações impositivas para que os poderes públicos assumam suas responsabilidades no sentido de implementar condições materiais, por meio de políticas públicas, para que a população possa ter uma vida digna. Dotar de efetividade os direitos sociais, com destaque para a moradia digna e todos os valores subjacentes à expressão, pressupõe o necessário controle judicial, dadas as omissões da Administração Pública para implementar políti-

19 MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais:** o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 153.

cas públicas que possibilitem condições de vida sadia, com segurança e infraestrutura básica, como suprimento de água e saneamento básico.

O controle judicial das atividades da Administração Publica é um pressuposto para a concretização do conjunto valorativo expresso no texto constitucional. O Poder Judiciário deve intervir – em razão da inércia do Estado no sentido de prestar serviços e políticas essenciais – para que o direito à moradia digna se torne uma realidade no cenário belemense, no cenário nacional.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional e internacional comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 139-144.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional e internacional comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 133-134.

BRASIL. **Estatuto da Cidade** (Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001). São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, revoga a Lei n.º 6.528, de 11 de maio de 1978 e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 8 jan. 2007. Texto retificado no DOU de 11 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 1 jun. 2010.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KRELL, Andréas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 113-143.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais:** o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 244 p.

NACIONES UNIDAS. Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT). **Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos.** Disponível em: <http://www.un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html>. Acesso em: 11 maio 2000.

PARANAGUÁ, Patrícia et al. **Belém sustentável.** Belém: Imazon, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Kleber Roberto Matos da. Saneamento ambiental e desenvolvimento urbano e regional. In: CONFERÊNCIA ESTADUAL DAS CIDADES – DESENVOLVIMENTO URBANO COM PARTICIPAÇÃO POPULAR E JUSTIÇA SOCIAL: AVANÇANDO NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES, 3., 2007. Belém. **Anais...** Belém: Governo do Estado do Pará, SEDURB, 2007.

EVOLUÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: O NOVO DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Evandro de Aguiar Ribeiro*
Cristina Figueiredo Terezo**

Sumário: Introdução; 1 O processo de democratização do Sistema Interamericano; 2 Das inovações oriundas dos regulamentos; Conclusão; Referências.

Resumo: o presente artigo trata das recentes mudanças ocorridas no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, que alterou significativamente o processo internacional, passando a prever a atuação direta dos representantes das vítimas e/ou familiares perante a Corte Interamericana desde a propositura da demanda internacional.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direito Processual Internacional.

INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tem-se apresentado de forma bastante eficiente diante das demandas que lhe são impostas, alterando de maneira significativa o modo como os Estados, que lhe estão submetidos, conduzem suas políticas internas para a promoção e a defesa dos Direitos Humanos, fomentando políticas públicas e mudanças e inovações legislativas.

Passadas algumas décadas de surgimento do Sistema Interamericano[1] com a Convenção Americana, o SIDH tvem sofrendo um processo de avaliação tanto por parte daqueles que desempenham funções nos órgãos que o compõem, quanto dos que fazem uso dos seus mecanismos de acesso, o que resultou em várias discussões nos últimos anos acerca de novos instrumentos e mecanismos para o fortalecimento e o aperfeiçoamento do Sistema.

A evolução do Sistema Interamericano vem na esteira do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, de forma muito particular, do direito processual internacional, mormente no tocante ao direito de petição e, por conseguinte, à participação das vítimas e/ou dos familiares nesse sistema de denúncias perante os órgãos do SIDH e principalmente diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

Nesse sentido, o presente estudo pretende expor as alterações significativas

* Promotor de Justiça, especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Pará.

** Advogada, professora da Universidade Federal do Pará, doutoranda em Direito, *Visiting Scholar* da American University Washington College of Law.

1 Criado em 1969 com a Convenção Americana de Direitos Humanos cuja vigência ocorreu em 1978.

ocorridas no final de 2009 nos Regulamentos dos dois órgãos do SIDH – a Comissão Interamericana (CIDH) e a CorteIDH –, enfrentando principalmente as discussões referentes à capacidade processual do indivíduo de postular diretamente perante a CorteIDH, atuando de forma autônoma no processo internacional, sem interferência direta da Comissão Interamericana.

1 O PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO

Após algumas décadas do funcionamento da Corte Interamericana, verifica-se que, hodiernamente, a sua função contenciosa vem sendo mais acionada que a consultiva[2], configurando uma realidade bem diversa daquela quando iniciou suas atividades, quando a emissão de opiniões consultivas era mais recorrente[3].

Com a apreciação e o julgamento de casos de violações de Direitos Humanos, os juízes da Corte observaram a necessidade de adaptar o órgão com uma série de medidas, a fim de garantir os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos e facilitar o processamento dos casos. A evolução dos Regulamentos dos órgãos do SIDH não tardaria a ocorrer a par da necessidade de sentenciar novos casos e de enfrentar aspectos processuais da denúncia internacional.

Em 1996, com a terceira reforma no Regulamento da Corte Interamericana[4], mudanças significativas foram pela primeira vez sentidas no tocante à inserção de atos processuais caracterizados por normatização própria do Direito Processual, como a identificação de formas para a produção e a apresentação de provas. Contudo, no que se refere à participação de vítimas e/ou familiares, embora o objetivo inicial era fazer com que tais partes, enquanto sujeitos de Direito Internacional, pudessem manifestar- se em todas as fases do processo, elas foram autorizadas a apresentar tão somente manifestação direta e provas durante a fase de reparações[5], de maneira independente daquela exposta pela Comissão Interamericana, pois, até então, a CIDH representava as vítimas e/ou os familiares durante todas as fases do processo perante a Corte[6].

As discussões sobre o projeto para a alteração do Regulamento da Corte no ano de 1996 foram claramente influenciadas pelo processamento e pelo julgamento de três casos, admitidos como divisores na interpretação e servindo para a consolidação posterior da jurisprudência desse órgão jurisdicional. No caso *El Amparo vs. Venezuela*, na fase de determinação das obrigações de fazer e não fazer do Estado violador, em janeiro de 1996, um dos juízes solicitou que os representantes das vítimas presentes na audiên-

2 A CorteIDH foi instalada em 1979 na Costa Rica e tem duas atribuições: consultiva, que tem por finalidade a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais tratados interamericanos; contenciosa, a qual consiste no processamento e no julgamento de casos em que os Estados tenham violado a Convenção Americana.

3 Até 2009, a CorteIDH já tinha recebido 118 casos, sendo que 104 estavam em fase de supervisão de sentença, 9, em trâmite inicial e 4, em fase de análise das exceções preliminares, contra a emissão de 20 Opiniões Consultivas (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual**. 2009, p. 81).

4 O Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi adotado em 16 de setembro de 1996 e entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1997.

5 O processo instaurado na Corte Interamericana teria as seguintes fases: análise das exceções preliminares, julgamento do mérito, fixação das reparações e supervisão do cumprimento da sentença.

6 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección**. Disponível em: <http://www.cejil.org>. Acesso em: 15 jul. 2007.

cia se manifestassem, de modo a facilitar a compreensão, não observando as regras de atribuição de esclarecimento dos fatos tão somente aos Delegados da Comissão e aos Agentes do Estado[7].

Ainda em 1996, na conclusão dos memoráveis casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* e *Godínez Cruz vs. Honduras*, como forma de gerar mudanças nos Regulamentos dos órgãos do SIDH para maior participação dos representantes das vítimas e/ou dos familiares, estes apresentaram, nos casos em comento, sua manifestação por escrito na fase de interpretação da sentença, que previa a compensação pelos danos com o pagamento de indenização, o que foi crucial para verificar que o Estado violador não estava cumprindo com as decisões da CorteIDH, o que impossibilitou o encerramento dos casos.

O início do reconhecimento da capacidade processual dos indivíduos de postularem junto à Corte Interamericana pode ser identificado com as modificações retromencionadas, contudo, ficava clara a necessidade de estabelecer novas atribuições para os órgãos do Sistema, assim como para as partes interessadas, na perspectiva do fortalecimento e da efetividade do SIDH.

Alguns anos depois, em 2000, outra reforma processual foi impulsionada pelas jurisprudências da CorteIDH, pelas práticas realizadas pelos órgãos do SIDH e pelos interessados no processo internacional, a fim de permitir cada vez mais que vítimas e seus familiares assumissem o seu papel como partes principais na instrução do processo e no convencimento dos juízes.

O não mais vigente Regulamento da CorteIDH, de 24 de novembro de 2000[8], foi pela primeira vez elaborado a partir de uma ampla consulta com a sociedade civil organizada, que atua como representante das vítimas e de seus familiares no Sistema Interamericano, com os Estados-membros, com órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA) de monitoramento do Sistema e com especialistas na temática. Concluído, as inovações mais significativas do Regulamento referiam-se a tornar mais eficiente os atos praticados durante a fase de instrução do processo, bem assim à previsão da participação das vítimas e de seus familiares em todas as etapas do processo judicial internacional – o *locus standi in judicio* como se almejava anteriormente –, antes exclusivo do Estado e da CIDH. Tal alteração é considerada o primeiro passo para o exercício efetivo da capacidade processual perante o Sistema Interamericano.

Os debates durante essa reforma serviram para levantar outras discussões que necessitavam ser amadurecidas pelos órgãos que compõem o Sistema Interamericano, já que previam mudanças substanciais.

Em janeiro de 1999, durante o XLIII Período Ordinário de Sessões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deliberou-se realizar um estudo sobre novos mecanismos para o fortalecimento do Sistema, criando-se uma Comissão, cujo relator seria o então juiz Cançado Trindade, que desenvolveu diversas atividades para cumprir com o seu objetivo, resultando num primeiro relatório entregue, em 2000, à Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) do Conselho Permanente da OEA, o que influenciou na aprovação do Regulamento da CorteIDH em comento.

---

7 Os Delegados são os representantes indicados pela CIDH e os Agentes pelo Estado para fazer a representação legal de tais entes durante todo o processo perante a Corte, conforme o artigo 2.º do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

8 Entrou em vigor em 1.º de junho de 2001.

Um segundo relatório foi apresentado à CAJP/OEA em 2001, denominado "Bases para um Projeto de Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos, para fortalecer seu mecanismo de proteção"[9], desenvolvido com o consentimento da Comissão Interamericana. A reforma apontada por esse Projeto à Convenção Americana seria de fundamental importância diante da natureza dinâmica e evolutiva que é própria do Direito Internacional dos Direitos Humanos, buscando contemplar, por sua vez, o caráter expansivo e histórico que acompanha os Direitos Humanos.

Entre outros artigos destacados pelo Projeto em comento, verifica-se a alteração no artigo 61 (1)[10] da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que passaria a ter a seguinte redação: "Os Estados-partes, a Comissão e as supostas vítimas têm direito de submeter um caso à decisão da Corte"[11]. Com isso, estaria garantido o acesso direto das vítimas e de seus familiares à Corte Interamericana – *jus standi* –, estabelecendo-se o fim do direito privativo da Comissão e do Estado de postular ação perante o órgão jurisdicional internacional em tela. Todavia, como se verifica na redação apresentada, a Comissão não seria extinta, como apontavam alguns especialistas.

A apresentação desse Projeto vem na esteira da evolução ocorrida no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, criado em 1950 com a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e fortalecido por instrumentos complementares, como a Carta Social Europeia em 1965, que fixou os direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos europeus, e o Protocolo n.º 11, de fundamental importância para este estudo.

O Protocolo n.º 11/1994[12] dispõe sobre a alteração do sistema de petições previsto na Convenção Europeia, determinando que a Corte Europeia se tornasse órgão permanente, garantindo ao indivíduo o direito de postular diretamente, junto a esse Tribunal, suas demandas, e declarando a extinção da Comissão Europeia. Tal modificação não se deu de forma repentina, mas muito a par do que ocorreu no Sistema Interamericano, o primeiro passo no Sistema Europeu foi dado por meio do Protocolo n.º 09/1990, o qual permitiu a presença de vítimas e seus familiares na instrução do processo, para em seguida reconhecer sua capacidade processual para a postulação direta.

Durante esse período de transição, foi verificado, dentro do Sistema Europeu, que a atuação da Comissão Europeia mostrava-se deficiente, diante da urgência de julgar determinadas demandas e que novos mecanismos de proteção precisavam ser formulados e os já existentes, fortalecidos. Contudo, diante da mudança estrutural vigente em 1998, a Corte Europeia de Direitos Humanos, agora permanente, viu-se submersa pelos incontáveis casos individuais para processamento e julgamento.

As alterações no sistema de peticionamento usado pelo Sistema Europeu eram já ventiladas no Projeto em apreço pela CAJP/OEA, tornando a Corte Interamericana de Direitos Humanos um órgão único e permanente, que analisará os casos de violações de Direitos Humanos, os quais poderão ser postulados também por indivíduos e organizações não governamentais.

---

9 CONSELHO PERMANENTE DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. **Bases para um Projeto de Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2001.

10 Artigo 61 (1): "Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte".

11 CONSELHO PERMANENTE DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001.

12 Entrou em vigor em 1.º de novembro de 1998.

Muito embora a CAJP/OEA tenha se manifestado em 2005 não de forma conclusiva sobre o Projeto submetido, mas tão somente determinando ao Conselho Permanente da OEA que continue considerando tal assunto com a possibilidade de reformas no Sistema Interamericano, as discussões sobre o tema iriam continuar[13] – muito por influência do posicionamento do Prof. Cançado Trindade, enquanto um dos defensores da presença das vítimas em juízo –, assim como sua postulação direta perante a Corte Interamericana, por entender esse avanço como algo primordial para o fortalecimento do Sistema[14].

Por meio do *jus standi* exercido pelas vítimas e/ou por seus familiares, estar-se-ia garantindo não apenas o direito de petição no órgão jurisdicional internacional, como ocorre no plano doméstico, mas também a igualdade entre as partes que litigam no processo, na medida em que, hodiernamente, as vítimas e seus familiares são reféns da decisão da Comissão Interamericana de enviar ou não o caso à CorteIDH, pois não há previsão legal que a obrigue a apresentar o caso, em situação em que o Estado violador não tenha cumprido com as Recomendações apresentadas pela Comissão no seu relatório de mérito. Apenas há uma disposição que prevê a possibilidade de, em decisão motivada pela maioria dos seus Comissionados, não enviar o caso à CorteIDH, conforme artigo 51 da CADH[15]. Por outro lado, o Estado pode postular junto a Corte Interamericana a qualquer tempo.

O Sistema Interamericano, por ter sido construído e consolidado tendo em vista a proteção e a promoção dos Direitos Humanos nas Américas, não pode dispor de um órgão de natureza jurisdicional que restrinja ou dificulte o acesso em qualquer grau dos indivíduos.

Para o Prof. Cançado Trindade, por meio de uma interpretação literal dos artigos da CADH, bem assim do Estatuto da Corte, entende que nas disposições desses textos normativos fica claro, que "parte" seria aquela lesionada (artigo 63 (1) da CADH) – vítimas e familiares. A CIDH não seria "parte", já que os textos não se referem à Comissão com essa designação, como se depreende do artigo 57 da CADH[16], que prevê o comparecimento da CIDH em todos os casos em tramitação na Corte, e também se verifica no artigo 61 (1) da CADH, o qual prevê a legitimidade da Comissão e dos Estados-

13 CONSELHO PERMANENTE DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. **Observações e Recomendações sobre o Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. CP/CAJP-2287/05: "[...] 6. Encarregar o Conselho Permanente de: a) continuar a consideração do tema 'Acesso da vítima à Corte Interamericana de Direitos Humanos (*jus standi*) e sua implementação', inclusive suas implicações financeiras e orçamentárias, levando em consideração o relatório da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 'Bases para um Projeto de Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para fortalecer seu mecanismo de proteção (Tomo II)', a proposta do Governo da Costa Rica, 'Projeto de Protocolo Facultativo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos', as reformas regulamentares da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e levando em conta a necessidade tanto de preservar o equilíbrio processual como de redefinir o papel da CIDH no procedimento perante a Corte [...]".

14 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Direito e Democracia – Revista do Centro de Ciências Jurídicas – ULBRA**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 5-52, 1. sem. 2000.

15 Artigo 51: "(1) Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. (2) A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. (3) Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório".

16 "A Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte".

partes para submeterem casos à Corte; todavia em nenhum desses artigos, Comissão e Estados-partes são configuradas como "parte" no processo internacional.

Ocorre que o artigo 44 da CADH demonstra quem poderia apresentar petição individual junto a CIDH (pessoa ou grupo de pessoas, entidade não governamental e Estado-parte) e o artigo 48 (1) 'F' da CADH, que dispõe sobre a solução amistosa, refere-se aos peticionários como "partes interessadas", o que configuraria entidades, vítimas e familiares como partes no processo. Assim, todas as partes admitidas formalmente no processo internacional estariam legitimadas para ingressar com uma demanda junto à Corte Interamericana, garantindo-se os princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, possibilitando que vítimas e familiares postulassem diretamente perante a Corte[17].

Outro aspecto de fundamental importância para o fortalecimento do Sistema está relacionado à demora da Comissão Interamericana em admitir formalmente as petições individuais, por meio da publicização do relatório de admissibilidade, até a conclusão do caso, com a exposição das Recomendações no relatório de mérito.

Em estudo feito sobre a efetividade do Sistema Interamericano com base na análise dos casos brasileiros na Comissão Interamericana[18], foi possível verificar que, ao longo do seu funcionamento, a CIDH tornou-se o principal órgão do Sistema Interamericano, não apenas pela quantidade de casos que processa, em comparação com o número de casos que são decididos pela CorteIDH, mas também pela supervisão geral da promoção e da garantia de Direitos Humanos. No entanto, prescinde ainda de uma atuação mais efetiva, uma vez que sua jurisprudência demonstra seletividade e demora na análise dos requisitos formais e do mérito. Não existe prazo que determine a duração da fase preliminar de apresentação perante a Comissão Interamericana[19]. Também não há prazo final para analisar o mérito da denúncia, oportunidade em que são identificados os dispositivos dos instrumentos internacionais violados pelo Estado demandado. O trâmite da petição no órgão varia de acordo com a sua complexidade e repercussão política, não restando um prazo para que a Comissão julgue definitivamente o caso[20].

O julgamento do caso implica necessariamente a apresentação de Recomendações, que são importantes não apenas para o andamento dos processos judiciais internamente, mas também para o oferecimento de indicações de políticas públicas e de inovações legislativas que envolvam os direitos fundamentais apontados como violados no relatório de mérito da Comissão.

---

17 TRINDADE, 2000, p. 13-15.

18 TEREZO, Cristina Figueiredo. **A efetividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos:** análise dos casos brasileiros na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2005. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2005.

19 O caso n.º 11.552, que trata de 22 pessoas que foram presumivelmente mortas durante operações militares realizadas, no período de 1972 a 1975, na região do Araguaia, no sul do Estado do Pará – conhecidas como Guerrilha do Araguaia –, é um exemplo da longa duração da fase de apresentação. A denúncia foi apresentada à Comissão em agosto de 1995 e apenas admitida formalmente em março de 2001. Em que pese a Comissão ter empreendido esforços no sentido de promover uma solução amistosa entre as partes e de ter influenciado as políticas internas para garantir aos familiares dos desaparecidos e à sociedade brasileira o direito à informação fidedigna sobre os fatos denunciados, o caso foi submetido à apreciação da CorteIDH em 26 de março de 2009. Aguarda-se a sentença ainda para este ano de 2010.

20 O caso n.º 10.301, ocorrido no Brasil, conhecido como Parque São Lucas, foi denunciado perante a Comissão Interamericana em 1989, no mesmo ano em que os fatos aconteceram e somente teve o mérito analisado em março de 1996, quando a Comissão aprovou o Relatório de Mérito n.º 16/96 e apresentou Recomendações ao governo brasileiro. Foram sete anos de espera para que o caso fosse finalmente analisado pela Comissão.

2 DAS INOVAÇÕES ORIUNDAS DOS REGULAMENTOS

Recentemente, no final de 2009, os Regulamentos da Comissão e da Corte Interamericana[21] foram alterados. Tais mudanças são consideradas pelos especialistas como as mais substanciais que ocorreram no Sistema Interamericano desde o início do seu funcionamento.

As alterações vieram ao encontro dos debates conduzidos pelos órgãos do SIDH, encampados pelo ex-juiz Cançado Trindade, para normatizar certas práticas que já eram realizadas por tais órgãos e que, por ausência de regulamentação específica, eram objeto de diversas críticas, e, por fim, para responder às análises negativas feitas sobre o então vigente sistema de peticionamento. Nesse sentido, as modificações hodiernas atingem, primordialmente, o sistema de petições, alterando o regramento das petições individuais e das medidas cautelares, além de introduzir no Direito Processual Internacional novos institutos, como a figura do Defensor Público Interamericano.

Cumpre esclarecer que tais alterações foram feitas novamente a partir de uma ampla consulta, a qual se tornou uma ferramenta da práxis e uma característica exclusiva do SIDH, pois não se verifica tal iniciativa nos demais sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, alcançando Estados-membros, órgãos da OEA, representantes da sociedade civil e da comunidade acadêmica, os quais tiveram a oportunidade de sugerir inovações e modificações nos textos dos Regulamentos em apreço[22].

No tocante ao sistema de petições individuais, o Regulamento da Comissão foi alterado para responder às críticas que havia em torno da participação da CIDH nos processos judiciais internacionais apreciados pela CorteIDH. Diante da análise das partes presentes no processo, sustentava-se que eram dois interessados contra um, os quais seriam Comissão e representantes das vítimas e/ou dos familiares, que se configuravam "assistentes da acusação", ao lado dos Delegados elecandos pela CIDH, contra os Agentes do Estado demandado, ferindo assim, no entendimento de alguns, o princípio da igualdade previsto nos instrumentos normativos internacionais que norteiam os julgados e as recomendações do SIDH. Para Pablo Saavedra, Secretário da Corte Interamericana, tal situação apenas gerava uma sensação aparente de ofensa ao princípio de igualdade, pois cada parte interessada tinha uma atribuição específica nos processos perante a CorteIDH[23].

Com as modificações nos Regulamentos, busca-se o fortalecimento do papel das vitimas e/ou dos familiares perante a CorteIDH, na medida em que eles agora pas-

---

21 O Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi aprovado no LXXXV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009, e o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi aprovado no 137.º Período Ordinário de Sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009.

22 "Este novo Regulamento se insere na segunda fase de diálogo e reflexão que a Corte Interamericana vem empreendendo desde há algum tempo com os diferentes atores e usuários do sistema interamericano, a qual se manifestou em um processo de consulta realizado através da convocação de todas as pessoas e instituições que desejassem participar, valendo-se para tanto de distintos meios de informação e mecanismos ao alcance de todos. […]" (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Exposição de motivos da Reforma Regulamentar. 2009).

23 Pablo Saavedra, durante o painel "**Recent Developments in the Inter-American Human Rights System: a Debate on the New Procedural Rules of the Commission and Court and their Future Application", realizado pela** Academy on Human Rights and Humanitarian Law do Washington College of Law, American University, em 15 de junho de 2010, em Washington, D.C.

sam a postular diretamente sua demanda diante da Corte Interamericana, e não mais perante a Comissão, como ocorria até o final de 2009.

Conforme o Regulamento da CorteIDH, a Comissão Interamericana passa a apresentar tão somente o relatório determinado pelo artigo 50 da CADH[24], designado como relatório de mérito, e não mais, além disso, a denúncia inicial perante a Corte, o que ficará a cargo privativamente dos representantes das vítimas e/ou dos familiares, de acordo com os artigos 35[25] e 40[26] do novo Regulamento da Corte.

Por meio do relatório de mérito, como já se mencionou anteriormente, a Comissão Interamericana apresenta suas Recomendações ao Estado denunciado a respeito do caso analisado e aponta as medidas de reparação que o Estado deve adotar, como indenização à vítima e/ou aos familiares e julgamento dos responsáveis pelas violações dos Direitos Humanos. Com as modificações no Regulamento da CIDH, esta passa a definir, por meio de ato discricionário, o prazo para o Estado cumprir com as Recomendações identificadas no seu relatório de mérito. Não havendo cumprimento, a Comissão, então, enviará obrigatoriamente o relatório de mérito à CorteIDH.

No tocante ao processo perante a CorteIDH, a CIDH não poderá mais apresentar testemunhas e declarações das supostas vítimas e em situações excepcionais "quando se afetar de maneira relevante a ordem pública interamericana dos direitos humanos"[27], podendo designar peritos.

A participação da CIDH também será reduzida durante as audiências do caso, quando forem pertinentes. Logo, a audiência, conforme artigo 51 do Regulamento da CorteIDH, será iniciada pela Comissão, que se limitará a expor as razões que a levaram a apresentar seu relatório de mérito perante a CorteIDH. A oitiva das testemunhas e dos peritos será baseada em perguntas dos juízes, dos representantes das vítimas e/ou dos familiares e dos Agentes do Estado demandado, não podendo mais ser feito nenhum questionamento pelos Delegados da Comissão, como ocorria anteriormente. Assim, antes, o tempo de duração da audiência era fracionado entre três – CIDH, vítimas e/ou familiares e Estado; agora, com tal mudança, dá-se mais tempo às duas partes interessadas. Ao final da audiência, a Comissão pode apresentar suas observações finais e, havendo designação de peritos em situação disposta no já comentado artigo 35 (1) 'F' do Regulamento da CorteIDH, pode fazer perguntas.

As duas únicas partes interessadas no processo perante a CorteIDH têm sua manifestação normatizada expressamente pelo novo Regulamento. Logo, os representantes das vítimas e/ou dos familiares terão um prazo de dois meses para apresentar sua denúncia diretamente à Corte, a contar do recebimento da notificação da Secretaria.

---

24 Artigo 50 (1): "Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, g, do artigo 48".

25 "Artigo 35. Submissão do caso pela Comissão:
(1) O caso será submetido à Corte mediante apresentação do relatório ao qual se refere o artigo 50 da Convenção, que contenha todos os fatos supostamente violatórios, inclusive a identificação das supostas vítimas […]".

26 "Artigo 40. Escrito de petições, argumentos e provas:
(1) Notificada a apresentação do caso à suposta vítima ou aos seus representantes, estes disporão de um prazo improrrogável de dois meses, contado a partir do recebimento desse escrito e de seus anexos, para apresentar autonomamente à Corte seu escrito de petições, argumentos e provas".

27 Artigo 35 (1) 'F' do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sua denúncia[28] deve conter, conforme reza o artigo 40 do Regulamento da CorteIDH: (1) a descrição dos fatos, sem conter elementos novos daqueles já analisados pelo procedimento junto à Comissão; (2) provas relacionadas aos fatos e argumentos apresentados; (3) identificação das testemunhas e dos peritos a serem ouvidos ou cujas declarações serão juntadas ao processo judicial internacional; (4) pedidos com as medidas de reparação pertinentes; e (5) custas e demais despesas com o processo em questão.

Ao Estado demandado cabe a apresentação da contestação também num prazo de dois meses, contados a partir do recebimento da notificação com cópia da denúncia apresentada pelos representantes das vítimas e/ou dos familiares, em consonância com o artigo 41 do Regulamento da CorteIDH[29]. Caso o Estado não refute aspectos dos fatos apresentados pelos denunciantes, eles serão considerados verdadeiros.

Tanto os representantes das vítimas e/ou dos familiares quanto o Estado devem apresentar suas exceções preliminares, que dizem respeito a elementos formais do caso, como a regra de esgotamento dos recursos internos na primeira manifestação no processo judicial internacional, juntamente com as alegações de mérito, não havendo, portanto, prazo diferenciado para tal ato, de acordo com o artigo 42 do novo Regulamento da CorteIDH. Contudo, havendo apresentação de exceções preliminares por qualquer uma das partes, não há suspensão dos demais prazos; se o Estado apresentar manifestação, a CIDH e os representantes das vítimas e/ou dos familiares terão prazo de trinta dias, contados da data de notificação, para contra-argumentar.

O novo Regulamento da CorteIDH esclarece sobre a juntada de declarações de testemunhas, vítimas e familiares que possam servir como prova no processo. Tais declarações somente serão admitidas se forem *affidavit*, ou seja, transcritas por um agente dotado de fé pública, conforme reza o artigo 46 do Regulamento da CorteIDH. Tal iniciativa visa reduzir as custas do processo por meio da realização de audiência com a finalidade de receber as declarações de testemunhas, o que é suprido com a juntada de *affidavit*. Contudo, antes da apresentação de tal declaração, as partes devem indicar quais serão as pessoas consideradas declarantes e testemunhas do processo, e, havendo a necessidade de realizar audiência, quais seriam aquelas que poderiam dela participar. A Corte abrirá prazo para que as partes possam impugnar os declarantes e as testemunhas do caso e, posteriormente, a própria *affidavit* juntada ao processo. Atualmente inova, ao permitir que a parte contrária formule perguntas aos declarantes da outra parte, que fica obrigada a juntar *affidavit* com as respectivas respostas, a fim de observar o princípio do devido processo legal.

Com relação às provas analisadas no procedimento conduzido pela Comissão Interamericana, elas somente serão admitidas pela CorteIDH desde que comprovada a observância do contraditório e da ampla defesa, em consonância com o artigo 57 do Regulamento.

A apresentação de provas era matéria controvertida nos processos apreciados pela CorteIDH, pois os representantes das vítimas e/ou dos familiares sempre manifestavam interesse em demonstrar outras provas, que não aquelas já juntadas pela

28 Alguns doutrinadores chamam a denúncia perante a CorteIDH de "demanda" – termo também usado pelo idioma espanhol – ou mesmo de "escritos de petições", conforme previsto no Regulamento em apreço.

29 Se as vítimas e/ou os familiares tiverem representações legais diferente, o prazo para a contestação do Estado demando será determinado pelo juiz-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Comissão Interamericana; daí as alterações significativas que foram feitas com relação à produção de provas no processo judicial internacional em questão.

No que se refere à representação legal das vítimas e/ou dos familiares, havendo pluridades, estas deveriam designar um único advogado; contudo, com o novo Regulamento da CorteIDH em seu artigo 25, podem existir no processo até três representantes legais.

Como a CIDH não atua mais como representante das vítimas e/ou dos familiares e na impossibilidade de constituírem advogados para tal fim, a OEA criou um Fundo de Assistência Legal às Vítimas (FALV), previsto no artigo 79 do novo Regulamento da CorteIDH[30], o qual terá como principal objetivo custear as depesas com o processo, com a produção de provas e testemunhas em audiências, e garantir a representação legal por um Defensor Interamericano[31]. No entanto, em razão do orçamento anual colocado à disposição do Sistema Interamericano pela OEA, restam dúvidas quanto à viabilidade financeira do FALV para custear todas as despesas propostas.

A Corte Interamericana, recentemente, celebrou um convênio com a Associação Interamericana de Defensoria Pública, a qual agrupa representações de Defensorias nas Américas, que teria definido quais Defensores poderiam atuar diante da Corte, na qualidade de Defensores Interamericanos. Tal iniciativa foi objeto também de inúmeras críticas, na medida em que impossibilitaria que entidades da sociedade civil organizada ou dos meios acadêmicos pudessem habilitar-se como representantes legais, quando as vítimas e/ou os familiares não pudessem arcar com tal despesa no processo perante a CorteIDH.

As críticas levaram a um novo e amplo processo de consulta popular quanto à regulamentação do FALV e à participação do Defensor Interamericano, realizado pela Comissão Interamericana por meio da sua página oficial na Internet[32].

Outras mudanças importantes previstas no Regulamento da CorteIDH estão relacionadas às medidas cautelares[33], uma vez que o procedimento adotado principalmente pela Comissão não adotava regras claras quanto à admissão ou ao arquivamento das solicitações de medidas cautelares. Para Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta da Comissão Interamericana, o novo Regulamento da CIDH visa normatizar a prática que tal órgão vinha adotando sobre a matéria[34].

O novo Regulamento da Comissão esclarece quais os requisitos que devem

---

30 A XXXVIII Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, realizada em Medellín em junho de 2008, aprovou, por meio da Resolução n.º 2426, a criação da Fundo de Assistência Legal, cujo objetivo é "facilitar el acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen recursos necesarios para llevar su caso al sistema".

31 "Artigo 37. Defensor Interamericano: Em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do caso".

32 www.cidh.org.

33 Para a solicitação das medidas cautelares, não há necessidade de esgotar previamente os recursos internos; basta que sejam situações urgentes que envolvam um dano irreparável à integridade física ou à vida de uma pessoa e que tais argumentos apresentados na petição sejam entendidos como verdadeiros. Não havendo cumprimento das Recomendações apresentadas pela Comissão Interamericana ao Estado, a CIDH pode solicitar o deferimento de medidas provisórias por parte da Corte Interamericana.

34 Elizabeth Abi-Mershed, durante o painel **"Recent Developments in the Inter-American Human Rights System: a Debate on the New Procedural Rules of the Commission and Court and their Future Application", realizado pela** Academy on Human Rights and Humanitarian Law do Washington College of Law, American University, em 15 de junho de 2010, em Washington, D.C.

ser preenchidos para a solicitação das medidas cautelares em seu artigo 25 (4):

> a. se a situação de risco foi denunciada perante as autoridades competentes ou os motivos pelos quais isto não pode ser feito;
> b. a identificação individual dos potenciais beneficiários das medidas cautelares ou a determinação do grupo ao qual pertencem; e
> c. a explícita concordância dos potenciais beneficiários quando o pedido for apresentado à Comissão por terceiros, exceto em situações nas quais a ausência do consentimento esteja justificada.

Além de ficar claro que as medidas cautelares podem ser solicitadas quando houver danos causados a grupos de indivíduos, agora a CIDH pode solicitar ao Estado informações sobre o caso antes de conceder a cautelar, quando entender pertinente. Outrossim, em sendo deferidas as medidas cautelares, o Estado pode a qualquer momento requerer o fim dos seus efeitos, desde que devidamente fundamentado, o que poderá ser deferido pela CIDH, após manifestação dos beneficiários ou de seus representantes, como forma de evitar a manutenção de medidas cautelares cujos efeitos perduram até décadas perante o SIDH. Assim a CIDH pode também, a qualquer tempo, solicitar informações quanto ao cumprimento e à necessidade de permanência da medida cautelar, inovando, portanto, ao criar uma revisão periódica.

Cumpre também ressaltar mudanças quanto à presença dos juízes *ad hoc* e nacionais no processamento e no julgamento de casos perante a CorteIDH, prevista no artigo 55 da CADH[35], o que foi objeto também de muitas críticas, pois muitos entendiam que as regras contidas em tal artigo somente se aplicariam a comunicações interestatais, a denúncias entre Estados, e não por violações causadas em indivíduos. Contudo, inicialmente, a CorteIDH interpretou que tal artigo se aplicava também a denúncias individuais, o que resultou na presença de muitos juízes *ad hoc*, comprometendo a legitimidade dos julgamentos[36], sendo tal prática questionada pelas vítimas e por seus representantes, já que os requisitos para o exercício da função não eram observados[37].

As alterações atuais no Regulamento da CorteIDH sobre a matéria são resultado da Opinião Consultiva n.º 20, de 29 de setembro de 2009, que interpreta o artigo 55, determinando, com a mudança de entendimento dos atuais juízes, que o referido artigo se aplica tão somente a comunicações interestatais. Assim, para denúncias individuais, havendo a presença de um juiz cuja nacionalidade seja a mesma do Estado demandado, ele não poderá participar do conhecimento e do julgamento do caso. O juiz *ad hoc* somente será indicado pelo Estado denunciante ou denunciado em comunicações interestatais, quando o juiz da CorteIDH for nacional de um desses Estados,

35 Artigo 55:
"(1) O juiz que for nacional de algum dos Estados Partes no caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo.
(2) Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados Partes, outro Estado Parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*.
(3) Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados Partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*.
(4) O juiz *ad hoc* deve reunir os requisitos indicados no artigo 52.
(5) Se vários Estados Partes na Convenção tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só Parte, para os fins das disposições anteriores. Em caso de dúvida, a Corte decidirá**"**.

36 Ver caso *Salvador Chiriboga vs. Equador.*

37 Ver caso *Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia.*

conforme o artigo 19 do Regulamento da CorteIDH.

Outra alteração no Regulamento da Corte Interamericana que deve ser comentada diz respeito à figura do *amicus curiae*, que anteriormente não era disciplinada por quaisquer normas existentes no SIDH.

O *amicus curiae* pode ser apresentado por fax, por envio postal ou eletrônico no idioma definido para o caso, devendo ser assinado por todos os seus autores. Não havendo assinatura e se os documentos comprobatórios pertinentes não tiverem sido anexados ao original, seus autores terão sete dias para sanar tais elementos, conforme reza o artigo 44 (2) do Regulamento da CorteIDH, sob pena de arquivamento.

O prazo para o envio do *amicus curiae* é até quinze dias após a realização da audiência do caso. Não havendo tal audiência, o prazo de quinze dias conta-se da data da publicação da Resolução da CorteIDH que determina o envio das alegações finais pelas partes. Ademais, a divulgação do *amicus curiae* entre as partes será deferida pelo Juiz-Presidente da Corte Interamericana (artigo 44 (3) do Regulamento da CorteIDH), e fica autorizada a apresentação de *amicus curiae* no procedimento de supervisão de sentença e de manutenção de medidas provisórias (artigo 44 (4) do Regulamento da CorteIDH).

CONCLUSÃO

Diante as inovações do Direito Processual que rege o processamento e o julgamento dos casos em tramitação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como as denúncias em procedimentos instaurados pela Comissão, verifica-se que muitas práticas antes realizadas por tais órgãos do SIDH passaram a ser regulamentadas, o que demonstra mais transparência nos atos praticados.

Os novos Regulamentos são mais favoráveis à participação das vítimas e/ou dos familiares e seus representantes, visando a satisfação do princípio da igualdade entre as partes. Contudo, não se pode esquecer a diferença histórica que há entre as vítimas de casos de violações de Direitos Humanos e os Estados onde tais violações ocorreram e a dificuldade que persiste na produção de provas. Mesmo que as atuais alterações tenham por escopo suprir alguns aspectos negativos – como a impossibilidade, para as vítimas e/ou os familiares, de custearem sua representação legal com a retirada de tal legitimidade processual da CIDH, por meio da introdução da figura do Defensor Interamericano, o qual teria *expertise* na área e domínio técnico –, questiona-se que o processo de democratização do acesso ao Sistema Interamericano não pode estar restrito à capacidade técnica da representação legal das vítimas e/ou dos familiares; todos aqueles que tenham seu direito violado, como um trabalhador rural, um indígena, deveriam poder recorrer ao SIDH para tutelar o seu direito.

A ausência da Comissão Interamericana nos processos perante a CorteIDH gera dúvida quanto à possibilidade de igualdade na produção de provas entre as partes, já que a participação da Comissão não está tão clara no novo Regulamento, que a autoriza a indicar declarantes em casos em que houver relevância para a ordem pública interamericana dos Direitos Humanos, não se sabendo, portanto, com exatidão, quais seriam tais situações.

Com a reforma que atinge fundamentalmente o sistema de peticionamento perante a CorteIDH, observa-se um esforço do SIDH para garantir um julgamento entre tão somente duas partes, sem, contudo, garantir, de outra forma, direitos que tenham sido flagrantemente violados com iguais chances de produção de provas.

Não obstante as críticas que surgem até o julgamento de casos com base nos novos Regulamentos, resta comentar as mudanças positivas com relação ao fim dos juízes *ad hoc*, cuja presença nos processos não garantia a transparência e a legitimidade necessárias nos julgados da CorteIDH, bem como à regulamentação do *amicus curiae*, pois, em determinadas situações, as partes não tinham sequer conhecimento das referidas peças apresentadas.

As mudanças nos Regulamentos dos órgãos do Sistema Interamericano refletem a necessidade de democratizar o seu acesso e de universalizar os mecanismos colocados à disposição de vítimas e/ou familiares de violações dos Direitos Humanos. Todavia, o fortalecimento do Sistema Interamericano ainda prescinde da ratificação da Convenção Americana e dos demais instrumentos interamericanos por todos os Estados-membros da OEA e, por conseguinte, da aceitação expressa da jurisdição da Corte e da incorporação doméstica dos dispositivos da CADH na legislação interna. Sem tais iniciativas, não há de se falar em acesso universal ao Sistema Interamericano e em garantia de direitos.

REFERÊNCIAS

CONSELHO PERMANENTE DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. **Bases para um Projeto de Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos.** 2001.

CONSELHO PERMANENTE DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. **Observações e recomendações sobre o Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos,** 2005.

FAÚNDEZ LESDEMA, Héctor. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. 2. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual**. 2009.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **A efetividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos:** análise dos casos brasileiros na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2005. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Direito e**

Democracia – Revista do Centro de Ciências Jurídicas – ULBRA, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 5-52, 1. sem. 2000.

_____. **Bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección.** Disponível em: <http://www.cejil.org>. Acesso em: 15 jul. 2007.

INQUIETAÇÕES A RESPEITO DO ACONTECIMENTO RISCO: CRIANÇA E JOVENS EM FOCO

Flávia Cristina Silveira Lemos[*]
Maria Lívia Nascimento[**]
Estela Scheinvar[***]

Resumo: O tema do artigo – risco no que tange à vida de crianças e jovens – é discutido com base nas contribuições de diferentes teóricos, buscando-se examinar o uso do termo "risco" e suas implicações. Visa-se apresentar ao leitor um panorama dos principais debates conceituais a respeito do risco e, em seguida, elaborar uma análise voltada especificamente para as relações que têm sido estabelecidas entre risco e proteção das crianças e jovens.

Palavras-chave: Risco. Crianças. Jovens.

O presente artigo propõe-se a discutir o acontecimento risco, problematizando-o e historicizando-o, por não entendê-lo como um objeto não é natural e por sua emergência e seu uso implicarem modos de pensar específicos de uma época. Nas últimas décadas do século XX, os estudos sobre risco passaram a ocupar o centro dos debates acadêmicos, entre economistas, políticos, profissionais da segurança e trabalhadores sociais.

Desse modo, o risco tem sido considerado como um conceito de referência nas práticas discursivas de variados saberes e tem embasado práticas de poder, ou seja, políticas públicas adotadas por meio de programas de governo das condutas. A análise dos riscos tem sido feita no que tange tanto ao espaço ou território quanto aos grupos sociais de determinados segmentos da população.

Durante os anos 60, as análises sobre o objeto risco consistiam em estudos quantitativos que recorriam a saberes de áreas como a Toxicologia, a Epidemiologia, a Psicologia Comportamental e Cognitivista, a Psiquiatria preventiva comunitária e as engenharias. As agências de regulação norte-americanas encomendavam pesquisas técnico-quantitativas de predição de riscos aos especialistas das áreas citadas, como se isso representasse um dado objetivo a ser analisado (GUILAM, 1996).

Desse modo, o risco passa a ser um acontecimento que poderia ser caracterizado como adverso e envolver diferentes tipos de dano, devendo ser medido para atenuar problemas futuros. Nessa perspectiva, o risco tornar-se-ia um objeto previsível quantitativamente pela via do cálculo probabilístico, que permitiria produzir estimativas e níveis de aceitação, já que sempre estaríamos sujeitos à exposição a variados e supostos riscos, em uma versão de gestão da virtualidade dos acontecimentos (EWALD, 1993).

[*] Psicóloga. Mestre em Psicologia Social. Doutora em História. Professora adjunta do curso de Psicologia da Universidade Federal do Pará (Belém).

[**] Psicóloga. Mestre em Psicologia. Doutora em Psicologia Social. Professora adjunta do curso de Psicologia da Universidade Federal Fluminense (Niterói).

[***] Socióloga. Mestre em Sociologia. Doutora em Educação. Professora concursada da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

> Necessita-se de técnicas de avaliação e de gestão dos riscos e, pois, produzir conhecimentos. É uma atitude ativa que faz aparecerem riscos em cada atividade, os quais demandam o desenvolvimento da pesquisa científica e, pois, a geração de mais conhecimento. A publicidade dos resultados coloca novas questões, como a da relação com os financiadores e o grau de maturidade de resultados publicáveis. [...] Desenvolve-se uma tecnocracia do risco (agências, comissões de especialistas, administração) e se coloca o problema da organização de uma democracia do risco: a necessidade de informar cidadãos e coletividades para que tomem consciência dos riscos que correm e para que determinem parâmetros, para o nível de proteção buscado, segundo a importância hipotética do dano. Mas a *expertise* também é posta sob tensão, pois enfrenta perguntas que vão além do conhecimento seguro que pode proporcionar. Espera-se que o *expert* seja um sábio, e ele ocupa um espaço misto entre o cientista e o da opinião. Pois, com a participação de diferentes agentes no processo decisório, confrontam-se diversos saberes e avaliações quanto à aceitabilidade dos riscos, competências científicas e interesses a elas associados (KOERNER, 2006, p. 230).

Assim, na década de 60 do século passado, o cálculo do risco estava vinculado à análise dos níveis de aceitabilidade, tendo como eixos os seguintes fatores: as estimativas estatísticas; a comunicação à população, por meio da difusão das informações sobre os fatores de risco, como modo de produzir uma suposta consciência naqueles chamados "leigos" pelos peritos do risco; as formas de administração de riscos efetuadas pela perícia por meio de políticas públicas (GUIVANT, 1998).

Nessa maneira de analisar, havia uma desqualificação daqueles considerados pelos especialistas como culpados pelos riscos a que ficavam expostos – designados como leigos pelos pesquisadores. Tratava-se de uma abordagem individualizante e estigmatizante da produção de riscos.

Já nas décadas de 70 e 80, muitos ambientalistas, representantes técnicos das indústrias, estudiosos das ciências sociais começaram a questionar essa visão quantitativa do risco, utilizando ferramentas analíticas pautadas por uma perspectiva construtivista. Teóricos e trabalhadores sociais, baseados em enfoques cognitivistas, passaram a enfatizar que qualquer forma do que classificavam como dano físico, ambiental, mental, social e econômico seria uma situação de risco.

Para Guivant (1998), essa discussão resulta das preocupações atuais da sociologia das organizações e da sociologia da ciência, basicamente da idéia de sociedade da informação e da comunicação, que opera por meio de uma rede. Note-se que essa rede é entendida como uma cadeia de determinismos interdependentes, formada por práticas articuladas de forma contínua, e não como um território aberto a relações novas, sucessivas, acidentadas e descontínuas. Tal noção anula a possibilidade de novas determinações na vida das pessoas, que estariam sob uma ameaça produzida *a priori*, por um campo de forças independente dos atravessamentos dos que compõem as suas vidas. O risco passa a ser uma condição naturalizada.

A maneira de ver o comportamento de risco e a percepção do risco, no fim do século XX, acabavam sustentando processos individuais de culpabilização, desconside-

rando outros atravessamentos constitutivos das práticas que constroem situações classificadas como de exposição às situações de risco. Nas pesquisas e intervenções desse período, estabeleceu-se uma distinção entre as situações de risco fabricadas por peritos e as criadas pelos leigos, no dizer dos estudiosos do assunto, sobretudo no contexto anglo-saxão e alemão (GUIVANT, 1998). Ainda prevalece a ideia de que o risco é uma situação de fato, perante a qual cabe a cada um prevenir-se, para não ser atingido. Ou seja, cair na chamada situação de risco acaba sendo uma questão previsível, pessoal, o que torna os que incorrem nessa situação responsáveis por ela.

O conceito de percepção de risco passou a ser discutido por alguns setores das ciências sociais, em especial, pela via de um construtivismo cultural, com destaque para os trabalhos de Mary Douglas e sua equipe (GUIVANT, 1998). As pesquisas com esse objeto de estudo, em geral, focam temas como riscos ecológicos, nucleares, genéticos, químicos, de acidentes de trabalho e de trânsito, riscos de adoecer e de transmitir doenças, riscos em função do uso de drogas consideradas ilegais e de medicamentos, riscos sociais e psicossociais, riscos de sofrer assaltos e situações de violência, entre outros.

> O conceito de risco é nômade, pois orienta múltiplas práticas e recebe conteúdos diversos segundo os diferentes campos de saber que suscita, como a ciência política, a economia, a medicina, o direito, a engenharia e a ecologia. Em sua face positiva, este conceito supõe que tenhamos roubado o futuro das mãos dos deuses, remetendo-nos ao planejamento e à possibilidade de aventurar-se cientificamente, isto é, com segurança e controle no uso de tecnologias bastante complexas. Se não fossem calculadas as margens de segurança para válvulas, por exemplo, não poderíamos construir foguetes para ir à lua (VAZ, [200-], p. 11).

O debate político sobre risco ganhou fórum mundial, também a partir das contribuições de Beck, e marcou o advento da sociedade atual como "sociedade de risco". Para Beck, cada vez mais se ampliaria, em âmbito global, o temor de desastres ecológicos, de problemas ligados à prevenção de epidemias, do uso de novas tecnologias e risco, das crises econômicas mundiais e do desemprego estrutural, da produção e do uso de transgênicos e dos riscos para a saúde no âmbito do trabalho, entre outros (GUIVANT, 1998).

> Com o advento da sociedade de risco, os conflitos da distribuição em relação aos bens (renda, empregos, seguro social), que constituíram o conflito básico da sociedade industrial clássica e conduziram às soluções tentadas nas instituições relevantes, são encobertos pelos conflitos de distribuição dos "malefícios". Estes podem ser decodificados como conflitos de responsabilidade distributiva. Eles irrompem sobre o modo como os riscos que acompanham a produção dos bens (megatecnologia nuclear e química, pesquisa genética, ameaça ao ambiente, supermilitarização e miséria crescente fora da sociedade industrial ocidental) podem ser distribuídos, evitados, controlados e legitimados. [...] No sentido de uma teoria social e de um diagnóstico de cultura, o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isto levanta a questão da autolimitação daquele desenvolvimento, assim como da

> tarefa de redeterminar os padrões (de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das conseqüências do dano) atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais. [...] (BECK, 1997, p. 17).

No bojo desse debate, Beck (1997) afirma que uma política da vida ganha força por intermédio dos movimentos feministas e ecológicos, que relacionam os riscos aos estilos de vida construídos por nossa sociedade. O alcance de valores predatórios, de uma sociabilidade classificada como violenta, estaria, para esse autor, na base das formas de relação com o ambiente e entre os seres humanos, produzindo insegurança generalizada e demandando uma democratização das relações e a criação de situações de negociação contínua para a resolução de problemáticas cada vez mais complexas. O acontecimento risco é generalizado sem questionamentos, a-historicamente, servindo a determinados interesses políticos e econômicos.

> A sociedade reflete a si mesma e seus problemas em termos de risco e faz do risco um princípio universal de valorização em um contexto que obriga a levar em conta o longo prazo e a incerteza. É pelo risco que o cidadão toma consciência de sua dependência em relação aos outros, de sua inserção em relações de poder que põem sua vida em jogo e são marcadas por fortes desigualdades de saber. É uma relação social assimétrica, pois alguns, apesar de disporem de informações sobre os riscos de sua atividade, fazem, movidos por interesses particulares, os demais correrem riscos e arcarem com os prejuízos. A relação entre custos e vantagens é posta de uma nova forma, pois nos interroga sobre a maneira pela qual valorizamos custos e vantagens, isto é, o valor de nossos valores. Colocam-se em primeiro plano os problemas dos procedimentos de tomada de decisão, de consulta e deliberação sobre os riscos. [...] (KOERNER, 2006, p. 229).

A apropriação do construtivismo social de Bruno Latour por diferentes teóricos das ciências sociais abriu um conjunto de demandas pela criação de um sistema de confiança nas instituições que gerenciam os riscos, propondo-se a administração dos conflitos e facilitando-se a participação e a tomada de decisão, em um campo aberto de intervenções, de possibilidades de negociações contínuas e de debates mediados, de caráter incerto (GUIVANT, 1998).

Na engenharia, ampliou-se a discussão sobre o uso de tecnologias e o governo de riscos em termos de análise do custo e do benefício da adoção e da utilização de determinados instrumentos e aparelhos. No campo das ciências humanas e sociais, têm sido estudados os processos subjetivos construtores da intensificação ou da minimização dos riscos. Essas pesquisas tentam investigar, por exemplo, como se expõem determinadas pessoas e grupos, mesmo sabendo do risco potencial de contaminar-se com algum vírus, ou como trabalhadores, treinados para utilizar formas de proteção contra os acidentes, deixam de usá-las (GUILAM, 1996).

No campo da saúde do trabalhador, os fatores de risco têm sido levantados e divulgados em uma abordagem preventiva dos acidentes, tendo em vista a promoção da saúde integral desse sujeito. Para efetuar um projeto de intervenção nessa área, muitos

especialistas analisam múltiplos aspectos da produção de riscos e verificam como influir antecipadamente neles, elaborando indicadores quantitativos e qualitativos e políticas ou projetos de proteção do trabalhador (HARTZ, 1997).

A Estatística, a Bioestatística, a Toxicologia e a Engenharia de Segurança também são chamadas a esse debate para analisar os danos que podem ser causados ao trabalhador, quando ele executa suas tarefas em um local insalubre, com carga horária de trabalho excessiva, quando atua sem equipamentos de proteção, como luvas e capacetes. No Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, de 1996, estão listados os riscos profissionais, que podem ser químicos, biológicos, físicos, de acidentes e ergonômicos (SANTOS-FILHO, 2007).

A chamada degradação ecológica também tem sido estudada, assim como seus possíveis impactos na continuidade da vida no planeta. Muitos desmoronamentos, enchentes, desastres têm acontecido em função da ação humana na natureza, conforme discursos de ambientalistas. Alterações do clima, desertificação dos solos, poluição de rios e desmatamentos têm produzido efeitos sobre a vida de modo geral, inclusive a humana, no campo da saúde e da segurança das gerações atuais, comprometendo a possibilidade de vida na Terra, para as próximas gerações, segundo os estudiosos do campo da ecologia (MARTINE, 1993).

O risco de contaminação de alimentos com agrotóxicos também tem sido objeto de estudos recentes, pois é avaliado como um fator comprometedor da saúde das populações e está relacionado às demandas econômicas de lucro rápido e à produção de alimentos em larga escala. Nesse campo, a polêmica em torno dos transgênicos é assunto de discussões intensas ligadas à segurança alimentar e tem motivado inúmeros estudos sobre riscos, mobilizando o campo científico e o político, em uma conexão com a Bioética (GUIVANT, 1998).

Constata-se que as práticas produtoras do acontecimento risco tornam-se correlatas e coextensivas, apoiando-se umas sobre as outras, para produzirem um efeito de verdade, em uma política de centralização discursiva. Já Bauman (2004) e Castel (1987) observam que, em nome da segurança e da proposta de minimização de riscos naturalizados, toda uma parafernália de insumos passa a ser vendida, em um imenso mercado da saúde e da seguridade – o que deve ser considerado com ressalvas e com questionamento de demandas que parecem naturais.

De fato, há críticas à definição de sociedade de risco de Beck. Segundo esse autor, teríamos saído da sociedade de classes e nos tornado uma sociedade de riscos, em que todos estariam expostos a eles. O risco passa a ser um dos conceitos ligados à busca de determinismos totalitários, que por si só dariam sentido às lógicas e aos percursos da vida. Tal conceito torna-se um "ente" absoluto, interferindo em todas as relações, mantendo-as sob permanente ameaça e, as pessoas, sob suspeita. Uma análise do uso político da noção de risco seria fundamental,, como também seria fundamental sacudir o domínio dos peritos e a gestão calculada da vida, que supostamente é feita em nome da defesa social, por meio da regulação das populações e dos corpos individualmente.

Essas críticas são importantes porque todo um conjunto de pesquisas e de intervenções utilizou arbitrariamente a categoria risco, difundindo estigmas e produzindo um controle social que nem sempre foi revertido em favor das populações selecionadas como alvo de políticas regulatórias. A inflação dos riscos é produzida pela demanda da

população por segurança, aumentando com o aumento dessa demanda, em uma política da vida, cujos dispositivos de segurança reúnem a soberania, a biopolítica e a disciplina, como apontou Foucault (2008a).

O risco, ligado ao perigo, é fruto de uma sociedade que associou torturas, suplícios, adestramento dos corpos, normalização e submissão política em estratégias securitárias. Explica Castel (1987, p. 101):

> [Nos tempos atuais,] o saber médico-psicológico torna-se uma política de gestão diferencial das populações mais do que o cuidado [...] na medida em que esta orientação pode se apoiar ao mesmo tempo em tecnologias altamente sofisticadas como a informática, e uma nova administração da Ação Social reorientada ao redor da prevenção sistemática dos riscos [...].

A noção de grupos de risco é um exemplo da produção de estigmas e de controle social de cunho moral. Essa categoria estaria ancorada na ideia de desvio da norma de sexualidade, de uma vida saudável, de moradia, entre outros. Seria ilustrada com os grupos que rompem com a orientação sexual heterossexual, com pessoas que utilizam a prostituição como modo de trabalho, com moradores de rua e de zonas de pobreza e com os usuários de drogas injetáveis. A adoção dessa referência ou desse recorte na criação de políticas públicas acaba impregnando o atendimento das demandas com juízos de valor, o que pouco contribui para o alcance da mais ampla cobertura.

As práticas preventivas ampliam-se, incidindo sobre virtualidades, sendo dirigidas a fluxos populacionais que são etiquetados como categoria "em risco". Essas intervenções só podem ser normalizadoras; com efeito, trata-se, não de julgar um ato por meio de uma legislação, mas de preveni-lo, de produzir controle, pautando-se por um outro código, formulado com base nos saberes das ciências humanas e sempre passível de ser acionado pela população por meio de juízos morais, como ocorre em serviços de saúde ou de assistência, por exemplo, ou por peritos, pelos gestores de "riscos".

Mas qual efetivamente seria a norma com base na qual os gestores intervêm, em nome do risco? Como é produzida? Ewald (1993, p. 124) define-a como uma medida, uma realidade política, uma regra que vale para toda uma sociedade.

> O que é uma norma? Um princípio de comparação, de comparabilidade, uma medida comum, que se institui na pura referência de um grupo a si próprio, a partir do momento em que só se relaciona consigo mesmo, sem exterioridade, sem verticalidade (EWALD, 1993, p. 86).

Assim como a definição de grupos de risco é problemática, a de comportamento e de atitudes de risco também o é. A primeira define tais grupos de modo discriminatório, na medida em que eles são comparados com uma norma; a segunda individualiza, apontando concepções ligadas à psicologia cognitiva e comportamental. Ora, a questão central a ser colocada em xeque é a própria categoria risco como campo problemático e as soluções que são propostas a partir desse modo de conceber as práticas.

Para Souza (2006), as análises do acontecimento "risco" em termos de biopo-

der podem ser importantes na medida em que possibilitam a mutação social e a ruptura que instala uma preocupação preventiva com a segurança e com a busca de uma seguridade que minimize os riscos. "O seguro amplia o universo da norma", pois "os riscos são uma forma de racionalidade, de previsão, de previdência", de acordo com Souza (2006, p. 250-251):

> Os riscos na verdade não existem, são fenômenos criados pelas companhias de seguro. Os riscos são a objetivação de determinados acontecimentos: morte, acidente, ferimento, perda, acaso, sua regularidade, no tempo e no espaço. [...] As companhias de seguro e as políticas previdenciárias passam a dar o referencial para as perdas do sistema capitalista e financeiro e, nesse sentido, servem de modelo para as práticas de observação e as práticas judiciais. Os sistemas de observação abrem um campo de visibilidade no qual o que conta são as probabilidades, os cenários em que determinadas configurações e acontecimentos podem penetrar na ordem do cálculo racional. O risco é a colonização do futuro; ele labora as minúcias, os detalhes das configurações numéricas do passado e do presente. O delito, as violências, as depredações, as greves, as rebeliões, assim como o incêndio, o furacão, a avalancha e o desmoronamento entram na ordem do seguro. O crime que se tornara desvio agora é risco, não é mais construção única do jurídico nem das disciplinas.

Na avaliação de riscos, no âmbito da economia, há a preocupação em quantificar custos e perdas, o que abriu mercado para o aparecimento de seguradoras de carro, de residência, de vida, de acidentes variados e outras (GUILAM, 1996).

Em nome da vida, de seu cultivo, um conjunto de mecanismos de prevenção ganha terreno e expande-se. Contudo, para Guilam (1996), nunca se matou tanto ou se deixou tanto morrer em nome da vida; na realidade, as práticas de proteção ficaram restritas aos corpos valorados como dignos de cuidado, em uma determinada sociedade, marcada por discriminações e produtora de párias em larga escala. Os membros dos grupos que foram excluídos da proteção eram e são vistos como vidas sem valor e estariam na lista dos que se deixam morrer ou são mortos em inúmeras situações de violência, como os genocídios (FOUCAULT, 1988). A construção de vidas "simplesmente abandonada à própria sorte" resulta de uma série de mecanismos que definem quais humanos fazem parte do grupo que deve viver; em decorrência disso, há uma construção subjetiva afirmada por políticas públicas:

> Nos mecanismos implantados pela biopolítica, vai se tratar, sobretudo, é claro, de previsões, de estimativas estatísticas, de medições globais; vai se tratar, igualmente, não de modificar tal fenômeno em especial, não tanto tal indivíduo, na medida em que é indivíduo, mas, essencialmente, de intervir no nível daquilo que são as determinações desses fenômenos no que eles têm de global. Vai ser preciso modificar, baixar a morbidade; vai ser preciso encompridar a vida; vai ser preciso estimular a natalidade. E trata-se, sobretudo, de estabelecer mecanismos reguladores que, nessa população global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média,

> estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações; em suma, de instalar mecanismos de previdência em torno desse aleatório que é inerente a uma população de seres vivos, de otimizar, se vocês preferirem, um estado de vida. [...] (FOUCAULT, 1999, p. 293-294).

Para Foucault (1988), a análise de riscos deriva de uma problemática governamental, ou seja, da gerência das populações pelos Estados modernos em nome da proteção da vida. Essa tecnologia, denominada "biopoder" por Foucault, alia disciplina (ações sobre os corpos individuais que visam à docilização política e ao aumento da produtividade) a biopolítica (ações do governo no corpo da população em nome do cultivo da vida).

ENGRENAGENS DE PRODUÇÃO DA CRIANÇA E DO JOVEM EM SITUAÇÃO DE RISCO

No campo da relação securitária entre risco e prevenção, a criança torna-se um dos alvos principais do governo das condutas. Minimizar perigos é "investir" na infância de modo geral, sobretudo a pobre, considerada "deficiente" e "desadaptada", conforme as análises de Castel (1987). O autor relata que se forma um consórcio amplo ao redor das crianças e de seus familiares, destacando que "a infância é hoje a preocupação prioritária de todos os especialistas do tratamento e todos os administradores da ação social" (CASTEL, 1987, p. 117).

Foucault (1979, 1999, 2001) também salientou como a criança ganhou centralidade na política, com a emergência do Estado moderno e da medicina social. Ele ressalta que, em nome da defesa da sociedade, a gestão diferencial da população pelos pequenos desvios acontece como governo da criança no interior da família medicalizada e medicalizante. A proteção social, contra os considerados futuros perigos, implica gerenciar a virtualidade, visando inicialmente a criança "em perigo" e o adolescente que pode tornar-se "perigoso".

> As novas estratégias médico-psicológicas e sociais se pretendem, sobretudo preventivas, e a prevenção moderna se quer, antes de tudo, rastreadora dos riscos. [...] Prevenir é primeiro vigiar, quer dizer, se colocar em posição de antecipar a emergência de acontecimentos indesejáveis (doenças, anomalias, comportamentos de desvio, atos de delinqüência, etc.) no seio das populações estatísticas, assinaladas como portadoras de riscos (CASTEL, 1987, p. 125-126).

A esse respeito, Donzelot (1986) assinala a emergência da conservação da criança como uma tática preventiva e constitutiva de uma determinada sociedade que policia a família para produzir uma infância saudável e dócil politicamente. As legislações que irão aparecendo para regulamentar a proteção da criança e do adolescente amparam-se na seguridade social simultânea às práticas de controle de perigos virtuais, que começam a ser medidos como uma tática política, um mecanismo de segurança.

> A medida comum é uma realidade eminentemente política. É aquilo a partir do qual um grupo se institui como sociedade, aquilo que define os seus códigos, que a pacifica e lhe fornece os instrumentos da sua regulação. [...] Pensar a política a partir das práticas da medida comum equivale a pensá-la como técnica e a inscrever as técnicas políticas no conjunto das técnicas sociais (EWALD, 1993, p. 124-125).

Em nome da previsibilidade quantificada pela informática e pela estatística, o Estado, em composição com a sociedade civil e o setor privado, racionaliza o governo da criança em uma lógica empresarial, implantando práticas de segurança como um princípio de economia, de acordo com Castel (1987). Todo um associativismo, uma descentralização das políticas, uma filantropia empresarial, uma rede de especialistas, comissões e conselhos participativos vão ser acionados para executar um empreendimento rentável – o investimento no segmento recortado da população como infância em risco.

Todas as ações da criança e de sua família, analisadas como *deficitárias* em relação às normas sociais enquanto medidas em comum, vão ser classificadas como um fator de risco pelos peritos de diferentes saberes que atuam sobre a infância. "Trata-se menos de afrontar uma situação já perigosa do que de antecipar todas as figuras possíveis da irrupção do perigo. E o que marca assim em oco o lugar do perigo é uma distância avaliável em relação às normas médias" (CASTEL, 1987, p. 126). Esse processo insere-se no âmbito da biopolítica, assim descrita por Foucault (1999):

> Uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso compensar seus efeitos. É uma tecnologia que visa, portanto, não o treinamento individual, mas, pelo equilíbrio global, algo como uma homeostase: a segurança do conjunto em relação aos seus perigos internos (FOUCAULT, 1999, p. 297).

Mas que perigos cercariam supostamente a sociedade, a partir da infância? Para Foucault (2006), a psiquiatrização da criança produziu a afirmativa de que são os desvios do desenvolvimento considerado normal, nessa etapa da vida, sem a regulação de especialistas e da intervenção do Estado que se tornarão germens de crimes e de loucura futuramente. Para o autor, a psiquiatria no território da infância é terreno fértil para que o poder psiquiátrico se generalize em todos os campos sociais. Indo na mesma direção, os saberes do Direito, da Pedagogia e da Psicologia foram convocados a compor um cordão sanitário ao redor da infância em nome da promoção de seu desenvolvimento, compensando possíveis deficiências de um processo considerado evolutivo.

Foucault (2001) também assinala como a Psiquiatria foi chamada a arbitrar na seara do Direito, em função da explicação dos motivos dos crimes. Esse processo favoreceu uma psiquiatrização da infância por meio da gestão dos desvios, de forma preventiva. Desse modo, percebe-se como vai sendo constituída uma racionalidade de gerência dos perigos ou riscos focada na criança e no adolescente.

> A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas

> das virtualidades de comportamento que elas representam (FOUCAULT, 1996, p. 85).

O adulto ideal deveria ser formado desde os primeiros anos. É nesse momento que se deveriam concentrar as práticas como economia de gastos e do uso de tecnologias de segurança extremas, no futuro. A gestão passa a acontecer em função da administração dos antecedentes do adulto, ou seja, pela forma como foi sua infância e sua vida familiar. "Aquilo que a norma torna visível são sempre os desvios, as diferenças" (EWALD, 1993, p. 110).

Na gestão dos riscos, norma e lei coadunam-se e rivalizam no plano das práticas, os saberes do Direito e da Psiquiatria são entrelaçados e, ao mesmo tempo, entram em disputa, em um campo que se desloca da prevenção para a punição, em que "o anormal será definido como deficiência, inaptidão" (EWALD, 1993, p. 117).

Estabelece-se uma ligação entre anormalidade – o que é avesso à norma e se desvia dela – e risco/periculosidade. Desse modo, "a ontologia da norma é uma ontologia do equilíbrio, uma ontologia da pura relação, uma ontologia do devir" (EWALD, 1993, p. 114), pois cada grupo oferece-se e negocia a valoração em forma de medida que idealiza como segurança coletiva, permitindo a emergência de comparações, sistemas de avaliação e sanções sociais.

> A lei, em sentido formal, já não retira o seu valor do facto de ser a expressão da vontade ou do interesse gerais, mas da norma que exprime. [...] A norma abole, no direito, o jogo das relações verticais de soberania, em proveito de relações horizontais de defesa social (EWALD, 1993, p. 110).

No bojo dessas discussões de normalização e de Direito, o acontecimento risco ganha espaço e vai sendo tecido no interior das práticas como preocupação de governo dos corpos, particularmente de crianças e jovens. "Reencontra-se na segurança o mesmo apetite insaciável de saber: a partir do momento em que é submetida a um risco, uma população será incessantemente vigiada, controlada, observada, decomposta, recomposta" (EWALD, 1993, p. 111).

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Vidas desperdiçadas.** Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BECK, U. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, A.; BECK, U.; LASH, S. **A modernização reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997. cap. 1, p. 11-68.

CASTEL, R. **A gestão dos riscos:** da antipsiquiatria à pós-psicanálise. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1987.

DONZELOT. 1986.

EWALD, F. **Foucault, a norma e o direito.** Lisboa: Vega, 1993.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder.** Petrópolis: Graal, 1979.

_____. **História da sexualidade:** a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988, v. 1.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: NAU, 1996.

_____. **Em defesa da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Os anormais.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O poder psiquiátrico.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Segurança, território e população.** São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. **Nascimento da biopolítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

GIDDENS, A. **A constituição da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GUILAM, M. C. R. **O conceito de risco:** sua utilização pela epidemiologia. 1996. ... f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1996.

GUIVANT, J. **A trajetória das análises de risco:** da periferia ao centro da teoria social. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – ANPOCS, Rio de Janeiro, n. 46, p. 3-38, 2. sem. 1998.

_____. Reflexividade na sociedade de risco, os agrotóxicos nos alimentos. In: HERCULANO, S. (Org.). **Qualidade de vida e riscos ambientais.** Niterói: UFF, 2000. p. ...-...

HARTZ, Z. M. A. **Avaliação em saúde:** dos modelos conceituais à prática na análise da

implantação de programas. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1997.

KOERNER, A. Direito, regulação e governamentalidade. In: SCAVONE, L; ALVAREZ, M. C.; MISKOLCI, R. (Org.). **O legado de Foucault.** São Paulo: UNESP, 2006. p. 223-240.

MARTINE, G. **População, meio ambiente e desenvolvimento:** verdades e contradições. Campinas: UNICAMP, 1993.

PAIVA, V.; PERES, C.; BLESSA, C. Jovens e adolescentes em tempos de AIDS: reflexões sobre uma década de trabalho de prevenção. ***Revista Psicologia USP***, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 55-78, ago. 2002.

SANTOS-FILHO, S. B. Indicadores de valorização do trabalho da saúde: construindo o conceito de valorização a partir de uma perspectiva analítica. In: SANTOS-FILHO, S. B.; BARROS DE BARROS, M. E. (Org.). **Trabalhador da saúde:** muito prazer! Protagonismo dos trabalhadores em saúde na gestão do trabalho em saúde. Ijuí: UNIJUÍ, 2007. p. 143-171.

SOUZA, L. A. de. Paradoxos da modernidade vigiada: Michel Foucault e as reflexões sobre a sociedade de controle. In: SCAVONE, L.; ALVAREZ, M. C.; MISKOLCI, R. (Org.). **O legado de Foucault.** São Paulo: UNESP, 2006. p. 241-259.

VAZ, P. Risco e justiça. In: CALOMENI, T. C. B. (Org.). **Michel Foucault:** entre o murmúrio e a palavra. Campos, RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p. 101-131.

_____. Corpo e risco. **Forum Media – revista do Curso de Comunicação Social da Escola Superior de Educação em Viseu.** n. 1, [200-]. Forum Ideias. Disponível em: <http://www.ipv.pt/forumedia/fi_4.htm>. Acesso em: 15 fev. 2010.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Gessinaldo de Aragão Santana*

Sumário: 1 Os Direitos Humanos e o Estado Democrático de Direito;1.1 Os Direitos Fundamentais; 1.2 As garantias fundamentais; 2 Natureza jurídica da Lei Maria da Penha; 3 Análise crítica da Lei Maria da Penha; 4 Atuação do Promotor de Justiça; Conclusões

Resumo: Para melhor embasar o título do artigo, houve por bem fazer uma incursão analítica sobre os direitos humanos, o Estado Democrático de Direito e uma breve referência aos direitos e garantias fundamentais que alicerçam o arcabouço jurídico brasileiro. O trabalho chama à responsabilidade de abordar a natureza jurídica da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha (LMP), considerando que as obras publicadas não atentam para este fator que vai influenciar diretamente na postura de atuação do Órgão Ministerial. Na abordagem da análise da Lei Maria da Penha, a maior censura se acometeu ao artigo 16 que coloca sob o alvedrio da vítima a iniciativa da representação e explicita suas razões. A jurisprudência foi citada, porém não cabe uma discussão diferida em prol da limitação do espaço. O trabalho contribui com a importância da atuação diferenciada do Promotor de Justiça no que concerne uma performance de vanguarda no escólio do procedimento e quanto ao ângulo de visão para uma interpretação abalizada, promovendo as medidas assecuratórias para colocar em prática a Política Pública inserta na Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Direitos humanos. Ministério Público.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo abordar a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher e a necessidade de analisar o sistema de garantias para sua proteção, bem como indagar a postura do Ministério Público no enfrentamento da violência de gênero no âmbito judicial, sugerindo mudanças.

A sociedade clamava pela intervenção do Poder Público na violência doméstica, em razão do desgaste jurídico-social da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou os Juizados Especiais Criminais (LJEC). Porém, tais delitos necessitavam de representação da ofendida para a atuação do Ministério Público (MP), e as vítimas não concordavam com a deflagração da ação, conforme os índices demonstrados:

* Promotor de Justiça do Estado do Pará. Especialista em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Especialista em Ciências Criminais pela ESA/UFPA. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA.

Tabela 1: Índice de manifestação (resumo)[1].

Manifestação	Sim (%)	Não (%)
Representação	17	83
Acordo	8	92
Bom viver	12	88

Fonte: Secretaria da Promotoria de Justiça de Óbidos e pesquisa no Arquivo do Fórum.

Constata-se que é baixíssimo o índice de mulheres vítimas de violência doméstica que têm a coragem de representar (17%), de propor um acordo (8%) ou mesmo um simples termo de bom viver (12%). A iniciativa da mulher é inibida pela presença de seu agressor na audiência, ou por ser a vítima dependente econômica ou emocionalmente do homem, ou por recear ser mais brutalmente violentada, dadas as ameaças.

A interpretação literal da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, atende aos anseios da sociedade? Qual a contribuição que o Ministério Público do Pará pode dar em harmonia com a sua função social? Qual o caminho de ordem prática a ser trilhado?

Para fundamentar a defesa dos direitos da mulher, buscou-se a contextualização dos direitos humanos e a sua consagração no sistema jurídico nacional, juntamente com o Estado Democrático de Direito, que é o elo encontrado no Direito pátrio para associá-lo aos direitos e garantias fundamentais, abordados no capítulo 1.

A análise da natureza jurídica da Lei n.º 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha (LMP), é feita no capítulo 2. Tal apreciação é importante, pois possibilita assumir uma postura diferenciada em prol dos direitos da mulher.

O capítulo 3 é dedicado à investigação legislativa, pois a proposta é o exame da LMP, dando ênfase ao artigo 16, que é o cerne da discórdia, revelando as incongruências e os óbices para a proteção dos direitos da mulher.

O capítulo 4 aborda a atuação do promotor de justiça para a garantia do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. Entre essas funções, está a proposta de uma interpretação doutrinária diferenciada para que os membros do *Parquet* possam operar em consonância com o espírito da Lei Maria da Penha.

A perspectiva do artigo não é fechar conclusões, mas propiciar uma abordagem distinta sobre o tema, estimular reflexões, alertar os "operadores do direito" para que cumpram suas funções institucionais em prol da garantia dos direitos humanos da mulher, contribuindo para um mundo mais justo e igualitário.

1 OS DIREITOS HUMANOS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os direitos humanos surgiram para frente ao poder estatal, juntamente com as revoluções liberais e os princípios insertos nas declarações, dando nova forma à organização social.

1 A pesquisa foi realizada na cidade de Óbidos, situada na região oeste do Pará, distando 1.100 km da cidade de Belém por via fluvial. Segundo os dados estatísticos do Censo 2000, sua população era de 46.487 habitantes, sendo 24.076 homens e 22.411 mulheres. A população urbana era de 22.977 pessoas.

Dornelles afiança que a constitucionalização dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados deu-se sob a influência das lutas da burguesia revolucionária e do Iluminismo. Os direitos humanos consagrados nas primeiras declarações de defesa dos direitos civis e políticos são os chamados "direitos humanos de primeira geração", que priorizavam as necessidades individuais[2].

Os trabalhadores perceberam a ineficiência da defesa dos direitos individuais e passaram a exigir uma participação formal nas decisões políticas. Assim, consolidam-se os direitos econômicos, sociais e culturais, com uma ação positiva do Estado, que cria as condições institucionais para o seu exercício – são os chamados "direitos de segunda geração", que dão ênfase à atuação do Estado na economia, na regulação contratual e no direito de propriedade.

No pós-guerra, deu-se a internacionalização dos direitos humanos, em resposta ao período de dominação nazista, pois a deflagração da Segunda Guerra Mundial caracterizou-se pela extrusão dos valores éticos que embasam os direitos humanos. O capitalismo viveu um ciclo expansivo, com o uso intenso das fontes de energias e dos recursos naturais, o que acelerou a degradação ambiental, afetando principalmente os países do Terceiro Mundo. Surgem, então, os direitos dos povos, de toda a humanidade, ou direitos da solidariedade, que são os de "terceira geração".

Assegura Dornelles que alguns autores, como Claude Lefort e Norberto Bobbio, defendem, explicitamente, uma cultura democrática como requisito para a efetivação dos direitos humanos, de forma indivisível e inter-relacionada, o que vem ao encontro dos direitos humanos da "quarta geração", como a aspiração ao direito à democracia[3].

No Brasil, em razão do regime militar, somente em 1985 iniciou-se o processo de democratização, com a ratificação dos tratados de proteção dos direitos humanos e da dignidade humana. A Constituição Federal (CF), promulgada em outubro de 1988, consagrou no nosso direito o princípio da dignidade da pessoa humana – no inciso III do artigo 1.º – e o da prevalência dos direitos humanos – no inciso II do artigo 4º.

Para a construção de uma ordem humana de justiça e paz, segundo arrazoado por Canotilho, o Estado de Direito deve pautar-se por princípios e valores materiais como a liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e a responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos ou grupos. Para a concreção desses princípios, o Estado de Direito deve garantir instituições, procedimentos e formas de atuação dos poderes e competências que se possam articular com o poder democrático, com a soberania popular, com a representação política, com a separação de poderes e com os fins e tarefas do Estado. Para a consecução da finalidade do Estado, deve haver as características do Estado de Direito constitucional, democrático, social e, finalmente, ambiental[4].

O Estado de Direito Democrático, segundo Díaz, é aquele em que o direito e o poder são legitimados pelo povo, com a soberania popular no exercício do sufrágio univer-

---

2 DORNELLES, João Ricardo W. Notas introdutórias sobre a fundamentação dos direitos humanos: uma breve análise sobre os direitos humanos, a cidadania e as práticas democráticas. **Direito e Democracia:** Revista do Centro de Ciências Jurídicas da ULBRA, Canoas, v. 1, p. 53-58, jan./jun. 2000.

3 DORNELLES, loc. cit.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares; Gradiva, 1999, p. 22-23 (Cadernos Democráticos, n. 7).

sal. O Estado deve reger-se por suas leis internas, mas também não pode isolar-se, devendo suas constituições abraçar as leis internacionais para incorporá-las ao direito do país[5].

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Robert e Séguin, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais encontra-se no fato de que os primeiros designam direitos naturais expressos nas declarações internacionais e os segundos são positivados no âmbito interno de cada Estado, solidificando-se como normas jurídicas com aplicabilidade no domínio soberano de cada Estado[6].

A fundamentação dos direitos humanos em cada Estado traduz-se em direitos fundamentais. Herrera afirma que a evolução dos tradicionais direitos civis e liberdades públicas levou à sua positivação formal nas Cartas constitucionais e à sua concretude em direitos subjetivos. A fonte legitimadora e informadora dos direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno[7].

Destacam-se como características dos direitos fundamentais:

a) inalienabilidade – na condição de intransferíveis, sobre eles não se negocia;

b) imprescritibilidade – podem ser exigíveis a qualquer tempo;

c) irrenunciabilidade – não se pode renunciar à possibilidade de exercê-los;

e) universalidade – todos têm direito aos direitos fundamentais, não se excluindo qualquer grupo.

Ostentam importância particular tais características, pois nelas repousam os fundamentos da Lei Maria da Penha, como será revelado.

Nas relações particulares, os desníveis sociais, muitas vezes, impedem a expressão da liberdade. Por ocuparem uma posição econômica ou social "superior", certos sujeitos, em uma situação de confronto, podem desprezar os direitos fundamentais da pessoa. Pereira, analisando a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito particular, cita como arquétipo as relações de emprego, nas quais o desempregado aceita as condições impostas pelo possível empregador[8].

A consagração dos direitos fundamentais e seu pleno exercício, segundo Dias, encontram-se estreitamente à concretude democrática que requer um posicionamento ativo do Estado para que o desenvolvimento econômico seja gerido em consonância com o desenvolvimento social, tendo em vista o bem-estar geral[9].

1.2 AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A doutrina dominante utiliza as expressões "garantias constitucionais" e "garantias dos direitos fundamentais", como visto em Dimoulis e pedimos *vênia* para cog-

5 DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3. ed. Madrid: Taurus Pensamento, 1988.

6 ROBERT, Cínthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos humanos e acesso à justiça:** um olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 6.

7 CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. Derecho constitucional. **Estudios de Derecho**, Medellín, v. 59, n. 127, p. 43-47, marzo 1997.

8 PEREIRA, Sumaya Saad Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42.

9 DIAS, Daniella S. **Desenvolvimento urbano:** princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 26.

nominar de "garantias fundamentais". São as que afiançam os direitos fundamentais, dando-lhes suporte e para cognominar enunciados constitucionais que visam prevenir ou corrigir violação de direitos, subdividindo-as em garantias preventivas e repressivas: as primeiras dispõem sobre a organização e a fiscalização das autoridades, limitando o poder estatal, e as segundas têm por objetivo impedir ou sanar violações de direitos[10].

No Brasil, a expressão "garantias constitucionais" é utilizada para se referir aos mecanismos jurídicos que garantem a eficácia das normas constitucionais, como o *habeas corpus,* o *habeas data*, o mandado de segurança, seja individual ou coletivo, e o mandado de injunção, que são considerados remédios processuais constitucionais. Magalhães considera que os direitos sociais e econômicos são garantias socioeconômicas, surgidas da contribuição do moderno constitucionalismo. Para ele, não se podem separar os direitos individuais e políticos, dos direitos sociais e econômicos[11].

É importante ressaltar que o texto constitucional brasileiro – no inciso IV do § 4.º do artigo 60 – afasta, terminantemente, qualquer proposta de emenda à Constituição que vise a extinguir os direitos e garantias individuais. Toda proposta nesse sentido nem sequer é objeto de deliberação, porquanto somente ao Constituinte originário compete a modificação ou a supressão de direitos e garantias fundamentais.

A finalidade da garantia constitucional é essencialmente assegurar o exercício da defesa dos direitos humanos no âmbito interno do Estado. Robert e Séguin diferenciam as "garantias da constituição" – instrumentos destinados a assegurar a observância, a aplicação e a conservação da lei fundamental – "das garantias constitucionais", que são meios processuais para a proteção dos direitos[12].

Na afirmativa de Martínez, um direito só poderá ser considerado fundamental em determinado ordenamento quando se resiste a outros poderes, e tal resistência é adquirida com os seus mecanismos de proteção de tais direitos[13].

2 NATUREZA JURÍDICA DA LEI MARIA DA PENHA

O Estado Democrático de Direito, os direitos humanos e os direitos e garantias fundamentais são fontes da chamada Lei Maria da Penha, que buscou justificar a sua existência no sistema jurídico brasileiro.

Alguns das disposições da LMP estabelecem novos direitos positivados para as mulheres que são vítimas de violência doméstica, como o acesso prioritário à transferência, quando se tratar de servidora pública, da administração direta ou indireta (art. 9.º, § 2.º, I), a manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses, no caso de necessidade de afastamento da vítima do local do trabalho (art. 9.º, § 2.º, II), e as medidas protetivas de urgência à ofendida listadas no artigo 23.

Para assegurar esses direitos, a lei tratou de garantir as condições físicas e psi-

10 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80.

11 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. As garantias dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 122, maio/jul. 1994, p. 44.

12 ROBERT; SÉGUIN, 2000, p. 7.

13 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado: 1999, p. 501.

cológicas da mulher na sociedade. Assim, no artigo 3.º, *caput*, determina que seja assegurado o efetivo exercício dos direitos das mulheres à vida, à saúde, à segurança e a outros benefícios; nos parágrafos do mesmo artigo 3.º, obriga a observância da aplicação de políticas públicas para a mulher. Para efetivar tais direitos, a lei autoriza a utilização da força policial (art. 11, I, e art. 26, I), se necessário for; garante local seguro para a mulher e sua prole (art. 11, III); como força máxima estatal, determina a prisão do agressor para cessar a sua conduta (art. 20).

A LMP é, portanto, regida por princípios constitucionais fundamentais, o que se pode comprovar pela hierarquia das normas supraestatais incorporadas ao nosso sistema jurídico e por aquilo que está expresso no § 8.º do artigo 226 da Constituição Federal, bem como em alguns dos incisos do artigo 5.º da CF.

Listando os direitos fundamentais da mulher e disponibilizando mecanismos garantidores, a Lei Maria da Penha expressa o direito-garantia derivado da Constituição com a finalidade de avalizar os órgãos internos para a proteção dos direitos fundamentais das mulheres cidadãs brasileiras. **Esta é a sua natureza jurídica: "direito-garantia fundamental das mulheres"**.

Esse é um aspecto diferenciador, inovador e progressista da LMP, e por esse prisma ela deve ser analisada para uma melhor compreensão do seu espírito e um melhor alcance do objetivo delineado na sua ementa. Além disso, a LMP apresenta um conteúdo concreto de políticas públicas a serem executadas pelo Estado, com a finalidade de alcançar o desígnio descrito em sua ementa de erradicar a violência contra a mulher no ambiente familiar.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA LEI MARIA DA PENHA

Antes da promulgação da LMP, o processamento dos crimes cometidos contra a mulher no âmbito das relações familiares estava sob a égide da Lei n.º 9.099/95 e do § 9.º do artigo 129 do Código Penal Brasileiro (CPB), aliado à Lei n.º 10.886/2004. O estigma do procedimento previsto em tal diploma legal, quanto à aplicabilidade da violência doméstica, sobreviveu todo esse tempo com o inconformismo das vítimas mulheres, dos movimentos sociais e das organizações não governamentais.

Sobreveio, pois, a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha. Consta na sua ementa o objetivo de criar mecanismos para erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo invocados os tratados internacionais.

O objetivo da Lei Maria da Penha é claro: inserir a mulher no seio de uma sociedade igualitária, dando-lhe tratamento adequado, com base nos princípios da igualdade e da dignidade humana e sob a égide dos direitos humanos da mulher.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos decretou a falência da lei brasileira por não decidir o caso Maria da Penha dentro de um prazo razoável. Apontou o governo do Brasil como responsável pela tolerância judicial com a violência doméstica e pela não adoção de ações efetivas para processar e julgar os autores de violência doméstica, denunciando a inoperância do sistema legal brasileiro. Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a omissão do Brasil em casos de violência doméstica representa uma forma de discriminação.

O governo brasileiro tenta redimir-se de tamanha negligência e enquadrar-se

nas regras da Convenção Internacional. Porém, em cada um dos municípios do Brasil, persiste a violência contras as "Marias", as "Marias guerreiras do Brasil".

Embora seja precoce qualquer manifestação de entusiasmo ou de censura, entendemos que a LMP representou um avanço, ao organizar a matéria "violência doméstica" em um "sistema jurídico protetivo", que bem poderia ser alçado a "Estatuto", porque prevê medidas judiciais protetoras a serem impostas. Mesmo que essas medidas não sejam as previstas na lei (art. 23, *caput*), vêm ao encontro do amparo dos direitos ou interesses da ofendida e de sua prole.

Gomes e Bianchini, mesmo reconhecendo o avanço da lei, reclamam que o legislador cometeu um "erro crasso" no que diz respeito às medidas cautelares protetivas de urgência, por abandonar o sistema consensual de justiça, previsto na Lei n.º 9.099/95, e acreditar no sistema penal clássico, de caráter retributivo. Afirmam: "Na prática, a 'indústria' das prescrições voltará com toda energia"[14].

É provável que o alerta dos autores se concretize na maioria das comarcas. Se, na capital deste Estado – Belém –, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher já foi criado, bem como a respectiva Promotoria de Justiça, no interior, onde os Juizados Especiais Criminais da Lei n.º 9.099/95 não foram instituídos até hoje, apesar de decorridos catorze anos, presume-se que a operacionalidade da Lei n.º 11.340/2006 não será diferente, excetuando-se as cidades consideradas polos administrativos do Poder Judiciário e do Ministério Público.

A clareza da redação do § 8.º do artigo 226 da CF não deixa olvidar que o Estado é o responsável pela redução e pela erradicação da violência no âmbito familiar. Não poderia o Estado assegurar um direito somente pela metade, pois também não há cidadãs pela metade. A integridade da cidadã por inteiro, incluindo a sua dignidade, há que constar nas esferas administrativa, cível e penal. Faz parte da mulher o seu pleno desenvolvimento psíquico no âmbito familiar e social.

O dispositivo mais preocupante é o artigo 16 da LMP, que prevê:

> Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Afinal, qual a manifestação que prevalecerá? A vítima, em audiência e na presença do agressor, renuncia à representação. O Ministério Público nessa oportunidade já ofereceu a denúncia que se encontra nos autos. *Quid juris*?

É fácil constatar que a situação é a mesma da lei anterior nos Juizados de pequenas causas. Em audiência, a vítima quase sempre não representa, não se manifesta pelo acordo, nem sequer solicita um termo de bom viver. Nesse quesito, a lei em nada favoreceu a vítima. Ficou provado com o resumo demonstrado na Tabela 1 que as vítimas de violência doméstica não se manifestam em desfavor do autor do fato. Caberá ao Representante do Ministério Público arguir a inconstitucionalidade do artigo 16 da

14 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Aspectos criminais da lei de violência contra a mulher. **Revista do CAO Criminal do Ministério Público do Estado do Pará**, Belém, n. 15, nov. 2006, p. 65.

LMP, pelo controle difuso e requerendo ao juízo a não aplicabilidade no caso concreto, visto que os direitos são irrenunciáveis e indisponíveis, possuem caráter social e de saúde pública e derivam de um sistema maior, mais forte, que pertence à humanidade –que são os direitos humanos e os direitos humanos das mulheres.

A interpretação literal desse dispositivo não convida à evolução legislativa, confronta com os princípios da LMP e com seu espírito, afronta o artigo 25 do Código de Processo Penal (CPP) e o artigo 102 do CPB. Portanto, deve ser tido como inconstitucional, por ferir princípios dos direitos fundamentais, subtraindo do MP cota de sua função.

O posicionamento doutrinário, no entanto, é contrário, como visto em Souza, que afirma não poder o MP opor-se à renúncia[15].

Primeiramente, não se pode esquecer que a vítima estará no mesmo ambiente que o agressor de suas relações íntimas. Dificilmente ela delatará o que estará sofrendo. Talvez o juiz, utilizando-se, a pedido do *Parquet*, do artigo 217 do CPP, determine a retirada do réu da sala de audiência. Por segundo, a vítima não pode renunciar àquilo que não lhe pertence. Mesmo que se interprete como retratação de um direito, como na maioria dos autores. Não há renúncia aos direitos humanos. A denúncia já estará formulada e o juiz a receberá ou não, dependendo da pretensão da vítima. Logicamente que tal procedimento rompe com a regra inserta no artigo 25 do CPP, que prevê a irretratabilidade da representação após a oferta da denúncia.

No entender de Cunha e Pinto, os artigos 25 do CPP e 102 do CPB devem ter novo escólio, para, nos casos de violência doméstica, admitir-se a retratação da representação oferecida[16].

Porém, por todo o expendido, entende-se que a partir da LMP, principalmente pela sua natureza jurídica, os crimes de violência doméstica contra a mulher são de ação penal pública incondicionada. O Ministério Público deve ressaltar ao Juízo suas atribuições, cumpri-las de ofício e formular a denúncia. Se ela não for aceita, compete ao Promotor de Justiça utilizar-se do mecanismo do inciso I do artigo 581 do CPP, interpondo recurso em sentido estrito pelo não recebimento da denúncia.

Essa interpretação é extraída do estudo tanto dos direitos humanos, como de dois dispositivos da própria LMP. O primeiro é artigo 4.º, que dita a forma como a lei deve ser interpretada – considerar os fins sociais a que ela se destina e também as condições específicas das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. O referido artigo é orientado também pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Portanto, a interpretação é em favor da mulher. Provado está que ela não representa. Não há motivo justo para manter o instituto da representação para os crimes previstos nessa lei, se na anterior foi causa de protesto e fracasso.

O artigo 6.º da LMP também é peremptório ao reconhecer que a violência doméstica e familiar é uma das formas de violação dos direitos humanos. O Órgão incumbido da defesa dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos

15 SOUZA, Luiz Antonio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher:** Lei 11.340/2006. São Paulo: Método, 2007, p. 130.

16 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75-76.

individuais indisponíveis é o Ministério Público, à luz do artigo 127 da CF.

Porém, caso a interpretação de uma nova dogmática não seja aceita, faz-se uma sugestão *de lege ferenda*: que o Código Penal, o Código de Processo Penal e a própria LMP sejam agraciadas com mais um preceito que declare literalmente que os crimes de violência doméstica e familiar doravante serão de ação penal pública incondicionada.

Da vivência prática, extrai-se a lição de que, ao receber o inquérito policial, deve o promotor de justiça requerer ao juízo que designe audiência para que primeiramente a vítima se manifeste quanto à ratificação da representação e após o promotor deverá posicionar-se conforme a lei. Essa é a via mais coerente a ser adotada. A se confirmar a representação, o juiz abrirá vistas ao *Parquet* para a oferta da denúncia.

Uma das atribuições da Corregedoria-Geral do Ministério Público dos Estados (CGMP) é a expedição de recomendações, sem caráter vinculativo, aos órgãos do MP, de acordo com o artigo 17, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP). Utilizando-se desse instrumento, a CGMP poderá recomendar aos seus membros para que adote determinada medida, como a sugerida nesse artigo, objetivando a uniformidade de procedimento – respeitados o posicionamento e a consciência jurídica de cada um.

A jurisprudência ainda está tateando nas deliberações sobre o inconformismo do *Parquet*. Em 2009, assim se manifestou, monocraticamente, no Recurso Especial n.º 1.070.843/DF (Processo n.º 2008/0146103-0), o Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: "[...] conhece-se do Recurso Especial e dá-se-lhe provimento, para, afastada a exigência de representação para a propositura da Ação Penal, determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau para que aprecie, quanto ao mais, o recebimento da denúncia"[17].

Posteriormente as decisões regrediram no posicionamento e passaram a reconhecer a necessidade da representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e culposas, como nas decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ): REsp 1.053.503/DF, Processo n.º 2008/0093292-9, Relator Ministro Jorge Mussi, publicação em 23 de junho de 2010; REsp 1.111.482/SC, Processo n.º 2009/0032290-3, Relator Ministro Felix Fisher, publicação em 24 de fevereiro de 2010.

Bem se houve a Ministra Jane Silva, que assim se posicionou: "A Turma, por maioria, denegou a ordem, reafirmando que, em se tratando de lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito familiar contra a mulher, a ação é, necessariamente, pública incondicionada"[18].

Nesse passo, em função do espaço, não cabe aqui uma discussão mais aprofundada, mas podemos afirmar que a questão se firma, não na letra da lei, mas no princípio abraçado pela Lei Maria da Penha, nos seus fins e na sua natureza jurídica. Ademais, não nos limitamos ao crime de lesão corporal, referimo-nos a todos os crimes relacionados à violência doméstica e familiar.

Concordamos, em parte, com a assertiva de alguns autores, como Gomes e Bianchini, segundo a qual os procedimentos dos juizados acarretarão um campo de crimes prescritos, dado o curto lapso entre a data do crime e a sentença passada em

17 Decisão publicada em 14 de abril de 2009.

18 STJ. Sexta Turma. HC 106.805-MS. Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG). Julgamento em 3 de fevereiro de 2009.

julgado, em razão do volume de processos em tramitação[19]. Porém, há como reverter a perspectiva sombria, caso o Tribunal de Justiça (TJE) do Estado do Pará instale nos municípios os Juizados de Violência Doméstica, com juízes titulares, e o mesmo se diga do Ministério Público – em não sendo possível, ao menos, a designação de varas e promotorias de justiça específicas.

Outras censuras merece a LMP. No nosso entender, as funções do Ministério Público – por exemplo, as expressas nos artigos 18, III, 19, § 1.º, e 22, § 1.º – foram desprezadas.

Na seara da Lei Maria da Penha, o Órgão Ministerial não pode ser coadjuvante. Deve ser o principal defensor para agasalhar direitos fundamentais da mulher, em razão do alvará Constitucional.

O artigo 6.º da LMP é peremptório: "A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos". Eis o cerne da questão.

A LMP deveria igualmente expressar-se como no artigo 204 da Lei n.º 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): "A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado". E não seria nenhum favor, pois pertence ao Ministério Público a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis e dos direitos fundamentais, conforme o artigo 5.º, *caput* e seus incisos, combinado com o artigo 127, e o artigo 129, I e II (2.ª parte), todos da Constituição Federal.

O promotor de justiça poderá alegar que o interesse de agir do Ministério Público encontra guarida na natureza jurídica dos direitos a serem defendidos: **direito-garantia fundamental**. Mas também é possível recorrer do artigo 13 da Lei Maria da Penha, que prevê a aplicabilidade subsidiária das normas específicas relativas à criança e ao adolescente, e, assim, invocar o artigo 204 do ECA, para sempre que necessário garantir, antecipadamente, ao decisório judicial a manifestação do Ministério Público.

A Lei Maria da Penha transforma a isonomia entre os sexos em igualdade de possibilidades de fato, para que todos possam beneficiar-se com uma sociedade justa. Ensina Séguin: "A isonomia entre sexos importa em igualdade de possibilidades, real ou de fato, caracterizada pela participação de todos nos benefícios e encargos. Trata-se na verdade de uma isegoria, ou seja, assegurar igualdade na elaboração e aplicação de normas"[20].

A nossa sociedade, como toda estrutura social, é feita pelos homens, tem seus pontos frágeis, como a violência doméstica.

A Lei Maria da Penha tem fissuras a serem corrigidas, mas é normal o aperfeiçoamento. O importante é o salto qualitativo que foi realizado; de qualquer forma, ela será um marco no combate aos crimes contra a mulher – certamente, esses crimes tenderão a diminuir, embora na epígrafe da LMP se fale em erradicação.

Na esfera administrativa, os Membros do Ministério Público ficaram perplexos diante do lacônico inciso III do artigo 26 da LMP: "Cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher".

Segundo Ferreira, cadastrar é "fazer o cadastro de" ou "fornecer dados para

19 GOMES; BIANCHINI, 2006, p. 65.

20 SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis:** uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 76.

o próprio cadastro", enquanto cadastro é "registro público dos bens imóveis de um território", "registro que bancos ou empresas mantém de seu clientes especialmente de sua situação financeira"[21]. Pode-se inferir, em suma, que o cadastro é o registro das ocorrências, formando um banco de dados estatísticos.

Estaria a atribuição precípua do Ministério Público sendo desvirtuada? Entendemos que sim: a relevância do MP que se depreende da simples leitura dos artigos 127 e 129 da Constituição Federal contrasta com o que sugere a norma ordinária.

Afinal, o que o MP deve cadastrar? Não disse a lei, deixando ao livre alvedrio de cada Membro do Órgão Ministerial. Tal tarefa será talvez regulada por Recomendação da Corregedoria-Geral, que deve realizar a atualização do Sistema de Atividades dos Membros do Ministério Público (SIAMP), com local próprio para os dados.

A LMP não poderia, evidentemente, conferir aos Membros do Ministério Público dos Estados função estranha à Constituição Federal – alimentar banco de dados de Órgão da União, como é o objetivo anunciado no artigo 38. Tal atividade é típica da atribuição policial, conforme se pode depreender da leitura do artigo 23 do CPP:

Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou a uma repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado. É bem verdade que nada obsta a que, em convênio ou a título de cooperação, tais dados sejam repassados regularmente. No entanto, equivocou-se o legislador ao atribuir ao Ministério Público função de controle estatístico.

Outro ponto a ser reconstruído para concretizar as políticas públicas, como prevê a LMP, diz respeito à correta alocação das verbas públicas. A previsão orçamentária ainda é tratada como discricionária pelos juízos e tribunais. O gestor poderá ou não gastar naquela rubrica, por não ser obrigatória a despesa ou ser realocada a dita verba para gasto em outra pasta. Tal distorção poderia ser corrigida por via judicial, mas as decisões dos tribunais ainda estão muito inermes e aquém das expectativas.

4 ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

As atribuições do promotor de justiça, como a defesa do interesse social, dos direitos individuais indisponíveis e dos interesses difusos, são de altíssimo valor, porque realizadas em nome de todos. A função essencial à jurisdição, também relevante, é um dos requisitos para o abrigo da ordem democrática.

A LMP invoca na sua ementa as convenções internacionais sobre eliminação da violência, que fazem parte dos direitos humanos das mulheres. A lei veio restaurar, ainda que tardiamente, o gênero mulher como sujeito de direito reconhecido internacionalmente. Os instrumentos insertos na lei representam garantias legais para que a mulher possa desenvolver-se integralmente como pessoa humana no seio familiar e social, disponibilizando os meios adequados a serem utilizados.

Em razão da **natureza jurídica da LMP – direito-garantia fundamental –,** o promotor de justiça tem ingerência direta nos interesses nela agasalhados, devendo adotar a postura pertinente às iniciativas do Órgão Ministerial. São direitos basilares, reconhecidos

21 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 6 ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004, p. 197.

no *caput* e nos incisos do artigo 5.º da Constituição desde 1988, e somente com a LMP abre-se a oportunidade de as mulheres gozarem plenamente desses direitos.

Evidencia-se que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, que os direitos que a LMP se propõe a defender são de natureza social e de interesse público; ao Ministério Público, cabe fiscalizá-los e resguardá-los, conforme expresso no inciso II do artigo 129 da CF: "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia".

Considerando o caráter eminentemente social (art. 2.º, 4.º e 9.º, entre outros) da LMP e os direitos fundamentais (art. 1.º, 2.º, 3.º e 6.º, por exemplo) expressos claramente nessa lei, não se tem qualquer hesitação em asseverar que a atuação do MP é imprescindível para consolidar as políticas públicas em prol da mulher e para dar cumprimento à Lei Maria da Penha.

Em capítulo anterior, citamos como características dos direitos fundamentais a inalienabilidade – por serem intransferíveis –, a imprescritibilidade – por serem exigíveis a qualquer tempo –, a irrenunciabilidade – porque ao seu agasalho não se pode abdicar, nem renunciar – e a universalidade – pois todos têm direito aos direitos fundamentais, não se excluindo qualquer grupo. Assumem importância particular tais características, pois nelas repousam os fundamentos da Lei Maria da Penha, como revelado.

A essencialidade da LMP também se mostra em seu interesse público, por fazer referência ao Sistema Único de Saúde e ao Sistema de Segurança Pública (art. 9.º), requisitos relevantes para a atuação e a intervenção do Ministério Público, em conformidade com o artigo 196 e com o artigo 197, combinado com os artigos 127 e 129, II, da CF.

Quando se constata que direitos fundamentais estão sendo desrespeitados, que direitos sociais não são efetivados, que a lei não tem aplicabilidade ou que direitos individuais indisponíveis estão sem concretude, é evidente que o Ministério Público deve agir de ofício, devendo adotar todas as medidas jurídicas necessárias para alcançar a finalidade da norma.

O Ministério Público, desde a promulgação da Constituição de 1988, é o garantidor nato para certificar a eficácia dos direitos indisponíveis previstos na própria Constituição.

CONCLUSÕES

No âmbito administrativo, a lei cometeu ao Ministério Público uma tarefa que caberia à Polícia Judiciária – fornecer dados estatísticos –, quando teria sido mais objetivo adjudicar ao *Parquet* atribuições compatíveis com o mando constitucional.

Na esfera penal, ficou constatado que a mulher não representa junto ao juízo para processar o agressor quando violentada no recinto doméstico; não faz acordos, nem requer assina termo de bom viver, conforme comprovado pela Tabela 1. Em seu artigo 16, a LMP comete o mesmo equívoco, quando se refere à representação. No entanto, a interpretação literal é equivocada, devendo sua leitura ser em favor da mulher, para que o MP considere as ações de violência doméstica e familiar contra a mulher como ação penal pública incondicionada, com fundamento nos artigos 4.º e 6.º da lei em comento.

Após o advento da Lei Maria da Penha, qualquer crime cometido na seara doméstica não mais precisará de representação da ofendida para a iniciativa do promotor de justiça. Como a lei se encontra alicerçada nos direitos fundamentais da mulher, não necessita o *Parquet* da licença da ofendida, pois se trata de ação penal pública incondicionada. No entanto, ressalva-se a possibilidade de uma interpretação tradicional, com a necessidade de incluir dispositivo *de lege ferenda* para que expresse claramente que os crimes de violência doméstica e familiar são de ação penal pública incondicionada.

Caberá ao Órgão de Execução do *Parquet* invocar junto ao juízo a inconstitucionalidade do artigo 16, com espeque nos direitos humanos, nos direitos humanos das mulheres e nos direitos fundamentais (LMP, art. 6.º), para pedir a palavra em audiência, oferecer a denúncia e, não sendo ela recebida, interpor o recurso próprio.

Como procedimento alternativo no recebimento do inquérito policial, o membro do Ministério Público, ao invés de formular de imediato a denúncia, pode requerer ao juízo audiência para que a vítima se manifeste quanto à representação.

O presente artigo abordou uma interpretação da Lei Maria da Penha, objetivando seu fortalecimento na sociedade, para que dê mais efetividade à proteção da mulher.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito.** Lisboa: Fundação Mário Soares; Gradiva, 1999 (Cadernos Democráticos, n. 7).

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. Derecho constitucional. **Estudios de Derecho,** Medellín, v. 59, n. 127, p. 43-47, marzo 1997.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Daniella S. **Desenvolvimento urbano:** princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2002.

DÍAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. 3. ed. Madrid: Taurus Pensamento, 1988.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DORNELLES, João Ricardo W. Notas introdutórias sobre a fundamentação dos direitos humanos: uma breve análise sobre os direitos humanos, a cidadania e as práticas democráticas. **Direito e Democracia:** Revista do Centro de Ciências Jurídicas da ULBRA, Canoas, v. 1, p. 53-80, jan./jun. 2000.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis:** uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 6 ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Aspectos criminais da lei de violência contra a mulher. **Revista do CAO Criminal do Ministério Público do Estado do Pará**, Belém, n. 15, p. 62-72, nov. 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **As garantias dos direitos fundamentais.** Revista de Informação Legislativa, v. 31, n. 122, p. 41-46, maio/jul. 1994.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales.** Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado: 1999.

PEREIRA, Sumaya Saad Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROBERT, Cínthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos humanos e acesso à justiça**: um olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

SOUZA, Luiz Antonio de; KÜMPEL, **Vitor Frederico. Violência doméstica e familiar contra a mulher:** Lei 11.340/2006. São Paulo: Método, 2007.

A LIBERDADE DE ESCOLHA, O SENTIDO DA VIDA E OS VALORES VITAIS: ASPECTOS DA DIMENSÃO EXISTENCIAL DA PESSOA HUMANA

Hidemberg Alves da Frota*
Fernanda Leite Bião**

Sumário: Introdução; 1 A liberdade de escolha: Considerações dos *Justices* Theodor Or e Meir Shamgar; 2 A maternidade como sentido da vida (Caso Nahmani); 3 A proteção da vida do nascituro em tensão com os valores existenciais ou vitais da gestante (*Bverfge* 88, 203); Considerações finais; Referências.

Resumo: Este artigo examina precedentes judiciais do Direito Comparado, em que julgadores se debruçaram sobre questões relativas à liberdade de escolha, ao sentido da vida humana e aos valores existenciais, na qualidade de desdobramentos da dimensão existencial da pessoa humana.

Palavras-Chave: Dimensão existencial da pessoa humana. Liberdade de escolha. Sentido da vida. Valores vitais.

INTRODUÇÃO

Este artigo estuda circunstâncias em que a *dimensão existencial* da pessoa humana[1] reverbera na jurisprudência do Direito Comparado, a qual ecoa preocupações de julgadores com os reflexos nocivos à integridade do indivíduo provocados por alterações substanciais no *curso de sua existência* e por entraves supervenientes à execução do *planejamento* que traçara para o seu *futuro*.

Por meio de dois estudos de caso, almeja-se demonstrar, mediante um raciocínio *indutivo* (perscrutam-se as peculiaridades de ambas as circunstâncias, a fim de se delinear uma perspectiva mais ampla), que a existência humana *digna* (em harmonia com o *princípio*

---

* Advogado em Manaus (AM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Autor da obra **O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo:** um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira (Rio de Janeiro: GZ, 2009, 286 p.).

** Psicóloga e orientadora profissional. Bacharela em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Psicóloga da Bem Viver Psicólogos Associados. Psicóloga voluntária do Núcleo de Apoio Psicológico aos Vigilantes Vítimas de Violência no Trabalho (NAPSI), vinculado ao Sindicato dos Vigilantes de Minas Gerais (SEESVEMG). Educadora social. Acadêmica de Pedagogia do Centro Universitário Newton Paiva.

1 Embora os cultores da língua portuguesa notem, por vezes, redundância no uso da expressão *pessoa humana*, no Direito – como sinônimo de *ser humano* (pessoa corpórea, física ou natural) – serve de *antônimo* da ficção criada pela técnica jurídica nominada *pessoa incorpórea* (pessoa jurídica, coletiva, social, moral, ou, à moda arcaica, mística). Quanto à crítica à locução *pessoa humana*, ver MACHADO, Josué. **Manual da falta de estilo**. 3. ed. São Paulo: Best Seller, 1994, p. 244. Sobre tais verbetes jurídicos, ver SIDOU, José Maria Othon. **Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 627-628. No Direito Comunitário europeu, empregam-se os rótulos *pessoa singular* para a corpórea e *pessoa coletiva* para a incorpórea, a exemplo do artigo I-29, n.º 3, alínea *a*, do projeto malsucedido de Constituição europeia, de 2004. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. **Jornal Oficial da União Europeia**, n. 310, 16 dez. 2004. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Constituicao/Const_Parte-I.htm >. Acesso em: 3 abr. 2010.

da dignidade da pessoa humana) abarca tanto a integridade física e as necessidades básicas de cunho material como também aspirações de caráter *imaterial*, que têm o condão de dar sentido à existência do ser humano e de coadjuvar seu processo de *autorrealização*.

Começa-se invocando as palavras de Theodor Or e Meir Shamgar, Ministros (*Justices*) da Suprema Corte de Israel (SCI) (*Beit HaMishpat HaElyon*), relativamente à *liberdade de escolha*.

Passa-se ao exame de dois casos concretos.

Primeiro, versa-se acerca do caso Nahmani (CFH 2401/95, *Ruth Nahmani v. 1. Daniel Nahmani, 2. Attorney-General and 3. Assuta Ltd.*), em que o Pretório Excelso de Israel debateu os *valores existenciais* relacionados à maternidade e à paternidade, a fim de decidir se a esposa poderia continuar, nos Estados Unidos da América (EUA), o procedimento de fertilização *in vitro* (FIV) iniciado no Estado de Israel, de óvulo em que fora inserido o esperma de seu marido, o qual, após, tendo-se separado de sua consorte e constituído novo relacionamento afetivo-sexual de que resultara um filho, almejava, perante o Poder Judiciário israelense, impedir a entrega à cônjuge do óvulo fertilizado, para evitar a continuidade, nos EUA, do procedimento fertilizatório.

Em seguida, analisa-se o precedente judicial BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch* II, em que o Segundo Senado (*Zweiter Senat*) do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), ao ratificar o acórdão paradigma (BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch* I) pronunciado pelo Primeiro Senado (*Erster Senat*) daquela Corte Constitucional, enfrentou a controvérsia em torno da possibilidade de que *valores existenciais* ou *vitais* de uma gestante tornassem juridicamente *inexigível* que ela *completasse* a sua gravidez.

Após, consignam-se lineamentos concernentes à dimensão existencial da pessoa humana, enfatizando-se o aspecto *transcendental* da natureza do indivíduo, o qual, para se realizar, sente-se impelido a projetar-se para além da faceta material e patrimonial da vida humana, ao conceber projetos e modelar valores que dão sentido à sua existência. Secundando tal inferência, alinhavam-se reflexões filosóficas sobre a liberdade de escolha no contexto da convivência social e da jornada íntima de autoconhecimento.

1 A LIBERDADE DE ESCOLHA: CONSIDERAÇÕES DOS JUSTICES THEODOR OR E MEIR SHAMGAR

O *Justice* (aposentado) Theodor Or, da Suprema Corte de Israel, enxerga no "direito da pessoa de *moldar* sua vida e seu destino" a expressão de "um *componente existencial* da vida em sociedade de todo indivíduo", "essencial à autodeterminação" do ser humano, a abarcar "todos os aspectos centrais da sua vida", tais quais o lugar em que

reside, a profissão que exerce, as pessoas com quem convive e as crenças que professa[2].

Theodor Or tem por premissa que a personalidade e a vida da pessoa natural são forjadas pelo *conjunto das suas escolhas*[3].

O referido jurista polaco-israelense invoca o pensamento de Meir Shamgar, ex-Presidente do Pretório Excelso de Israel, a divisar, como *projeção da dignidade da pessoa humana*, a liberdade do indivíduo realizar "escolhas volitivas", "expressar ambições" e "*escolher os meios de realizá-las*"[4].

2 A MATERNIDADE COMO SENTIDO DA VIDA (CASO NAHMANI)

No caso Nahmani (CFH[5] 2401/95, *Ruth Nahmani v. 1. Daniel Nahmani, 2. Attorney-General and 3. Assuta Ltd.*[6]), a Suprema Corte de Israel, em 12 de setembro de 1996, por maioria de 7 votos (*Justices* Ts. E. Tal, D. Dorner, E. Goldberg, Y. Kedmi, Y. Türkel, G. Bach e E. Mazza) a 4 (Presidente A. Barak e *Justices* T. Strasberg-Cohen, T. Or e I. Zamir), *reformou* acórdão proferido pela própria SCI em 30 de março de 1995 (CA[7] 5587/93), oportunidade em que, por maioria de 4 (Vice-Presidente A. Barak e *Justices* T. Strasberg-Cohen, D. Levin e I. Zamir) a 1 (*Justice* Ts. E. Tal), *reformara* a decisão monocrática proferida, no âmbito da Corte Distrital de Haifa, em 2 de setembro de 1993 (OM 599/92), pelo *Justice* H. Ariel.

Por meio do supracitado aresto de 12 de setembro de 1996, a SCI, em formação plenária, ao alterar seu posicionamento primitivo, permitiu a Ruth Nahmani continuar, nos Estados Unidos da América, o procedimento de fertilização *in vitro*[8] iniciado no Estado de Israel, de óvulo em que fora inserido o esperma de seu marido, Daniel

---

2 ISRAEL. Supreme Court. **CA 2781/93**. *Miassa Ali Daaka v. 1. Carmel Hospital, Haifa and 2. Health Fund of General Association of Workers in Israel.* August 29, 1999, grifos nossos. Disponível em: <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/93/810/027/N01/93027810.n01.htm>. Acesso em: 24 mar. 2010,. É pertinente, nesse sentido, transcrever parte dos itens 15 e 17 do voto do *Justice* Theodor Or no caso *Ali Daaka*: "*A person's right to shape his or her life and fate encompasses all the central aspects of his or her life: place of residence, occupation, the people with whom he or she lives, and the content of his or her beliefs. It is a central existential component of the life of every individual in society. It expresses recognition of the value of every individual as a world unto himself or herself. It is essential for the self-determination of every individual, in the sense that the entirety of an individual's choices constitutes his or her personality and life.* [...] President Barak further noted that 'The autonomy of individual will is a basic value in our legal system. Today it is anchored in the constitutional protection of human dignity.' HCJ 4330/93 *Ganem v. Tel Aviv District Committee of the Bar Association* (*Ganem*) [13] at 233-34. In this context, President Shamgar gave the following explanation of human dignity: *Human dignity is reflected, inter alia, in the ability of a human being as such, to freely form his or her personality at his or her own free will, to express ambitions and to choose the means of realizing them, to make his or her own volitional choices, not to be subjected to arbitrary coercion, the right to fair treatment by any authority or any other individual, to benefit from the inherent equality of all human beings…*" (grifos nossos). Tradução oficial para a língua inglesa da citação realizada na nota de rodapé e tradução livre nossa para o português das citações efetuadas no corpo do artigo.

3 ISRAEL, loc. cit.

4 ISRAEL, loc. cit., grifo nosso.

5 A sigla CFH (*Court Further Hearing*) diz respeito aos julgamentos em que a SCI foi instada a apreciar a possibilidade de *reforma* de acórdão de sua própria lavra.

6 Reflexo da influência sobre o ordenamento jurídico do Estado judeu da cultura norte-americana (incluindo-se seu Direito Processual e sua prática jurídica), da jurisprudência do Direito Comparado anglófono (invocado na fundamentação de decisões judiciais israelenses) e da adoção do sistema jurídico do *stare decisis* (baseado no *efeito vinculante* dos precedentes judiciais, herdado do Direito anglo-saxônico – *common law*, por ter o Reino Unido administrado a Palestina de 1920 a 1948, por força de mandato outorgado pela Liga das Nações), os acórdãos do Pretório Excelso do Estado de Israel são escritos em hebraico e vertidos, oficialmente, para a língua inglesa.

7 A sigla CA significa que a SCI, *in casu*, atuou no exercício de competência jurisdicional *recursal* ("The Supreme Court sitting as the *Court* of Civil *Appeals*"), ao passo que a sigla HCJ alude aos feitos em que sua função jurisdicional foi desempenhada no âmbito da competência *originária* ("the Supreme Court sitting as the *High Court of Justice*").

8 Recomendável, para aprofundamento de estudo sobre inseminação artificial, a leitura deste artigo jurídico: CONSALTER, Zilda Mara. Algumas reflexões em torno da inseminação artificial humana. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 9, n. 10, p. 45-59, maio 2006. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus>. Acesso em: 9 abr. 2010.

Nahmani, o qual, após, tendo-se separado de sua consorte e constituído novo relacionamento afetivo-sexual de que resultara um filho, almejava, perante o Poder Judiciário israelense, impedir o Hospital Assuta de entregar a Ruth Nahmani o óvulo fertilizado, a fim de evitar que, nos EUA, fosse introduzido no útero de terceira, isto é, o esposo intencionava obstar o prosseguimento do que fora planejado por ambos os cônjuges antes de se separarem, os quais, para tanto, obtiveram à época a chancela da Suprema Corte de Israel (HCJ 1237/91), tutela jurisdicional necessária naquele contexto, porque o Direito israelense proibia a *reprodução humana assistida por gestação substituta* e restringia a FIV aos casos em que a fertilização seria realizada na mulher de quem se retirou o óvulo[9].

Segundo o entendimento *inicialmente* predominante na Suprema Corte de

9 Eis a súmula dos fatos constante do preâmbulo do indicado acórdão (CFH 2401/95): "**Facts:** Ruth and Daniel Nahmani, a married couple, were unable to have a child because of an operation that Ruth underwent. They therefore decided to try *in-vitro* fertilization of Ruth's ova with Daniel's sperm, with a view to implanting the fertilized ova in a surrogate mother. Under Israeli law, surrogacy was not permitted and *in-vitro* fertilization was only permitted for implantation in the woman from whom the ova were taken. Because of the great expense of the *in-vitro* fertilization procedure in the United States, the couple petitioned the Supreme Court, sitting as the High Court of Justice, to allow the *in-vitro* fertilization procedure to be conducted in Israel, for the purpose of surrogacy in the United States. In that proceeding (HCJ 1237/91), a consent judgment was given allowing the *in-vitro* fertilization procedure to be done in Israel. The procedure was carried out at Assuta Hospital. Subsequently, Daniel left Ruth and went to live with another woman, who bore him a child. Ruth applied to Assuta Hospital to release the fertilized ova into her possession for the purpose of the surrogacy procedure in the United States, but Daniel opposed this. Assuta Hospital therefore refused to release the fertilized ova. Ruth applied to the Haifa District Court for an order against the hospital to release the fertilized ova, and in its judgment the District Court gave such an order. Daniel appealed the judgment of the District Court to the Supreme Court. In the appeal (CA 5587/93), the Supreme Court, with a majority of four of the five justices that heard the case, allowed the appeal of Daniel Nahmani and reversed the order of the District Court. Ruth petitioned the Supreme Court to hold a further hearing of the appeal, and this further hearing was subsequently held before a panel of eleven justices." (ISRAEL. Supreme Court. **CFH 2401/95**. *Ruth Nahmani v. 1. Daniel Nahmani, 2. Attorney-General and 3. Assuta Ltd.* September 12, 1996. Disponível em: <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/95/010/024/Z01/95024010.z01.htm>. Acesso em: 24 mar. 2010. Tradução oficial para a língua inglesa da citação realizada na nota de rodapé e tradução livre nossa para o português das citações efetuadas no corpo do artigo).

Israel[10], manifestado no CA 5587/93, em decorrência da divergência aberta pelo voto do *Justice* Ts. E. Tal, após a leitura do primeiro voto, alinhavado pela *Justice* Tova Strasberg-Cohen, uma vez fertilizado o óvulo da esposa com o *consentimento* do marido, torna-se *irrevogável* a outorga marital, por *prevalecer* o direito da esposa (de completar o procedimento necessário à gestação e ao consequente provável nascimento da criança e, assim, exercer a maternidade) *sobre* o direito do marido (de que fosse destruído o óvulo e, destarte, não lhe incidissem os respectivos deveres parentais), em benefício da expectativa (surgida com o início de tal fertilização) nutrida pelo cônjuge feminino de tornar-se mãe e da possibilidade fundada de que tal procedimento médico redundasse no nascimento de um ser humano com vida, mormente na circunstância em tela, em que a consorte não tinha condições de gerar em seu próprio ventre uma criança, em razão de histerectomia – retirada do útero – efetuada, por motivo de saúde, três anos depois de principiado o matrimônio[11].

10 Na ementa do referido julgado (CA 5587/93), constam extratos de todos os votos, incluindo-se citações dos principais trechos dos votos que redundaram no pensamento preponderante daquele Sodalício, abaixo reproduzidos: "(Majority opinion – Justice Ts. E. Tal) The husband was estopped from opposing the continuation of procedure by promissory estoppel, since he gave his consent, his wife reasonably relied on this consent, and she did so irreversibly, by fertilizing her ova with her husband's sperm. Furthermore, Jewish heritage, which is one of the fundamental principles of the Israeli legal system, considers having children an important value, whereas not having children is not considered a value at all. (Majority opinion – Justice D. Dorner) The liberty of not having unwanted children is in essence secondary compared to the right to have children. Subject to this principle, the balancing between the rights of the parties is made by taking into account the current stage of the procedure, the representations made by the spouses, the expectations raised by the representations and any reliance on them, and the alternatives that exist for realizing the right of parenthood. In this case, the basic principles and considerations lead to a preference of the wife to be a parent over the right of the husband not to be a parent. (Majority opinion – Justice E. Goldberg) In the absence of any normative arrangement, the case should be decided according to the basic value of justice. The just solution is the one that results in the lesser of evils. Justice demands that we do not, retroactively, undermine the position of someone who was entitled to rely on a representation of another, as the petitioner was entitled to do in this case. (Majority opinion – Justice Y. Kedmi) Before fertilization, each spouse can change his decision to be a parent, and his basic right not to be a parent prevails over the contractual right of his partner to demand performance of the agreement between them. After fertilization, the right of the spouse wishing to complete the procedure of bringing the child into the world and to become a parent is strengthened by the fertilization of the ovum. From this point onward, the right of the spouse wishing to complete the process of bringing the child into the world overrides the right of the one wishing to destroy the fertilized ovum. (Majority opinion – Justice Y. Türkel) The ethical weight of the right to be a parent is immeasurably greater than the weight of the right not to be a parent. Doing 'ethical justice' compels us to prefer the former right to the latter. (Majority opinion – Justice G. Bach) Where there is no express statute to guide us, we must avail ourselves of our sense of justice, and

make our ruling according to what seems to us to be more just, in view of all the circumstances of the case before us. Even if the scales of justice were evenly balanced, then the fact that preferring Ruth's position created the possibility of granting life and bringing a living person into our world, would tip the scales. (Majority opinion – Justice E. Mazza) The restriction that Daniel wishes to impose on Ruth's right to be a mother, although it appears to be a specific restriction, is really a quasi-general one, since Ruth has no real alternative to becoming a mother other than by use of her ova that were fertilized with Daniel's sperm. The restriction that Ruth wishes to impose on Daniel's right not to be a father against his will is a specific restriction. Imposing a specific restriction on Daniel's right is preferable to imposing a quasi-general restriction on Ruth's right to be a mother. The violation caused by the specific restriction to Daniel's right is, necessarily, less than the violation caused by the quasi-general restriction to Ruth's right. Where all other factors are equal, justice requires us to prefer the lesser violation to the greater violation." (ISRAEL, 1996. Tradução oficial para a língua inglesa da citação realizada na nota de rodapé e tradução livre nossa para o português brasileiro das citações efetuadas no corpo do artigo).

11 A informação sobre a histerectomia da genitora foi averbada no começo do segundo parágrafo do voto do *Justice* Ts. E. Tal: "Let us briefly review the main facts and proceedings of the Nahmani case. The couple married in 1984, and after three years the wife was compelled to undergo a hysterectomy." (ISRAEL, 1996. Tradução oficial para a língua inglesa).

Entre os votos vencidos[12] no CA 5587/93, a reputarem indispensável a *ratificação* da outorga do esposo no decorrer de todo o procedimento de fertilização (sobretudo em razão da separação do casal), inclui-se, conforme salientado alhures, o pronunciamento da *Justice* Strasberg-Cohen, a qual ressaltou que o "tópico da fertilização *in vitro* envolve questões *existenciais* concernentes à natureza da vida"[13], ponto de vista compartilhado pelo *Justice* Tal (conquanto, ao contrário daquela magistrada, filiado ao posicionamento majoritário), ao obtemperar que o interesse jurídico relativo à paternidade "constitui valor fundamental e *existencial* tanto para o indivíduo quanto para o todo da sociedade"[14].

Deveras, a relevância da vertente *existencial* da parentalidade alicerçou ambas as correntes de pensamento naquela Corte Suprema.

Enquanto, por exemplo, a *Justice* Dalia Dorner (favorável ao prosseguimento da fertilização *in vitro*) realçou que a maioria das pessoas naturais, homens ou mulheres, enxerga no ensejo de ter filhos "uma necessidade *existencial* que dá sentido às suas vidas"[15], o *Justice* Aharon Barak (contrário ao pleito de Ruth Nahmani) frisou o aspecto *existencial* da paternidade e da maternidade, para demonstrar que se trata de uma escolha de tamanha magnitude que não pode ser deixada ao alvedrio de apenas um dos pais[16].

---

12 Colhem-se da ementa do pluricitado aresto (CA 5587/93) as passagens mais relevantes dos votos minoritários: (Minority opinion – Justice T. Strasberg-Cohen) Consent is required for each stage of the *in-vitro* fertilization procedure up to the point of no-return, which is the implantation of the ova in the woman's body. In the absence of such consent, Daniel cannot be compelled to consent to Ruth's aspiration against his will by means of a judicial order, either in the name of the law, or in the name of justice or in the name of life. (Minority opinion – Justice T. Or) The consent of the parties to cooperate towards realization of an *in-vitro* fertilization procedure is a framework consent. It is founded on the basic assumption that the marital relationship between the parties will continue. But it does not include consent, *ab initio*, to all the stages and aspects of the fertilization procedure. The consent is based on the understanding that at each stage of the procedure the joint consent of both spouses will be required. (Minority opinion – Justice I. Zamir) If, before the procedure began, Daniel were asked whether, if he separated from Ruth, he would consent to implantation of the ovum, which would make him and Ruth joint parents of a child, his answer, as a reasonable person, would be no. His initial consent to the procedure should therefore not be regarded as consent even in the circumstances of a separation. For the same reason, Daniel is not estopped from opposing the continuation of the fertilization procedure, since he never represented that he consented to the continuation of the procedure even if he separated from Ruth. (Minority opinion – President A. Barak) Continuing consent is required for every stage of the fertilization procedure. This cannot be waived *ab initio* for reasons of public policy. Justice requires equality between the spouses in decision making. Refusing to give consent to the continuation of the fertilization procedure because the relationship has ended does not constitute bad faith." (ISRAEL, 1996. Tradução oficial para a língua inglesa da citação realizada na nota de rodapé e tradução livre nossa para o português brasileiro das citações efetuadas no corpo do artigo).

13 ISRAEL, 1996, grifo nosso. Em inglês: "The topic of *in-vitro* fertilization involves existential questions concerning the nature of life".

14 ISRAEL, 1996, grifo nosso. Em inglês: "The interest in parenthood constitutes a basic and existential value both for the individual and for the whole of society".

15 ISRAEL, loc. cit., grifo nosso. Em inglês: "Indeed, whether man or woman, most people regard having children as an existential necessity that gives meaning to their lives".

16 ISRAEL, loc. cit. Em inglês: "Having children is a matter too important, too experiential, too existential, to leave it, at any stage, to one party only".

3 A PROTEÇÃO DA VIDA DO NASCITURO EM TENSÃO COM OS VALORES EXISTENCIAIS OU VITAIS DA GESTANTE (BVERFGE 88, 203)

O raio de abrangência da *dimensão existencial* do ser humano faz questões caras aos direitos civis imateriais (*direitos existenciais*[17]) e ao Direito de Família alcançarem a órbita do Direito Penal.

É ilustrativa, nesse sentido, a situação em que, ao examinar a então recente "disciplina jurídica unificada para o direito de aborto"[18] (formulada após a reunificação tedesca), o Segundo Senado[19] (*Zweiter Senat*) do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), em aresto de 28 de maio de 1993 (BVerfGE[20] 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch* II[21]) ao ratificar o acórdão paradigma (BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch* I) pronunciado pelo Primeiro Senado (*Erster Senat*) daquela Corte em 25 de fevereiro de 1975[22], entendeu competir ao Poder Legislativo pormenorizar em *lei formal*[23] as "situações excepcionais"[24] em que o grau de sacrifício imposto aos *Lebenswerte*[25] – *valores existenciais* (tradução oficial anglófona)[26] ou *valores vitais* (tradução lusófona da equipe do Prof. Leonardo Martins)[27] – de uma gestante seria tão superlativo a ponto de se afigurar juridicamente *inexigível* que ela completasse a sua gravidez.

---

17 "O Direito está sendo reconstruído visando ao valor da pessoa humana. O sujeito de direito é também titular de direitos e detentor destes. Quando o direito tem a pessoa humana como centro, tutela os seus direitos extrapatrimoniais, isto é, seus direitos existenciais; logo, tutela seus direitos subjetivos." (FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 6, n. 1, jan./dez. 2006, p. 261. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/313/172>. Acesso em: 10 abr. 2010).

18 MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005, p. 274. Disponível em: <http://www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_7738_4.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2010.

19 O TCF compõe-se de dois órgãos fracionários: o Primeiro e o Segundo Senados, ambos com oito assentos.

20 *BVerfGE* (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes*) é a coletânea oficial de atos decisórios do TCF (cf. MARTINS, 2005, p. 9).

21 *Schwangerschaftsabbruch* = interrupção (*bruch*) da gravidez (*Schwangerschaft*). Cf. DEPARTAMENTO DE DICIONÁRIOS DA PORTO EDITORA. **Dicionário de alemão-português:** de acordo com a nova ortografia alemã. Porto: Porto Editora, 1999, p. 169, p. 701. Nesse sentido: TOCHTROP, Leonardo. **Dicionário alemão-português**. 10. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 96, p. 472.

22 MARTINS, 2005, p. 268-273.

23 Lei em sentido *formal* ou *orgânico*: "[...] ato do órgão investido, constitucionalmente, na função legislativa." (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25-26).

24 MARTINS, op. cit., p. 276.

25 *Lebenswerte* = *leben* (viver ou existir) + *wert* (valor) (BARRE, Ilton Mann. **Dicionário alemão / português - Portugiesisch / Deutsch**. São Paulo: DCL, 2006, p. 175, p. 267). Para ler o aludido aresto no original alemão, cf. ALEMANHA. **BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch* II**. May 28, 1993a. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/law/dfr/bv088203.html>. Acesso em: 26 mar. 2010.

26 Item 7 da ementa do aresto proferido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (Segundo Senado) em 28 de março de 2006 (1 BvR 1054/01): "7. The woman's constitutional rights do not extend far enough to set aside, in general, her legal obligation to carry the child to term, not even for a limited time. The constitutional positions of the woman, however, do mean that not imposing such a legal obligation in exceptional situations is permissible, in some cases, perhaps even mandatory. It is up to the legislature to determine in detail, according to the criterion of non-exactability, what constitutes an exceptional situation. 'Non-exactable' means that the woman must be subject to burdens which demand such a degree of sacrifice of her own existential values that one could no longer expect her to go through with the pregnancy (reaffirmation of BVerfGE 39, 1 <48 et seq.>)." (ALEMANHA. **BVerfG. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92**. May 28, 1993b. Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 26 mar. 2010. Tradução oficial do alemão para o inglês).

27 Tradução para o português realizada pela equipe coordenada pelo Prof. Dr. Leonardo Martins, do Programa Estado de Direito para a América do Sul da Fundação Konrad Adenauer, consignada na obra **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão** (MARTINS, 2005, p. 276).

Em outras palavras, consoante assentou o Segundo Senado do TCF no item 7 da ementa do referido *decisum* (BVerfGE 88, 203), incumbiria ao "legislador determinar concretamente" os "elementos típico-normativos de execução [causas excludentes de ilicitude] segundo o critério da inexigibilidade (*Unzumutbarkeit*)"[28] (mais conhecido como "critério da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação *stricto sensu*"[29]), desde que "presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que isso não possa ser [racionalmente] esperado da mulher"[30].

Desse modo, em tal aresto (BVerfGE 88, 203), o Segundo Senado *reiterou* o posicionamento esposado pelo Primeiro Senado (BVerfGE 39, 1), quando esse órgão fracionário do TCF listou nas "causas excludentes de ilicitude"[31] *não apenas* os casos nos quais o ato abortivo revela-se "necessário para evitar um perigo para a vida da gestante ou o perigo de dano grave ao seu estado de saúde"[32] *como também* as circunstâncias em que o legislador detectou a presença de "outros ônus extraordinários para a gestante, que sejam semelhantemente intensos"[33], inclusive situações nas quais se "chocam" o "respeito pela vida do nascituro e o direito da mulher de não ser forçada a sacrificar, além dos limites viáveis, seus próprios *valores vitais* em prol da observância desse bem jurídico"[34].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos julgados acima comentados, intui-se que a existência humana *digna* (em conformidade com o *princípio da dignidade da pessoa humana*[35]) vincula-se *não apenas* à incolumidade física, à sobrevivência biológica, à automanutenção financeira e ao exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais, *como também* à salvaguarda da integridade psíquica e do bem-estar psicológico da pessoa natural, bem como do direito do indivíduo de escolher e realizar atividades (inclusive de concretizar metas) que *dão sentido à sua vida* e, ao mesmo tempo, não atentam contra o ordenamento jurídico.

Daí se nota que a *situação existencial* humana (ou seja, o "conjunto de relações nas quais o ente humano existente *se encontra no mundo e com os outros*"[36] – pessoas e coisas[37]) e

---

28 MARTINS, loc. cit. As palavras dentro dos colchetes estão presentes na tradução acima transcrita e foram inseridas pelo colegiado de tradutores sob os auspícios do Prof. Dr. Leonardo Martins.

29 MARTINS, loc. cit.

30 MARTINS, 2005, p. 276.

31 Ibid., p. 259

32 Ibid., p. 268.

33 MARTINS, loc. cit.

34 Ibid., p. 271, grifo nosso.

35 O princípio da dignidade da pessoa humana goza de indiscutível primazia na ordem jurídica brasileira: "O direito à preservação da **dignidade da pessoa humana** (artigo 1º, inciso III) é um dos fundamentos da República Federal do Brasil e, desse modo, a dignidade é colocada como o centro, o vértice normativo e axiológico de todo o sistema jurídico, tendo o constituinte reconhecido que o homem constitui a finalidade precípua e não apenas o meio da atividade estatal." (SILVA, Sandra Maria da. Direito fundamental à filiação e a negatória de paternidade. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 16, maio 2009, p. 88, grifo da autora. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus>. Acesso em: 9 abr. 2010).

36 MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito:** crítica do pensamento jurídico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 82.

37 "*Existir* significa [...] estar *em relação* com o mundo, isto é, com as coisas e os outros homens." (MAMAN, 2003, p. 83, grifo da autora).

o *direito ao mínimo existencial* (direito ao "necessário à existência digna"[38]) dialogam, de um lado, com *necessidades materiais* e, de outro, com *aspirações transcendentais* (o ser humano "precisa transcender-se, projetar-se para fora de si mesmo para poder encontrar seu próprio significado"[39]), estas imbricadas naquelas (o indivíduo "precisou ter suas necessidades básicas satisfeitas para que então pudesse se desenvolver saudavelmente"[40]).

A propósito do componente de *transcendência* ínsito ao existir humano, percebe-se que a experiência do ser humano, a sua condição de *ser-no-mundo*, ultrapassa o nosso imaginário e as possíveis revelações que temos a seu respeito. Incorporam-se a essa reflexão as palavras de Rollo May: "A experiência humana vai além dos nossos métodos particulares de entendê-la a qualquer momento e a melhor maneira de compreender a própria identidade é examinar sua experiência pessoal"[41].

Perquirir a dimensão existencial da pessoa humana significa adentrar o esconderijo do desconhecido e buscar a essência de cada fenômeno que se transforma em fato no cotidiano. O mundo é um mundo de seres, de sentidos e diversidades. Portanto, auscultar a situação existencial humana implica compreender a construção particular de cada um, não desconsiderando o seu diálogo constante com os outros.

A caminhada humana reflete um emaranhado de sonhos, desejos, planos, objetivos e ações que vão permitir aos sujeitos se apropriarem da própria vida, da própria existência.

Porém, a fim de que isso seja possível, é necessário passar pela grande prova – a *escolha*, uma das tarefas mais difíceis e complexas dentro do mundo circundante.

Diante do cenário contemporâneo, a pessoa humana é lançada na sociedade e precisa organizar-se, projetar-se, levantar inúmeros questionamentos e, finalmente, *escolher*.

Toda escolha pressupõe um caminho a ser percorrido. Quando a escolha de uma opção é realizada, as demais *deixam* de ser prioridade.

Escolhe-se dentro de um lugar social, visando a perspectivas variadas, nas quais se presentificam as possibilidades e necessidades.

Pensar na *liberdade de escolha* é, antes de tudo, pensar no lugar que o ser humano ocupa e almeja ocupar na sociedade. Assim como podemos falar de diversos *modos de ser* da pessoa humana, podemos enfatizar diversas formas de *socialização* que os seres humanos são convidados a escolher.

Dessa maneira, escolher pode ser um ato de colher para si formas e possibilidades de crescimento e autorrealização, mas também pode ser uma forma de colher o que já se encontra na multidão. O ser-no-mundo é seu próprio jardineiro.

Para além de exercer sua liberdade de escolha, o sujeito está construindo-se como ser e, para isso, vai buscar inúmeros sentidos voltados para a definição da sua própria identidade como pessoa.

A *dimensão existencial da pessoa humana* reverbera os momentos da história de vida de cada indivíduo, sua busca pela autorrealização e pelas condições necessárias ao desenvolvimento pessoal, a interação com as instituições educacionais, econômicas, políticas

38 ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. **Der Staat**, 28 (1): 49-68, 1990 apud TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

39 ERTHAL, Tereza Cristina Saldanha. **Psicoterapia vivencial:** uma abordagem existencial em psicoterapia. Campinas: Livro Pleno, 2004, p. 57.

40 Ibid., p. 55.

41 MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 1972, p. 84.

e sociais de que fazemos parte e que ajudamos construir.

Daí a importância de uma construção pautada pelo conhecimento não só do mundo que nos rodeia como também do conhecimento de nós mesmos, abertura importante para enfrentarmos os desafios inerentes a nossa condição humana.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch* II**. May 28, 1993a. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>. Acesso em: 26 mar. 2010.

ALEMANHA. **BVerfG. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92**. May 28, 1993b. Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 26 mar. 2010.

BARRE, Ilton Mann. **Dicionário alemão / português - Portugiesisch / Deutsch**. São Paulo: DCL, 2006.

CONSALTER, Zilda Mara. Algumas reflexões em torno da inseminação artificial humana. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 9, n. 10, p. 45-59, maio 2006. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus>. Acesso em: 9 abr. 2010.

DEPARTAMENTO DE DICIONÁRIOS DA PORTO EDITORA. **Dicionário de alemão-português:** de acordo com a nova ortografia alemã. Porto: Porto Editora, 1999.

ERTHAL, Tereza Cristina Saldanha. **Psicoterapia vivencial:** uma abordagem existencial em psicoterapia. Campinas: Livro Pleno, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 6, n. 1, p. 241-266, jan./dez. 2006. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/313/172>. Acesso em: 10 abr. 2010.

ISRAEL. Supreme Court. **CFH 2401/95.** *Ruth Nahmani v. 1. Daniel Nahmani, 2. Attorney-General and 3. Assuta Ltd*. September 12, 1996. Disponível em: <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/95/010/024/Z01/95024010.z01.htm>. Acesso em: 24 mar. 2010.

ISRAEL. Supreme Court. **CA 2781/93.** *Miassa Ali Daaka v. 1. Carmel Hospital, Haifa and 2. Health Fund of General Association of Workers in Israel.* August 29, 1999. Disponível em: <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/93/810/027/N01/93027810.n01.htm>. Acesso

em: 24 mar. 2010.

MACHADO, Josué. **Manual da falta de estilo.** 3. ed. São Paulo: Best Seller, 1994.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito:** crítica do pensamento jurídico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005. Disponível em: <http://www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_7738_4.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2010.

MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 1972.

SIDOU, José Maria Othon. **Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

SILVA, Sandra Maria da. Direito fundamental à filiação e a negatória de paternidade. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 16, p. 87-96, maio 2009. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus>. Acesso em: 9 abr. 2010.

TOCHTROP, Leonardo. **Dicionário alemão-português**. 10. ed. São Paulo: Globo, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNIÃO EUROPÉIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. **Jornal Oficial da União Europeia**, n. 310, 16 dez. 2004. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Constituicao/Const_Parte-I.htm>. Acesso em: 3 abr. 2010.

A MOVIMENTAÇÃO DAS PEÇAS DE INFORMAÇÕES E AS ATITUDES DO ÓRGÃO MINISTERIAL ANTE AS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS SUBMETIDAS A SUA ANÁLISE: UM RETRATO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

Luiz Márcio Teixeira Cypriano*
Hugo Sanches da Silva Picanço**

Sumário: Introdução; 1 Da forma tradicional de coleta de dados fáticos ao eventual oferecimento da denúncia; 2 A distribuição de peças de informações pelo Procurador-Geral de justiça e possibilidades de atuação; 2.1 1.º caso: se o Promotor de Justiça denunciar; 2.2 2.º caso: se o Promotor de Justiça requisitar instauração de inquérito policial; 2.3 3.º caso: se o Ministério Público requerer o arquivamento; 3 A possibilidade de o próprio membro do Ministério Público investigar; Conclusão; Referências.

Resumo: Este trabalho visa analisar a movimentação das peças de informações no âmbito do Ministério Público, mais especificamente no Ministério Público do Estado do Pará. A atenção será dirigida não somente ao inquérito policial, mas principalmente às peças de informações oriundas de distribuição do Procurador-Geral de Justiça (PGJ). Diante disso, inicialmente será apresentada a forma tradicional da coleta dos dados fáticos para um eventual oferecimento da denúncia, ou seja, o labor proveniente do inquérito policial. Posteriormente serão analisadas as possibilidades de atuação do Promotor de Justiça diante de uma peça informativa oriunda por distribuição do Procurador-Geral de Justiça, destacando-se o oferecimento da denúncia, a requisição de instauração de inquérito policial e pedido de arquivamento. Por fim, de forma breve, será examinada a possibilidade de o próprio Órgão Ministerial investigar e, nesse caso, os cuidados que o Promotor de Justiça deverá observar, principalmente ante a Resolução n.º 13/2006 do Conselho Superior do Ministério Público.

Palavras-chave: Inquérito policial. Representação. Distribuição pelo Procurador-Geral de Justiça. Possibilidade de atuação do Membro do Ministério Público. Denúncia. Ofício de requisição de inquérito. Arquivamento. Possibilidade de investigação pelo próprio Órgão do Ministério Público. Observância da Resolução n.º 13/2006 do CNMP.

---

* Promotor de Justiça no Estado do Pará desde 1994, atualmente exercendo suas atividades como Promotor de Justiça convocado na 4.ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital e Juizados Especiais Criminais. Graduado pela Universidade Gama Filho (RJ), com especialização em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Estácio de Sá.

** Apoio às Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado do Pará. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Especialista em Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos pela UNAMA e pela Rede de Ensino LFG.

INTRODUÇÃO

Uma situação peculiar, que desperta inúmeras dúvidas na atuação do Órgão Ministerial, diz respeito à movimentação das peças de informações, sejam elas provenientes de inquéritos policiais, representações, procedimentos investigatórios criminais, *notitia criminis*, *delatio criminis*[1], procedimentos administrativos preliminares, fichas de atendimento ao público, ofícios, enfim, quaisquer informações que despertem o interesse de atuar por parte da instituição ou que a ela tenham chegado, por intermédio dos expedientes acima citados.

De posse dessas informações, o que o membro do Ministério Público poderá fazer? Como ele deverá proceder? Quais atitudes poderá tomar? Essas são as perguntas que serão aqui respondidas. Além dessa questão, abordaremos também o atual posicionamento do Órgão Ministerial diante da possibilidade de investigar. A preocupação maior, como será constatado, concerne à atuação diante da peça informativa oriunda da distribuição do Procurador-Geral de Justiça.

Por fim, serão enunciados os regramentos contidos na Resolução n.º 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, que deverão ser observados quando houver essa atuação investigativa por parte do Órgão Ministerial.

1 DA FORMA TRADICIONAL DE COLETA DE DADOS FÁTICOS AO EVENTUAL OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

Inicialmente cumpre destacar o que se entende por peças de informações. A expressão neste ensaio utilizada quer referir-se a um gênero, comportando inúmeras espécies. O gênero tradicional, inquérito policial, é a mais antiga forma[2] de levar uma informação ao Órgão Ministerial.

Em síntese, até mesmo porque este não é o foco do presente artigo, por inquérito policial compreende-se:

> o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial visando à obtenção de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade dos crimes investigados, permitindo, assim, ao Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) e ao ofendido (nos crimes de ação penal privada) o oferecimento da denúncia e da queixa crime[3].

---

1 Fernando Capez faz uma excelente diferenciação. *Notitia criminis* (notícia do crime) é o conhecimento espontâneo ou provocado, por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso. É com base nesse conhecimento que a autoridade dá início às investigações. Há *notitia criminis* de cognição direta ou imediata quando a autoridade policial toma conhecimento do fato criminoso por intermédio de suas atividades rotineiras; há *notitia criminis* de cognição indireta ou mediata quando a autoridade policial toma conhecimento por intermédio de algum ato de comunicação formal do delito, por exemplo, a *delatio criminis*. Já a *notitia criminis* de cognição coercitiva ocorre no caso de prisão em flagrante delito. Por fim, a *delatio criminis* é a comunicação de um crime feita pela vítima ou por qualquer do povo (CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79-81).

2 O inquérito policial surgiu entre nós com a Lei n.º 2.033, de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 4.824, de 28 de novembro de 1871 (BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial:** doutrina, prática e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Método, 2004, p. 24).

3 AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2009, p. 103.

Como informado, o Promotor de Justiça, de posse da peça de informação tradicional, poderá atuar das mais diversas formas, seja denunciando (CPP, art. 24), seja requerendo que os autos aguardem em cartório eventual manifestação do querelante em caso de ação penal privada (CPP, art. 30), seja requerendo o arquivamento[4], pedindo a extinção da punibilidade[5], ou postulando a remessa dos autos do inquérito a juízo distinto, ou requerendo diligências, enfim, tomando alguma atitude diante daquela peça de informação tradicional, aqui chamada inquérito policial.

Essa é a forma, como já dito, mais comum do labor ministerial criminal, seja sendo instaurado de ofício pela autoridade policial, seja sendo requisitado pelo Órgão Ministerial, ou sendo provocado por qualquer do povo.

E quando o Órgão de Acusação quiser suprimir a atividade do delegado de polícia? Mais: e quando o Promotor de Justiça Criminal receber peças de informações do Procurador-Geral de Justiça?

Antes de passarmos para o próximo tema, é bom registrar que, no Ministério Público do Estado do Pará, pela forma tradicional de peça de informação, quando a autoridade policial conclui o inquérito, encaminha-o para a justiça; na justiça, há um processo de distribuição; chega-se a um determinado juízo, e nesse juízo haverá um Promotor de Justiça com atribuições para atuar, abrindo aquele determinado juízo vistas para o Órgão Ministerial manifestar-se. Assim chega-se ao promotor natural daquele caso específico.

Existe uma discussão antiga a respeito de qual deveria ser o verdadeiro destino do inquérito policial. De acordo com o artigo 10, § 1.º, da legislação adjetiva penal, as peças de informações devem ser encaminhadas ao juízo, que deve dar vistas ao Ministério Público. Se a Constituição Federal (CF), no seu artigo 129, I e VIII, estabeleceu de forma exclusiva, nos casos de ação penal pública, o dever ministerial de atuar, deveria a peça de informação ser encaminhada ao Ministério Público. Apesar de não prosperar na maioria da doutrina tal entendimento, por questões práticas, essa solução seria a melhor, pois a distribuição dar-se-ia no âmbito do Órgão Ministerial, e não pelo Poder Judiciário, evitando-se inúmeros problemas, como os que serão abordados neste trabalho.

Assim, na forma tradicional, chega-se ao princípio do promotor natural pelo juiz natural, estando adstrito àquele determinado Promotor de Justiça ao Juiz, em termos de atribuições, segundo a organização das Promotorias de Justiças Criminais. Frise-se que, no âmbito do Ministério Público dos Estados, existe ato normativo regulamentando tais atribuições. No que pertine, por exemplo, no Ministério Público do Estado do Pará, há a Resolução n.º 002/2004-MP/CPJ, de 6 de maio de 2004, a qual modifica e consolida a composição das Promotorias de Justiça de Terceira Entrância e as atribuições dos cargos de Promotores de Justiças que as integram.

---

4 Vide OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 44.

5 Aqui há uma pergunta importante a ser respondida. O arquivamento do inquérito policial faz coisa julgada material? Paulo Henrique de Godoy Sumariva afirma que ocorrerá tal fenômeno quando houver atipicidade da conduta, extinção da punibilidade ou reconhecimento de causa justificadora (SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. A decisão de arquivamento de inquérito policial gera coisa julgada? **Revista Jus Vigilantibus**, domingo, 16 abr. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/20846>. Acesso em: 24 jun. 2010).

2 A DISTRIBUIÇÃO DE PEÇAS DE INFORMAÇÕES PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO

No âmbito do Ministério Público do Estado do Pará, há inúmeras distribuições dos procedimentos oriundos da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ). O que significa esse tipo de procedimento?

Como já dito acima, muitas peças de informações chegam, não pelo método tradicional – inquérito policial –, mas pelas representações diretas das vítimas. Tal instrumento, posto à disposição da sociedade, decorre de expressa previsão de lei, artigo 27 do Código de Processo Penal (CPP).

Sendo assim, esse tipo de representação, que deverá, na medida do possível, descrever o fato e a autoria, indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção, é recebida pelo Órgão de Cúpula do Ministério Público, que despacha, distribuindo-o a alguma Promotoria de Justiça para as providências cabíveis.

Ressalte-se que a hipótese aqui ventilada difere da abordada anteriormente. Foi visto linhas atrás que o inquérito policial tem um destinatário certo – o Ministério Público –, mas antes é distribuído por um juízo ao qual está vinculado um promotor. E quando isso não ocorre? É o próprio Procurador-Geral de Justiça que o faz, distribuindo a representação criminal.

O Promotor de Justiça, recebendo aquela representação, poderá adotar todas as providências como se estivesse diante de um inquérito policial, tendo, porém, de observar algumas regras, que dependerão do tipo de atuação.

2.1 1.º CASO: SE O PROMOTOR DE JUSTIÇA DENUNCIAR

Diante da representação, devidamente autuada originando o procedimento chamado PGJ, o Promotor de Justiça denuncia. O Promotor de Justiça denunciará em que juízo? Deverá colocar no cabeçalho da denúncia a expressão "a quem couber por distribuição" ou poderá denunciar de pronto perante o juízo que funciona? No âmbito do Ministério Público do Estado do Pará, o Promotor de Justiça que recebe a representação, se oferecer denúncia, o faz pelo método de *a quem couber por distribuição.*

E, se após a distribuição, já com o cadastro no juízo (LIBRA), direcionar-se para um juízo que não o seu? Deverá abandonar o processo, assumindo o outro Promotor de Justiça que possui atribuições para funcionar naquela determina vara penal?

No dia a dia do Órgão Ministerial do Estado do Pará, tem-se percebido que, mesmo que um determinado Promotor de Justiça, após todo o contato com a representação, denuncie, e se a peça informativa ainda não recebida, mas já cadastrada no fórum criminal, não ser distribuída perante o juízo que funciona, será automaticamente acionado outro Promotor de Justiça que atua naquela vara penal. Essa é a prática forense do Ministério Público do Estado do Pará.

Ora, se houve a distribuição por parte do Procurador-Geral de Justiça para aquela determinada Promotoria de Justiça[6], o Promotor já teve contato com a peça de

6 Com essa simples distribuição, chega-se ao promotor natural daquele determinado caso.

informação; se denunciou, é porque entendeu que naquele determinado procedimento existiam elementos suficientes de autoria e materialidade para tal. Então, ninguém melhor do que aquele determinado Promotor de Justiça, primeiro a lidar com os fatos, para enfrentar aquela determinada demanda criminal. Não faz sentido, pela exegese processual, o procedimento sair da esfera daquela determinada Promotoria de Justiça.

Em primeiro lugar, cabe levantar a tese, aplicada subsidiariamente, da identidade física[7], do Promotor de Justiça. Conhecemos o princípio da unidade e da indivisibilidade e sabemos que uma eventual substituição do agente político, Promotor não afetará ou prejudicará o trabalho do Órgão Ministério Público. Mas, na prática, o Promotor que teve contato com a peça informativa estará mais apto para enfrentar aquela demanda penal, pois foi ele, pessoa física, que estudou o caso específico. Por outro lado, pode ocorrer um problema grave, diante das mudanças de promotores do caso. Vamos supor que um determinado Promotor de Justiça ofereça a denúncia e o juiz a receba. Quando o juiz recebe a denúncia, abre vistas, não para aquele Promotor que denunciou, mas para aquele Promotor que é vinculado a sua vara penal. Se o novo Promotor não concordar com a denúncia? Como ficará a questão?

Se o Ministério Público é uno e indivisível, haverá um grave problema, pois, tendo recebido a denúncia, não poderá mais pedir o arquivamento, restando-lhe somente, pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, conduzir a ação até o fim e, em sede de alegações finais, requerer a absolvição do réu, por falta de provas, ou por inexistência de autoria ou inexistência do fato, ou seja, por algumas das hipóteses previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal.

Caso o Promotor de Justiça peça, em sede de alegações finais, a absolvição do acusado, por exemplo, por inexistência do fato ou inexistência da autoria, já abre um precedente para eventuais indenizações por danos morais contra o Estado.

Portanto, até mesmo porque não há nenhum prejuízo, no caso dos procedimentos administrativos oriundos do Procurador-Geral, o Promotor que receber a peça por distribuição – o promotor natural – deve, se for o caso de denúncia, denunciar perante o juízo em que possua atribuições e continuar até o fim a ação penal.

Para corroborar ainda mais tal entendimento, são comuns divergências de entendimentos entre pessoas físicas promotores de justiça. Inúmeras vezes já se ouviu uma frase como esta: "poxa, mas o colega teve a coragem de denunciar esse caso!". Portanto, até mesmo para evitar esse tipo de divergência, ninguém melhor do que o Promotor de Justiça que recebeu a peça informativa por distribuição do Procurador-Geral para continuar no feito criminal até o fim, até mesmo porque, frise-se, ele já é o promotor natural.

Além disso, tal hipótese de movimentação de peça de informação às avessas prejudica e atrapalha o trabalho da Promotoria de Justiça, que recebe a peça de informação com denúncia recebida pelo juízo, mas provocado por outra Promotoria de Justiça, o que gera por vezes absurdas divergências de entendimento.

Como já dito, há entendimentos e entendimentos, e isso deve ser respeitado até mesmo pelo princípio da independência funcional. O Membro possui ampla liberdade de atuação, mas está sujeito, é claro, ao controle dos abusos, tanto é que, além da

7 Não se quer aqui dizer que existe um princípio da identidade física do Promotor de Justiça, assim como ocorre em relação ao juiz criminal. O princípio da identidade física do juiz, no âmbito criminal, adveio da Lei n.º 11.719/2008, que introduziu no ordenamento jurídico o § 2.º do artigo 399 do CPP.

corregedoria interna, há um controle por parte da corregedoria externa – pelo Conselho Nacional do Ministério Público, instituído pela EC n.º 45/2004. Mas tal liberdade de entendimento não deve ser suportada por outro Promotor de Justiça que não aquele que denunciou. Se, por exemplo, uma Promotoria de Justiça denunciar um determinado cidadão e o processo for posteriormente distribuído a uma outra Promotoria de Justiça em que o promotor seja garantista, pode haver entendimento contrário. Tal situação, que ocorre muito na prática, gera um contrassenso que deve ser evitado. Não se deve transmitir às partes, principalmente à vítima, tamanha insegurança jurídica.

Tem-se observado um aumento vertiginoso das representações dirigidas ao Procurador-Geral de Justiça. Isso tem ocorrido, infelizmente, por uma ausência de resposta por parte da polícia judiciária. Além disso, o cidadão conhece o peso de um ofício requisitório do Órgão Ministerial, ou até mesmo a possibilidade de o Órgão Ministerial de pronto ultimar o ato mais interessante para aquela parte postulante da representação: a denúncia.

Ora, se o inquérito em última análise tem um destinatário certo – o Ministério Público –, o cidadão indaga por que então, ao invés de registrar um boletim de ocorrência na polícia, a ação não inicia diretamente no fiscal da lei. É o que tem ocorrido em muitos casos.

Ocorre que o inquérito policial, diante de tantas representações, ainda é um importante "crivo" para se saber se há naquela dada representação indícios mínimos de autoria e de materialidade para eventualmente ser iniciada uma ação penal.

Por isso, voltando à polêmica antes abordada, quando o Órgão Ministerial prescinde da atividade policial e de pronto denuncia uma determinada peça de informação, o perigo de eventuais injustiças é enorme, em razão de todas as informações contidas na representação, serem de uma ordem unilateral[8].

Portanto, entende-se que só se dará eventual oferecimento de denúncia em peças de informações oriundas da Procuradoria-Geral de Justiça se houver na peça de informação elementos suficientes de autoria e de materialidade; caso contrário, é melhor não prescindir da autoridade policial, requisitando-se, consequentemente, a instauração de inquérito policial. Na prática, é difícil que o Ministério Público, como regra, passe a investigar, pois não há estrutura para isso.

O professor Hélio Tornaghi, em parecer para a Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, afirmou:

> O inquérito policial assegura uma ação penal bem fundada. Como seria possível movê-la sem a prova da materialidade do fato e, pelo menos, indícios de autoria? Como cogitar-se da responsabilidade de alguém sem o pressuposto da imputação física do fato típico ao acusado? O acautelamento do local da infração para que não se perca ou desvirtue o corpo de delito; a apreensão dos instrumentos do crime e dos objetos que lhe estejam ligados; a audição do ofendido e do indiciado; o reconhecimento das pessoas e coisas; a acareação entre aqueles cujas declarações divergem; a realização de perícias;

8 Sabemos da inexistência do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial. Mas aqui se quer referir à hipótese de contrapor todas as informações contidas na representação e as partes envolvidas, ouvindo-as, realizando-se acareações, requisitando-se documentos, buscando-se certas provas, porque muitas vezes é difícil chegar a elementos plausíveis de autoria e de materialidade somente pela peça informativa, para eventual início da ação penal.

> a identificação do indiciado; a averiguação de sua vida pregressa; a reprodução simulada dos fatos e todas as demais diligências feitas durante o inquérito servem de alimento à propositura da ação penal e ao desenvolvimento do processo[9].

É evidente que o Órgão Ministerial não dispõe de estrutura para desempenhar tais atribuições de forma rotineira. Mas, como será visto adiante, em situações excepcionais, torna-se imprescindível a realização de investigação pelo próprio Membro, principalmente em crimes graves, em que há a participação de organizações criminosas e de pessoas influentes.

2.2 2.º CASO: SE O PROMOTOR DE JUSTIÇA REQUISITAR INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

Aqui, distribuída a peça de informação, se o Promotor de Justiça entender que inexistem elementos suficientes de autoria e de materialidade, poderá requisitar a instauração de inquérito policial para investigação.

Uma situação importante que merece atenção ocorre quando o membro do *Parquet* requisita a instauração de inquérito policial e, em eventuais abusos, torna-se autoridade coatora em um *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado. Nessa situação, deve-se responder à seguinte pergunta: quem requereu a instauração de inquérito policial? Se foi o Órgão Ministerial, essa autoridade será a coatora no *writ*. Tal interpretação decorre do mandamento contido no artigo 129, VIII, da Constituição Federal.

Outro fator importante dessa desconcentração é a cobrança, por parte da autoridade que requisitou a instauração de inquérito, ao delegado de polícia designado para tal mister. O artigo 10 do Código de Processo Penal afirma que o inquérito policial deverá terminar, em regra, em 10 (dez) dias, se o indiciado estiver respondendo preso, e em 30 (trinta) dias, quando estiver solto. A partir do momento em que o Promotor de Justiça requisita a instauração de inquérito policial, deve ser informado, pela autoridade policial designada, de possíveis dilações de prazos; o próprio membro passa a cobrar do delegado de polícia o cumprimento de prazos, dada a própria dicção do artigo 129, VII, da Constituição Federal.

Retorne-se à mesma problemática abordada acima. Quando o delegado de polícia concluir o inquérito policial, deverá encaminhá-lo a quem? Ao Promotor que requisitou sua instauração, para as providências cabíveis, ou ao fórum criminal, para que seja realizada a distribuição?

Entende-se que o correto, por todos os argumentos listados no tópico anterior, é encaminhar o inquérito policial ao Promotor de Justiça que o requisitou, aliás, promotor natural do presente caso.

Não pensar dessa forma é gerar uma burocracia inútil, além da possibilidade de perda de controle organizacional por parte do Promotor requisitor. De fato, o mais célere e mais econômico seria encaminhar de pronto o inquérito policial ao Promotor que requisitou sua instauração. Se a peça informativa for encaminhada para a vara de

9 BARBOSA, 2004, p. 27.

inquérito, a autoridade policial terá o trabalho de informar o Promotor requisitor da conclusão do inquérito[10], e haverá ainda todo o trâmite desnecessário do juízo para o membro do Ministério Público.

No âmbito do fórum criminal do Estado do Pará, existe uma vara específica de inquéritos[11]. No exemplo acima citado, tem-se observado que os delegados de polícia, provocados inicialmente pelo Órgão Ministerial, quando da conclusão da peça informativa, encaminham-na para a vara penal de inquéritos, que a distribui a uma vara penal específica, chegando-se consequentemente a uma Promotoria de Justiça que possua atribuições naquela determinada vara. Isso sem falar da inexistência do Promotor vinculado à vara de inquéritos.

Portanto, é imprescindível que a peça informativa esteja adstrita ao Promotor de Justiça que requisitou a instauração de inquérito policial, visto que é ele o futuro destinatário da conclusão das investigações; nada mais correto do que retornar a peça informativa para ele, requisitor, no caso, para a Promotoria em que ele atua.

2.3 3.º CASO: SE O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUERER O ARQUIVAMENTO

O que acontece se o membro do Ministério Público requerer o arquivamento da peça informativa? Nesse caso, o arquivamento dar-se-á no âmbito da própria Promotoria de Justiça ou deverá ser apresentado em juízo? E mais: será necessário comunicar tal ato ao Procurador-Geral de Justiça?

Se o Promotor de Justiça que recebeu a peça de informação aqui designada PGJ entender inexistência do fato, inexistência da autoria ou deficiência de provas para eventual oferecimento da denúncia, poderá requerer o arquivamento do inquérito policial perante o juiz, de acordo com o que determina o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Discute-se, porém, a aplicabilidade desse dispositivo diante das peças chamadas PGJ. Ora, se o procedimento chegou ao Órgão do Ministério Público por intermédio de uma representação de qualquer do povo e se esse mesmo procedimento sofreu uma distribuição por intermédio do Órgão de Cúpula do Ministério Público, nada seria mais correto do que, em um eventual não oferecimento da denúncia, o próprio membro justificar, fundamentadamente, perante o Procurador Geral de Justiça, o arquivamento da referida peça informativa, prescindindo da atuação do magistrado.

Por que se chega a esse entendimento, que se crê neste ensaio ser o mais correto? Primeiro porque em última análise quem ditará as regras será o Procurador-Geral de Justiça e o próprio sistema acusatório permite tal conclusão. Pelo método tradicional, se o Promotor de Justiça receber um inquérito policial e entender pelo arquivamento, deverá requerê-lo ao juízo, de acordo com o artigo 28. Se o juiz discordar do entendimento do Promotor de Justiça, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que dará a última palavra no caso.

10 É bom destacar que, na prática, isso não ocorre, havendo, na maioria das vezes, a perda da informação, principalmente sobre o juízo para o qual foi distribuída a peça informativa.

11 No âmbito do Estado do Pará, a vara de inquérito foi criada pela Lei n.º 7.195/2008, regulamentada pela Resolução n.º 17/2008. Sua principal finalidade é efetuar o controle e o exercício da atividade jurisdicional requeridos nos inquéritos policiais e demais peças, tornando-os menos vulneráveis a falhas que comprometam a tramitação.

Logo, quando o Promotor de Justiça que recebeu uma peça de informação por distribuição do Procurador-Geral entender pelo arquivamento, não faz sentido requerer o arquivamento ao seu juízo; deve, antes, dirigir-se a seu Órgão de Cúpula para que ratifique ou não tal entendimento, até mesmo porque, como já colocado, a última palavra é dele.

Isso decorre, como já dito, do próprio sistema acusatório vigente. José Frederico Marques, ao analisar o tema, assim se manifestou:

> A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o jus puniendi e a liberdade do réu. Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. [...] O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da notitia criminis. No que tange à penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público[12].

Tanto é assim que a Reforma do Código de Processo Penal que está por vir trará uma nova redação, deixando ao Ministério Público, com exclusividade, tal atribuição, *in verbis:*

> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.
> § 1.º Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo. [...]
> § 4.º A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação de órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu regimento.
> § 5.º O relator da deliberação referida no parágrafo anterior poderá, quando o entender necessário, requisitar os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.
> § 6.º Ratificada a promoção, o órgão superior do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juízo competente, para o arquivamento e a declaração da cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.
> § 7.º Se, ao invés de ratificar o arquivamento, concluir o órgão superior pela viabilidade da ação penal designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia[13].

---

12 MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 64.
13 Projeto de Lei n.º 4.209/01.

Como se não bastasse tal situação, a Resolução n.º 13 do Conselho Nacional do Ministério Público afirma em seu artigo 15, *in verbis:*

> *Capítulo V – DA CONCLUSÃO E DO ARQUIVAMENTO*
> Art. 15. Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.
> Parágrafo único. *A promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do CPP, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente*[14].

Por fim, o renomado e festejado professor Tourinho Filho assim já se manifestou:

> Aliás, nem precisaria o Procurador requerer ao Tribunal o arquivamento. Se ele é o único *dominus litis* e se externou sua vontade no sentido de não dar início à ação penal, deverá, simplesmente, determinar o arquivamento. Por que o requereria, se tal requerimento não pode ser indeferido?[15]

Nesse mesmo sentido é o entendimento da nossa mais alta Corte, o Supremo Tribunal Federal (STF):

> Pertencendo a ação penal originária ao Procurador-Geral da República, e não existindo acima dele outro membro do Ministério Público, uma vez que a suprema chefia deste lhe cabe, não depende, a rigor, de deliberação do Tribunal o arquivamento requerido[16].
> Ação penal originária – Pertencendo ela ao Procurador-Geral da República, e não existindo acima dele outro membro do Ministério Público, uma vez que a suprema chefia deste lhe cabe, não depende, a rigor, de deliberação do Tribunal o arquivamento requerido[17].
> Inquérito – Arquivamento. Requerido o arquivamento do processo pelo Procurador-Geral da República, não cabe ao STF examinar o mérito das razões em que o titular único e último do *dominus litis* apóia seu pedido[18].

Cumpre ainda acrescentar a existência, no âmbito do Ministério Público do Estado do Pará, da Súmula 98 do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Pará, a qual afirma, em linhas gerais, que o Órgão Ministerial não possui atribuições para proceder ao arquivamento de peças de informações em matéria criminal. Entende-se que essa súmula está tacitamente revogada pela Resolução n.º 13 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Portanto, no que tange a esse tipo de atuação, deverá o membro do Ministé-

14 Grifo nosso.

15 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 412.

16 STF. RT 479/395. Inq. Rel. Min. Luiz Gallotti.

17 STF. RTJ 73/1. Inq. Rel. Min. Cordeiro Guerra.

18 STF. RT 608/447. Inq. Rel. Min. Francisco Rezek. Julgamento em 26 de junho de 1985.

rio Público, em confronto com um PGJ, entendendo pelo arquivamento, proferir um parecer fundamentado, encaminhando-o ao Procurador-Geral de Justiça para que ele o ratifique; caso não o ratifique, essa autoridade fará o encaminhamento a outro Promotor de Justiça, que atuará nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal.

3 A POSSIBILIDADE DE O PRÓPRIO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO INVESTIGAR

Linhas atrás, foi dito que o membro do Ministério Público recebe as peças de informações por intermédio de seu Órgão de Cúpula. Pergunta-se: poderá o membro do *Parquet* investigar quando é baixada uma portaria pelo Órgão de Cúpula nesse sentido?

Em que pesem todas as discussões a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 91661, reconheceu, por unanimidade, que existe a previsão constitucional de que o Ministério Público tem poder investigatório. A relatora do processo, Ministra Ellen Gracie, em seu magistral voto condutor, assim se manifestou:

> É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. [...] O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público[19].

Por outro lado, desde muito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já comungava do seguinte entendimento:

> HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA PROCEDER A INVESTI-

19 STF. Segunda Turma. HC 91661-9/PE. Rel. Min. Ellen Gracie. **DJ**, 10 mar. 2009.

> GAÇÕES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. Em que pese o Ministério Público não poder presidir inquérito policial, a Constituição Federal atribui ao parquet poderes investigatórios, em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX, e artigo 8.º, incisos II e IV, e § 2.º, da Lei Complementar n.º 75/1993. Se a Lei maior lhe atribui outras funções compatíveis com sua atribuição, conclui-se existir nítida ligação entre poderes investigatórios e persecutórios. Esse poder de modo algum exclui a Polícia Judiciária, antes a complementa na colheita de elementos para a propositura da ação, pois até mesmo um particular pode coligar elementos de provas e apresentá-los ao Ministério Público. Por outra volta, se o parquet é o titular da ação penal, podendo requisitar a instauração de inquérito policial, por qual razão não poderia fazer o menos que seria investigar fatos? [...] 4. Ordem denegada, ficando prejudicada a liminar anteriormente deferida[20].

Em excelente trabalho, o professor e membro do Ministério Público, Dr. José Reinaldo Guimarães Carneiro, afirmou que "o aumento da criminalidade organizada, neste caso, talvez constitua o maior fator justificativo da atuação do Ministério Público na instauração, condução e conclusão das investigações criminais"[21].

Portanto, é perfeitamente possível que o Ministério Público proceda à investigação, devendo, porém, observar os mandamentos previstos na Resolução n.º 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o artigo 8.º da Lei Complementar n.º 75/93 e o artigo 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências, dentre as quais se destacam:

a) a existência de portaria fundamentada de instauração;

b) a comunicação da investigação ao Procurador-Geral de Justiça;

c) o prazo de 90 (noventa) dias para sua conclusão assim como suas eventuais prorrogações;

d) a finalização do procedimento investigatório, seja denunciando, seja comunicando ao Procurador-Geral de Justiça ou ao juízo o arquivamento daquela determinada peça informativa.

Embora a supracitada Resolução afirme, em seu artigo 3, § 4.º, que a atribuição do Promotor de Justiça que baixou o procedimento investigatório criminal de ofício só poderá se dar até o momento da denúncia ou da promoção do arquivamento em juízo, o Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula 234 afirma, *in verbis*: "a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia". Assim, sustenta-se aqui a possibilidade de o Membro não só oferecer a denúncia, como também de atuar até o fim do processo.

Além disso, baixados os referidos procedimentos investigatórios criminais de ofício pelo Membro do Ministério Público, eventuais pedidos cautelares – como, por exemplo, quebra de sigilo telefônico, quebra de sigilo bancário, fiscal – não precisarão

---

20 STJ. Sexta Turma. HC 38495/SC. HABEAS CORPUS 2004/0135804-0. Rel. Hélio Quaglia Barbosa. **DJ**, 27 mar. 2006.

21 CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **O Ministério Público e suas investigações independentes**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119.

posteriormente de manifestação de outro Promotor de Justiça, pois, no pedido, embora o Membro o faça na condição de parte, implícita estará sua atuação na condição de fiscal da lei, podendo de imediato o juízo decidir.

Por fim, entende-se, tomando por base a vara penal de inquéritos que existe no âmbito do Estado do Pará, que é prescindível o ajuizamento da tutela cautelar penal perante esse juízo. O Promotor de Justiça poderá requerer eventual medida ao juízo no qual possua atribuições.

CONCLUSÃO

Pelo que foi abordado, ficou evidente que o manuseio do inquérito policial e da peça de informação chamada PGJ possui peculiaridades diferentes. O inquérito policial chega ao Órgão Ministerial sem maiores problemas com relação ao princípio do promotor natural, visto que a distribuição é feita pelo juízo, chegando à Promotoria específica da vara à qual a peça foi distribuída. Pelo menos, essa é a regra no âmbito do fórum criminal do Estado do Pará.

Ficou claro, no presente trabalho, que a distribuição das peças de informações PGJ é feita pelo próprio Órgão de Cúpula do Ministério Público, verificando-se de pronto o promotor natural daquele determinado caso.

Logo, não há como conceber a movimentação de referidas peças, a princípio, entre as Promotorias de Justiças, pois, se já houve distribuição a uma determinada Promotoria de Justiça, ela já possui atribuições para funcionar perante o juízo de acordo com a Resolução n.º 002/2004-MP/CPJ, de 6 de maio de 2004, a qual modifica e consolida, no âmbito do Ministério Público do Estado do Pará, a composição das Promotorias de Justiça de Terceira Entrância do Estado do Pará e as atribuições dos cargos de Promotores de Justiças que as integram.

Assim, não faz sentido apurar um determinado fato delituoso e posteriormente denunciar pela forma *a quem couber por distribuição*. O Promotor que recebe a peça informativa deverá, por questões principiológicas, salvo algumas exceções[22], continuar a ação penal até o fim, e mais perante o juízo que possui atribuições para tal.

Por fim, ficou evidente também que, mesmo na hipótese em que o Ministério Público, de ofício, passar a investigar um fato delituoso, sem prejuízo da imparcialidade, poderá tomar todas as providências cabíveis, inclusive com o oferecimento da denúncia.

Portanto, agindo assim, haverá uma maior celeridade e segurança na tramitação dos feitos, principalmente porque, nesses tipos de procedimentos, mantendo-se a uniformidade no agente público, Promotor de Justiça, evitar-se-ão eventuais discrepâncias de entendimento, que tornam vulneráveis a unidade e a indivisibilidade do Órgão Ministerial, causando prejuízos em última análise à própria sociedade.

Além disso, até mesmo como um ponto de vista particular desses autores, entende-se que é preciso um maior fortalecimento no que tange ao controle de tramitação dessas peças de informações, tanto no controle do cumprimento dos prazos quando os mesmos são encaminhados à autoridade policial para instauração de inquérito, quanto

22 Eventual incompetência em razão da matéria, pessoa ou lugar da infração.

um postura mais ousada do Órgão Ministerial em baixar certos procedimentos investigatórios criminais, selecionandos àquelas condutas mais perniciosas na sociedade, combatendo com eficiência e celeridade o crime que assola a comunidade paraense, tanto nos chamados crime de massa, quando no crime organizado, como, por exemplo, o tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial:** doutrina, prática e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Método, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **O Ministério Público e suas investigações independentes**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. A decisão de arquivamento de inquérito policial gera coisa julgada? **Revista Jus Vigilantibus**, domingo, 16 abr. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/20846>. Acesso em: 24 jun. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

PROTESTO DE CDAs: MUTAÇÃO OU DEFORMAÇÃO NO PROTESTO DE TÍTULOS

Milton Augusto de Brito Nobre[*]
[1]

Sumário: Introdução; 1 O protesto de certidões de dívida ativa, no campo doutrinário; 1.1 Alguns exemplos da doutrina favorável ao protesto das CDAs; 1.2 A doutrina oposta; 2 Os precedentes dos tribunais; 3 *Quid Juris*; 3.1 O equívoco de que o protesto das CDAs atende a interesse público que se sobrepõe ao interesse particular do cidadão; 3.2 A falsa ideia de que o protesto configura um meio alternativo extrajudicial de cobrança da dívida ativa tributária e não tributária inscrita, com a vantagem de diminuir o número de ações judiciais; 3.3 O protesto das CDAs implica oneração desnecessária do contribuinte; 4 Derradeiras considerações

INTRODUÇÃO

A advertência de Hans Nef[1], tratando do problema da igualdade perante o direito, "somente pode transformar-se o que permanece", parece sinalizar como um farol para orientar quem se dedique ao exame dos conceitos e das definições dos institutos jurídicos, uma vez que ambos, embora tenham índole de permanência, sofrem alterações constantes em função de duas dimensões[2]: o tempo e o movimento.

Quando refiro a alterações constantes em função do tempo e do movimento, estou logo querendo afastar a ideia segundo a qual o significado dos termos científicos pode variar apenas na dependência do contexto teórico em que são empregados e vincular o sentido e o alcance dos institutos jurídicos ao fato inconteste de que, conforme atuam aquelas duas dimensões, perdem ou agregam qualidades acidentais, sem, contudo, sofrerem modificações nas suas qualidades essenciais.

Em outras palavras, como nada está parado, inclusive o próprio tempo, revela-se natural que, com o fluir da duração deste, os conceitos e as definições dos institutos jurídicos sofram transformações ou mutações, porém estes ou permanecem os mesmos, na medida em que conservam as suas qualidades essenciais, ou perdem identidade, quando passam por deformações, decorrentes de significativas alterações nos componentes da sua essência.

No caso do protesto de títulos, objeto central das minhas preocupações de momento, vetusto instituto do direito mercantil (modernamente denominado de direito

---

[*] Professor Emérito da Universidade da Amazônia (UNAMA), Professor Associado I de Direito Comercial da Universidade Federal do Pará (UFPA), Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará e membro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

1 Apud SOUZA, Daniel Coelho de. **Direito, justiça e igualdade**. Belém: CEJUP, 1980, p. 3.

2 Entenda-se aqui *dimensão* no sentido de plano ou direção na qual se possa desenvolver uma investigação científica.

empresarial), cuja aparição, conforme lecionou A. Saraiva[3], data do século XIV, e que sempre foi um simples *meio de prova* do descumprimento de obrigações incorporadas em títulos de crédito privados, cambiariformes ou não, a partir da segunda metade do século passado, começou a se firmar no nosso país o seu uso alternativo como *meio de execução extrajudicial* de cobrança, em evidente desvio de finalidade desse instituto.

Realmente, os bancos e outras instituições operadoras de crédito, financiamento e investimento, no afã de proteger seus ativos creditícios sem recorrer aos demorados e, por isso mesmo, custosos meios judiciais de cobrança, incentivaram a criação de verdadeiros "cadastros de maus pagadores", a partir de relações dos títulos protestados fornecidas pelos Cartórios de Protesto, com base nas quais, num primeiro momento, produziam-se periódicos que também resenhavam devedores sob execução judicial (*v.g.* o chamado *Monitor Mercantil*).

A inclusão nesses periódicos, que se seguia ao protesto, acarretando cerceamento automático de crédito, passou a exercer forte pressão sobre o devedor, coagindo-o a pagar a dívida com o simples apontamento do título, de modo a evitar a publicação.

Também muito contribuiu para que essa "nova concepção" se firmasse o fato de essas empresas financeiras terem passado a cobrar seus créditos vencidos e não pagos, por meio de seus departamentos jurídicos internos, compostos de advogados empregados, exclusivamente remunerados mediante salário fixo, no início, sem qualquer participação no resultado da cobrança, os quais, não tendo incentivo para maior empenho nas vias judiciais, orientavam o caminho do protesto, mesmo quando este era desnecessário como, por exemplo, para responsabilizar o emitente de uma nota promissória vencida pelo seu pagamento, o aceitante de uma duplicata mercantil em situação idêntica etc.

Essa prática, todavia, haveria de mais ainda se alastrar com o surgimento dos Serviços de Proteção ao Crédito (SPC), tendo sido o primeiro fundado, como associação civil, na década de 50 do século anterior no Rio Grande do Sul[4], e, posteriormente, com a criação da Centralização de Serviços de Bancos S/A (SERASA), em 1968, empresa privada que opera um banco de dados com dois segmentos: um, destinado a prestar informações a todo empresariado; outro, de acesso exclusivo das instituições financeiras e pelo qual, segundo Marco Antônio Pizzolato[5], são estabelecidos critérios de avaliação sobre o registro restritivo, impondo em face da pessoa ali cadastrada determinado grau de risco.

Ocorre que com o advento da Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, que define a competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos e dá outras providências, os "donos" dos Cartórios de Protesto, que sempre tiveram interesse em ampliar as possibilidades legais do protesto extrajudicial e, por via de consequência, dos serviços remunerados que prestam, terminaram favorecidos, em especial pelo disposto nos seus artigos 1.º, 29 e 30, estes dois últimos com a nova redação dada pela Lei n.º 9.841, de 5.10.1999, que também atendeu os interesses

---

3 SARAIVA, José A. **A cambial.** Rio de Janeiro: Typ. do Jornal de Commercio de Rodrigues & C., **1912,** p. 379.

4 OTTONI, Mara Ruth Ferraz. **Considerações sobre o funcionamento do SPC como banco de dados e sua abrangência nacional. Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1977, 29 nov. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12023>. Acesso em: 26 out. 2010.

5 PIZZOLATO, Marco Antonio. O SERASA e a ilicitude de seus atos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=668>. Acesso em: 26 out. 2010.

daqueles que, sob a justificativa de proteger o crédito, desviam a finalidade do protesto, transformando-o num meio indireto de cobrança.

Com efeito, a Lei n.º 9.492/97, desconsiderando a advertência a respeito dos perigos inerentes às definições[6], terminou definindo o protesto de títulos com um enunciado que abriu as portas para alterações, ora aplaudidas e ora criticadas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tendentes a transformá-lo, alternativamente, de *meio prova do descumprimento de obrigações incorporadas em títulos de créditos* extrajudiciais privados, cambiariformes ou não, em um *meio extrajudicial de cobrança* de dívidas, inclusive constantes de títulos públicos, judiciais ou não.

Em outras palavras, o protesto de títulos que, em mais de seis séculos de existência[7], sempre foi entendido como meio formal e solene comprobatório[8] da apresentação do título ao aceite, quando se trata de ordem de pagamento que comporte essa manifestação daquele contra o qual é dirigida, ou para pagamento, transformou-se em meio extrajudicial de execução forçada para cobrança, alternativo às ações judiciais, conforme anota Silvio de Salvo Venosa:

> De há muito o sentido social e jurídico do protesto, mormente aquele denominado facultativo, deixou de ter o sentido unicamente histórico para o qual foi criado. Sabemos nós, juristas ou não, que o protesto funciona como fator psicológico para que a obrigação seja cumprida. Desse modo, a estratégia do protesto se insere no *iter* do credor para receber seu crédito [...] Não pode, porém, o cultor do direito e o magistrado ignorar a realidade social. Esse aspecto não passa despercebido na atualidade. Para o magistrado Ermínio Amarildo Darold (2001:17) o protesto 'guarda, também, a relevante função de constranger legalmente o devedor ao pagamento [...] evitando, assim, que todo e qualquer inadimplemento vislumbre na ação judicial a única providência formal possível'[9].

Note-se que, quando se fala nessa nova finalidade do protesto, inclusive objetivando a cobrança forçada de títulos públicos como acontece com as Certidões de Dívida Ativa (CDA), dado o caráter unilateral e compulsório da dívida que representam, torna-se imperioso esclarecer sua validade jurídica, isto é, se tem fundamento de legalidade e se espelharia uma mutação no instituto do protesto, decorrente da transformação do seu objetivo, ou uma deformação provocada por um desvio de finalidade caracterizador de abuso.

---

6 *Omnia definitio periculosa est*, no dizer do brocado latino.

7 Veja-se, a respeito, SARAIVA, **1912,** p. 379.

8 Waldemar Ferreira assim define o protesto: "é o ato formal, praticado por oficial público, por que se prova ter sido a cambial apresentada ao sacado ou ao aceitante e a falta de aceite ou de pagamento. É ato extrajudicial. Independe de despacho ou de ordem de juiz ou de qualquer outra autoridade. Tem forma específica: a de instrumento público" (FERREIRA, Waldemar. **Instituições de direito comercial**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. 3, t. 1, p. 163). Na mesma direção sintetizou A. Ferrer Correia, referindo-se ao artigo 44, I, da Lei Uniforme de Genebra: "a recusa de aceite ou de pagamento deve ser comprovada por um acto formal (protesto por falta de aceite ou falta de pagamento)" (**CORREIA, António de Arruda Ferrer. Lições de direito comercial.** Coimbra: **Universidade de Coimbra, 1975,** p. 227).

9 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2005, p. 496.

1 O PROTESTO DE CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA, NO CAMPO DOUTRINÁRIO

No campo doutrinário são encontradas a respeito do protesto das CDAs tanto opiniões favoráveis, quanto manifestações contrárias, com argumentos de autoridade equivalente e em número não inferior, inexistindo, por isso mesmo, no momento qualquer indicativo da formação de um grupo de opinião majoritário em qualquer dos dois sentidos.

Por essa razão, parece-me adequado visitar, ainda que em passo rápido, alguns exemplos num e noutro sentido para, em seguida, proceder à verificação do panorama jurisprudencial, antes de manifestar minha crítica quanto à viabilidade do protesto desses títulos, no contexto legislativo em vigor.

1.1 ALGUNS EXEMPLOS DA DOUTRINA FAVORÁVEL AO PROTESTO DAS CDAS

A favor do seu cabimento, merece citação em primeiro lugar, pela largueza de sua opinião, Walter Ceneviva que, embora não mencione expressamente esses títulos, deixa-os compreendidos na ampla abrangência que atribui ao instituto:

> O protesto sempre e só tem origem em um instrumento escrito no qual a dívida seja expressa e cuja existência se comprove com o seu exame extrínseco [...]. O instrumento será título (referindo-se ao previsto nas leis comerciais ou processuais vigentes) ou outro documento, no qual a dívida não apenas esteja caracterizada, mas de cuja verificação resulte a clara informação do seu descumprimento. A tutela de interesses públicos e privados corresponde ao reconhecimento legal da eficácia do protesto, tanto no campo do direito privado como no do direito público, admitindo como credores e devedores os entes privados e os órgãos da Administração Pública direta e indireta, fundações e autarquias públicas[10].

Na mesma direção e com idêntica amplitude aponta o Parecer Normativo CGJ-SP n.º 76/2005, emitido pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, que sustenta a mudança de finalidade do protesto como sendo naturalmente decorrente do desenvolvimento das relações jurídicas, ressaltando:

> Que o intérprete não se deixe obnubilar por considerações sobre as origens do protesto, que o vinculam ao direito cambiário. [...] falta base para pretender que dito instituto permaneça eternamente agrilhoado ao berço, sem horizonte algum. Não será a primeira vez que uma figura jurídica originalmente concebida para viger num universo mais apertado terá seu espectro expandido com vistas ao entendimento de outras situações compatíveis com a sua natureza, por força de necessidades ditadas pelo desenvolvimento das relações jurídicas e pelo próprio interesse social.

10 CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e dos Registradores comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.

Sendo expresso e mais específico no mesmo sentido, Ermínio Amarildo Darold anota que as CDAs estão mencionadas no artigo 585 do Código de Processo Civil como "título executivo", deixando claro que todos aqueles títulos ali listados são passíveis de protesto:

> Indagação que muita polêmica tem causado diz respeito à possibilidade de levar-se a protesto certidão de dívida ativa.
> Após reflexão e análise dos textos legais pertinentes à espécie, inclinamo-nos a responder afirmativamente. Vê-se, em primeiro, que os títulos de crédito em geral são protestáveis (art. 1º, da nova Lei), e a C.D.A. também o é, estando inclusive, elencada como título executivo ao art. 585, VI, do CPC; em segundo, inocorre qualquer regra proibitiva ou excepcionadora ao protesto de tal espécie de título executivo[11].

Semelhante posição é sustentada por Mário Alberto Brandão, inclusive sob o argumento de que o processo de execução para cobrança da dívida fiscal causa maior coação e constrangimento ao devedor do que o protesto, ponderando que:

> Não se pode dizer que o protesto importa em coação e constrangimento. Trata-se de um procedimento previsto em lei como o é a execução, inclusive a fiscal. Se os provocasse, as execuções – civil e fiscal – causariam muito maior coação e constrangimento porque têm mais e maior força cogente: o intimado da indicação do título para ser protestado pode simplesmente não acatar a intimação, deixando de pagá-lo, e o procedimento acaba na lavratura do protesto; já o devedor, na execução, citado para pagar em 24 horas – e a citação é um ato com muito mais força que a intimação de protesto – tem que se defender através de advogado ou fica revel, e, de qualquer modo, a execução prossegue com a penhora – a defesa só pode ser apresentada por embargos após a penhora – que, se julgada subsistente, importa na perda dos bens penhorados que vão à licitação pública[12].

1.2 A DOUTRINA OPOSTA

As posições doutrinárias contrárias à validade do protesto das certidões da dívida ativa, na sua grande maioria, além de sustentar que há falta de fundamento legal para esse fim, por entender que a Lei n.º 9.492/97 não se refere expressamente a esses títulos, procura demonstrar o seu caráter abusivo. Para manter a mesma linha adotada na exposição das posturas favoráveis, ou seja, partindo da menção da manifestação de maior amplitude, encontra-se em Hugo de Brito Machado a oposição mais forte ao protesto das CDAs que, ao lado de afirmar a sua desnecessidade para a execução fiscal, critica a criatividade arrecadadora dos agentes Estado, assim analisando a matéria:

---

11 DAROLD, Ermínio Amarildo. **Protesto cambial**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 25.

12 BRANDÃO, Mario Alberto. **Protesto da certidão da dívida ativa.** Disponível em: <http://www.protestodetitulos.org.br/protesto_CDA.html>. Acesso em: 15 out. 2010.

> A cada dia está mais fortalecida nossa convicção de que o Estado é quem mais desrespeita o Direito nas relações tributárias. O Estado legislador viola frequentemente a Constituição elaborando leis que a contrariam. O Estado juiz não raras vezes viola a Constituição negando a proteção jurisdicional com a extinção de processos sem julgamento de mérito, por apego ao formalismo processual, como se o processo não fosse simples instrumento destinado à realização do Direito material, além de ser extremamente generoso no acolhimento das pretensões da Fazenda quanto ao mérito das questões tributárias. E o Estado administração quer sempre arrecadar mais e mais, sem a mínima preocupação com os limites que o Direito estabelecer, e busca sempre fórmulas para compelir o contribuinte ao pagamento de tributos, sejam devidos ou não, sendo notável a capacidade criativa de seus agentes, que amesquinham o Direito em detrimento do cidadão, esquecidos de que autoridade são apenas alguns e só durante algum tempo, enquanto cidadãos somos todos nós durante toda a vida.
>
> Vários exemplos de cada uma dessas formas de violação podem ser oferecidos e são na verdade conhecidos de quantos lidam em torno da relação de tributação. Neste artigo vamos cuidar de um deles, porque a ideia de protestar Certidões de Dívida Ativa da Fazenda Nacional é realmente mais uma dessas 'ideias brilhantes' postas a serviço do arbítrio. É um notável exemplo do uso artificioso ou distorcido de instrumentos jurídicos para a violação do Direito.
>
> Com a Portaria n.º 321, de 6 de abril de 2006, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, invocando o art. 1.º da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, estabeleceu que as Certidões de Dívida Ativa da União poderão ser levadas a protesto, antes do ajuizamento da ação de execução fiscal.
>
> O protesto de Certidão de Dívida Ativa no caso consubstancia um evidente abuso porque absolutamente desnecessário para a propositura da execução fiscal. E o que é pior, afronta o entendimento do Poder Judiciário manifestado já em decisão do Superior Tribunal de Justiça, como adiante se verá. Para demonstrar nossa tese começaremos examinando o conceito e a finalidade do protesto, para em seguida examinar seu descabimento em se tratando de certidões de dívida ativa, e finalmente examinaremos a utilidade que pode ter a citada portaria na luta contra o arbítrio estatal[13].

Na mesma sintonia, mas com explícita condenação ao desvio de finalidade que notoriamente resulta do protesto das CDAs, anota Christopher Rosin:

> O Poder Público, ao agir, deve sempre se pautar segundo o interesse público determinado na própria lei, observando a finalidade legal dos institutos. Assim, não pode a Administração, ainda que buscando o interesse público, agir fora dos 'trilhos' impostos pela norma.
>
> Dessa forma, considerando-se que a CDA já prova o inadimplemento e o descumprimento de obrigação documental; e que a finalidade

13 MACHADO, Hugo de Brito. Protesto de certidão de dívida ativa. **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará**, Fortaleza, ano 6, n. 11, p. 121-157, jan./jun. 2002. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/148.pdf>. Acesso em: 15 out. 2010.

> legal do protesto é exatamente a mesma, resta evidente a ausência de interesse jurídico da Administração Fazendária em levar a CDA a protesto.
> Mais do que isso, caso a Administração Fazendária leve a protesto a CDA, o fará notoriamente com a finalidade de receber o crédito descrito no documento, desviando, portanto, a finalidade do instituto.
> Ora, é inegável que a lei do protesto foi editada para o fim de provar a inadimplência do devedor, sendo esse um reclamo social, haja vista os serviços de proteção ao crédito. Dessa forma, a sua utilização para outra finalidade configura evidente desvio de vontade da lei, isto é, desvio de finalidade[14].

Daí não se afasta Silvia Bellandi Paes Figueiredo que critica duramente o protesto das CDAs, ressaltando:

> Conclui-se que a medida além de extremada e, desnecessária diante da presunção de liquidez e certeza da CDA, constitui desvio de finalidade do ato administrativo, ofende a legislação tributária, tanto o disposto no CTN quanto na Lei 6.830/80, cabendo ao Judiciário rechaçá-la, como de fato vem ocorrendo[15].

Em modo mais ponderado e situando a impossibilidade do apontamento ao protesto das CDAs na ausência de autorização legal, anota Aline Aparecida da Silva Tavares:

> Não estamos aqui querendo dizer que a Administração Pública deve ficar inerte e não buscar os meios e recursos que lhe possibilitem receber seus créditos, no entanto, não pode, com esse intuito, buscar novas formas de cobrança indireta como vem fazendo com o protesto de certidões da dívida ativa.
> Outrossim, em não havendo previsão legal no sentido de possibilitar ao Fisco adotar referido procedimento, está nítido o desrespeito ao princípio da legalidade, visto que referido princípio determina que a Administração deve se submeter aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato. Qualquer ação estatal sem o correspondente respaldo legal, ou que exceda ao âmbito permitido pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.
> Levando a protesto as certidões da dívida ativa, que em regra já prova o inadimplemento e o descumprimento de obrigação documental, sendo que a finalidade do protesto é exatamente esta, está claro que a Administração Pública está desvirtuando totalmente a finalidade do instituto do protesto, incorrendo, inclusive, se é que podemos estender a tal ponto, em excesso de exação. [...]
> Ainda que existam milhares e milhares de contribuintes em débito para com o Poder Público, não pode o mesmo desvirtuar a função do instituto do protesto, por ser um meio mais econômico aos cofres

14 ROISIN, Christopher. O protesto da certidão de dívida ativa e o desvio de finalidade da administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 860, 10 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7506>. Acesso em: 13 jan. 2010.

15 FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. **Ilegalidade dos protestos da CDA's**. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/49my/ilegalidade-dos-protestos-da-cdas-silvia-bellandi-paes-de-figueiredo>. Acesso em: 15 out. 2010.

> públicos. Caso tal situação seja confirmada, poderemos chegar ao absurdo de dizer que as sentenças proferidas contra a Administração Pública, principalmente as transitadas em julgado no sentido de determinar o pagamento de precatórios, poderão também ser protestadas[16].

Com igual linha de considerar a inexistência de autorização legal para autorizar o protesto das CDAs, também pensa Artur Salibe:

> Pois bem, não requer maior esforço – seja sob o ponto de vista da sua necessidade ou legitimidade – para se concluir que medidas como o protesto das certidões de dívida ativa extrapolam os parâmetros expressamente previstos no Código Tributário Nacional e na Lei nº 6830 para a cobrança da dívida ativa no âmbito federal, estadual e municipal, sendo somente utilizadas como meio coercitivo e vexatório para o recolhimento de tributos, o que já foi repelido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em situações análogas, que culminaram no enunciado das Súmulas nº 323 e 547[17].

Helenilson Cunha Pontes, por sua vez, destaca o risco a que estará exposto o contribuinte em decorrência do protesto das CDAs, em especial considerando-se que esses títulos muitas vezes são constituídos em completa ilegalidade:

> Maior polêmica ainda suscita o protesto das certidões de dívida ativa das Fazendas Públicas, haja vista o regime jurídico especial, de obediência a estrita legalidade, a que está sujeito o seu processo de constituição e cobrança. Não são raros os títulos executivos extrajudiciais emitidos pelas Fazendas Públicas (certidões de dívida ativa) eivados de completa ilegalidade, seja porque fundados em atos desprovidos de valor jurídico, seja porque muitas vezes contemplam dívidas já pagas pelo contribuinte. Diante deste quadro fático, permitir que tais documentos sejam levados a protesto, causando com isso sérias consequências à imagem do suposto devedor (contribuinte), seria uma temeridade[18].

2 OS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS

No ambiente jurisprudencial, contudo, a realidade tem sido bastante diferente na medida em que os nossos Tribunais têm-se pronunciado, torrencialmente[19], pela in-

---

16 TAVARES, Aline Aparecida da Silva. **Formas de recebimento dos créditos tributários regularmente constituídos e a pretensão da Administração Pública de levar a protesto as certidões da dívida ativa.** Disponível em: <http://www.escritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6673&>. Acesso em 15 out. 2010.

17 SALIBE, Arthur. O protesto da dívida ativa como alternativa às execuções fiscais. **Valor Econômico**, 27 fev. 2009. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/upload/tb_pinheironeto_release/pdf/090309152635ART_Valor_27_02_09.pdf>. Acesso em: 15 out. 2010

18 PONTES, Helenilson Cunha. **Protesto de dívida**. Texto ainda não publicado enviado ao autor por e-mail.

19 De fato, além de inexistirem decisões de Tribunais Superiores admitindo o protesto das CDAs, são ainda muito poucas as decisões das Cortes Estaduais nesse sentido, as quais vem sendo proferidas pelo TJSC, por algumas Câmaras Isoladas de Direito Público do TJSP e pelo TJMT.

validade do protesto das CDAs por entenderem que não há suporte de legalidade para esse fim, consoante comprovam os seguintes precedentes (os três primeiros do Superior Tribunal de Justiça e os demais das Cortes Estaduais):

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ.
> 1. Agravo regimental interposto em face de decisão que negou provimento a agravo de instrumento. Nas razões do agravo, sustenta-se, em síntese, que embora a certidão de dívida ativa seja reconhecida como um título executivo extrajudicial, a cobrança da dívida tributária tem natureza diferente dos outros títulos de caráter civil, não tendo a Lei 9.492/97 a abrangência pretendida pelo agravado.
> 2. *Não há necessidade de protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública. Se a CDA tem presunção relativa de certeza e liquidez, servindo inclusive como prova pré-constituída, o inadimplemento é caracterizado como elemento probante. Logo, falta interesse ao Ente Público que justifique o protesto prévio da CDA para satisfação do crédito tributário que este título representa.*
> 3. Agravo regimental não-provido[20].

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – PROTESTO PRÉVIO – DESNECESSIDADE – PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ – AUSÊNCIA DE DANO MORAL – DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – SÚMULA 284/STF.
> 1. Não demonstrada objetiva, clara e especificamente pelo recorrente a violação a dispositivo de lei federal, não há como se conhecer do recurso especial interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, a teor do disposto na Súmula 284/STF.
> 2. *A Certidão de Dívida Ativa além da presunção de certeza e liquidez é também ato que torna público o conteúdo do título, não havendo interesse de ser protestado, medida cujo efeito é só a publicidade.*
> 3. *É desnecessário e inócuo o protesto prévio da Certidão de Dívida Ativa.* Eventual protesto não gera dano moral in re ipsa.
> 4. Recurso especial do BANCO DO BRASIL S/A conhecido parcialmente e, nessa parte, provido.
> 5. Prejudicado recurso especial do MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS[21].

> TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 204 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A FALÊNCIA DO COMERCIANTE CONTRIBUINTE. MEIO PRÓPRIO PARA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO REGIME DE CONCURSO UNIVERSAL PRÓPRIO DA FALÊNCIA. ARTS. 186 E 187 DO CTN.

20 STJ. AgRg no Ag n.º 936.606/PR. Rel. Min. José Delgado. Julgamento em 6 de maio de 2008. Grifos nossos.

21 STJ. REsp n.º1.093.601/RJ. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgamento em 18 de novembro de 2008. Grifos nossos.

I – A Certidão de Dívida Ativa, a teor do que dispõe o art. 204 do CTN, goza de presunção de certeza e liquidez que somente pode ser afastada mediante apresentação de prova em contrário.
II – A presunção legal que reveste o título emitido unilateralmente pela Administração Tributária serve tão somente para aparelhar o processo executivo fiscal, consoante estatui o art. 38 da Lei 6.830/80. (Lei de Execuções Fiscais).
III – Dentro desse contexto, revela-se desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública.
IV – Afigura-se impróprio o requerimento de falência do contribuinte comerciante pela Fazenda Pública, na medida em que esta dispõe de instrumento específico para cobrança do crédito tributário.
V – Ademais, revela-se ilógico o pedido de quebra, seguido de sua decretação, para logo após informar-se ao Juízo que o crédito tributário não se submete ao concurso falimentar, consoante dicção do art. 187 do CTN.
VI – O pedido de falência não pode servir de instrumento de coação moral para satisfação de crédito tributário. A referida coação resta configurada na medida em que o art. 11, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45 permite o depósito elisivo da falência.
VII – Recurso especial improvido[22].

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO DE CDA TRIBUTÁRIA: IMPOSSIBILIDADE. Não pode a Certidão de Dívida Ativa, de natureza tributária, ser levada a protesto por falta de pagamento, o que somente pode ser feito em relação a títulos de utilização exclusivamente mercantil. Nem mesmo a Lei n.º 9.492/97 permite tal conduta, porquanto apenas estabelece ela a forma (rito ou procedimento) como títulos de utilização mercantil devem ser protestados, mas não revoga normas anteriores, que definem quais os títulos protestáveis, nos quais não se inclui a CDA tributária, que possui forma própria de cobrança, prevista no Código Tributário e na Lei nº 6.830/80. Assim, lei tributária que autoriza os protestos de CDA padece do vício da inconstitucionalidade, sendo, consequentemente, inaplicável. Tratando-se de erro grosseiro e, via de consequência inescusável, o protesto tirado em relação a ela, cabe indenização por danos morais a quem sofrer os efeitos do protesto, mesmo sendo esta pessoa jurídica (cf. Súmula n.º 227, do STJ), porquanto tem ela dupla finalidade: servir de reparação ao dano e, ao mesmo tempo, de instrumento pedagógico a quem o provoca, para que não seja ele repetido em relação a outros. Sentença modificada, em parte, à unanimidade[23].

MANDADO DE SEGURANÇA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS. INCLUSÃO DO NOME DO SUJEITO PASSIVO EM LISTA DE DEVEDORES E PUBLICAÇÃO DA LISTA PELO ESTADO. DESCABIMENTO. O crédito tributário dispõe de inúmeras garantias, privilégios e preferências previstos em lei, dos quais a Fazenda Pública não pode abrir mão (art. 141 do CTN). Por isso, afigura-se inadmissível o protesto da certidão de dívida ativa ou a adoção de outras medidas tendentes a constranger o sujeito passivo sem possibilidade de defesa. Precedentes do STJ e do TJRS. Nesse contexto, a publicação da lista dos devedores por parte do Poder Público tem a única e exclusiva

22 STJ. REsp n.º 287824/MG. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgamento em 20 de outubro de 2005. Grifos nossos.

23 TJRS. Reexame Necessário n.º 70004034203/RS. Rel. Roque Joaquim Volkweiss. Julgamento em 21 de agosto de 2002. Grifos nossos.

finalidade de constranger moral e politicamente os devedores sem utilizar-se dos meios constitucionais adequados do contraditório e da ampla defesa. Ademais, não há cogitar de aplicação do princípio da publicidade e transparência, pois a lista não consagra a situação de tais débitos e muito menos as medidas jurídicas e judiciais que foram tomadas para a pronta cobrança. *A publicidade ou até mesmo a inscrição do nome do devedor nos chamados órgãos de proteção ao crédito não é meio de cobrança de dívida, para o que existe o devido processo legal, ao qual têm de se submeter todos aqueles que possuem valores a receber de outrem, não se justificando que apenas alguns credores tenham o privilégio de constranger seus devedores sem se submeter ao devido processo legal, em especial quando se trata de credor que já possui privilégios especiais (arts. 186 e 187 do CTN). A publicação somente acarreta prejuízos ao devedor e não traz nenhuma vantagem para o credor, não passando por isso de constrangimento ilegal que não se justifica.* ORDEM CONCEDIDA POR MAIORIA[24].

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL – SUSTAÇÃO DE PROTESTO – *PROTESTO DE TÍTULO ADVINDO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA MUNICIPAL – INADMISSIBILIDADE* – SENTENÇA CONFIRMADA. *A Certidão de Dívida Ativa não se equipara a título cambial (Lei n.º 6690/79), sendo, pois, inviável e insuscetível de protesto extrajudicial, traduzindo-se, assim, o protesto em meio de coerção sobre o contribuinte*[25].

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PROTESTO – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – IPTU – DÉBITO FISCAL POSSUI PROCEDIMENTO PRÓPRIO PARA COBRANÇA – PROTESTO INDEVIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.
A certidão de dívida ativa é título executivo extrajudicial que, justamente por gozar de presunção de certeza e liquidez, por si só, já preenche os requisitos do art. 1º da Lei nº 9.492/97, ou seja, prova o crédito da Fazenda Pública, ao mesmo tempo em que atesta a inadimplência e o descumprimento de obrigações por parte do devedor, o que já é mais do que suficiente para dizer que, além de não haver previsão legal no sentido de permitir à Fazenda Pública levar seus títulos a protesto, simplesmente a mesma não possui interesse jurídico para tanto. Levando a protesto as certidões da dívida ativa, que em regra já prova o inadimplemento e o descumprimento de obrigação documental, sendo que a finalidade do protesto é exatamente esta, está claro que a Administração Pública está desvirtuando totalmente a finalidade do instituto do protesto, incorrendo, inclusive, em excesso de exação[26].

APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR E AÇÃO ANULATÓRIA DE PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. *SENTENÇA QUE, ACERTADAMENTE, DETERMINOU O CANCELAMENTO DEFINITIVO DO PROTESTO. CDA QUE GOZA DE PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. IMPERTINÊNCIA DO PROTESTO PARA COMPROVAÇÃO DO*

24 TJRS. MS n.º 70013421557/RS. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento em 1.º de setembro de 2006. Grifos nossos.

25 TJMG. Ap. cível n.º 1.0051.03.007763-3/001/MG. Rel. Francisco Figueiredo. Julgamento em 23 de novembro de 2004. Grifo nosso.

26 TJMT. Segunda Câmara Cível. Recurso de Ap. cível n.º 60259/2008/MT. Rel. Des. Donato Fortunato Ojeda. Julgamento em 29 de abril de 2009. Grifos nossos.

INADIMPLEMENTO. MEDIDA DESNECESSÁRIA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO EXECUTIVA FISCAL. INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO. LEI N.º 9.492/97. NÃO ALCANÇE AOS TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. PROTESTO INDEVIDO E ABUSIVO. MEDIDA DE COAÇÃO PARA PRONTO PAGAMENTO, SEM POSSIBILITAR A DEFESA DO CONTRIBUINTE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. *1. Por possuir presunção de certeza e liquidez, a inscrição regular pressupõe a inadimplência do contribuinte, sendo prova suficiente do não cumprimento da obrigação tributária, o que dispensa qualquer outra providência da Fazenda Pública para exercitar seu direito de cobrança através do meio legal adequado. O ente credor dispõe de prerrogativas e procedimentos próprios para poder cobrar seus créditos tributários, que é a Lei de Execução Fiscal n.º 6.830/80. 2. Eventual agilidade na obtenção dos créditos não basta para legitimar o aponte para protesto de títulos da dívida pública porque, além de não haver interesse jurídico e nem expressa previsão na legislação específica, não se pode subtrair do contribuinte um direito assegurado constitucionalmente, que é a ampla defesa*[27].

RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral – Obrigação de Fazer – Inocorrência de erro de julgamento – Inscrição junto aos órgãos de proteção ao crédito em decorrência de protesto de dívida fiscal municipal – Alegação de quitação promovida mediante consignação em pagamento extrajudicial – *Impossibilidade de protesto da certidão de dívida ativa – Instrumento revestido da presunção de liquidez e certeza (art. 204 do CTN) – Dívida que deve ser exigida através do mecanismo previsto na Lei n.° 6.830/80 – Cancelamento do protesto e consequente envio do nome do autor para o rol dos inadimplentes* – Inocorrência, contudo, do dano moral alegado, diante da existência da dívida – Entendimento do E. STJ – Ação parcialmente procedente – Sucumbência recíproca – Recurso provido em parte[28].

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. *Impossibilidade de protesto extrajudicial de certidão da dívida ativa. Pretensão da Fazenda que deve se resumir na coerção exercida sobre o contribuinte inadimplente por via legal, qual seja, a ação executiva. Certidão da dívida ativa não é título cambial.* Imunidade da autora em relação ao imposto sobre serviços por se tratar de entidade assistencial. DANOS MORAIS. Inexistência de efetivo abalo moral pela atitude da municipalidade ré. Apelação parcialmente provida[29].

É bem verdade que mais recentemente alguns Tribunais de Justiça têm cedido à insistente argumentação do Fisco e admitido o protesto de CDAs, como servem de exemplo os seguintes arestos:

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – PRELIMINAR REJEITADA – PROTESTO

27 TJPR. Terceira Câmara Cível. Ap. cível n.º 541.243-1/PR. Rel. Des. Manassés de Albuquerque. Julgamento em 27 de janeiro de 2009. Grifos nossos.

28 TJSP. Décima Nona Câmara de Direito Privado. Ap. n.º 1.278.180-1. Rel. Des. Sebastião Alves Junqueira. Julgamento em 11 de maio de 2009. Grifos nossos.

29 TJSP. Décima Oitava Câmara de Direito Público. Ap. cível com revisão n.º 910.386-5/9-00. Rel. Marcondes Machado. Julgamento em 16 der julho de 2009. Grifo nosso.

DE CDA – POSSIBILIDADE – APLICABILIDADE DA LEI N.º 9492/97 E PROVIMENTO N.º 19/2007/CGT-MT – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Se até o momento do protocolo da ação, não houve comprovação de que o protesto se efetivou, o pedido para que o credor se abstenha de protestar o título é juridicamente possível, podendo o juiz apreciar a lide nos limites em que foi proposta. *O artigo 10 da Lei n.º 9492/97 permite o protesto de títulos ou qualquer outro documento de dívida. Sendo a CDA um título executivo extrajudicial, não há óbice para a Fazenda Pública efetuar a cobrança da dívida ativa mediante protesto extrajudicial, vez que a Lei de Execução cuida da cobrança judicial da Dívida Ativa e o protesto notarial é procedimento extrajudicial disponibilizado a todo credor como um instrumento de exercício regular de direito no recebimento de seu crédito* (art. 1.º, 3.º e 10, da Lei n.º 9492/97, art. 585, VI, do CPC e Provimento n.º 19/2007/CGT-MT). O protesto levado a efeito obedece ao princípio da legalidade[30].

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação declaratória – Pedido de antecipação parcial da tutela para suspensão dos efeitos do protesto da Certidão de Dívida Ativa – *Possibilidade de protesto – Inteligência do art. 1.º , da Lei n.º 9.492/97, que amplia a competência dos cartórios para protestarem outros títulos de dívida que não sejam apenas cambiais* – Agravo improvido[31].

APELAÇÃO – Ação Anulatória – ISS – Auto de infração – Protesto – Possibilidade de protesto – Inteligência do art. 1.º, da Lei n.º 9.492/97, que amplia a competência dos cartórios para protestarem outros títulos de dívida que não sejam apenas cambiais – *Existência de Lei Municipal autorizando a Fazenda Pública a enviar a protesto certidões de dívida ativa – Competência do Município para regular os mecanismos extrajudiciais para satisfação do crédito* – Sentença reformada – Recurso provido[32].

MEDIDA CAUTELAR – Sustação de protesto – Nulidade de ato jurídico, aduzindo ser indevido protesto de certidão de dívida ativa – *Lei n.º 11.331/02 e parecer normativo 076/05-E da Corregedoria Geral de Justiça autorizam o protesto de certidão de dívida ativa* – Recurso não provido[33].

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Cautelar de sustação de protesto de CDA – Decisão que negou a possibilidade de protesto de certidões de dívida ativa municipal – *Inteligência do art. 1.º, da Lei n.º 9.492/97, que amplia a competência dos cartórios para protestarem outros títulos de dívida que não sejam apenas cambiais – Existência de lei municipal autorizando a Fazenda Pública a enviar a protesto*[34].

30 TJMT. Quinta Câmara Cível. AI n.º 51771/2008. Rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha. Julgamento em 30 de setembro de 2008. Grifos nossos.

31 TJSP. Décima Quinta Câmara de Direito Público. AI n.º 826.681-5/8-00. Rel. Rodrigo Enout. Julgamento em 16 de abril de 2009. Grifos nossos.

32 TJSP. Décima Quinta Câmara de Direito Público. Ap. com revisão n.º 447.497-5/5-00. Rel. Eutálio Porto. Julgamento em 30 de outubro de 2008. Grifos nossos.

33 TJSP. Terceira Câmara de Direito Público. Ap. com revisão n.º 915.925-5/6-00. Rel. Magalhães Coelho. Julgamento em 21 de julho de 2009. Grifo nosso.

34 TJSP. Décima Quinta Câmara de Direito Público. AI n.º 736.715-5/3-00. Rel. Rodrigo Enout. Julgamento em 31 de julho de 2008. Grifos nossos.

3 QUID JURIS

Ora, diante de tão radical desencontro na doutrina e, sobretudo, considerando que a jurisprudência mais recente, embora ainda minoritária, tende a afirmar a validade do protesto das CDAs, penso que essa postura (de grande interesse para o fisco e do notório agrado dos cartórios de protesto), no contexto legislativo em vigor, não revela o bom direito por considerações de três ordens:

a) o equívoco de que o protesto das CDAs atende a interesse público que se sobrepõe ao interesse particular do cidadão;

b) a falsa ideia de que o protesto configura um meio alternativo extrajudicial de cobrança da dívida fiscal inscrita, com a vantagem de diminuir o número de ações judiciais;

c) o protesto das CDAs onera desnecessariamente o contribuinte.

3.1 O EQUÍVOCO DE QUE O PROTESTO DAS CDAs ATENDE A INTERESSE PÚBLICO QUE SE SOBREPÕE AO INTERESSE PARTICULAR DO CIDADÃO

Embora não seja aqui apropriado o aprofundamento do chamado princípio da supremacia do interesse público, quer para negar sua validade ou demonstrar o seu vazio conceitual, como de maneira precursora fez Humberto Bergmann Ávila[35], quer para fixar os contornos que os estudiosos do direito administrativo lhe têm dado mais recentemente[36], parece-me importante anotar que o argumento baseado em concepção *forte* desse princípio, vale dizer, como um pressuposto abstrato, para sustentar a viabilidade do protesto das CDAs é totalmente equivocado.

Com efeito, o interesse público propriamente dito, isto é, o equivalente ao interesse de toda a sociedade, que Luis Roberto Barroso, com muita propriedade, chama de interesse público primário, não se configura no protesto das CDAs, uma vez que nesse caso há apenas o interesse das pessoas jurídicas de direito público, enquanto partes da relação jurídica tributária ou não tributária (Fazenda Pública), ou seja, o interesse de arrecadar, o que o mencionado mestre denomina de interesse público secundário, lecionando:

> O interesse público secundário – i.e., o da pessoa de direito público, o do erário – *jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular*. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos

35 ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O direito público nos tempos de crise:** estudos em homenagem a Ruy Ruben Rushel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99.

36 Veja-se, entre outros, a esse respeito: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *vs.* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In*:* **SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos *versus* interesses privados:** desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005, p. 1; SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>. Acesso em: 26 out. 2010; OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun. 2000, p. 98.

normativos e fáticos relevantes para o caso concreto[37].

Como entendo ser esse o verdadeiro alcance do mencionado princípio, tenho para mim que, tratando-se do protesto das Certidões de Dívida Ativa, dúvida alguma pode existir de que a ponderação do princípio[38] secundário (é dizer: no sentido *fraco*) da supremacia do interesse público sobre o do particular deverá ser em face do princípio da legalidade, este sim, obviamente, no sentido *forte*, uma vez que o campo da facultatividade de legal não está aberto ao amplo agir administrativo, isto porque a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei (*restius*: o ordenamento) **lhe autoriza** e, em especial, no caso da Fazenda Pública, que tem sua ação vinculada à tipicidade e à estrita legalidade ou **reserva absoluta da lei formal**[39].

Acontece que no âmbito do ordenamento que organiza e norteia o nosso sistema tributário e a cobrança da dívida ativa, a partir da Constituição da República, passando pelo Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), que regula as bases da constituição e do pagamento dos créditos tributários, bem como trata da inscrição e certificação da dívida ativa, até chegar à Lei n.º 6.830, de 1980, que dispõe das execuções fiscais e, portanto, da cobrança judicial das CDAs, **não há nenhuma regra que direta ou indiretamente autorize o protesto desses títulos públicos** que, além de constituírem **prova específica** da inadimplência e do descumprimento **de uma obrigação tributária ou não tributária vencida e não paga,** gozam – é bom lembrar – da presunção de liquidez e certeza, estando legalmente garantidos por privilégios especiais, em comparação com aqueles que protegem os títulos e outros documentos de dívida de natureza privada.

Ora, essa constatação basta, por si mesma, para conduzir à conclusão incontornável de que, não estando **legalmente autorizado**, o protesto das CDAs está *ipso facto* **vedado**, não sendo, portanto, tecnicamente possível que a Fazenda Pública possa tirá-lo, mesmo recorrendo ao princípio secundário da supremacia do seu interesse sobre o do particular (pessoa física ou jurídica) que, nesse caso, evidentemente não resulta preponderante na ponderação feita frente ao princípio da estrita legalidade a que aquela está sujeita.

Note-se que o fundamento de sustentação da licitude do protesto das CDAs é construído numa interpretação bastante ampliativa da definição dada ao instituto do protesto extrajudicial pelo artigo 1.º da Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, que está assim redigido: "Art. 1.º Protesto é o ato formal e solene pelo **qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida".**

Esse dispositivo, todavia, constante de uma lei cuja leitura integral deixa claro, em primeiro plano, que na sua elaboração houve forte influência de interesses dos Cartórios de Protesto, embora tenha uma redação dotada de certa vagueza, exatamente para

37 BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos *versus* interesses privados:** desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15, grifo nosso

38 Preferia dizer, seguindo as observações do douto professor e hoje Ministro aposentado do STF Eros Grau, ponderação dos valores que lastreiam um e outro princípio, na medida em que estes é que são, na verdade, ponderáveis. Todavia, como é usual se falar em ponderação de princípios e não estou em sede acadêmica, bem como não pretendo alongar-me em demasia, faço apenas esta ressalva.

39 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Protesto de débitos fiscais. **Gazeta Mercantil**, 24 maio 2006. Disponível em: <http://www.gandramartins.com.br/mobile/artigosDetalhe.aspx?id=156>. Acesso em: 13 jan. 2010.

facilitar grande amplitude interpretativa, de modo a facultar o protesto do maior número possível de documentos de dívida e, em consequência, propiciar mais faturamento aos titulares daquelas serventias, com a ampliação do que antes era restrito aos chamados títulos cambiais e cambiariformes, não permite uma leitura que avance além da barra do princípio da estrita legalidade formal, o qual, como dito, prepondera no caso. E essa leitura não é admissível, mormente por quatro razões:

a) a primeira, porque o protesto, sendo por definição legal, apenas e tão somente, o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida, apresenta-se totalmente desnecessário no caso das CDAs, **uma vez que estas já constituem a prova formal e solene da inadimplência e do descumprimento de obrigações tributárias ou não tributárias vencidas;**

b) a segunda, porque o protesto, em especial o tecnicamente chamado de facultativo, por não ter como finalidade assegurar direito de regresso ou guarnecer pedido de falência, visa garantir a publicidade do descumprimento de uma obrigação constituída entre particulares, no plano de típicas relações privadas ou de coordenação, vale dizer, convoladas por livre vontade e interesse das partes, sendo, portanto, dispensável no caso das CDAs, **pois estas são títulos públicos, que incorporam obrigações tributárias ou não tributárias vencidas e não pagas, resultantes de uma relação essencialmente pública, sendo as primeiras, isto é, as tributárias, que constituem a mais significativa parcela dos créditos públicos, tipicamente de imposição, uma vez que independem e até contrariam a vontade de uma das partes (a do contribuinte);**

c) a terceira, porque, sendo o protesto da CDAs **inútil como prova do inadimplemento de dívida para com a Fazenda Pública e desnecessário para a publicidade desse inadimplemento,** salta aos olhos que a pretensão de tirá-lo visa apenas alcançar a inscrição do devedor no SERASA e em outros cadastros de inadimplentes (*v.g.*: SPC), **como se não bastassem, consoante acontece no caso de dívidas com o Fisco Federal, as restrições resultantes da inclusão daquele no CADIN[40], que decorre automaticamente do assentamento do crédito tributário em dívida ativa**, conforme dispõe o § 4.º do artigo 2.º da Lei n.º 10.552, de 2002, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009, o que termina por transformar o instituto do protesto em meio de cobrança, isto é, em ato da Administração praticado com desvio de finalidade ou ato abusivo, que tem apenas o efeito de causar dano ao contribuinte, muitas vezes sem proveito para o Erário;

d) finalmente, a quarta, porque o protesto das CDAs, sendo desnecessário à realização da cobrança da dívida para com a Fazenda Pública[41] e, ainda, dele decorrendo a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes que acarretam graves restrições creditícias e, portanto, na prática, ao direito de exercer atividade econômica, sem nenhuma possibilidade do exercício do direito de prévia defesa pelo prejudicado, configura-se como sanção indireta ou "sanção política", já que visa, tão somente, coagi-

40 Lembro que os Estados e municípios de maior porte possuem cadastros semelhantes. O município de São Paulo foi precursor, criando pela Lei n.º 14.094, de 6 de dezembro de 2005, o CADIN Municipal, e o Estado de São Paulo, pela Lei n.º 12.799, de 11 de janeiro de 2008, criou o CADIN Estadual.

41 Cumpre aqui lembrar que a cobrança judicial da Dívida Ativa está regulada pela Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, alterada pela Lei n.º 11.051, de 2004, e pela Lei n.º 11.960, de 2009.

lo ao pagamento do que o Erário, de modo unilateral, julga devido, procedimento que tem sido reiteradamente censurado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, sobretudo em matéria tributária, como exemplifica o seguinte precedente:

> SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA[42].

Em face do até aqui exposto, tenho como certo que a inexistência de lei – e, digo logo, **lei federal,** em razão do disposto no artigo 22, incisos I e XXV, c/c o artigo 236 da Constituição da República[43] – autorizando o protesto das CDAs implica vedação incontornável, para que se sustente a sua licitude, com amparo apenas na via interpretativa de uma disposição de lei que notoriamente não permite essa compreensão, por mais boa vontade que se tenha em satisfazer os interesses de arrecadação da Fazenda Pública, conforme têm decidido majoritariamente os nossos Tribunais.

Note-se que foi motivado por essa posição jurisprudencial majoritária, contrária à licitude do protesto das CDAs na legislação em vigor, conforme declara em sua justificação[44], que o Senador Demóstenes Torres apresentou o Projeto de Lei n.º 150/2008, ainda em tramitação no Congresso, o qual altera a Lei n.º 9.492, de 1997, e a Lei n.º 10.169, de 29 de dezembro de 2000, para permitir o protesto da Certidão de Dívida Ativa, acrescentando, na primeira, o seguinte artigo: "Art. 10-A Poderá ser protestada a Certidão da Dívida Ativa (CDA) que preencher os requisitos da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980".

---

42 STF. RE n.º 402.769. Rel. Min. Celso de Mello.

43 Cabe essa imediata ressalva, em razão de alguns Estados terem editado leis para regular o protesto de CDAs e, até mesmo, Corregedorias de TJs estarem fazendo o mesmo através de Provimento. Essas iniciativas, porém, padecem de inconstitucionalidade manifesta. A Constituição, nas disposições citadas, submeteu o regramento da matéria à lei federal.

44 Lê-se na referida justificação: "Embora a Lei n.º 9492, de 1997, não seja explícita no sentido de proibir o protesto da CDA, a jurisprudência dos tribunais entendeu que a CDA não é título passível de ser protestado. Desse modo, a alteração da referida norma é medida necessária". Ressalto, porém, que, na matéria de que se trata, a lei não precisa ser explícita em proibir, basta silenciar a respeito. De qualquer forma, embora guardando reservas, reconheço que a alteração legislativa é o caminho correto para a mudança pretendida, motivo pelo qual também sou inconveniência da recomendação que se busca com este PP.

3.2 A FALSA IDEIA DE QUE O PROTESTO CONFIGURA UM MEIO ALTERNATIVO EXTRAJUDICIAL DE COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA E NÃO TRIBUTÁRIA INSCRITA, COM A VANTAGEM DE DIMINUIR O NÚMERO DE AÇÕES JUDICIAIS

A respeito desses dispositivos da "lei de protesto", abro espaço para fazer mais as seguintes observações que me parecem oportunas:

a) o artigo 1.º da mencionada lei teve o nítido propósito de ampliar o alcance do protesto, ao defini-lo como prova formal e solene da inadimplência e do descumprimento de obrigação originada em títulos e *outros documentos de dívida*, expressões cuja vagueza, conforme já sublinhei, tem servido de escora ao argumento da minoria que sustenta a licitude do protesto das CDAs, conclusão que, com todas as vênias, não resiste a uma interpretação sistemática (como tecnicamente sempre deve ser) da própria lei na qual está inserida[45], isto por que os títulos mencionados em seu bojo e o disposto no artigo 21, § 4.º, não deixam dúvida que se referem a obrigações contraídas entre particulares, afinal não soa razoável pretender que o legislador, no citado dispositivo, tenha se referido também à Fazenda Pública sob o tratamento genérico de *credor* ;

b) a nova redação dada aos artigos 29 e 30, ao transformar de facultativo em obrigatório o fornecimento, pelos Cartórios de Protesto, de certidões diárias[46] às entidades representativas da indústria e do comércio, bem como àquelas "vinculadas à proteção do crédito", e, ainda, possibilitar que sejam fornecidas a qualquer interessado, desde que requeridas por escrito, o que antes só se podia fazer em favor do devedor ou por determinação judicial, fortaleceu o desvirtuamento do protesto.

Contudo, acredito que esse desvio da finalidade do protesto, para transformá-lo em meio de cobrança, embora seja relativamente eficiente no caso de dívidas incorporadas em títulos ou constantes em documentos equiparados, celebrados entre particulares, ao contrário do que sustentam alguns, penso que certamente não terá a mesma eficiência com a finalidade de assegurar uma redução significativa do número das ações judiciais em tramitação no Poder Judiciário, embora possam até, num primeiro momento, diminuir as execuções fiscais de cobrança das CDAs.

De fato, no caso dos títulos de crédito ou dos documentos de dívida equiparados, como resultam, consoante antes mencionei, de relações jurídicas privadas ou de coordenação, as quais são constituídas mediante livre manifestação de vontade das partes, ainda que, alguns dos primeiros, formalizem-se com a promessa unilateral de pagamento feita pelo devedor em favor do credor, a concordância ou o reconhecimento antecipado do valor devido, faz com que a publicidade do inadimplemento provado pelo protesto,

---

45 A exata compreensão do que a lei tratou como "outros documentos de dívida" foi estabelecida pelo e. Professor Theophilo de Azeredo Santos: "*Documentos de Dívida são todos aqueles em que há, inequivocamente, a indicação de relação de débito e crédito entre instituições financeiras, sociedades comerciais, industriais, agrícolas ou de serviços e, também, entidades civis e seus clientes (compradores ou usuários) e, ainda, entre pessoas físicas. Assim, a Lei n.º 9.492/97 deixou margem para que outros documentos que vierem a ser criados pelos usos ou costumes (v.g.: faturas de cartão de crédito, contratos de 'factoring') ou por lei posteriores, sejam agasalhados pelo citado art. 1º*" (SANTOS, Theophilo de Azeredo. Protesto. **Boletim informativo do Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil**, Seção do Rio de Janeiro, n. 8, ano 1, dez. 2002, grifos nossos). Note-se que o douto mestre, indiscutivelmente uma das maiores autoridades brasileiras na matéria, não fez qualquer referência sobre as CDAs e, embora mencione "outros documentos que vierem a ser criados pelos usos e costumes [...] ou por lei", pelos exemplos que cita (faturas de cartão de crédito e contratos de *factoring*), fica evidente que, segundo entende, a lei, na ampliação, visou apenas documentos de relação de débito e crédito entre particulares.

46 O texto original, além de apenas facultar, não estabelecia o fornecimento diário, sendo óbvio que este não é gratuito.

com a consequente negatividade que resultará da inscrição do devedor nos cadastros dos serviços "vinculados à proteção do crédito" (SPC, SERASA etc.), tenha a eficácia de coagi-lo a saldar o débito, como modo de evitar aquele efeito decorrente da inscrição nos referidos cadastros.

Daí por que nesses casos, em grande parte[47], o devedor só opta por ajuizar alguma ação com o objetivo de evitar ou elidir o protesto quando não deve, ou não deve toda a quantia constante do título ou do documento, bem como quando há algum defeito formal que impeça a lavratura do ato cartorial, o que implica ocorrer o pagamento do valor devido sem provocar aumento no número de processos de execução, favorecendo a ideia de que o instituto do protesto, associado à inscrição nos SPCs ou na SERASA, constitui um meio eficiente de cobrança alternativo ao ingresso nas vias judiciais[48].

Parece-me, contudo, ilusório ou, quando pouco, incerto se pensar – sem dados resultantes de pesquisa – que o mesmo acontecerá com o protesto das CDAs e a consequente inscrição do contribuinte naqueles cadastros, isto porque esses títulos, especialmente os que consubstanciam obrigações tributárias, os quais constituem a sua maior parcela, são decorrentes de uma relação de imposição, constituída de modo unilateral e, também, conforme já anotei, à revelia e até contra a vontade do devedor (contribuinte), que, mesmo quando participa do aperfeiçoamento do chamado *fato gerador* ou do lançamento (no caso de lançamento por declaração), não significa que esteja manifestando adesão ou concordando, sobretudo, com o valor da dívida resultante da exação.

Diante dessa realidade, tenho como certo que, ao contrário do que ocorre com o protesto das cártulas ou documentos que incorporam obrigações creditícias privadas, o apontamento das CDAs vai desencadear uma intensa chuva de medidas cautelares de sustação cumuladas ou não com ações anulatórias, ações de cancelamento, e, ainda, de responsabilidade civil do Estado por dano moral, sendo que, quanto a estas, não obstante já existam alguns precedentes do STJ concluindo pela improcedência, essa orientação dificilmente se consolidará no geral, até porque a aferição judicial da ocorrência de dano moral é extremamente suscetível de variação caso a caso.

3.3 O PROTESTO DAS CDAs IMPLICA ONERAÇÃO DESNECESSÁRIA DO CONTRIBUINTE

Embora já tenha feito alusão ao fato de que a grande massa das CDAs, tanto as emitidas pela Fazenda Federal, quanto as das Fazendas Estadual e Municipal, se refere à dívida tributária, esse fato merece ser lembrado porque, não existindo autorização legal expressa para o protesto desses títulos, com a sua consequente inscrição, não apenas no CADIN, mas em cadastros de instituições "de proteção ao crédito", essa prática, sem dúvida, constitui um meio vexatório e mais gravoso de cobrança de tributo ou de contribuição, na medida em que, além de expor o contribuinte a restrições de ordem econômica e social, o obriga a arcar com as despesas cartoriais.

E essa circunstância, ou seja, de ser um meio vexatório e mais gravoso de

47 Digo, assim, em grande parte, porque não deixam de ser correntes os casos meramente protelatórios.

48 A respeito dessa eficiência, penso que se deve meditar um pouco mais, pois no ano de 2002, segundo informa Celso Marcelo de Oliveira, a SERASA já possuía 115 milhões de CPFs inscritos no cadastro restritivo (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Cadastro de restrição de crédito e a visão do Superior Tribunal de Justiça. Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3017>. Acesso em: 26 out. 2010).

cobrança da dívida fiscal, faz com que essa prática por entes estatais, ao lado de não ter fundamento ético que lhe assegure legitimidade e, portanto, validade jurídica[49], torna o servidor responsável pelo apontamento da CDA sujeito a responder pelo crime de excesso de exação, consoante dispõe o artigo 316, § 1.º, do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 316.
> § 1.º *Se o funcionário exige tributo ou contribuição social* que sabe ou deveria saber indevido, ou, *quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza*:
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa[50].

Relembro aqui que, se tratando de obrigação creditícia existente entre particulares, justifica-se o protesto, mesmo quando tecnicamente facultativo, uma vez que, como já mencionado, houve livre concordância do devedor em relação ao valor devido e à data do pagamento, o que não acontece com a obrigação de dívida imposta unilateralmente pela Fazenda Pública.

Em resumo, mesmo deixando de lado a questão de ordem penal que pode decorrer do protesto das CDAs sem expressa autorização legal, parece-me oportuno ainda anotar que, quando pouco, pode contribuir para que seja onerado, de modo injustificável[51] e gravoso, o pequeno contribuinte (pessoa física) de baixa renda, mas que se coloque na faixa de tributação (pense-se, *v.g.*, o devedor do IPTU, uma vez que as chamadas faixas de isenção são cada vez menores).

4 DERRADEIRAS CONSIDERAÇÕES

A questão de ser ou não legalmente possível, *de lege data*, o protesto das CDAs, como meio de compelir o devedor a pagar a quantia líquida constante desse título extrajudicial, em que pesem as manifestações favoráveis existentes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, parece-me só comportar uma resposta reveladora do bom direito pela negativa, como antes demonstrado.

Porém, não só isto. Creio que, mesmo numa perspectiva *de lege ferenda*, não há acerto na defesa de uma mudança nessa direção, mesmo porque, induvidosamente, não é esse ato cartorial, ou seja, o protesto, que tem, tal como acontece no caso dos devedores por títulos extrajudiciais protestados, a força de coagir o cumprimento da obrigação e sim os efeitos restritivos que resultam da inscrição daqueles no SPC, na SERASA ou em outras entidades vinculadas à proteção do crédito, inscrições essas que, por sua vez, decorrem de relações fornecidas às citadas entidades pelos Cartórios de Protesto, nos termos do artigo 29 da Lei n.º 9.492, de 1997, embora isso não signifique que só possam

49 Não cabem aqui, em razões dos limites decorrentes dos propósitos deste estudo, maiores considerações a respeito desse ponto. Contudo, não é supérfluo anotar que, vencida a velha separação positivista entre moral e direito, ninguém mais sustenta que a aplicação do direito pode ser juridicamente válida sem que tenha fundamento ético. Assim, como não pode ser considerada ética uma prática vexatória de cobrança e que impõe unilateralmente ao devedor um ônus desnecessário, agravando o valor a pagar, penso que, a toda evidência, não pode ser considerada válida sob a ótica do direito.

50 Grifos nossos.

51 Injustificável porque desnecessário, uma vez que a cobrança da Dívida Ativa tem mecanismos legais próprios e eficientes, embora possam ser aperfeiçoados, como referirei mais adiante.

depender do protesto, já que a lei pode desde logo vir a autorizá-las independente desse dispendioso e vexatório rito de passagem, em que terminará sendo deformado tão secular meio de prova.

Em outras palavras, como o que coage o devedor da obrigação vencida incorporada num título de crédito extrajudicial, ou documento equiparado, e que coagirá igualmente o devedor da CDA, é, sem qualquer espaço para dúvida, a inscrição feita nas entidades de proteção ao crédito antes referidas, uma vez que é dessa inscrição[52] – e não do protesto – que decorrem todos os efeitos negativos e restritivos ao crédito que o forçarão, para evitá-los, a pagar a dívida, cabe perguntar: para que o protesto das CDAs? Para coagir o contribuinte-devedor, com a aparente aprovação de Poder Judiciário que, ao leigo, pode parecer decorrente do ato cartorial? Para onerá-lo ainda mais, com o pagamento das despesas de protesto? Ou será que o Fisco também quer valer-se do artigo 202, III, do Código Civil de 2002, que implicou na revogação da Súmula n.º 153 do STF, ao dispor que a interrupção da prescrição dar-se-á pelo protesto cambial?

Importa, ainda que de passagem, deixar claro que com as considerações acima não se está, mesmo indiretamente, negando que a Lei n.º 9.492, de 1997, ao se referir, no artigo 1.º, a *títulos e outros documentos de dívida*, não tenha ampliado o campo de aplicabilidade desse instituto originalmente de natureza cambial estrita[53], mas sim, e tão somente, procurando esclarecer no caso das CDAs, mais do que a sua impossibilidade técnica por falta de amparo legal, a sua absoluta desnecessidade, bem como que a insistência nessa direção não resulta, como alguns procuram apresentar, de uma mutação evolutiva ou natural e sim de um desvio deformador.

Releva ademais salientar que, por via de uma interpretação ampliativa e tipicamente processual da definição de protesto, contida no artigo 1.º da Lei n.º 9.492, mais recentemente surgiu a corrente que, tomando por base uma decisão isolada do Superior Tribunal de Justiça[54], vem sustentando o cabimento do protesto visando à execução de sentenças transitadas em julgado, em especial tendo em vista compelir ao pagamento de débitos de natureza alimentar[55] e trabalhista.

Essa postura, que, pela sua complexidade, certamente comporta um estudo específico, não me impede de formular algumas ponderações a respeito, as quais penso serem aqui pertinentes porque mantenho a convicção de que uma construção dessa ordem é caudatária da mesma "onda criativa" que defende o apontamento das CDAs e acentua, ainda mais, a deformação do instituto do protesto.

52 Daí porque já se tornou comum os condomínios residenciais ou não se filiarem no SPC e mandarem inscrever, mensalmente, os condôminos que não pagam a taxa condominial, sem qualquer rito de passagem pelos Cartórios de Protesto.

53 É importante, no ponto, deixar expresso que também penso que a Lei n.º 9.492/1997 ampliou a aplicabilidade do protesto, especialmente do *protesto facultativo*, como, aliás, sustentam, dentre muitos outros além anteriormente citados, Theophilo de Azeredo Santos (Protesto. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 411-412), Humberto Theodoro Júnior (**Processo cautelar**. São Paulo: Universitária de Direito, 2005, p. 397) e Carlos Henrique Abrão (**Do protesto**. São Paulo: Leud, 1999, p. 162). Contudo, isso não significa que essa ampliação tenha tamanha horizontalidade de extensão de modo a alcançar as CDAs, cuja natureza unilateral e impositiva, como antes enfatizei, não é compatível os contornos dados ao instituto na mencionada Lei.

54 STJ. Resp n.º 750.805/RS. Rel . Min. Humberto Gomes de Barros.

55 Alguns Tribunais já chegaram a emitir atos para regular o protesto de sentenças transitadas em julgado de natureza alimentar. O TJ de Pernambuco regulamentou essa matéria em um Provimento com texto bem elaborado, certamente por inspiração do civilista e desembargador Jones Figueiredo Alves. Porém, esse Provimento, que mereceu, segundo noticiou o festejado professor Zeno Veloso (Devedor de alimentos pode ir para o SPC. **O Liberal**, Belém, 7 mar. 2009), muitos aplausos durante o II Congresso Paulista de Direito de Família, *data venia*, carece de fundamentação legal e, portanto, de validade, na medida em que os TJs não têm competência para, com um instrumento normativo desse nível, inovar o ordenamento.

Com efeito, apenas as sentenças líquidas transitadas em julgado, enquanto títulos judiciais representativos de dívidas, sempre foram submetidos ao protesto especial para efeito de falência, conforme disposto no artigo 1.º c/c os artigos 10 e 11 do Decreto n.º 7.661 de 1945[56], mais conhecido como "Lei de Falências e Concordatas", hoje revogado pela Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, mas que também trata dessa espécie de protesto no artigo 94, embora com a novidade de dispensá-lo, tornando bastante para instrumentar o pedido de falência a certidão judicial (art. 94, II), no caso de ter sido frustrada a execução movida contra o empresário devedor.

Sobre o assunto, parecem-me merecer citação as seguintes anotações de Fábio Ulhoa Coelho, ao artigo 94 da Lei n.º 11.101 de 2005:

> A impontualidade injustificada, característica da falência, deve referir-se à obrigação líquida, entendendo-se assim a representada por título executivo, judicial ou extrajudicial, protestado. Qualquer dos títulos que legitimem a execução individual, de acordo com a legislação processual civil (CPC, arts. 584 e 585), pode servir de base à obrigação a que se refere a impontualidade caracterizadora da falência (§ 3º do dispositivo comentado)[57].

Com a publicação da Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, todavia, começaram a surgir, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, por via de **interpretação ampliativa e tipicamente processual** da definição de protesto, contida no seu artigo 1.º, manifestações no sentido de que esse instituto seria aplicável aos títulos executivos em geral (é dizer: extrajudiciais e judiciais).

Digo que essa compreensão resultou de interpretação ampliativa e tipicamente processual da definição de protesto contida no artigo 1.º da citada lei, porque os que sustentam a possibilidade do protesto de quaisquer sentenças líquidas transitadas em julgado, relativas a obrigações por quantia certa, dentre as quais estão incluídas as que versam sobre prestações alimentícias e parcelas trabalhistas, não somente com a finalidade de instruir pedido de falência, mas como modo de constranger os devedores ao pagamento, chegam a essa conclusão mediante a leitura da palavra *títulos* à luz do que, **muito anteriormente à vigência da Lei n.º 9.492/1997**, já dispunha o Código de Processo Civil sobre *títulos executivos extrajudiciais e judiciais*, nos artigos 584 e 585.

Acontece que o termo *títulos*, contido na definição do artigo 1.º, contextualizado

---

56 A introdução dessa espécie de protesto coincidiu com a adoção do critério da presunção de insolvência derivada da impontualidade do devedor, para efeito de decretação da falência, a partir do Decreto n.º 917, de 24 de outubro de 1890, o que foi mantido pela Lei n.º 2.044, de 17 de dezembro de 1908, e pelo Decreto n.º 5.746, de 9 de dezembro de 1929, os quais antecederam os diplomas acima referenciados.

57 COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 255. Veja-se, no mesmo sentido, *v.g.*: OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 374; BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 233; CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa:** novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 233-234. Em contrário, entendendo que a nova lei "não acolhe o *protesto de sentença* como ocorria sob a égide do Decreto-lei n.º 7.661/45" e, inclusive, citando precedente do STJ ainda na vigência da lei anterior (STJ. Resp. 6.782-0. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo): ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e de recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30. Contudo, mesmo de passagem e com todas as vênias, não posso deixar de observar que, no caso, este último não tem razão porque a dispensa do protesto, realmente, só ocorre na hipótese do artigo 94, II, isto é, tendo havido execução frustrada.

em relação ao todo do ambiente normativo da Lei n.º 9.492/1997, não pode, *data venia*, ser entendido como de alcance abrangente dos *títulos executivos extrajudiciais e judiciais*, tal com o enumerados no CPC, uma vez que, afora a característica de liquidez e certeza que os aproxima, nada mais há que razoavelmente justifique a inclusão dos *títulos judiciais* ao lado dos *títulos extrajudiciais* como passíveis de protesto, por duas razões[58]: uma, porque não tem nenhum sentido, salvo aquele de petrechar pedido de falência ou o de constranger o devedor a pagar o valor devido, a respeito do que tratarei melhor mais adiante, protestar extrajudicialmente um título judicial (sentença) que, além de gozar de publicidade *per se*, é editado pelo Estado/Juiz para cumprimento forçado e, portanto, soa como evidente despropósito admitir que se sujeite a qualquer outro ato que lhe confira eficácia, em especial de um particular (*cartorário*), prestador de um serviço público por delegação; duas, porque os enunciados das demais regras constantes da Lei de Protesto evidenciam que o vocábulo *títulos*, usado naquela definição, refere-se apenas aos *títulos extrajudiciais*, cambiariformes ou não, daí poderem ter como equiparados outros documentos de dívida, expressões que também denotam instrumentalidade particular e que, por isso mesmo, justificam a competência, conferida ao Tabelião de Protesto, no artigo 9.º da mencionada Lei, para examinar, tanto os *títulos* quanto aqueles documentos, "em seus aspectos formais", dando-lhes "curso se não apresentarem vício" (imagine-se o cabimento disso no caso de uma sentença!).

Todavia, como muitas vezes acontece no meio dos estudiosos do direito e, até mesmo. entre as Cortes de Justiça, houve quem dissesse que, por *títulos* na Lei de Protestos, devem ser entendidos tanto os *títulos extrajudiciais* como os *judiciais*, conforme consta do CPC, e isso tem sido repetido por "alguns como quem recita um mantra"[59].

Acrescente-se que, no caso do protesto de sentença transitada em julgado, para efeitos falimentares, nenhuma dúvida pode haver quanto ao seu cabimento, uma vez que se trata de um protesto obrigatório, decorrente de expressa previsão legal[60] e que, ao lado disto, tem uma razão jurídica a justificá-lo consistente em **dar publicidade à presunção de insolvência** derivada da impontualidade do devedor no cumprimento da obrigação líquida constante do *decisum* judicial.

No caso do protesto da sentença transitada em julgado, para outro fim, porém, em especial o de coagir o devedor da obrigação líquida nela constante a efetuar o pagamento, além de não existir expressa previsão legal a respeito e a interpretação da Lei de Protesto, conforme demonstrei, não autorizá-lo, em razão de sua notória desnecessidade, penso que, por melhores que sejam as intenções e relevantes os propósitos no sentido de justificá-lo, existem obstáculos jurídicos intransponíveis que impedem sua instituição por meio de ato regimental.

O primeiro deles decorre do fato de que, não dispondo a Lei n.º 9.492, de 1997, ou outra qualquer lei, de modo expresso, sobre o protesto da sentença transitada em

58 Cumpre também ressaltar que não é de boa técnica interpretar disposições de uma lei que trata de registro público, como é a Lei de Protestos, por via do que dispõe um código de natureza processual.

59 As expressões entre aspas são tomadas de empréstimo em considerações feitas pelo douto mestre José Carlos Barbosa Moreira a respeito de repetição, porém em situação diversa (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença executiva? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 58).

60 Além do que dispõe o artigo 94 da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, atribuindo caráter obrigatório ao protesto especial, inclusive de sentença, para efeito de falência, a Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, o regula no artigo 23, parágrafo único.

julgado, para fim diverso do especial pertinente à falência, nem sendo, conforme entendo, tecnicamente sustentável sua construção por via interpretativa, torna-se imperiosa a conclusão de que não pode ser instituído por ato normativo infralegal, como, *v.g.*, por provimento de Tribunais de Justiça, porque nascerá carecedor de fundamentação legal, ferindo, em consequência, o princípio da legalidade e equiparando-se, em última análise, a uma descabida inovação no ordenamento jurídico em matéria reservada privativamente à lei federal (Constituição da República, art. 22, incisos I e XXV).

E nem se tente dizer que tais regras infralegais não versam sobre processo ou registro público, assuntos sob reserva privativa de lei federal, mas sim sobre procedimento em matéria processual e que, consequentemente, poderiam ser editadas até por ato dos tribunais estaduais, com base no artigo 24, inciso XI, da Constituição, isto porque o protesto é um instituto típico daquele registro e ainda quando tratado, equivocadamente, como modo coercitivo de executar obrigação líquida constituída por sentença transitada em julgado, consoante será visto adiante, significa *executar* ou dar cumprimento ao que foi sentenciado (cf. o novo regime, pós Lei n.º 11.232 de 2005), o que constitui matéria processual.

Por outra ordem, o protesto de sentença nessas condições, além de vexatório, pelas consequências restritivas de crédito que indiretamente causa ao devedor é, pelo acréscimo dos emolumentos devidos ao Cartório em caso de pagamento, um meio mais gravoso de execução e, portanto, contrário frontalmente ao **princípio da menor onerosidade**, gravado no artigo 620 do Código de Processo Civil, isso sem contar que, sendo a sentença levada a protesto obviamente sob responsabilidade do credor, lança-se sobre o alimentando ou o trabalhador o ônus de arcar com as referidas despesas na hipótese de o alimentante ou o empregador, a despeito daquele ato cartorial, não adimplir a prestação alimentícia ou o débito trabalhista, e isso é ofensivo à **ética**[61], na medida em que o mais necessitado terá a sua situação agravada, **pela razão única de que o Estado/Juiz não é capaz de garantir eficácia à decisão que proferiu.**

Quanto à contrariedade ao princípio da menor onerosidade, consequente do protesto de sentença como meio de cobrança, parece-me pertinente citar o seguinte procedente do TRF da 4.ª Região:

> ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ARBITRAMENTO DO VALOR DA REPARAÇÃO.
> 1 O protesto de uma sentença transitada em julgado é medida excepcional e ocorre quando se almeja a falência do devedor, considerando-se o disposto no art. 2.º, I, do revogado Decreto-Lei n.º 7.661/45, que reza: "Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: I – executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal; [...]".
> *2 O art. 620 do CPC expressamente estabelece que, podendo a execução ser promovida por mais de um meio, deve o credor optar pelo meio menos gravoso ao devedor, o que não se coaduna com o procedimento adotado pela ré. Ademais,*

61 Adiante referirei o respeito à ética como condição essencial para que o Estado/Fisco, no caso do protesto das CDAs, e o Estado/Juiz, no caso do protesto de sentenças, exerçam legitimamente suas funções, sob pena de comprometerem o fundamento de validade jurídica dos atos que praticam.

> *para o ajuizamento de demanda executiva, agora modificada para a sistemática do cumprimento de sentença do processo sincrético, salvo exceções, é desnecessário o protesto do título judicial. Portanto, como o título judicial com o desiderato de obrigar o devedor a pagar, o que se demonstra desnecessário*, afigura-se, no caso, o nexo de causalidade entre a conduta da ré (protesto indevido) e o dano causado (o abalo de crédito sofrido). [...][62].

Na verdade, como já referi em relação às CDAs, o que coage o devedor da obrigação vencida incorporada num título extrajudicial ou documento equiparado submetido a protesto e que, admitida legalmente a possibilidade, coagirá o devedor da obrigação tributária inscrita em dívida ativa ou imposta por sentença líquida transitada em julgado é, sem qualquer espaço para dúvida, **a inscrição feita nas entidades de proteção ao crédito acima referidas, uma vez que é dessa inscrição – e não do protesto – que decorrem todos os efeitos negativos e restritivos ao crédito que o forçarão, para evitá-los, a cumprir aquela obrigação.**

Como o protesto do título, ao fim e ao cabo, não é um pré-requisito à inscrição ou ao cadastramento do devedor inadimplente nas entidades de proteção ao crédito, sendo, de fato, desnecessário **para esse fim[63],** e, ao lado disto, como a força capaz de compelir o devedor ao pagamento decorre dessa inscrição e não daquele ato cartorial, parece-me de todo impróprio que os órgãos do Poder Judiciário estimulem essa prática que, como repetido, além de carecer de fundamentação legal, só serve para aumentar a renda dos Cartórios de Protesto.

Tratando-se do protesto de sentença líquida transitada em julgado para fins diversos da falência – não é demais dizer –, só quem não perde e nem corre risco de perder são os Cartórios de Protesto, isto porque exatamente o contrário se passa com todos os demais envolvidos. Realmente: perde o Judiciário sua autoridade, no autorreconhecimento de que é incapaz de fazer valer suas decisões finais; perde o devedor porque, se cumpre a sentença nessa via, arca com as despesas cartoriais que oneram o valor devido ou, se não a cumpre, sofrerá restrições creditícias decorrentes de sua inscrição nas entidades de proteção ao crédito[64]; e, finalmente, corre o risco de também perder o credor (alimentante ou trabalhador), vale dizer, a parte mais fraca da relação jurídica, porque, como o protesto é tirado sob sua responsabilidade, caso o devedor não cumpra o decidido, isto é, pague o devido, deverá sustentar as despesas cartoriais e ainda ficará exposto a responder por possíveis danos.

Para finalizar, anoto que, não obstante os bons propósitos que podem mover os defensores da validade do protesto das CDAs, como meio de receber o montante elevadíssimo de dívida ativa não paga de fato existente no Brasil, e mesmo do protesto de sentenças transitadas em julgado que versem sobre o pagamento, em especial, de dívidas

---

62 TRF. 4.ª Região. Ap. n.º 2002.71.10.001039-9/RS. Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Julgamento em 2 de outubro de 2008. Grifo nosso.

63 Note-se que não há nenhum óbice a que o Juiz, no caso de ação de alimentos, estipule como efeito da sentença transitada em julgado que o seu não cumprimento espontâneo, no prazo previsto no artigo 475-J do CPC, poderá ensejar a inscrição do nome do devedor da prestação alimentícia, sem depender do protesto, nas entidades de proteção ao crédito, as quais, embora não prestem serviço público, porém de interesse público, certamente não criarão entraves ao cumprimento da ordem judicial. E, nessa hipótese, caso não cumprido espontaneamente o pagamento, como a inscrição se dará por ordem judicial, inexistirão nem despesas e nem riscos para o credor da obrigação, inclusive de enfrentar qualquer ação por dano.

64 Repito: não do protesto!

líquidas de natureza alimentar ou trabalhista, no meu modo de ver, essas práticas, ainda que possam vir a ser consagradas em lei, o que não duvido possa acontecer com a atual relativização dos conceitos jurídicos e o predomínio de um conhecimento norteado pelo pragmatismo, ao mesmo tempo tão imediatista quanto pouco responsável, serão sempre destituídas de fundamento ético que as legitime juridicamente, uma vez que desfavorecem o equilíbrio entre as partes com riscos de prejuízo para os notoriamente mais fracos, ou sejam, no caso das CDAs, os contribuintes e, no daquelas sentenças, o alimentante ou o trabalhador, pois, como antes sublinhado, sendo o apontamento feito sob responsabilidade destes, poderão vir a pagar as despesas cartoriais e até a responder por dano.

Anoto, em complemento, que o fundamento que se procura construir para justificar essas práticas com base na necessidade de encontrar novos mecanismos para tornar mais rápida a cobrança das CDAs e eficazes as decisões judiciais antes referidas, não justifica ter como meio o desvio de finalidade e a consequente deformação de um instituto cuja função está secularmente consolidada no direito[65]. Afinal, existem exemplos recentes de que – sem alterar a essência dos institutos jurídicos consolidados e sem ferir os princípios éticos[66] – podem ser criados mecanismos novos de agilização e de efetivação de decisões judiciais, como aconteceu com a introdução da ferramenta do BACEJUD, que tão bons resultados tem garantido à eficiência da penhora e à celeridade processual.

Retratando a trajetória do protesto, o douto Ministro Franciulli Netto[67], que tão bem ilustrou do Colendo STJ, anotou que "no curso de mais de 600 anos, as coisas mudaram (e como) e o instituto foi, em boa parte, desvirtuado, em decorrência do uso e abuso da lavratura de protestos facultativos e desnecessários, de cujos efeitos paralelos não há quem não queira se livrar".

E, em arremate, fez as seguintes observações:

> Estigmatizado nos dias hodiernos com a pecha de odioso, tido e havido como filho espúrio da cambial, alvo de críticas ferozes, como afeita por Stranz, para quem o protesto é a supervivência de concepções jurídicas medievais, espécie de atavismo no corpo do moderno direito cambiário, peça de museu digna de estudo pela arqueologia, ou, ainda, por Montessori, que chegou a escrever "Una Protesta contro il Protesto [...]"
> É bem nascido da austera família cambiária e a ele se planejou futuro nobre como meio de autenticação para servir de prova e assim

65 Não se veja nessa ponderação nenhum sentido de conservadorismo, mas sim de prudência para evitar que, sob a ideia de estar apenas havendo *mutação*, se desvie desnecessariamente a finalidade e deforme o instituto do protesto, não em proveito do direito e da justiça, criando uma situação absurda, como a que se registra no caso do protesto de sentença, na qual uma decisão final do Poder Judiciário, para ser eficazmente cumprida, passa a depender de um ato cartorial, vale dizer, de um ato praticado por um particular que exerce função pública delegada.

66 A propósito de mencionar a necessidade de serem respeitados os princípios éticos, lembro o atualíssimo alerta de Newton De Luca quanto aos riscos a que se fica exposto quando se termina por contrariar o *establishment* do saber acadêmico, "cujo prestígio", segundo o aplaudido lente da Universidade de São Paulo, "parece repelir toda e qualquer criação que não se manifeste em plena conformidade com os padrões do intelectualismo da maioria", embora, no caso, reconheça não existirem "padrões da maioria" e sim a força persuasiva do interesse do Erário, aliada ao "apelo" que tem a tese dos que sustentam a necessidade de garantir a eficácia das decisões judiciais (DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 405).

67 FRANCIULLI NETTO, Domingos. Protesto cambiário: conceito, histórico e natureza jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 66, n. 503, p. 29-36, set. 1977. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16653>. Acesso em: 6 jul. 2010.

> começou a crescer e a ser usado como ato desnecessário. Do uso ao abuso foi um passo e, daí em diante, além da finalidade segundo a sua própria natureza, passou a ser facultativo, origem de suas desgraças e perpetuação de suas mazelas.
> Com amplo caráter intimativo, dados os desastrosos efeitos secundários que produz, agigantou-se.
> Deram-lhe até notoriedade pela imprensa e usado como sucedâneo de rápida cobrança, elencando e apontando ao público os proscritos do crédito, subiu-lhe à cabeça a fama. Prostituíram-no, a despeito de sua boa estirpe. Resta ser reconduzido ao bom caminho para que possa cumprir o seu destino[68].

Contudo, sou levado a manifestar a minha descrença com essa possibilidade de recondução cogitada pelo saudoso Ministro e acho que terminaremos aceitando o quasímodo como um eficiente Hércules para satisfazer a voracidade do fisco e suprir a falta de eficácia das sentenças judiciais transitadas em julgado.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Do protesto**. São Paulo: Leud, 1999.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e de recuperação de empresa.** São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O direito público nos tempos de crise:** estudos em homenagem a Ruy Ruben Rushel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos *versus* interesses privados:** desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Prefácio.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BRANDÃO, Mario Alberto. **Protesto da certidão da dívida ativa.** Disponível em: <http://www.protestodetitulos.org.br/protesto_CDA.html>. Acesso em: 15 out. 2010.

68 Ibid.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa:** novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e dos Registradores comentada.** São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.** São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, António de Arruda Ferrer. **Lições de direito comercial.** Coimbra: **Universidade de Coimbra, 1975.**

DAROLD, Ermínio Amarildo. **Protesto cambial**. Curitiba: Juruá, 2000.

DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERREIRA, Waldemar. **Instituições de direito comercial.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. 3, t. 1.

FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. **Ilegalidade dos protestos da CDA's.** Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/49my/ilegalidade-dos-protestos-da-cdas-silvia-bellandi-paes-de-figueiredo>. Acesso em: 15 out. 2010.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Protesto cambiário: conceito, histórico e natureza jurídica. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 66, n. 503, p. 29-36, set. 1977. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16653>. Acesso em: 6 jul. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Protesto de certidão de dívida ativa. **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará,** Fortaleza, ano 6, n. 11, p. 121-157, jan./jun. 2002. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/148.pdf>. Acesso em: 15 out. 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Protesto de débitos fiscais. **Gazeta Mercantil,** 24 maio 2006. Disponível em: <http://www.gandramartins.com.br/mobile/artigosDetalhe.aspx?id=156>. Acesso em: 13 jan. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença executiva? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPODIVM, 2006. cap. 4.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Cadastro de restrição de crédito e a visão do Superior Tribunal de Justiça. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3017>. Acesso em: 26 out. 2010.

_____. **Comentários à nova lei de falências.** São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.
OTTONI, Mara Ruth Ferraz. Considerações sobre o funcionamento do SPC como banco de dados e sua abrangência nacional. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 13, n. 1977, 29 nov. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12023>. Acesso em: 26 out. 2010.

PIZZOLATO, Marco Antonio. O SERASA e a ilicitude de seus atos. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 4, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=668>. Acesso em: 26 out. 2010.

ROISIN, Christopher. O protesto da certidão de dívida ativa e o desvio de finalidade da administração pública. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 10, n. 860, 10 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7506>. Acesso em: 13 jan. 2010.

SALIBE, Arthur. O protesto da dívida ativa como alternativa às execuções fiscais. **Valor Econômico,** 27 fev. 2009. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/upload/tb_pinheironeto_release/pdf/090309152635ART_Valor_27_02_09.pdf>. Acesso em: 15 out. 2010.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. Protesto. **Boletim informativo do Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil,** Seção do Rio de Janeiro, n. 8, ano 1, dez. 2002.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. Protesto. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 411-412.

SARAIVA, José A. **A cambial.** Rio de Janeiro: Typ. do Jornal de Commercio de Rodrigues & C., **1912.**

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *vs.* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In*:* SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>. Acesso em: 26 out. 2010.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Direito, justiça e igualdade.** Belém: CEJUP, 1980.

TAVARES, Aline Aparecida da Silva. **Formas de recebimento dos créditos tributá-**

rios regularmente constituídos e a pretensão da Administração Pública de levar a protesto as certidões da dívida ativa. Disponível em: <http://www.escritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6673&>. Acesso em 15 out. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar.** São Paulo: Universitária de Direito, 2005.

VELOSO, Zeno. Devedor de alimentos pode ir para o SPC. **O Liberal,** Belém, 7 mar. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2005.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL: BREVES REFLEXÕES

Paulo Ricardo de Souza Bezerra*

Sumário: 1 Noções preliminares: jurisdição, competência e ação civil pública; 2 A competência jurisdicional na ação civil pública; 3 Reflexões sobre a competência na ação civil pública. Conclusão. Referências

Resumo: Trata-se de reflexão ensejada pela releitura da ação civil pública, focalizando-se a disciplina correspondente à competência jurisdicional. O trabalho foi norteado pelo esforço de revisitar caminhos interpretativos para obter uma melhor compreensão dos limites impostos à concretização dos direitos difusos e coletivos, delimitado pela análise do espaço formal de exercício da atuação jurisdicional do Estado. Com base na redescoberta das doutrinas e da jurisprudência correlacionada, constata-se a necessidade de alcançar o aperfeiçoamento normativo quanto a esse imprescindível tópico das relações processuais coletivas, mormente em virtude da atual discussão acerca da reforma da Lei da Ação Civil Pública e da instituição do sistema processual de tutela coletiva.

Palavras-chave: Ação civil pública. Competência jurisdicional. Processo coletivo.

1 NOÇÕES PRELIMINARES: JURISDIÇÃO, COMPETÊNCIA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Para que se compreenda a competência quanto ao julgamento da ação civil pública, há, inicialmente, a necessidade de se ter bem definidas a noção de jurisdição e a natureza do instrumento processual sob enfoque, componente de um grupo especial destinado à provocação da prestação jurisdicional coletiva. Apesar de estar intrinsecamente ligada à jurisdição, a competência difere desse conceito. Não há maior dificuldade em se compreender a jurisdição uma vez que é bastante aceita na doutrina a ideia de que se trata de função própria do Estado, decorrente de sua soberania, voltada para a resolução dos conflitos apresentados ao ente político mediante a instauração do processo. A jurisdição decorre da atuação estatal, que, em substituição das partes envolvidas em conflitos de interesses resistidos, exercita com exclusividade o poder de promover imperativamente a paz social por intermédio da prestação da justiça. Na lição de Almeida, Wambier e Talamini, trata-se da função soberana de resolver os conflitos por meio da aplicação de uma solução contida no sistema jurídico. Ressaltam os autores:

> como função do poder estatal, a jurisdição é exercida sobre todos os súditos do Estado, de forma abrangente sobre todo o território nacional. Esse exercício em todo o território da Nação implica necessidade de organização e divisão de trabalho entre os membros que

* 2º Promotor de Justiça titular de Marituba. Especialista em Direito Ambiental e Políticas Públicas, MP-PA/NAEA-UFPA. Especialista em Processo Civil Individual e Coletivo, ESA-OAB/CESUPA

> compõem o Poder Judiciário, o que faz com que a função de exercer a jurisdição seja distribuída entre diversos órgãos, a partir de alguns critérios. São justamente as normas de competência que atribuem concretamente a função de exercer a jurisdição aos diversos órgãos da jurisdição, pelo que se pode conceituá-la como instituto que define o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão dessa função encarregado[1].

Tendo bem definidos os contornos do que vêm a ser jurisdição e competência, há que se buscar o conhecimento específico das intituladas ações coletivas e, especialmente, da ação civil pública. Afinal, o que são as ações coletivas e, nesse espectro, qual a singularidade da ação civil pública? Deve ser entendido como ação coletiva o instrumento processual destinado a provocar a prestação jurisdicional relativa aos interesses transindividuais, que, no dizer de Marinoni e Arenhart, correspondem a "direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada"[2]. Realmente, considerando o objetivo próprio das ações que buscam viabilizar a tutela dos bens transindividuais, houve, por parte do legislador, a preocupação de instrumentalizar a sua defesa de forma mais eficaz, preocupação essa bastante compreensível em razão da crise processual historicamente desenhada na realização da prestação jurisdicional relativa aos direitos individuais – fato confirmado pela recente alteração constitucional que inovou o sistema ao trazer a garantia da razoável duração do processo e dos meios de concretização da celeridade processual[3]. Destacam os processualistas que a sociedade contemporânea se distingue pela presença crescente das lesões que afetam, não uma pessoa diretamente, mas, sim, um conjunto de indivíduos ou categorias de cidadãos a exigir, por conseguinte, fórmulas processuais que possam materializar a efetiva garantia e proteção dos direitos considerados difusos e coletivos por parte do Estado-juiz. No âmbito das demandas coletivas, a norma que se destacou quanto aos contornos da função estatal de prestar a atividade jurisdicional vem expressa na Lei n.º 7.347/85 – mais conhecida como Lei da Ação Civil Pública (LACP). É verdade que, antes de tal norma, já estava em vigor no sistema processual a intitulada Lei da Ação Popular – Lei n.º 4.717/65 –, bastante recepcionada na Lei Fundamental de 1988, mercê dos precisos termos do inciso LXXIII do seu artigo 5.º, o que não afasta, contudo, a percepção de que tal instrumento teve seu emprego bastante mitigado. Em percuciente análise, assevera Lúcia Valle Figueiredo:

> O texto da lei da Ação Popular contém evoluções grandes, mas, de qualquer sorte, restringe-se à legitimidade ativa ao 'cidadão'. Na medida em que só o cidadão puder acionar, puder ser autor popular, claro está que a ação popular perde muito de sua força e tem de perder. É difícil para o cidadão entrar em confronto com a Administração Pública, como já assinalado. A legitimidade para agir, atribuída somente ao cidadão, é algo que acanha a ação popular, desvirtuan-

1 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, v. 1, p. 93.

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 6. ed., rev., atual. e ampl. da obra **Manual do processo do conhecimento**. São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 723.

3 Trata-se da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que acresceu ao artigo 5.º da Constituição Federal o inciso LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

> do medida de ouro para o controle da ilegalidade da administração, para controle da lesividade que a administração possa produzir ao patrimônio público, para controle da moralidade administrativa. Realmente subtrai a grandeza da ação popular[4].

Voltando ao ponto principal do enfoque, é viável constatar que, em relação à ação civil pública, ficaram expressas na Lei n.º 7.347/85 – e posteriormente, em 12 de setembro de 1990, na Lei n.º 8.078, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC) – as regras aplicáveis à distribuição da função jurisdicional coletiva. Com o escopo de concretizar a ordem constitucional de tutela dos direitos dos consumidores, o CDC trouxe relevantes contribuições para a definição da competência jurisdicional nas demandas envolvendo a defesa dos interesses transindividuais.

2 A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No que diz respeito ao âmbito de exercício da jurisdição coletiva, vale transcrever os comandos normativos da Lei da Ação Civil Pública, antes de procurar esmiuçá-los em seu teor e abrangência. A disciplina da matéria encontra-se em seu artigo 2.º, ao dispor que "As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". E, já no parágrafo único do transcrito dispositivo legal, foi estabelecido que "A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto"[5]. O Código de Defesa do Consumidor, de forma mais abrangente, determina em seu artigo 93 :

> Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Considerando que o artigo 90 da Lei n.º 8.078/90 disciplinou que, aos seus comandos normativos, são aplicáveis, de forma integrativa, as disposições da Lei da Ação Civil Pública, não houve maiores óbices ao entendimento de que se formou, em verdade, um microssistema de tutela coletiva mediante a conjunção dos dois diplomas legais em favor dos direitos metaindividuais[6]. Cabe ressaltar que, reforçando tal entendimento e mitigando a margem de questionamentos, o CDC também acresceu à Lei da Ação Civil Pública o artigo 21, expressamente determinando a aplicabilidade dos institutos daquele arcabouço normativo, desde que harmônicos a esse diploma legal, conciliação que se

---

4 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 95, jul./ago. 2007. 2 CD-ROM.

5 Esse parágrafo foi acrescentado pela Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

6 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil:** processo coletivo. Salvador: Podium, 2007, v. 3.

entende cabível quanto às normas disciplinadoras da competência estatal de acertar o direito transindividual[7]. Não há dúvida de que a regra geral da competência jurisdicional, em se tratando de *ações coletivas*, define-se pelo local do dano efetivamente considerado ou da verificada ameaça de lesão aos bens transindividuais. Tal previsão normativa não serve, contudo, para encerrar a questão posta sob análise; ao revés, vem aguçá-la, visto que sua melhor interpretação é de crucial importância para o exercício da prestação jurisdicional coletiva, inclusive para a definição do âmbito de incidência da coisa julgada[8].

3 REFLEXÕES SOBRE A COMPETÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Não faz muito tempo, em tormentosa discussão sobre qual o foro competente em se tratando das ações civis públicas, o Superior Tribunal de Justiça chegou a editar a Súmula n.º 183 proclamando: "Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar a ação civil pública, ainda que a União figure no processo". Posteriormente, julgando os embargos de declaração no conflito de competência n.º 27.676-BA, em 8 de novembro de 2000, a 1.ª Seção da egrégia corte reformou seu entendimento e deliberou pelo cancelamento da Súmula n.º 183. Vale transcrever a ementa que expressou a mudança de posicionamento:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOCAL DO DANO. JUÍZO FEDERAL. Art. 109, I, E § 3º da CF/88. Art. 2º, da Lei 7.347/85. 1 – O tema em debate, por ser de natureza estritamente constitucional, deve ter a sua interpretação rendida ao posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o dispositivo contido na parte final do art. 3º, do art. 109, da CF/88, é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou do fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I, do referido art. 109. No caso dos

7 Motauri Ciocchetti de Souza, reconhecendo as divergências doutrinárias, manifesta posição radicalmente contrária ao proclamar: "[...] Com o respeito devido aos eminentes doutrinadores, temos para nós que a regra inserta no art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor não comporta aplicação em sede de tutela dos interesses metaindividuais. É certo que a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e a Lei 7.347/1985 são normas recíprocas, que interagem com o escopo de formar a base da jurisdição civil coletiva. É inequívoco, de igual sorte, que o art. 93, em comento, se encontra inserido na parte processual da Lei 8.078/1990. Não obstante, os dispositivos legais que ensejam a reciprocidade (arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do Código do Consumidor) são sábios ao apregoarem que a interação não se perfará havendo colidência. E, em nosso sentir, incompatibilidade há, na hipótese em análise, entre o disposto nos arts. 2º da Lei da Ação Civil Pública e 93, II, da Lei 8.078/1990.[...]" (SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública:** competência e efeitos da coisa julgada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-116). Em síntese, defende o pensamento de que as regras sobre competência vazadas no CDC (art. 93), ao estabelecerem a competência territorial (relativa), não têm aplicação quanto ao processo embasado na Lei da Ação Civil Pública, visto que, nessa norma, o leque de incidência estaria conformado à defesa dos especificados e sociais direitos (bens transindividuais, indivisíveis e indisponíveis previstos na LACP), sujeitos à competência territorial funcional (absoluta), enquanto, pela norma consumerista, o âmbito de proteção cingir-se-ia aos direitos demarcados pelas notas da divisibilidade e da disponibilidade – direitos individuais homogêneos.

8 Corroborando a vigência do artigo 16 da Lei n.º 7.347/85 – redação do artigo 2.º da Lei n.º 9.494/97 – em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ficou mais uma vez assentado que a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão. Ver Embargos de Divergência em Recurso Especial: STJ. Segunda Seção. EREsp 411529/SP 2009/0043111-3. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgamento em 10 de março de 2010. **DJE**, 24 mar. 2010.

> autos, o Município onde ocorreu o dano não integra apenas o foro estadual da comarca local, mas também o das Varas Federais. 2 – Cancelamento da Súmula nº 183, deste Superior Tribunal de Justiça, que se declara. 3 – Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para o fim de reconhecer o Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia[9].

A respeito da mudança de entendimento no STJ, Mancuso julga compreensível a vigente posição da corte superior: "[...] porque, como assevera Gustavo Tepedino, naquela uniformização, o STJ 'não considerou o Código de Defesa do Consumidor, cuja incidência nas ações civis públicas [...] decorre de determinação expressa do art. 117, que acrescentou o art. 21 à Lei 7.347/85"[10]. O doutrinador ainda defende que, na formatação da competência disciplinada no artigo 2.º da Lei da Ação Civil Pública, houve a adoção do critério territorial especial (CPC, art. 100, V, a), detalhando, outrossim, que, por opção expressa do legislador, foi desenhada mais uma espécie de competência territorial de natureza absoluta. Argutamente, lembra a todos:

> [...] Dentre os princípios informadores da jurisdição (investidura, indelegabilidade, inevitabilidade, indeclinabilidade, inércia), apresenta especial interesse para o ponto em análise o princípio da *aderência ao território*, já que ele guarda nítida relação com um dos critérios fixadores da competência, a saber a dimensão espacial em que a judicatura é exercida no caso concreto, ou, sinteticamente: o território. É que além de outros parâmetros utilizados para a divisão do serviço judiciário (natureza da matéria, qualidade da pessoa, alçada) encontra-se o da limitação territorial em que o juiz desempenhará suas funções, critério esse necessário não somente em função da extensão do País e sua divisão em Estados e Territórios, como também em conseqüência da própria massa ou volume de processos em tramitação nas Justiças Federal (Comum e Especial) e Estadual[11].

Por todos os caminhos doutrinários trilhados, em se tratando das ações coletivas, parece bastante feliz a interpretação sistêmica proposta por Hugo Nigro Mazzilli na questão da competência relacionada à ação civil pública. Em sua leitura, a demanda deverá ser instaurada no local onde o dano ocorreu ou deva ocorrer (LACP, art. 2.º), ressalvando que, em se tratando de defesa coletiva de crianças ou adolescentes, a competência será determinada pelo lugar da ação ou omissão (ECA, art. 209) e, perante a situação de danos regionais ou nacionais, a ação civil pública ou coletiva deverá ser ajuizada na capital do Estado ou do Distrito Federal, à escolha do autor (CDC, art. 93). Não descurou, ainda, de advertir aos artífices do direito que, havendo interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, a ação estará subordinada à competência da

9 O paradigma relacionado à atuação do Supremo Tribunal Federal consta do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 228955/RS.

10 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

11 MANCUSO, 2004, p. 80, grifo do autor.

Justiça Federal (CF, art. 109, I; STF, RE 228.955-9/RS)[12]. No mesmo diapasão, Amir José Finocchiaro Sarti acrescenta:

> [...] o legislador não ressalvou a jurisdição federal – que poderia ter sido atribuída excepcionalmente à Justiça Estadual, com base no mencionado artigo 109, § 3º, da Constituição Federal – mas, sim, ressalvou a competência da Justiça Federal, ou seja, a medida da jurisdição da Justiça Federal, com isso afirmando, a meu juízo, eloquentemente, que, em matéria de ação civil pública, a jurisdição e a competência da Justiça Federal não foram objeto de qualquer delegação[13].

Realmente, a depuração do complexo de normas e julgamentos tratando do mesmo tema – competência para o julgamento da ação civil pública – não pode afastar-se da síntese proposta por Mazzilli, valendo, contudo, ressaltar o fato de que não estão esgotadas todas as perplexidades a respeito do âmbito de exercício do poder jurisdicional visando conferir efetiva tutela aos interesses difusos e coletivos na conclusão ofertada. Qual, por exemplo, o "verdadeiro" local de um dano ambiental, efetivo ou potencial? De que forma se pode estabelecer o conteúdo e a extensão do dano ao bem coletivo para que se tenha como lesão local, regional ou nacional? Em que circunstâncias, efetivamente, fica configurado o interesse dos entes federais de forma a direcionar, em sede de ação civil pública, a competência para a Justiça Federal?

Iniciando as reflexões a partir da última questão levantada, tem-se considerado, na doutrina, não corresponder a qualquer interesse da União o fator determinante. O interesse meramente formal, por exemplo, não teria o condão de definir a competência em prol da Justiça Federal. Outrossim, não se apresenta razoável, apesar de muitos julgados em tal sentido, ficar ao alvedrio exclusivo da administração pública federal determinar se há ou não, em algum processo, interesse próprio, de forma a definir a competência em prol do âmbito judiciário federal. Tal parâmetro, além de favorecer o casuísmo, mais do que isso, abre alas à construção do Juízo de exceção em solo pátrio, figura tão combatida e já considerada superada, mercê do consolidado Estado de direito, pelo menos em suas balizas formais na Lei Fundamental de 1988. É interessante notar que, em relação ao espaço de atuação do Poder Legislativo, reconhecidas suas diversas instâncias republicanas, em virtude do critério horizontal de repartição das competências, houve inteligência suficiente a fim de demarcar um conjunto de matérias reservadas em caráter exclusivo. Não há dúvida, por exemplo, do âmbito do Poder Legislativo no qual devem constituir objeto de normatização, entre outras, as questões envolvendo *energia* ou *atividades nucleares* ou ainda os *interesses indígenas* (em sentido estrito). Não há como se discordar, nos limites da razoabilidade, da conclusão de que se trata de questões com evidente e próprio interesse federal. No campo jurisdicional, contudo, permanecem as dúvidas doutrinárias e decisões divergentes. Com o olhar direcionado para os direitos metaindividuais, tem-se buscado identificar qual a extensão do dano, o qual, muitas vezes, termina por guardar correspondência com os limites territoriais compreendidos

12 MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da ação civil pública. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 95, jul./ago. 2007. 2 CD-ROM.

13 SARTI, Amir José Finocchiaro. Ação civil pública: legitimação, jurisdição e competência. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 87, mar./abr. 2006. 2 CD-ROM.

na lesão, isto é, com a própria formatação da federação brasileira. Assim, o quadro fica conformado com base na noção de danos de âmbito local (municipal), regional (vários municípios ou Estados-membros) e nacional (país como um todo). Nessa proposta, o parâmetro espelha-se no critério geopolítico de conformação dos espaços de poder que integram a nação. Efetivamente, o Código do Consumidor não descuidou de estabelecer específica competência jurisdicional em se tratando de danos regionais ou nacionais, conforme bem explicitado na doutrina ao interpretar o artigo 93 da Lei n.º 8.078/90. Como já dito, em caso de litígio envolvendo de alguma forma a União, o poder de processar e julgar o feito é deferido à Justiça Federal, o que não expressa, necessariamente, a melhor forma de se efetivar a tutela dos bens transindividuais. São várias as hipóteses a partir do olhar direcionado para o bem coletivo lesado, ou passível de lesão, e a sua dimensão territorial. Em relação ao local da ofensa, considerando a possibilidade da presença de dano ou ameaça de dano que ultrapassasse as balizas de determinado juízo – leia-se: a comarca nos Estados-membros ou a seção judiciária na esfera federal –, ficaria configurado o dano regional ou até mesmo nacional. Ocorre que, nesse quadro, ainda diante da modalidade concorrente de competências, sejam de nível estadual ou federal, não se demonstra mais apropriado recomendar a utilização, pelo menos exclusivamente como se tem estabelecido, do critério territorial, o qual existirá muitas vezes em abstrato. O parâmetro processual da construção desenhada para atender aos litígios de natureza individual não reflete traços de razoabilidade em virtude da imprescindível tutela dos direitos relativos ao meio ambiente, dos direitos dos consumidores, dos direitos difusos e coletivos nas áreas da infância e da juventude, dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, entre outros. Destoa do bom senso jurídico-processual, em se tratando de juízos diversos correspondentes às dimensões territoriais onde se materializaram desiguais extensões dos danos coletivos (imagine-se o exemplo clássico de um rio poluído que perpassa por vários municípios ou Estados da federação), definir-se a competência jurisdicional tão somente em função da extensão natural do dano. Não se pode esquecer que, em muitas hipóteses, alcançar a dimensão do dano ao bem coletivo é árdua tarefa, mesmo com os avanços tecnológicos e progressos científicos, haja vista, para ficar só em um exemplo, os casos mundiais de poluição ambiental. Trata-se de lacuna ainda não superada no sistema processual de tutela do bem coletivo. Nesse painel, qual seria a utilidade de se definir, enquanto juízo competente, o local do dano para o processo e o julgamento da ação civil pública? Sobre o tema, Mancuso ressalta:

> Aliás, esclarece a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça (04.02.1985) ao projeto que depois seria convertido na Lei 7.347/85: '[...] as causas serão aforadas no lugar onde o dano se verificou ou deverá verificar-se. Deu-se à competência a natureza absoluta, já que funcional, afim de não permitir a eleição de foro ou a sua derrogação pela não apresentação de exceção declinatória. Esse critério convém ao interesse público existente naquelas causas'. É plenamente justificável que assim seja, dado ser intuitivo que é o juízo 'do local onde ocorrer o dano' o mais indicado, mais habilitado na espécie, pela proximidade física com o evento. Demais disso, a ação é de índole reparatória, condenatória; o objeto prevalecente é o dano produzido, e busca-se a recondução das coisas ao *statu quo ante*. O mesmo raciocínio é de se aplicar às hipóteses em que o dano é iminente, exigindo

> tutela cautelar (art. 4º da Lei 7.347/85). Embora se possa falar numa lide cautelar, com pressupostos e finalidades distintos da lide principal, o fato é que ambas apresentam, na espécie, um núcleo comum: a proteção a certos interesses metaindividuais, diante do dano efetivo ou potencial[14].

Enquanto não se obtém melhor regramento do tema na lei específica[15], não merece o artigo 2.º da Lei n.º 7.347/85 interpretação mais ontológica? Mediante a clareza das lições doutrinárias, tem forte arrimo o entendimento que prioriza o local da lesão, ainda que potencial, como melhor opção visando a definição da competência em relação à ação civil pública[16]. Corroborando os labirintos do processo civil contemporâneo, a discussão parece estar longe de se encerrar em razão de uma realidade que demonstra, cada vez mais, complexas relações sociais e profundas repercussões jurídicas em todos

---

14 MANCUSO, 2004, p. 83.

15 Na proposta de reforma da LACP – que se pretende instituidora do Sistema Processual de Tutela Coletiva –, a competência está assim regulada: "Art. 4.º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta. § 1.º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal, será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas. § 2.º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial. § 3.º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes. Art. 5.º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver: I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados; II – conexão probatória; ou III – continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais. § 1.º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido. § 2.º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau. § 3.º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo". Cabe destacar ter sido formada, no âmbito do Ministério da Justiça, pela Portaria n.º 2.481/08, uma Comissão Especial com o escopo de apresentar uma proposta de readequação e de modernização da tutela coletiva, composta por Rogério Favreto (Secretário de Reforma do Poder Judiciário, Presidente da Comissão), Luiz Manoel Gomes Junior (Relator), Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petrônio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sérgio Cruz Arenhart. Em razão dos trabalhos desenvolvidos, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional a proposta respectiva, então convertida no Projeto de Lei n.º 5139/09, o qual, na Câmara dos Deputados, foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania no dia 17 de março de 2010. O deputado Antônio Carlos Biscaia recorreu da votação para que o projeto seja reapreciado em plenário, estando ainda pendente, conforme informação colhida na página www.camara.gov.br/sileg.

16 Destaca Mancuso, ainda, não ser possível ficar alheio à interpretação sistêmica das normas disciplinadoras da competência na ação civil pública. Diz o autor: "[...] Impende tomar tais dispositivos conjuntamente, em interpretação sistemática, sob as diretrizes da razoabilidade e da plenitude da ordem jurídica, tudo de molde a que ao final reste preservado o objetivo precípuo, que é o da *efetiva* tutela judicial aos interesses metaindividuais [...]. Na interpretação de regras de competência, é preciso ter presente que nesse campo se está lidando com a *jurisdição coletiva*, de sorte que os critérios e parâmetros providos do processo civil clássico – vocacionado à tutela de posições individuais, no plano da jurisdição singular – devem aí ser recepcionados com a devida cautela e mediante as necessárias adaptações. As diretrizes da *instrumentalidade* e da *efetividade* do processo precisam ser particularmente implementadas, de sorte a se priorizar o foro do local do dano, seja pela proximidade física com os fatos ocorridos ou temidos, seja pela facilitação na colheita da prova, seja pela imediação entre o juízo e os sujeitos concernentes ao interesse metaindividual de que se trata. A interpretação teleológica sinaliza que se deva dar prevalência à exegese que, no caso concreto, assegura melhor e mais efetivo acesso do conflito coletivo à apreciação do órgão jurisdicional, não nos parecendo – sob essa óptica – haver antinomia ou contrariedade, senão complementaridade e integração entre os dispositivos que regem a competência na ação civil pública: CF, art. 109, I e parágrafos; art. 2º da Lei 7.347/85; art. 93 e incisos e art. 117 do CDC" (MANCUSO, 2004, p. 99-100 e p. 102-103).

os setores da existência humana[17]. Com efeito, após o comemorado passo dado na construção dos instrumentos processuais e dos espaços formais de exercício da função jurisdicional – o sistema de tutela coletiva trabalhado doutrinariamente –, a questão da competência já vinha sofrendo acentuada crítica por suas limitações quanto aos compromissos assumidos visando a efetivação da tutela dos bens coletivos. Nesse sentido, são pertinentes as reflexões de Elton Venturi quando acentuou:

> [...] O próprio fato de o art. 93 do CDC fixar a competência nas capitais dos Estados e no Distrito Federal para as ações coletivas baseadas em danos regionais ou nacionais revela uma subversão da divisão judiciária nacional, contrariando, igualmente, o critério proposto pela LACP no que tange a priorizar o funcionamento do juízo mais próximo possível do local dos fatos lesivos. De fato, indaga-se: qual o sentido e a lógica em se fixar a competência jurisdicional para o processamento de uma ação coletiva que diz respeito a danos incidentes sobre o território de diversas comarcas de um mesmo Estado ao juízo de primeira instância de sua capital que, para além de não possuir *competência territorial* sobre aqueles, segundo a divisão estrutural do Poder Judiciário, por vezes encontra-se totalmente afastado do *local do dano*, não tendo qualquer contato com a sociedade afetada ou com os fatos considerados lesivos aos direitos metaindividuais?[18]

17 Pedro Lenza, a propósito, destaca: "A profunda transformação estrutural da sociedade e do Estado, inevitavelmente, atinge a ciência jurídica. O direito, entendido aqui em sua significação mais extensa possível, adequa-se à metamorfose social e não o contrário. A transformação antecipa-se. O direito busca acompanhá-la e jurisdicionalizá-la, moldando-se à nova realidade. Assim, não foi a transformação do Estado (de *Polícia*, para de *Direito*, e, nesta última fase, de *Liberal* para *Pós-Social*) que estimulou a transformação da sociedade e da forma de prestação jurisdicional. Na realidade, foi a mudança nas relações sociais que, fatalmente, trouxe consigo reflexos tanto na forma de Estado, como na maneira de se prestar a atividade jurisdicional" (LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 30-31).

18 O autor ainda ressalta: "[...] a opção legislativa expressada pelo art. 93 do CDC, condicionando a fixação da competência jurisdicional a uma apriorística e quase sempre inviável mensuração das repercussões do evento lesivo (local, regional ou nacional), revelou-se infeliz por diversos aspectos. Sob uma perspectiva constitucional, não garante com a precisão e a objetividade necessárias a efetivação do princípio do juiz natural, submetendo as partes e a autoridade judiciária que despacha a inicial da ação coletiva ao risco de decretação da nulidade *ab initio* do feito em virtude de mais tarde vir-se a descobrir que os danos apurados, por mais ou menos extensos do que se presumira antes, implicariam a fixação da competência jurisdicional absoluta de outro juízo. Sob uma perspectiva política, de outro lado, o critério ora posto em prática, tendo por conseqüência a supressão da potencial eficácia *erga omnes* dos provimentos proferidos por juízes que não atuem nas capitais dos Estados ou no Distrito Federal, subverte, injustificavelmente, princípios basilares referente à unidade e à indivisibilidade da função jurisdicional (atrelando a eficácia da coisa julgada aos limites territoriais do órgão julgador) e o próprio princípio federativo. [...] Por fim, sob uma perspectiva de efetividade da prestação da tutela jurisdicional, a adoção da fixação da competência territorial fulcrada no art. 93 do CDC desvirtua e contradiz o próprio ideal de aproximar o órgão julgador do local do dano, eis que, em muitos casos, a opção por ajuizar-se a demanda na capital do Estado ou no Distrito Federal, presumindo-se a ocorrência de danos regionais ou nacionais, acarretará, concretamente, efeito contrário, afastando o magistrado (estadual ou federal) mais próximo da comunidade afetada em prol de outro distante, sob a premissa de que somente este poderia empreender tutela com eficácia *erga omnes*" (VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007, p. 104-105).

CONCLUSÃO

Qualquer que seja a definição do juízo competente nesse campo, é inolvidável reconhecer que se deverá sempre ter por bússola o interesse maior de instrumentalizar a eficaz tutela do bem transindividual. Menos importante do que saber sobre a presença do interesse da União na lide, onde começam e terminam os danos causados ou as ameaças de lesão aos bens transindividuais – isso no que corresponde aos limites territoriais das unidades políticas consideradas e para que se alcance o critério definidor do juízo competente –, sobreleva garantir a existência de eficazes instrumentos processuais de tutela do direito coletivo, o que somente terá utilidade se, ao mesmo tempo, houver efetiva margem de atuação do Estado para concretizar, tempestivamente, sua função jurisdicional. Não se pode esquecer o fato de que a lei prevê instrumentos próprios para dirimir dúvidas – exceção de incompetência ou a deflagração dos conflitos de competência entre os órgãos jurisdicionais – e de que a decisão final, em todo caso, será do Poder Judiciário. Havendo celeridade de atuação do Poder Judiciário nessas hipóteses, que deveriam ter prioridade de julgamento em razão da importância da questão envolvida, desde logo contemplando os feitos a concretização da tutela jurisdicional de urgência, em sendo o caso de risco de perecimento do bem coletivo, maior proveito social terá tal solução do que propriamente encontrar a fórmula mágica capaz de apresentar as balizas de uma competência jurisdicional isenta de críticas. Em síntese, o que não se pode – por força das normas e dos valores talhados para a concretização da justiça em prol do direito individual – é desconsiderar a natureza dos novos direitos necessitados de tutela jurisdicional, por via de demanda coletiva. Não tem utilidade ser absoluta a competência, eis que funcional, para o processamento e o julgamento da ação civil pública, se, no fim, se revela ineficaz. Tomando por parâmetro o juízo do local do dano, com certeza o mais apto a realizar a tutela do direito coletivo, o fundamental da ação civil pública consiste em evitar a lesão ao bem metaindividual e, ocorrido este, servir plenamente para alcançar a efetiva reparação em prol da sociedade brasileira. Apesar das diversas propostas em curso voltadas para a normatização da competência jurisdicional em matéria de tutela coletiva, como leciona Venturi, não há, pelo menos por enquanto, melhor tratamento da questão do que a realidade já existente no positivado na Lei da Ação Civil Pública, o que, contudo, não significa concluir que prescinda de aperfeiçoamento quanto ao seu objetivo maior – concretizar a eficaz proteção dos bens transindividuais em prol da justa ordem jurídica coletiva[19].

19 O doutrinador faz aguda crítica às propostas apresentadas visando a definição da competência jurisdicional nas demandas coletivas. Noutro plano, destaca o acerto da proposta constante do artigo 17 do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos quanto aos chamados "juízos especializados": "Sempre que possível, as demandas coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados". Consoante o autor, "[...] a implementação gradativa de varas especializadas no processamento e julgamento de ações de índole coletiva parece ser medida potencialmente capaz de aprimorar o sistema de tutela jurisdicional, viabilizando, ao mesmo tempo, a fixação objetiva do juiz natural, a garantia da concretização da ampla defesa e do contraditório e a eficácia *erga omnes*, local, regional e nacional, necessárias à adequada proteção dos direitos metaindividuais. Todavia, a relevância da criação de tais varas não residiria tão-somente na sua *especialização*, mas, acima de tudo, na possibilidade de nelas se concentrar, com exclusividade, o processamento e o julgamento de toda e qualquer ação cujo objetivo recaia na tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, independentemente da extensão dos danos a serem apreciados ou dos *limites territoriais* da vara especializada (VENTURI, 2007, p. 110-111).

REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil:** processo coletivo. Salvador: Podium, 2007, v. 3.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. **Juris Plenum,** Caxias do Sul, v. 1, n. 95, jul./ago. 2007. 2 CD-ROM.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil.** 6. ed., rev., atual. e ampl. da obra **Manual do processo do conhecimento.** São Paulo: RT, 2007, v. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da ação civil pública. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 95, jul./ago. 2007. 2 CD-ROM.

SARTI, Amir José Finocchiaro. Ação civil pública: legitimação, jurisdição e competência. **Juris Plenum,** Caxias do Sul, v. 1, n. 87, mar./abr. 2006. 2 CD-ROM.

VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: RT, 2007. p. 96-113.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, v. 1.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pedro Roberto Decomain*

Sumário: 1 A investigação criminal realizada pelo Ministério Público: justificativas 2 As objeções à investigação criminal realizada pelo Ministério Público; 3 O pensamento do STF e do STJ; 4 Algumas particularidades ligadas ao tema; 5 A disciplina do procedimento de investigação criminal no âmbito do Ministério Público: Resolução n.º 13/06, do Conselho Nacional do Ministério Público; Referências.

Resumo: Neste artigo são estudadas inicialmente as possíveis justificativas para que o Ministério Público realize investigações criminais diretamente. A mais relevante delas é o fato de ser a maioria das investigações dirigida ao *Parquet*, posto ser de ação penal pública incondicionada a maior parte dos crimes hoje existentes, cabendo o exercício da ação, portanto, privativamente ao Ministério Público. Sendo sua a incumbência de promover a persecução judicial da infração, não se lhe pode furtar o instrumento da busca direta dos informes necessários para isso. Segue-se a apresentação das objeções que podem ser levantadas à realização de investigações criminais pelo Ministério Público, com oferta de resposta a elas. O pensamento do STF e do STJ a respeito do tema é apresentado, com referência a diversos julgados que o abordam nas duas Cortes. Anotam-se também algumas particularidades ligadas ao assunto, inclusive a garantia de exame das provas já produzidas, pelo suspeito ou indiciado, ou por advogado por ele constituído, finalizando-se com a apresentação sucinta da disciplina da investigação criminal pelo *Parquet*, estabelecida pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Palavras-chave: Investigação criminal. Ação penal. Polícia Judiciária. Ministério Público.

1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: JUSTIFICATIVAS

Ao Ministério Público, é lícito não apenas requisitar a instauração de inquérito policial ou a realização de diligências investigatórias, o que lhe faculta o artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal (CF), como também realizar ele próprio tais diligências. O oferecimento de ação penal com base em informações obtidas por meio de investigações realizadas pelo Ministério Público tem sido até o momento aceito pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), embora alguma polêmica acerca disso exista.

O inquérito policial é o conjunto de diligências empreendidas com o objetivo de verificar se ocorreu infração penal e, em caso de conclusão positiva, de reunir evidências iniciais de quem teria sido o seu autor, de sorte a propiciar, ao legitimado para a propositura da ação penal pública ou privada, fazê-lo de modo responsável. Noutra perspectiva, a regra é, no Brasil, por força do artigo 100 do Código Penal (CP), a ação

* Promotor de Justiça em Santa Catarina. Professor da Universidade do Contestado (UnC), *campus* Mafra, SC. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

penal pública, sendo a ação penal privada a exceção. A grande maioria dos crimes, ademais, fica mesmo sujeita à ação penal pública, cuja propositura, além disso, consoante previsto pelo artigo 129, I, da Constituição Federal, é tarefa privativa do Ministério Público. A conclusão que de tudo se alcança é que, na imensa maioria das hipóteses, o destinatário das informações reunidas no inquérito policial é o Ministério Público.

Se assim é, então não se vislumbra razão para que não possa o Ministério Público empreender ele próprio diligências investigatórias, com o objetivo de obter as informações necessárias a decidir se em dada hipótese existe ou não a possibilidade da deflagração de ação penal.

Essa conclusão configura, inclusive, aplicação interessante da doutrina dos poderes implícitos, desenvolvida pelos constitucionalistas norte-americanos, a propósito da delimitação dos poderes do Estado, inclusive do Congresso daquele país e no âmbito da própria distribuição das atribuições entre os Estados e a União. A ideia que preside a doutrina é essencialmente a de que quem confere a incumbência, confere também, mesmo que de forma implícita, os meios necessários para que a dita incumbência seja cumprida[1]. Segundo a máxima de hermenêutica apresentada por Carlos Maximiliano, com fundamento em mais de um doutrinador, "quando a lei faculta, ou prescreve um fim, presumem-se autorizados os meios necessários para o conseguir, contanto que sejam justos e honestos"[2]. Transposto o raciocínio para o âmbito do tema aqui discutido, se a Constituição conferiu ao Ministério Público, privativamente, a tarefa da propositura da ação penal pública, conferiu-lhe com certeza também os meios para a obtenção das informações necessárias para que o possa fazer de maneira responsável.

Nem se objete que a Constituição Federal, ao conferir-lhe esses meios, limitou-se a circunscrevê-los à própria requisição da instauração de inquérito policial ou de di-

---

1 Conforme já havia observado Thomas Cooley no século XIX, "O congresso tem mais a faculdade de 'fazer todas as leis que forem necessárias e convenientes à execução das faculdades precedentes e todas as outras de que a presente Constituição investiu o governo dos Estados Unidos, ou qualquer departamento ou funcionário do mesmo'. A importância desta cláusula consiste em que o Congresso tenha todas as atribuições que forem necessárias e convenientes a fazer efetiva a ação de todos os poderes que lhe tenham sido conferidos de maneira expressa. Semelhante cláusula não só não dilata nenhum dos poderes expressamente conferidos como também não confere uma nova faculdade ao Congresso, porém é sim, meramente uma declaração com o fim de evitar toda a incerteza relativa aos meios necessários para pôr em execução aqueles poderes concedidos, e que se incluem tacitamente na concessão. A concessão do principal deve incluir os incidentes necessários e próprios sem os quais tal concessão seria ineficaz" (COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. Tradução de Alcides Cruz. 2. ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909. São Paulo: RT, 1982, p. 109. A grafia foi atualizada). Noutra perspectiva, é fundamental na Constituição estadunidense que o governo da União seja um governo de poderes limitados. Cabe à União exercer os poderes que lhe foram outorgados pela Constituição, remanescendo todos os demais para os Estados. "Contudo – escreveu Bernard Schwartz – não se deve concluir do que se disse acima que a autoridade federal na Constituição americana se limita ao que é expressamente concedido neste instrumento. Embora o Governo federal tenha os seus poderes enumerados, a sua autoridade não é descrita minuciosamente, admitindo-se que ele possua não somente os poderes que lhe são específica ou expressamente outorgados, mas também aqueles necessários e apropriados ao exercício efetivo de tais poderes expressos". Esses poderes apropriados e necessários ao exercício dos expressos passaram a ser conhecidos então como "poderes implícitos" (SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional americano**. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 52-54). Sobre a definição da existência desses poderes implícitos a partir de decisão histórica da Suprema Corte Americana, leia-se RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 42-45. Por fazer referência a poderes implícitos (ou resultantes), embora não sejam usadas essas expressões, pode-se ler também o que foi escrito sobre a expansão dos poderes da União nos Estados Unidos em HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. Tradução de Carlos Souza a partir da 27. ed. francesa. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 271. Também Pinto Ferreira fazia alusão aos poderes inerentes à União americana, decorrentes de variadas circunstâncias (FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 903-904). Do mesmo modo, consultar HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 308-309.

2 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 262.

ligências investigatórias. É certo poder o Ministério Público requisitá-los. Não menos certo, porém, é que a Constituição, noutro inciso do artigo 129, também incumbiu o Ministério Público de realizar o controle externo da atividade policial. Tal circunstância faz reforçar a noção de que, mesmo não havendo subordinação hierárquica entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, as atividades desta destinam-se primordialmente a permitir que aquele possa desenvolver o seu trabalho. De mais a mais, o inciso VI do mesmo artigo 129 da Constituição Federal também permite ao Ministério Público "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva". Na perspectiva desse inciso, ainda quando se pretendesse negar-lhe aplicabilidade imediata, pela referência à regulamentação por lei complementar, hoje essa regulamentação já está presente, consoante será dito logo mais.

Leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

> quando a Constituição prevê poder o Ministério Público requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência, conforme previsto em lei complementar (art. 129, VI, CF), ela está, a todas as luzes, autorizando o exercício direto da função investigatória a quem é o verdadeiro legitimado à persecução penal. Por que aquele a quem se atribui o *fim* não poderia se valer dos *meios* adequados?[3]

Dessa sorte, mesmo sendo viável ao Ministério Público requisitar instauração de inquérito policial e realização de diligências investigatórias, nem por isso lhe foi interditado realizá-las ele próprio, na busca das informações necessárias para que possa aquilatar a viabilidade ou não da propositura de ação penal em uma dada hipótese.

A circunstância de ser também a Polícia Civil órgão de estatura constitucional, incluída que foi entre os órgãos aos quais a Constituição Federal reserva a tarefa de velar pela segurança pública – sendo sua incumbência nesse âmbito, como bem se sabe, a realização dos trabalhos de polícia judiciária, que consistem justamente na investigação da ocorrência de crimes e na apuração da respectiva autoria –, também não é óbice efetivo a que o Ministério Público possa também ele mesmo empreender diligências investigatórias.

Se a Constituição previu a existência da polícia civil, conferindo-lhe a tarefa de investigar os crimes, de outra parte não menos certo é que não lhe conferiu o monopólio dessa investigação[4]. Outras autoridades podem também investigá-los, e a ação penal deflagrada com base em informes obtidos de outra fonte é perfeitamente válida. Essa outra fonte pode consistir, portanto, no resultado de diligências investigatórias empreendidas diretamente pelo Ministério Público. O fato de haver o inciso IV do § 1.º do artigo 144 da Constituição afirmado caber à Polícia Federal a tarefa de exercer, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União não se presta como argumento para reconhecer-se monopólio da investigação de crimes pela Polícia Judiciária. O que da Constituição emana é apenas que, em se tratando de crime da competência da Justiça Federal, o exercício

3 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 71.

4 Nesse sentido, Márcio Luis Chila Freyesleben afirma inclusive que "a investigação criminal presidida pelo Promotor é absolutamente normal e amparada em lei" (FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O Ministério Público e a Polícia Judiciária:** o controle externo da atividade policial. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 90-91).

da atividade de polícia judiciária cabe à Polícia Federal, com exclusão de outros órgãos *que exerçam polícia judiciária*. Disso não se haverá de concluir, todavia, que o próprio Ministério Público federal não esteja constitucionalmente habilitado a empreender diligências investigatórias e, uma vez concluindo a partir delas pela ocorrência de crime de ação penal pública e de competência da Justiça Federal e pela existência de indícios de quem seja o seu autor, deflagrar a correspondente ação penal.

2 AS OBJEÇÕES À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Eugênio Pacelli de Oliveira, que sustenta a viabilidade da realização de diligências investigatórias preliminares pelo próprio Ministério Público, nas situações que possam ensejar a realização de alguma de suas incumbências constitucionais, aponta duas objeções que usualmente são postas ao reconhecimento dessa possibilidade:

> a) a primeira, a indagar acerca de uma pretensa privatividade da Polícia sobre as atividades de investigação criminal;
> b) a segunda, admitida a ausência da citada *privatividade policial*, a exigir previsão legal expressa para a investigação pelo Ministério Público[5].

A propósito da ausência de privatividade da polícia judiciária na investigação de infrações penais, em acréscimo a quanto já se disse antes (inexistência dessa previsão no texto constitucional, privatividade do exercício da ação penal pelo Ministério Público, com recurso à teoria dos poderes implícitos), pode-se apontar ainda a própria previsão constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

Ora, a pretender-se que somente a autoridade policial civil poderia investigar a ocorrência de crimes, estar-se-ia afirmando que o controlador não pode desenvolver a atividade cuja realização deve ser empreendida pelo controlado. O Ministério Público somente poderia verificar se o inquérito policial está sendo bem conduzido, mas não poderia, ele próprio, realizar as suas investigações. Tal circunstância depõe contra a própria ideia do controle externo, além de que, nas situações em que a atividade policial na investigação se deparasse com algum óbice sério e o próprio controle externo viesse a encontrar dificuldades para desenvolver-se, a apuração de alguma infração penal poderia ficar prejudicada, com maiores chances de impunidade do infrator.

Ademais, além desse adicional elemento constitucional no sentido de que não existe da parte da polícia judiciária o monopólio constitucional da investigação criminal, como salientado, aliás, em mais de uma oportunidade pelo STJ, segundo se depreende das decisões cujas ementas serão transcritas mais à frente, cabe registrar que a incumbência de investigar crimes, conferida à polícia judiciária pelo *caput* do artigo 4.º do Código de Processo Penal (CPP), no próprio Código de Processo jamais lhe foi conferida com exclusividade, tanto que o parágrafo único do mesmo artigo afirma que "a competência

5 OLIVEIRA, 2008, p. 69, grifo do autor. Igualmente favoráveis à realização de investigações criminais diretamente pelo Ministério Público e discutindo também essas duas objeções, Bruno Calabrich (**Investigação criminal pelo Ministério Público**. São Paulo: RT, 2007) e Paulo Rangel (**Investigação criminal direta pelo Ministério Público:** visão crítica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função"[6].

É certo que a função investigativa deve ser conferida por lei a outras autoridades. Não menos certo é, porém, que tal possibilidade resulta para o Ministério Público antes de tudo do próprio fato de ser-lhe conferido o monopólio do exercício da ação penal pública (caso da persecução penal judicial da imensa maioria dos crimes) pelo artigo 129, I, da CF.

De mais a mais – passando agora à segunda das objeções apontadas por Eugênio Pacelli de Oliveira (mas não por ele endossadas, antes pelo contrário) –, cabe registrar que a Lei n.º 8.625/93, Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais, ao conferir ao Ministério Público a possibilidade de instaurar procedimentos administrativos (art. 26, inciso I), podendo, no seu curso, requisitar documentos, informes e perícias de quaisquer autoridade públicas, além de inquirir testemunhas e promover inspeções e diligências investigatórias (alíneas do inciso I), podendo ainda requisitar informações e documentos a entidades privadas para instruir tais procedimentos (inciso II) e, finalmente, praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório (art. 26, inciso V), configura justamente o diploma básico disciplinador das diligências investigatórias empreendidas pelo próprio Ministério Público, inclusive na perspectiva de subsequente propositura de ação penal.

É verdade que o inciso VI do artigo 129 da CF afirma que a requisição de informações e documentos e a expedição de notificações (inclusive para colheita de depoimentos) pelo Ministério Público, para instruir os procedimentos administrativos que instaurar, deverá ocorrer na forma da lei complementar (LC) respectiva. Também é verdade que a Lei n.º 8.625/93 não é lei complementar, mas ordinária. Ocorre que ela contém, validamente, já que derivada de modo direto do artigo 61, II, *d*, segunda parte, da própria Constituição, as normas gerais de organização e funcionamento aplicáveis a todos os Ministérios Públicos estaduais. Tais lineamentos devem ser observados inclusive pelas leis orgânicas (estas sim, complementares) dos Ministérios Públicos dos diferentes Estados. Além disso, as disposições da Lei n.º 8.625/93 contidas em seus artigos 25 e 26 são autoaplicáveis, não dependendo, em absoluto, de ratificação nas leis complementares estaduais dos respectivos Ministérios Público, o que soaria até absurdo (a lei estadual precisaria obrigatoriamente ratificar aquilo sobre que nem pode dispor de modo diferente...).

No âmbito do Ministério Público da União (MPU) não é diverso o quadro. Tocante a ele, a realização de diligências investigatórias vem autorizada pelo artigo 7.º, inciso I, da Lei Complementar n.º 75, também de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União –, que permite ao MPU a instauração de procedimentos administrativos, e pelos diversos incisos do seu artigo 8.º, que lhe facultam a realização de diferentes atividades probatórias prévias, no âmbito dos procedimentos que haja instaurado.

Na perspectiva específica de crimes vitimando crianças ou adolescentes, o artigo 201, inciso VII, da Lei n.º 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – autoriza o Ministério Público a "instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou

6 Posiciona-se contrariamente à possibilidade da investigação criminal direta realizada pelo Ministério Público, inclusive por entender tratar-se de tarefa privativa da Polícia Civil e da Polícia Federal, Rogério Lauria Tucci (**Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: RT, 2004, p. 77-78).

infrações às normas de proteção à infância e juventude". A permissão para instaurar sindicâncias pode ser entendida, aqui, como abrangente inclusive da investigação direta de crimes vitimando crianças ou adolescentes.

Nesse sentido foi inclusive entendida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão cuja ementa é transcrita por Válter Kenji Ichida:

> *Habeas corpus*. Abuso sexual contra menor. Legitimidade do Ministério Público para instaurar sindicância. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).
> O Ministério Público tem legitimidade para instaurar sindicância para a apuração de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/90).
> Além da competência que lhe atribui o ECA, é pacífico o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não necessita de inquérito policial para instaurar ação penal.
> Caso que não se confunde com o RHC 81.326, que tratava de falta de legitimidade do *Parquet* para presidir ou desenvolver diligências pertinentes ao inquérito policial.
> A questão relativa à infância e juventude é regulada por lei especial que tem previsão específica (Lei 8.069/90)[7].

Dispositivo semelhante ao artigo 201, VII, do ECA consta também do artigo 74, VI, da Lei n.º 10.741/03 – Estatuto do Idoso –, que também permite ao Ministério Público a instauração de sindicância e a requisição de diligências investigatórias e da instauração de inquérito policial, para apurar ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso. Assim, sendo a mesma a interpretação a conferir-se a ambos os dispositivos, o Ministério Público também pode investigar crimes que vitimem pessoa idosa.

Dessa sorte, confirma-se o arcabouço normativo necessário para que o Ministério Público possa empreender diligências investigatórias e, uma vez convencido, a partir delas, da ocorrência de uma infração penal de ação penal pública e da respectiva autoria, com base nessas evidências promover validamente a ação penal[8].

Aury Lopes Junior também afirma que "*o MP pode instaurar e realizar uma verdadeira investigação preliminar, destinada a investigar o fato delituoso* (natureza pública), com o fim de preparar o exercício da ação penal", tanto pelo fato de não haver a investigação criminal sido conferida com exclusividade à Polícia Judiciária, quer pela Constituição, quer por leis infraconstitucionais, quanto pelo fato de estar a atividade do MP nesse campo regrada atualmente pela LC n.º 75/90 e também pela Lei n.º 8.625/93, acrescentando que nesse ponto se manifesta a figura do promotor investigador[9].

---

7 STF. HC 82.865-5-GO. Rel. Min. Nelson Jobim. **Julgamento em** 13 de outubro de 2003. **DJ**, 30 abr. 2004, p. 00069 *apud* ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 347. Referido autor também endossa a plausibilidade da atuação do Ministério Público na investigação criminal: "Com efeito, além de previsão expressa do ECA fornecida pelo art. 201, é certo que toda investigação preliminar à persecução judicial é feita para o órgão de acusação, não se justificando que o mesmo não possa diretamente realizar as investigações que entender pertinentes" (ISHIDA, loc. cit.).

8 Registre-se, sem embargo, a opinião de Guilherme de Souza Nucci, no sentido de que não cabe ao Ministério Público realizar sozinho a investigação, na medida em que tal *munus* foi conferido pela Constituição Federal às polícias civis (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: RT, 2005, p. 124).

9 LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 157, grifo do autor.

3 O PENSAMENTO DO STF E DO STJ

No sentido da validade da propositura de ação penal pública com base em diligências investigatórias empreendidas diretamente pelo Ministério Público, vale registrar antes de tudo a seguinte decisão do STF, muito embora nela o assunto haja sido abordado *ad argumentandum tantum*, ainda que de maneira muito incisiva:

> Direito processual penal. Recurso extraordinário. Mandado de segurança. Pedido de afastamento de sigilo bancário e fiscal de investigado. Procedimento judicial. Poderes investigatórios do Ministério Público. Improvimento da parte conhecida.
> 1. As questões de suposta violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insuscetíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário.
> 2. As argüições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas.
> 3. Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.
> 4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, § 1.º, I e IV, da Constituição Federal.
> 5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional.
> 6. Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves, como o presente, que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.
> 7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei n.º 10.174/01 – eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais –, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias.

8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido[10].

Resolvendo especificamente acerca do tema da validade de diligências investigatórias empreendidas pelo próprio Ministério Público, desta feita a seguinte decisão, também do STF:

> *Habeas corpus*. Denúncia. Nulidade. Suspeição. Promotor de Justiça. Inocorrência. Inépcia. Falha na descrição do crime de homicídio doloso. Inocorrência. Ordem indeferida. Prisão cautelar. Excesso de prazo. Ordem deferida de ofício. Maioria. O simples fato de ter atuado na fase investigatória não induz ao impedimento ou à suspeição do promotor de Justiça, pois tal atividade é inerente às funções institucionais do membro do Ministério Público. Não se invalida a denúncia que descreve o fato típico criminal e possibilita o exercício da ampla defesa pelo paciente. Ordem indeferida. Alegação de excesso de prazo na prisão cautelar não conhecida pelo relator, porém acolhida pelos demais integrantes da Turma. Concedido *habeas corpus* de ofício, por maioria[11].

No mesmo sentido ainda as seguintes decisões, novamente do STF:

> 1. Ministério Público: possibilidade de colheita de depoimento quando tiver notícia direta de um crime. Precedentes. 2. Ministério Público: o promotor de Justiça que participa na fase investigatória não está impedido ou suspeito para o oferecimento da denúncia. Precedentes. 3. *Habeas corpus*: inviabilidade para o exame da alegação de ausência de base empírica para a denúncia, dada a necessidade de ponderação dos elementos de informação, à qual não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*[12].

> Embargos de declaração opostos à decisão do Relator: conversão em agravo regimental. Constitucional. Processo penal: art. 3.º, II, da Lei 9.296/96. Quebra de sigilo telefônico requerida ao Juízo pelo Ministério Público. Investigação criminal administrativa: possibilidade.
> I – Embargos de declaração opostos à decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental.
> II – Não há óbice legal que impeça o Ministério Público de requerer à autoridade judiciária a quebra de sigilo telefônico durante investigação criminal administrativa.
> III – Agravo não provido[13].

> Penal. Processual penal. Ministério Público: investigação: inquérito policial. Crime de dispensa irregular de licitação. Lei 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116.
> I – A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção.

10 STF. RE 535.478-4. Rel. Min. Ellen Gracie. **DJE-STF**, 21 nov. 2008, p. 258.

11 STF. HC 86.346-SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. **DJU**, 2 fev. 2007, seção 1, p. 159.

12 STF. HC 89.158-RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **DJU**, 15 set. 2006, seção 1, p. 45.

13 STF. Embargos de Declaração no RE 449.206-PR. Rel. Min. Carlos Velloso. **DJU**, 25 nov. 2005, seção 1, p. 33.

> II – Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado.
> III – Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica.
> IV – Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93[14].

No âmbito do STJ, o tema soa pacífico, como mostram as seguintes decisões, todas no sentido da validade das investigações realizadas pelo próprio Ministério Público como fundamento para a propositura de ação penal:

> Processual penal. Recurso ordinário de *habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Justa causa. Impedimento de agente do *Parquet*.
> I – Se, para verificar a ausência de justa causa, é necessário o cotejo analítico do material cognitivo, a via do *habeas corpus* se mostra, para tanto, inadequada.
> II – A participação na busca de dados para o oferecimento da denúncia, não enseja, *per se*, impedimento ou suspeição do Agente do *Parquet*.
> Recurso conhecido e desprovido[15].

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Trancamento de ação penal. Atos investigatórios realizados pelo Ministério Público. Validade. Ordem denegada.
> I – São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento de denúncia.
> II – Ordem que se denega[16].

> Processual penal. Denúncia. Nulidade. Depoimento prestado a membro do *Parquet*. Inépcia. Art. 41 do CPP.
> I – A imputação, fundada, que permite a adequação típica não é inepta.
> II – Não há nulidade, *per se*, na realização, por membro do *Parquet*, de atos investigatórios, a fim de buscar dados para o oferecimento da denúncia.
> Precedentes.
> Recurso desprovido[17].

> Criminal. HC. Acórdão restrito a um dos pacientes. Supressão de instância quanto aos demais. Não conhecimento. Atos investigatórios realizados pelo Ministério Público. Legalidade. Inquérito policial. Dispensabilidade. Ordem parcialmente conhecida e denegada.
> Não se conhece do writ em relação aos outros pacientes, sob pena de

14 STF. Inquérito 1.957-PR. Rel. Min. Carlos Velloso. **DJU**, 11 nov. 2005, seção 1, p. 7.
15 STJ. RHC 6.128-MG. Rel. Min. Felix Fischer. **DJU**, 2 fev. 1998, seção 1, p. 117.
16 STJ. HC 7.445-RJ. Rel. Min. Gilson Dipp. **DJU**, 1 fev. 1999, seção 1, p. 218.
17 STJ. RHC 8.732-RJ. Rel. Min. Felix Fischer. **DJU**, 4 out. 1999, seção 1, p. 64.

indevida supressão de instância, se a decisão proferida em 2.º grau de jurisdição é restrita ao paciente Ronaldo Alves Pereira.
Não há ilegalidade nos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos a fim de instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento da denúncia.
A atuação do Órgão Ministerial não é vinculada à existência do inquérito policial – o qual pode ser eventualmente dispensado para a proposição da ação penal.
Não há óbice a que o membro do Parquet requisite esclarecimentos à autoridade competente ou diligencie diretamente, visando à formação de sua convicção e com o intuito de aperfeiçoar a persecução penal.
Ordem conhecida apenas em relação a Ronaldo Alves Pereira e denegada[18].

REsp – Penal e processo penal – Poder investigativo do Ministério Público – Provas ilícitas – Inocorrência – Trancamento da ação penal – Impossibilidade.
– A questão acerca da possibilidade de o Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal.
– Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5.º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública.
– A Lei Complementar n.º 75/90, em seu art. 8.º, inciso IV, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, "realizar inspeções e diligências investigatórias". Compete-lhe, ainda, notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV).
– Recurso provido para determinar o regular andamento da ação penal[19].

Investigação do Ministério Público. Pretensão de nulidade. Incompe-

18 STJ. HC 30.526-MG. Rel. Min. Gilson Dipp. **DJU**, 7 jun. 2004, seção 1, p. 249.
19 STJ. REsp 331.903-DF. Rel. Min. Jorge Scartezzini. **DJU**, 1 jul. 2004, seção 1, p. 248.

tência do Órgão ministerial. Múnus da atividade policial. Inocorrência. Titularidade plena do dominus litis. Art. 129 da CF.
A titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I, do artigo 129, da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem como o material probatório produzido. A promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir dela, a indicação necessária à formação da opinião sobre o delito.
O Ministério Público Federal, quando presente à sessão em segunda instância para acompanhar os feitos penais em julgamento, nos termos das normas processuais e regimentais, atua como custos legis, sendo-lhe facultado falar após a sustentação da defesa.
Ademais, a simples inversão da ordem não autoriza, por si só, supor que houve nulidade se o ato não altera o sentido do contraditório, já que a ampla defesa foi garantida em toda a sua extensão.
Ordem denegada, cassada a liminar concedida na sessão do dia 23/11[20].

Ministério Público (funções). Infrações penais (apuração). Investigação (possibilidade). Excesso (preocupação). Judiciário (atuação).
1. Promover a ação penal é função institucional do Ministério Público. É uma de suas várias e relevantes funções disciplinadas seja por normas constitucionais, seja por disposições infraconstitucionais.
2. Conseqüentemente, é lícito entender que o Ministério Público, embora as investigações sejam destinadas à polícia nas áreas federal e estadual (apuração de infrações penais), pode, também e concomitantemente, delas se incumbir. Se não há, em tal direção, expresso texto normativo, também não existe expresso texto normativo em sentido oposto.
3. Apurar infrações penais ou exercer a supervisão da investigação criminal é tarefa cujo desempenho, entretanto, requer de quem exerce a função discrição e serenidade, isso em decorrência dos eternos princípios da presunção de inocência e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, etc.
4. Compete ao Judiciário – se e quando necessário – a correção de desacertos, de violências e desatinos.
5. Recurso ordinário improvido[21].

Penal e processual. Habeas corpus. Denúncia. Individualização da conduta do paciente. Inépcia. Ausência. Investigação preliminar. Ministério Público. Legalidade. Ordem denegada.
Não é inepta a denúncia que descreve adequadamente a conduta incriminada, ainda que não detalhada, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e, em contrapartida, exercer ampla defesa.
A imputação descreve de maneira satisfatória os fatos supostamente criminosos e, bem assim, discorre sobre suas circunstâncias, narra o modus operandi e dá ensejo a perfeita compreensão dos limites da

20 STJ. HC 38.230-SP. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. **DJU**, 1 fev. 2005, seção 1, p. 589.
21 STJ. RHC 16.659-RS. Rel. Min. Nilson Naves. **DJU**, 5 set. 2005, seção 1, p. 490.

acusação.
Detém o Ministério Público autorização legal para instaurar procedimento investigatório administrativo e, neste mister, requisitar informações e proceder a diligências com vistas a instruir a propositura de ação penal pública incondicionada (arts. 129, incisos I e VIII, da CRFB; 6.º, inciso V, e 7.º, inciso II, da Lei Complementar n.º 75/93; 25, III, 26, I, II e V, da Lei n.º 8.625/93).
Ordem denegada[22].

Recurso em habeas corpus. Processual penal. Trancamento da ação. Investigações realizadas pelo Ministério Público. Crime cometido por policiais civis. Ausência de irregularidade. Controle externo da atividade policial. Desnecessidade de inquérito.
1. Encontra-se sob exame, perante o Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade de o Ministério Público poder conduzir as investigações que conferem sustentação à denúncia (Inquérito n.º 1.968)[23].
2. No caso de crimes cometidos por policiais ou autoridades, afigura-se temerário contrariar aquela possibilidade. Precedentes deste Tribunal.
3. Para oferecimento da denúncia, é desnecessária a existência de inquérito policial, desde que os elementos informativos sejam suficientes àquela finalidade.
4. Recurso não provido[24].

Processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Art. 332, do Código Penal. Poder investigatório do Ministério Público. Gravação de conversa por um dos interlocutores (gravação clandestina). Não configura prova ilícita.
I – Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder a investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8.º, incisos II e IV, e § 2.º, e art. 26 da Lei n.º 8.625/1993 (precedentes).
II – Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a opinio delicti de seu titular. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações, etc., é evidente que o Parquet também pode. Além do mais, até mesmo uma investigação administrativa pode, eventualmente, supedanear uma denúncia.
III – A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que imprescinde de autorização judicial (precedentes do STF e do STJ).

22 STJ. HC 29.614-MG. Rel. Min. Paulo Medina. **DJU**, 19 set. 2005, seção 1, p. 386.

23 Os autos do Inquérito n.º 1.968 foram enviados pelo STF à Justiça Estadual de Primeira Instância, por ter sido considerado que o indiciado não concorreu a mandato eletivo federal em 2006. Informação disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2009.

24 STJ. RHC 16.267-DF. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. **DJU**, 4 set. 2006, seção 1, p. 325.

Recurso desprovido[25].

Habeas corpus. Direito processual penal. Procedimento interno no Ministério Público. Pretensão de acesso aos autos. Prejudicialidade. Poder investigatório do Ministério público. Legalidade. Investigação. Inocorrência. Denegação.
1. Desconstituído, em parte, o objeto da impetração heróica, em razão da concessão da ordem de habeas corpus impetrada no Supremo Tribunal Federal, é de se julgar, nesse tanto, prejudicado o writ.
2. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.
3. Esta, a razão pela qual a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio".
4. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais.
5. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1.º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário – não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4.º do artigo 144 da Constituição Federal, in verbis: "§ 4.º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares". Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade.
6. O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social.
7. "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para

25 STJ. RHC 19.136-MG. Rel. Min. Felix Fischer. **DJU**, 14 maio 2007, seção 1, p. 332.

o oferecimento da denúncia" (Súmula do STJ, Enunciado n.º 234).
8. Em inexistindo investigação criminal promovida pelo Ministério Público Federal, tratando o expediente que nele tramita de "peças de informação enviadas pelo Banco Central com a finalidade de instruir eventual procedimento investigatório", sob exame de membro do Parquet para manifestação, descabe falar em constrangimento ilegal a ser reparado na via do remédio heróico.
9. Writ parcialmente prejudicado e denegado[26].

Penal. Recebimento da denúncia. Exame. Denúncia recebida em parte.
1. Não há ilegitimidade na colheita de material probatório promovida pelo Ministério Público para formar ou complementar as bases de sua convicção para exercício da ação penal. Precedentes.
2. A jurisprudência do STJ e do STF é unânime em repudiar a notícia-crime veiculada por meio de denúncia anônima, considerando que ela não é meio hábil para sustentar, por si só, a instauração de inquérito policial ou de procedimentos investigatórios no âmbito dos tribunais. No entanto, a denúncia anônima não inibe e nem prejudica a coleta de provas dos fatos delituosos noticiados (STF, Inquérito 1.957-PR), ainda mais quando já objeto de investigação em curso.
3. "O confronto dos documentos apresentados pelo Ministério Público e pelos denunciados deverá ocorrer ao longo do processo" (STJ, APn 401, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 21/08/2006) e não na fase de recebimento da denúncia.
4. Na fase investigatória, não se pode considerar ilegítimo o depoimento colhido pela autoridade policial, do qual decorreu a instauração de inquérito policial incluindo, entre os investigados, detentor de cargo com prerrogativa de foro (Conselheiro de Corte de Contas Estadual), já que, diante da primeira diligência investigatória, os autos vieram remetidos a esta Corte.
5. Sendo o inquérito policial procedimento preparatório, prescindível à apuração de infrações penais, a inexistência de interrogatório dos acusados nessa fase não macula a validade da denúncia.
[...]
10. Estando suficientemente demonstrados os pressupostos processuais e as condições para o exercício da ação penal, inclusive a justa causa (prova da materialidade e indícios suficientes da autoria), viável o recebimento da denúncia. De outro lado, ausente a suficiente descrição do fato criminoso relativamente à conduta de alguns acusados, ou inexistindo tipicidade em tese de condutas descritas, ou não havendo elementos indiciários de autoria, impositiva se torna a rejeição da denúncia.
11. Denúncia recebida em parte[27].

Criminal. HC. Tortura. Concussão. Ministério Público. Atos investigatórios. Legitimidade. Atuação paralela à Polícia Judiciária. Controle externo da atividade policial. Órgão ministerial que é titular da ação penal. Inexistência de impedimento ou suspeição. Súmula n.º 234/STJ. Ordem denegada.

26 STJ. HC 54.719-RJ. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. **DJU**, 6 ago. 2007, seção 1, p. 697.
27 STJ. Ação Penal 300-ES. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. **DJU**, 6 ago. 2007, seção 1, p. 443.

1 – São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art.129, inciso IX, da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial.
2 – Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4.º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes.
3 – Hipótese na qual se trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido pelos policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal.
4 – Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o Parquet o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia.
5 – "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia" (Súmula n.º 234/STJ).
6 – Ordem denegada[28].

Habeas corpus. Peculato e falsidade ideológica. Trancamento da ação penal. Ministério Público. Titular da ação penal pública. Poder investigativo. Ação penal pública incondicionada. Divisibilidade. Quebra de sigilo fiscal. Falta de autorização judicial. Constrangimento não demonstrado. Falta de justa causa. Atipicidade primus ictus oculi. Capitulação legal. Defesa dos fatos narrados na denúncia. Exame aprofundado de provas. Vedação na via eleita. Ordem denegada.
1. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já firmaram compreensão no sentido de que, a teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, e no art. 8.º, II e IV, da Lei Complementar n.º 75/93, o Ministério Público, como titular da ação penal púbica, pode proceder a investigações, inclusive colher depoimentos, lhe sendo vedado tão-somente dirigir o inquérito policial.
2. Esta Corte já decidiu que, em se tratando de ação penal pública incondicionada, não está o Ministério Público obrigado a denunciar todos os indiciados. Pode propor ação penal com relação àqueles contra quem haja indícios suficientes e determinar, quanto aos demais, o arquivamento ou o prosseguimento das investigações, sendo possível, posteriormente, o oferecimento de nova denúncia ou o aditamento da primeira.
3. Não se reconhece a ocorrência de constrangimento decorrente da quebra de sigilo fiscal sem prévia autorização se a impetração não impugna o fundamento do acórdão – de não ter sido comprovada a ilegalidade –, tampouco junta documentos hábeis a demonstrá-lo.
4. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que

28 STJ. HC 84.266-RJ. Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ de Minas Gerais). **DJU**, 22 out. 2007, seção 1, p. 336.

somente se reconhece a falta de justa causa apta a trancar a ação penal quando um exame não detalhado dos elementos de convicção trazidos aos autos em confronto com a descrição da denúncia leve à conclusão de ser atípica a conduta nela narrada.
5. Não sendo as condutas descritas na denúncia daquelas que, à toda evidência, levam à conclusão da inexistência da prática de delitos, revela-se prematuro o trancamento da ação penal na via eleita, notadamente porque o réu se defende dos fatos descritos na peça acusatória, não da capitulação legal a eles emprestada.
6. A alegação de que não há provas da participação do paciente relativamente ao crime de falsidade ideológica não pode ser aqui acatada, pois demandaria o exame aprofundado dos elementos de convicção, vedado na via estreita do habeas corpus, além do que a denúncia deixa certa a existência de indícios de autoria do delito.
7. Habeas corpus denegado, cassada a liminar[29].

Habeas corpus. Abuso de autoridade e crime previsto no ECA. Ação penal. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Ministério Público. Investigação. Legalidade. Fase inquisitorial. Eventual nulidade que não contamina a ação penal. Inversão de atos processuais. Ausência de prejuízo. Nulidade. Inocorrência.
1. A denúncia demonstra, de forma clara e objetiva, os fatos supostamente criminosos, com todas as suas circunstâncias, bem como o possível envolvimento do Paciente nos delitos em tese, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem como para o pleno exercício de sua defesa.
2. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial – titular exclusivo da ação penal pública – proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria. Precedentes.
3. O inquérito policial, ou outro procedimento investigatório, constitui peça meramente informativa, sem valor probatório, apenas servindo de suporte para a propositura da ação penal. Eventual vício ocorrido nessa fase não tem o condão de contaminar a ação penal, sendo que a plena defesa e o contraditório são reservados para o processo, quando há acusação formalizada por meio da denúncia. Precedentes.
4. Não há nulidade processual sem demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. É princípio de direito que: pas de nullité sans grief. Precedente.
5. Ordem denegada[30].

Recurso ordinário em habeas corpus. Abuso de autoridade e privação de liberdade de adolescente sem ordem judicial. Ministério Público. Poderes de investigação. Legitimidade.
1. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93.
2. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial – titu-

29 STJ. HC 50.973-RN. Rel. Min. Paulo Gallotti. **DJU**, 17 dez. 2007, seção 1, p. 345.
30 STJ. RHC 19.543-DF. Rel. Min. Laurita Vaz. **DJU**, 11 fev. 2008, seção 1, p. 1.

lar exclusivo da ação penal pública – proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, mormente quando se trata de crime atribuído a autoridades policiais que estão submetidas ao controle externo do Parquet.
3. A ordem jurídica confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8.º, incisos II e IV, e § 2.º, da Lei Complementar n.º 75/1993.
4. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.
5. Recurso desprovido[31].

Embargos declaratórios em recurso ordinário em habeas corpus – Conhecimento como agravo regimental – Poder investigatório do Ministério público – Possibilidade – Trancamento da ação penal – Impossibilidade – Denúncia que descreve crime em tese e contém os elementos indispensáveis à ampla defesa – Prova da existência do crime e indícios da autoria – Recurso conhecido como agravo regimental, sendo-lhe negado provimento, ressalvando-se posicionamento contrário da relatora.
1 – Na esteira dos precedentes desta Corte, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode realizar investigações preliminares ao oferecimento da denúncia.
2 – Sendo peça meramente informativa, o inquérito policial não é pressuposto indispensável à formação da opinio delicti do Parquet.
3 – O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de comprovação da existência do crime, dos indícios de autoria, de justa causa, bem como a atipicidade da conduta ou a existência de uma causa extintiva da punibilidade esteja evidente, independente de aprofundamento na prova dos autos, situação incompatível com a estreita via do habeas corpus.
4 – Recurso conhecido como agravo regimental, sendo-lhe negado provimento, ressalvando-se posicionamento contrário da Relatora, quanto ao poder investigatório do Ministério Público[32].

Habeas corpus. Tortura. Investigação realizada pelo Ministério Público, sem participação da Polícia Judiciária. Possibilidade. Trancamento da ação penal por atipicidade. Constrangimento ilegal inexistente. Delito praticado por policiais militares para contenção de motim. Exercício temporário de função atribuída à Polícia Civil. Guarda, poder e autoridade sobre os detentos, em tese, configurada. Ordem denegada.
1. O Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal (art. 129, VI, da Constituição Federal e art. 26, I, b, da Lei 8.625/93), possui a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de dominus litis.
2. O policial militar que auxilia a polícia civil na contenção de rebelião

31 STJ. RHC 18.485-DF. Rel. Min. Laurita Vaz. **DJU**, 11 fev. 2008, seção 1, p. 1.

32 STJ. Embargos de Declaração no RHC 18.768-PE. Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ de Minas Gerais). **DJE-STJ**, 31 mar. 2008.

em estabelecimento prisional, durante a operação, detém, legitimamente, guarda, poder e autoridade sobre os detentos, podendo, nessa condição, ainda que momentânea, responder, em tese, pelo crime de tortura preconizado no art. 1.º, inciso II, da Lei 9.455/97.
3. Ordem denegada[33].

Habeas corpus. Processual penal. Crime de tortura. Ausência de justa causa para a ação penal não demonstrada. Denúncia lastreada em prova colhida pelo Ministério Público em procedimento administrativo. Legitimidade. Ordem denegada.
1. Encontra-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento que reconhece a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias, decorrente de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar 75/90 [sic]. Precedentes do STJ.
2. O trancamento da ação penal pela via estreita do habeas corpus justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.
3. Ordem denegada[34].

Recurso especial. Penal e processual penal. Prequestionamento. Inexistência. Investigação realizada pelo Ministério Público, sem participação da Polícia Judiciária. Possibilidade. Prescrição pela pena em perspectiva. Impossibilidade. Recurso não conhecido.
1. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem.
2. O Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo de investigação e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de dominus litis.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva (prescrição antecipada), tendo em vista que não existe norma legal que a autorize.
4. Recurso especial não conhecido[35].

Habeas corpus. Crimes de ameaça e atentado violento ao pudor cometidos contra vítimas menores. Ministério Público. Poderes de investigação. Legitimidade.
1. Não tendo havido por parte do Ministério Público a presidência de inquérito policial propriamente dito, esse, sim, exclusivo das autoridades policiais, mas tão-somente a realização de diligências investigatórias, necessárias ao exercício de suas atribuições de dominus litis, não se verifica qualquer ilegalidade a ser reparada na espécie. É

33 STJ. HC 50.095-MG. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. **DJE-STJ**, 23 jun. 2008.
34 STJ. HC 49.614-MG. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. **DJE-STJ**, 23 jun. 2008.
35 STJ. REsp 610.072-MG. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. **DJE-STJ**, 24 nov. 2008.

> que tal atribuição decorre de expressa previsão constitucional (art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal), oportunamente regulamentado no art. 8.º, incisos II e IV, e § 2.º, da Lei Complementar n.º 75/93.
> 2. Ademais, além da competência da polícia judiciária não excluir a de outras autoridades administrativas (art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal), a atuação do Parquet também não encontra adstrição à existência do inquérito policial, podendo até ser dispensado, quando já existirem elementos suficientes para embasar a ação penal.
> 3. Precedentes desta Corte.
> 4. Ordem denegada[36].

Há decisão do STJ convalidando inclusive requerimento de quebra de sigilo bancário dirigido pelo Ministério Público ao Judiciário, em procedimento investigatório instaurado pelo primeiro:

> Recurso em mandado de segurança. Penal e processual. Procedimento criminal preparatório. Quebra de sigilo bancário. Pessoa física. Movimentação financeira de conta bancária. Legitimidade do Ministério Público.
> Possui o Ministério Público legitimidade para requerer ao Judiciário a quebra de sigilo bancário, quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, sendo tal procedimento de natureza inquisitiva.
> A decisão atacada pela presente ação mandamental encontra-se devidamente fundamentada e estribada na legislação de regência.
> Ausência do alegado direito líquido e certo.
> Precedentes.
> Recurso desprovido[37].

4 ALGUMAS PARTICULARIDADES LIGADAS AO TEMA

Aury Lopes Junior, muito embora registre a perfeita viabilidade da realização de investigações criminais pelo Ministério Público, segundo já se observou, afirma que o procedimento a ser seguido pelo Ministério Público na condução de procedimento investigatório – que instaure para verificar se ocorreu ou não uma dada infração penal e, se comprovado isso, identificar quem teria sido seu autor – não se acha regulado por lei alguma. Em virtude disso, segundo o autor, nesse procedimento deve-se, inclusive, assegurar ao sujeito passivo (aquele que já se haja constatado ser o suspeito da autoria da infração penal) a assistência de defensor, o acesso aos autos e a possibilidade de pedir diligências[38].

Essas mesmas garantias são asseguradas ao investigado também no inquérito policial, em que pese a manutenção do respectivo caráter inquisitório. Embora não se possa cogitar do específico e próprio exercício do direito de defesa ou da existência de

36 STJ. HC 94.810-MG. Rel. Min. Laurita Vaz. **DJE-STJ**, 13 out. 2008.
37 STJ. RMS 15.247-SC. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. **DJU**, 21 fev. 2005, seção 1, p. 189.
38 LOPES JUNIOR, 2003, p. 160.

pleno contraditório no inquérito policial, o que vale também para a investigação conduzida diretamente pelo Ministério Público, o certo é que o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) permite que o advogado examine o inquérito policial e dele extraia cópias, e o artigo 14 do CPP permite que o investigado formule requerimento à autoridade policial, solicitando inclusive produção de prova. O mesmo deve ser permitido, sem dúvida, no âmbito dos procedimentos investigatórios conduzidos diretamente pelo Ministério Público[39]. Também já se disse que o indeferimento de requerimentos de produção de prova formulados pelo suspeito ou indiciado em inquérito policial somente deve ocorrer com grande parcimônia, eis que o objetivo daquele procedimento é justamente a busca do conhecimento tão preciso quanto viável do modo como os fatos se passaram. Vale o mesmo, também aqui, para o procedimento investigatório conduzido diretamente pelo Ministério Público.

Alertando para o fato de que até mais graves do que eventuais abusos policiais podem ser a prepotência e o autoritarismo praticados por membros do Ministério Público, Aury Lopes Junior observa, acerca de providências a serem adotadas no âmbito das investigações conduzidas pelo próprio Ministério Público:

> Desta forma, em linhas gerais, entendemos que o MP deverá ouvir o suspeito, comunicando-lhe a sua situação e garantindo-lhe o direito de silêncio e de assistência de advogado. Nada de ouvir como testemunha ou informante quando já existem indícios suficientes da autoria; denegar o direito de silêncio; exigir que preste compromisso; impedir a presença e prévia entrevista com o defensor; negar o acesso aos autos ou a faculdade de pedir diligências. Do Ministério Público, como órgão imparcial e defensor da legalidade, devemos exigir com muito mais rigor um tratamento respeitoso do sujeito passivo e a plena observância das garantias previstas na Constituição e na CADH [Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de

39 No âmbito do Ministério Público de Santa Catarina, o procedimento investigatório criminal (PIC) é regulado pelo Ato Conjunto n.º 001/2004, do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público, o qual, acerca dos temas enfocados, assim dispõe: "Art. 8.º. O investigado será ouvido, salvo: I – se houver dificuldade justificada em fazê-lo; II – em situações justificadas de urgência; III – se, de algum modo, venha a acarretar prejuízo à eficácia dos provimentos jurisdicionais cautelares. § 1.º A oitiva do investigado será realizada preferencialmente ao final do procedimento investigatório criminal, podendo ser convertida em pedido de explicações, por escrito, em prazo a ser fixado pelo presidente do procedimento investigatório criminal. § 2.º Na notificação, o investigado será cientificado dessa condição e da faculdade de se fazer acompanhar por advogado. § 3.º O investigado poderá, no curso do procedimento investigatório criminal, requerer a juntada de documentos e outras diligências, cujo deferimento, na segunda hipótese, ficará a critério do presidente do procedimento. [...] Art. 15. Os atos e as peças do procedimento investigatório criminal são públicos, nos termos deste Ato, salvo disposição legal em contrário ou por razões de interesse público. Parágrafo único. A publicidade consistirá: I – na expedição de certidão, mediante requerimento da parte diretamente interessada, do Poder Judiciário, do Ministério Público e de outros órgãos públicos; II – na concessão de vista dos autos, nos termos do inciso I deste artigo; III – na extração de cópias, nos termos do inciso I deste artigo; IV – na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do procedimento investigatório criminal, observados o princípio da não culpabilidade e as hipóteses legais de sigilo. Art. 16. O sigilo das investigações, sem prejuízo do disposto na Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, poderá ser decretado pelo presidente do procedimento investigatório criminal, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato o exigir. [...] Art. 20. Na instrução do procedimento investigatório criminal aplicam-se, no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente, asseguradas as prerrogativas previstas na Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Art. 21. A qualquer momento da investigação, diante de abuso ou omissão do membro do Ministério Público, mediante decisão fundamentada e aprovada previamente pelo Conselho Superior do Ministério Público, poderá o Procurador-Geral de Justiça designar outro membro do Ministério Público para atuar no procedimento investigatório criminal". O Ato não o diz textualmente, nem necessitaria, pois é evidente que também as garantias constitucionais pertinentes à investigação criminal, particularmente o direito do suspeito ao silêncio, devem ser também observadas no procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público.

São José da Costa Rica][40].

É importante que tenha o Ministério Público sempre presente, na condução de investigações criminais, o que consta do inciso II do artigo 257 do CPP: é ele responsável não somente pela acusação criminal, mas também pelo fiel cumprimento da lei, o que, por evidente, exige antes de tudo a rigorosa observância do que consta da própria Constituição. Não deve presidir investigação criminal no afã de buscar comprovar a qualquer custo a ocorrência de infração penal e a respectiva autoria. Não deve ser o futuro potencial acusador, buscando a qualquer preço material probatório preliminar para sustentar uma acusação. Deve ser o agente do Estado, co-responsável inclusive pela guarda da Constituição, buscando informações sobre aquilo que efetivamente aconteceu[41].

Acerca do ponto, convém lembrar o contido na seguinte decisão do STJ:

> Ministério Público (funções). Infrações penais (apuração). Investigação (possibilidade). Excesso (preocupação). Judiciário (atuação).
> 1. Promover a ação penal é função institucional do Ministério Público. É uma de suas várias e relevantes funções disciplinadas seja por normas constitucionais, seja por disposições infraconstitucionais.
> 2. Conseqüentemente, é lícito entender que o Ministério Público, embora as investigações sejam destinadas à polícia nas áreas federal e estadual (apuração de infrações penais), pode, também e concomitantemente, delas se incumbir. Se não há, em tal direção, expresso texto normativo, também não existe expresso texto normativo em sentido oposto.
> 3. Apurar infrações penais ou exercer a supervisão da investigação criminal é tarefa cujo desempenho, entretanto, requer de quem exerce a função discrição e serenidade, isso em decorrência dos eternos princípios da presunção de inocência e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, etc.
> 4. Compete ao Judiciário – se e quando necessário – a correção de desacertos, de violências e desatinos.
> 5. Recurso ordinário improvido[42].

De mais a mais, o uso dessa faculdade investigativa, sem dúvida conferida constitucional e legalmente ao Ministério Público, também deve ocorrer de modo parcimonioso. Não se haverá de pretender que o Ministério Público se substitua à Polícia Judiciária e investigue todo e qualquer ilícito penal. Não que a investigação fique auto-

40 LOPES JUNIOR, 2003, p. 161.

41 A propósito da objeção à possibilidade da condução de investigações criminais diretamente pelo Ministério Público, representada pela sua alegada falta de imparcialidade, é importante trazer à lembrança as palavras de Alexander Araújo de Souza: "Deve-se recordar, contudo, que quem investiga pode encontrar elementos favoráveis ao interesse da acusação ou da defesa. A figura do acusador ferrenho e intransigente, despreocupado com outra coisa senão a condenação, tão ao gosto cinematográfico, já foi abandonada de há muito pela moderna concepção que se vem formando a respeito do Ministério Público. Alguns Estatutos Processuais Penais modernos já contam, inclusive, com previsão *expressa* no sentido de que o *Parquet* deve também averiguar e buscar provas que sejam favoráveis ao investigado ou que sirvam para atestar a sua inocência" (SOUZA, Alexander Araújo de. O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 17, jan./jun. 2003, p. 36). Ressalta o autor que a decisão acerca da realização de investigação pelo Ministério Público em dada hipótese cabe à sua discricionariedade, embora pondere também que essa não pode ser uma atribuição ordinária da Instituição, já que cabe identicamente à polícia judiciária. Tece excelentes considerações sobre a legitimidade das investigações realizadas pelo próprio Ministério Público.

42 STJ. RHC 16.659-RS. Rel. Min. Nilson Naves. **DJU**, 5 set. 2005, seção 1, p. 490.

rizada apenas para determinadas modalidades de ilícitos. A natureza da infração penal é irrelevante. O que se sustenta é que o Ministério Público não pode pretender investigar tudo, de certa forma até solapando as funções da Polícia Judiciária.

É preciso ter presente que também a Polícia Civil é órgão de estatura constitucional, cuja existência vem expressamente prevista pelo artigo 144, inciso IV, da Constituição Federal, cabendo-lhe, nos termos do § 4.º do mesmo artigo, o exercício da polícia judiciária e a investigação dos crimes. Assim, não teria qualquer cabimento que o Ministério Público pretendesse substituir-se sempre à Polícia Judiciária, esvaziando de atribuições as Polícias Civis. Se estas são órgãos previstos na própria Constituição, a qual inclusive lhes confere genericamente a incumbência de investigar os crimes, embora não lhes confira exclusividade nessa tarefa, o certo é que também esse trabalho deve ser preservado pelo Ministério Público, sob pena de enveredar ele próprio contra a Constituição, que antes deve guardar.

Daí a conveniência de que o Ministério Público apenas exerça essa possibilidade de conduzir investigações criminais diretamente, nas situações em que se depare com alguma dificuldade, proveniente do fato que for, que indique obstáculos de difícil transposição, enfrentados pela Polícia Judiciária em realizar uma investigação eficiente. A atribuição do Ministério Público será exercida, aí, nas hipóteses em que as Polícias Civis, seja qual for o motivo, se vejam em contexto que dificulte a realização das investigações com toda a profundidade, eficiência e isenção desejáveis[43]. Aliás, justamente porque a isenção é exigida também no atuar da Polícia Judiciária – tanto que delegado de polícia em situação que geraria suspeição ou impedimento de juiz deve afastar-se da presidência do inquérito (CPP, art. 107) –, com idêntica razão deve ser exigida do representante do Ministério Público. Por tal motivo, inclusive, causas de impedimento ou de suspeição do representante do Ministério Público aplicam-se no âmbito de investigações criminais conduzidas pelo *Parquet*, assim como no âmbito dos inquéritos civis e procedimentos preparatórios que instaure.

Resume tudo isso um recente posicionamento, mais uma vez do STF, proclamando a validade da realização de investigações criminais diretamente pelo Ministério Público, mas alertando para os respectivos limites:

> *Habeas corpus* – Crime de tortura atribuído a Delegado e a agentes policiais civis – Possibilidade de o Ministério Público, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referidos integrantes da Polícia Civil – Validade jurídica dessa atividade investigatória – Condenação penal imposta aos policiais civis – Legitimidade jurídica do poder investigatório do Ministério Público – Monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública pelo *Parquet* – Teoria dos poderes implícitos – Caso "McCulloch v. Maryland" (1819) – Magistério da doutrina (Rui Barbosa, John Marshall, João Barbalho, Marcello Caetano, Castro Nunes, Oswaldo Trigueiro, v.g.) – Outorga, ao Ministério público, pela própria Consti-

43 Veja-se o que foi escrito por Edilson Mougenot Bonfim acerca da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público: "Uma descrição de todos os posicionamentos existentes permite a conclusão de que a condução das investigações pelo Ministério Público é admissível, desde que se pense na execução dessa tarefa como equivalente funcional que o próprio órgão ministerial presta ao sistema de administração da justiça, no qual a polícia judiciária também desenvolve atividade investigativa por excelência" (BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132).

tuição da República, do poder de controle externo sobre a atividade policial – Limitações de ordem jurídica ao poder investigatório do Ministério Público – *Habeas corpus* indeferido. Nas hipóteses de ação penal pública, o inquérito policial, que constitui um dos diversos instrumentos estatais de investigação penal, tem por destinatário precípuo o Ministério Público.
– O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes. – A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. – A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes.
A acusação penal, para ser formulada, não depende, necessariamente, de prévia instauração de inquérito policial.
– Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in judicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes.
A questão da cláusula constitucional de exclusividade e a atividade investigatória.
– A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1.º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. – Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. – Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.
É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Mi-

nistério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória.

– O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 91.661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 85.419/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

Controle jurisdicional da atividade investigatória dos membros do Ministério Público: oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo *Parquet*, o poder de investigação penal.

– O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei n.º 8.906/94, art. 7.º, v.g.). – O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo o *Parquet* sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. – O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório[44].

44 STF. HC 90.099-RS. Rel. Min. Celso de Mello. **DJE-STF**, 4 dez. 2009. No mesmo sentido, também do STF, as decisões nos *habeas corpus* de números 89.837-DF (**DJE-STF**, 20 nov. 2009), 87.610-SC (**DJE-STF**, 4 dez. 2009), 94.173-BA (**DJE-STF**, 27 nov. 2009) e 85.419-RJ (**DJE-STF**, 27 nov. 2009), todos da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello. É importante registrar ainda que no RE 593.727-MG, o STF reconheceu achar-se o tema revestido de repercussão geral (acórdão publicado no **DJE-STF** de 25 de setembro de 2009). Até o fechamento desta decisão, o mencionado Recurso Extraordinário ainda não havia sido decidido.

Como foi inclusive salientado na ementa, o procedimento investigatório criminal instaurado e conduzido pelo Ministério Público não foge ao controle jurisdicional, que poderá ser exercido por intermédio dos mesmos instrumentos, nas mesmas hipóteses e limites em que é empreendido em inquéritos policiais. Assim, é cabível, ainda quando em hipóteses excepcionais, a determinação de trancamento da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, nas mesmas situações em que tal pode ocorrer com o inquérito policial. De fato, se neste se investiga conduta que, desde logo, à primeira vista, se afigura sem sombra de dúvida atípica, ou cuja punibilidade certamente já esteja extinta, ou se faltar condição de procedibilidade (ou, no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, segundo entendimento do STF que forma hoje objeto da Súmula Vinculante n.º 24, condição objetiva de punibilidade, representada pelo encerramento do debate administrativo em torno da existência do tributo), em *habeas corpus* pode ocorrer a determinação de que seja imediatamente encerrado o inquérito. O mesmo pode ocorrer em investigação criminal conduzida pelo Ministério Público.

Exemplo dessa possibilidade é fornecido pela seguinte ementa:

> Processo penal. *Habeas corpus*. 1. Sonegação fiscal. Pendência de recurso administrativo. Procedimento investigatório ministerial. Falta de justa causa. Reconhecimento. 2. Investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Impossibilidade. Ausência de autorização constitucional. Posição minoritária da relatora.
> 1. Carece de justa causa a persecução penal-tributária, antes do esgotamento da via administrativa. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.
> 2. Em regra, não encontra respaldo constitucional a investigação criminal produzida diretamente pelo Ministério Público, a qual somente seria admissível em casos extremos, como quando membros da polícia se veem envolvidos. Ressalvado o entendimento da relatora, curva-se ao posicionamento da Sexta Turma, admitindo a legalidade do procedimento investigatório ministerial.
> 3. Ordem concedida para trancar o procedimento investigatório ministerial, sem prejuízo de eventual ulterior oferecimento de denúncia, caso seja definitivamente constituído o crédito tributário em questão[45].

Além disso, como também foi apontado pelo STF, no procedimento investigatório criminal, devem ser resguardadas todas as garantias individuais que sejam inerentes a qualquer investigação, particularmente a garantia do direito ao silêncio por parte daquele cuja conduta esteja sendo investigada e a certeza de que, caso exerça esse direito, tal não poderá ser utilizado em seu detrimento. Assim, confissão que eventualmente sobrevenha no âmbito de procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público somente terá validade como meio de prova se essas duas garantias – além, evidentemente, de todas as outras que possam incidir – houverem sido resguardadas.

45 STJ. HC 110.701-SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. **DJE-STJ**, 29 set. 2009.

5 A DISCIPLINA DO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: RESOLUÇÃO N.º 13/06, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A instauração, a tramitação e o arquivamento do procedimento investigatório criminal (PIC) pelo próprio Ministério Público estão hoje disciplinados pela Resolução n.º 13, de 2 de outubro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público. É conveniente que se faça breve referência a seus dispositivos.

Em seu artigo 1.º, a aventada Resolução assim define o procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público:

> instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

No parágrafo único, acrescenta-se que a instauração do procedimento não é indispensável à propositura da ação penal e que, por evidente, não exclui a possibilidade da realização de investigações por outros órgãos da Administração Pública, no âmbito das respectivas competências.

Nos termos do artigo 3.º, a instauração do PIC pelo Ministério Público pode ocorrer de ofício, sendo viável sua realização também por grupo de atuação especial, composto por integrantes da Instituição (art. 3.º, *caput* e § 6.º).

Estabelece o artigo 4.º:

> O procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria fundamentada, devidamente registrada e autuada, com a indicação dos fatos a serem investigados e deverá conter, sempre que possível, o nome e a qualificação do autor da representação e a determinação das diligências iniciais.

Como manda o artigo 5.º, a instauração deve ser comunicada imediatamente ao Procurador-Geral da República, ao Procurador-Geral de Justiça ou ao Procurador-Geral de Justiça Militar, conforme o caso.

Segundo o art. 6.º, para instruir o PIC, o integrante do Ministério Público poderá adotar as seguintes providências:

> I – fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências;
> II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> III – requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;
> IV – notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas

> legais;
> V – acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;
> VI – acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária;
> VII – expedir notificações e intimações necessárias;
> VIII – realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos;
> IX – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
> X – requisitar auxílio de força policial.

Dispõe o § 6.º desse artigo:

> as correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público, quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente, serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada.

Já de acordo com o seu § 7.º, "As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça".

Diligências que devam ser realizadas fora do âmbito territorial no qual exerça atribuições o órgão do Ministério Público que esteja conduzindo o PIC serão deprecadas ao órgão correspondente, do local onde devam acontecer, facultado o acompanhamento da realização pelo deprecante, mediante anuência do deprecado. Tal consta do artigo 10 da Resolução.

O artigo 12 estabelece o prazo de 90 (noventa) dias para a conclusão do PIC, permitindo, todavia, prorrogações sucessivas, por igual prazo, desde que fundamentada por escrito a respectiva necessidade pelo membro do Ministério Público que esteja conduzindo a investigação.

Embora o PIC, a exemplo do próprio inquérito policial, tenha cunho inquisitorial, não havendo nele a necessidade de assegurar ampla defesa e contraditório, o artigo 7.º da Resolução n.º 13/06, do Conselho Nacional do Ministério Público, determina que o autor do fato investigado seja notificado a apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, facultado o acompanhamento por advogado.

Sem embargo disso, o PIC fica sujeito, assim como o próprio inquérito policial, a publicidade mitigada. Dita publicidade é assegurada pela Resolução em seu artigo 13, parágrafo único, consistindo no seguinte:

> I – na expedição de certidão, mediante requerimento do investigado, da vítima ou seu representante legal, do Poder Judiciário, do Ministé-

> rio Público ou de terceiro diretamente interessado;
> II – no deferimento de pedidos de vista ou de extração de cópias, desde que realizados de forma fundamentada pelas pessoas referidas no inciso I ou a seus advogados ou procuradores com poderes específicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo;
> III – na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do procedimento investigatório criminal, observados o princípio da presunção de inocência e as hipóteses legais de sigilo.

Todavia, ressalta o artigo 14 da Resolução:

> O presidente do procedimento investigatório criminal poderá decretar o sigilo das investigações, no todo ou em parte, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato ou o interesse público exigir, garantida ao investigado a obtenção, por cópia autenticada, de depoimento que tenha prestado e dos atos de que tenha, pessoalmente, participado.

Nos termos do artigo 15, *caput* e parágrafo único, da Resolução n.º 13/06, o arquivamento do PIC, na hipótese de concluir o respectivo presidente pela inexistência de elementos que justifiquem a propositura de ação penal com base nas informações nele reunidas, será requerido ao Juízo competente, ou ao órgão interno do Ministério Público responsável pela apreciação da manifestação de arquivamento, se houver determinação legal nesse sentido. Naturalmente que, requerido o arquivamento ao órgão judicial, caso este dele discorde, poderá aplicar o disposto no artigo 28 do CPP, por analogia. Aliás, o parágrafo único do artigo 15 da Resolução refere-se expressamente ao mencionado artigo do Código.

É importante referir ainda que o artigo 17 da Resolução determina:

> No procedimento investigatório criminal serão observados os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, aplicando-se, no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público.** São Paulo: RT, 2007.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.** Tradução de Alcides Cruz. 2. ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909. São Paulo: RT, 1982.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do Estado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2.

FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O Ministério Público e a Polícia Judiciária:** o controle externo da atividade policial. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional.** Tradução de Carlos Souza a partir da 27. ed. francesa. Barueri, SP: Manole, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público:** visão crítica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional americano.** Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SOUZA, Alexander Araújo de. O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 25-65, jan./jun. 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal.** São Paulo: RT, 2004.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: POSSÍVEIS RETROCESSOS NA EFETIVAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Rafael Bezerra de Souza*

Sumário: Introdução; 1 Violência contra a mulher: um novo tempo; 2 A ameaça aos avanços da Lei Maria da Penha: O PLS n.º 156/09, A polêmica no STJ sobre a necessidade de representação da vítima e a teoria do princípio do não retrocesso social; Conclusões; Referências

Resumo: A Lei Maria da Penha (LMP) promulgada em 2006 constituiu-se em promissor Estatuto de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, instituindo inovadoras medidas protetivas do gênero feminino, na seara dos direitos humanos, em nosso anacrônico ordenamento jurídico. No entanto, o novel diploma legal tem sido alvo de intensas manifestações institucionais de resistência a sua implementação, sendo a mais recente o PLS n.º 156/09, que tramita no Senado Federal na contramão das conquistas já alcançadas por meio da intensa luta do movimento feminista. Objetiva-se, desta feita, analisar as repercussões negativas da possível aprovação do projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal (CPP), que vai de encontro aos avanços e às efetivas concretizações legais de mecanismos de prevenção e de coibição de violência doméstica e familiar contra a mulher implementados no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da promulgação da Lei Maria da Penha, em flagrante ofensa ao chamado princípio do não retrocesso social, em sentido estrito, principalmente no que diz respeito à eficácia protetiva dos direitos fundamentais sociais das mulheres e da segurança jurídica, garantida pelo legislador infraconstitucional.

Palavras-chave: Violência doméstica contra a mulher. Lei Maria da Penha. Princípio do não retrocesso social.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo analisar as repercussões negativas da possível aprovação do projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal (CPP) – que vai de encontro às efetivas conquistas de mecanismos legais de prevenção e de coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher implementados no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Lei n.º 11.340/06 ou Lei Maria da Penha (LMP) – sob o marco teórico do "princípio do não retrocesso social",

* O autor é concluinte do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); ex-monitor da disciplina Direito Constitucional II, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos, nessa mesma instituição de ensino superior; ex-secretário-geral da Comissão para o Desenvolvimento Acadêmico (CDA), da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de Pernambuco.

em sentido estrito[1].

A metodologia adotada para a elaboração do presente artigo foi a análise de textos doutrinários que revelam a realidade da violência intrafamiliar e a discriminação de gênero existente em nosso país, de tratados e convenções internacionais concretizadores de instrumentos de proteção e de garantia de direitos fundamentais sociais da mulher positivados na Constituição Federal (CF) brasileira de 1988, bem como do texto legislativo do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 156/09 e de dados estatísticos, tanto da violência doméstica e familiar contra a mulher, quanto dos avanços obtidos a partir da promulgação da Lei Maria da Penha. Por fim, lançou-se mão de análises jurisprudenciais, mormente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e de recente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.424-DF[2], proposta pelo Procurador-Geral da República, com o fito de conferir interpretação conforme a CF aos artigos 12, I, 16 e 41 da LMP, assim como de doutrina jurídica defensora da teoria do princípio do não retrocesso social.

A discussão teórica ora proposta possui como pano de fundo a aplicação do princípio do não retrocesso social, em sentido estrito, à realidade infralegal brasileira, no que tange aos avanços alcançados após a promulgação e a implementação da Lei Maria da Penha, que proporcionou a concretização fática de direitos fundamentais sociais para as mulheres. A defesa da aplicação do referido princípio deve-se à proposição de Projeto de Lei que tramita no Senado Federal (PLS n.º 156/09), a qual promove ameaça de verdadeiro retrocesso à garantia de efetivação de direitos implementada pela citada Lei, em busca da igualdade de gênero.

O ordenamento jurídico brasileiro, até a década de 80 do século XX, tratou com bastante negligência a temática de gênero, no que tange ao combate às diversas formas de discriminação e de violência contra a mulher. Pode-se constatar, em uma breve análise de seu conteúdo, um verdadeiro "vácuo legislativo", bem como a omissão inconstitucional do Estado brasileiro[3] em relação à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), da Organização das Nações Unidas (ONU) – mormente a sua Recomendação Geral n.º 19, de 1992, que reconhece o caráter particular da violência contra a mulher, em razão da desproporcionalidade entre o agressor prototípico (o marido, o companheiro ou o parceiro) e a vítima – e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos[4] (1969).

Atesta-se ainda a existência de flagrante descumprimento dos tratados e convenções internacionais supracitados contrários à triste realidade social brasileira[5], explicitado após a publicação do Informe n.º 54/2001[6], de autoria da Comissão Interamericana de

---

1 Segundo o princípio do não retrocesso social, em sentido estrito, os avanços obtidos pela via infraconstitucional – como os decorrentes da promulgação da LMP –, que concretizam direitos fundamentais listados na Constituição, não admitem o retrocesso por meio das normas ordinárias – por exemplo, por meio de projeto de lei.

2 STF. ADI n° 4.424-DF. Relator por prevenção: Min. Marco Aurélio. Data de entrada: 4 de junho de 2010.

3 A referida omissão constitucional é apontada pela Professora Flávia Piovesan com base na análise do dispositivo constitucional constante no § 2.º do artigo 5.º da CF (ver referência na nota de n.º 5).

4 A Convenção é também conhecida como "Pacto de San José da Costa Rica".

5 PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela. **Correio do Estado**, Campo Grande, 17 out. 2007. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=169&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 1° nov. 2009.

6 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe n.º 54/2001**. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Brasil12.051a.htm>. Acesso em: 1° nov. 2009.

Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), o qual destaca, dentre outras violações, a do artigo 7.º, da Convenção de Belém do Pará que prescreveu expressamente as seguintes medidas:

> a) incluir na legislação interna normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher;
> b) modificar leis ou regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou costumeiras que respaldem a persistência ou tolerância da violência contra a mulher;
> c) estabelecer procedimentos legais justos e eficazes para as mulheres que tenham sido submetidas à violência[7].

Nesse cenário de ausência de maior efetividade na proteção dos direitos da mulher e no combate a todas as formas de violência doméstica, a Lei n.º 11.340/06, conhecida como "Lei Maria da Penha", implementou inúmeros avanços legais, objetivando a constituição de um novo paradigma de resolução de conflitos domésticos de gênero, dada a instituída naturalização dessa alarmante problemática social de notável âmbito público[8].

Após quase quatro anos de sua promulgação e de hercúleos esforços para garantir sua efetividade, esse verdadeiro microssistema jurídico de enfrentamento da violência intrafamiliar alcançou significativos avanços na concretização de direitos sociais para as mulheres, principalmente daquelas que se encontram em situação de violência doméstica e familiar[9], irradiando, nacionalmente, o empoderamento e o resgate da cidadania feminina.

No entanto, em descompasso com essa notória mudança de paradigma trazida pela Lei Maria da Penha, tramita no Senado Federal o PLS n.º 156/2009[10], que, objetivando reformar o Código de Processo Penal, promove, em relação àquele novel diploma legal, um verdadeiro *retrocesso social*, ao retomar, entre outras medidas, a lógica do tratamento da violência doméstica e familiar, como crimes de menor potencial ofensivo, sujeitando-os novamente à competência jurisdicional dos Juizados Especiais Criminais (JECrim), em flagrante ofensa ao chamado princípio do não retrocesso social, em seu sentido estrito.

1 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UM NOVO TEMPO

Até o advento da LMP, imperava na sociedade brasileira o anacrônico costume

---

7 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará"**. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 1° nov. 2009.

8 Cabe a ressalva de que, até a promulgação da Lei Maria da Penha, ao contrário de outros 17 países da América Latina, o Brasil não possuía legislação específica acerca da violência contra a mulher no ambiente doméstico, não se olvidando a importância da Lei n.º 10.886/04, que introduziu os parágrafos 9.º, 10.º e 11 no artigo 129, do Código Penal (CP).

9 Nesse sentido, ver os julgados HC n.º 92.875/RS, HC n.º 132.379/BA, HC n.º 84.831/R e RHC n.º 23.047/GO, entre outros.

10 Como o presente artigo foi elaborado, em sua essência, em dezembro de 2009, sugere-se o acompanhamento da tramitação do PLS n.º 156/2009 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, no endereço eletrônico <http://www.senado.gov.br/sf/atividade>, bem como a mobilização dos senadores de cada Estado para que referido retrocesso não ocorra.

jurídico – durante muito tempo introjetado e interiorizado, como explica Aguado[11] – segundo o qual o "privado" não é "político" e os Poderes Públicos têm pouco a dizer "da porta para dentro", no que tange à violência intrafamiliar. Dá-se, assim, margem à falaciosa *ideia da privacidade da instituição familiar* como escudo para os maus tratos, para a violência e para outras manifestações sutis dessa modalidade discriminatória revelada na *microfísica do poder*[12].

Alguns estudos estatísticos atestam essa trágica realidade nacional. A Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que 70% das mulheres assassinadas no mundo tenham sido vítimas de seus próprios companheiros[13]. Estima-se que, no Brasil, uma em cada seis mulheres sofre violência; 80% das vítimas têm filhos em comum com os seus agressores; 70% das mulheres que relatam a violência sofrida evidenciam continuar em risco de espancamento ou morte; mais de 50% das mulheres agredidas registram conhecer pelo menos uma mulher já agredida pelo seu companheiro; 30% das mulheres brasileiras sofrem todos os dias algum tipo de violência[14].

Em recente estudo publicado pelo Ministério da Saúde (MS), registrou-se, entre os anos de 2006 e 2007, apenas nos municípios brasileiros que implantaram o Sistema de Vigilância de Violência e Acidentes (VIVA), 9.038 casos de violência doméstica, sexual e outras violências por sexo, dos quais 2.316 (25,6%) ocorreram entre homens e 6.722 (74,4%), entre mulheres. Em análise do perfil global da violência contra a mulher, constatou-se que foi cometida por um único indivíduo (76,3%), do sexo masculino (72,1%), que mantinha relação próxima com a vítima na condição de cônjuge (19,5%) ou era seu conhecido (11,4%)[15].

O primeiro passo brasileiro para modificar essa realidade medieval em nosso ordenamento foi a aprovação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n° 93, de 14 de novembro de 1983. Tal tratado internacional fora ratificado com reservas pelo Governo brasileiro em 1.º de fevereiro de 1984, sendo estas suspensas pelo Decreto Legislativo n° 26, de 22 de junho de 1994, posteriormente havendo a sua promulgação através do Decreto n° 4.377, de 13 de setembro de 2002[16], o qual prescreve:

> A discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de

11 AGUADO, Ana. Violencia de género: sujeto femenino y ciudadanía en la sociedad contemporánea. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia; OLIVEIRA, Suely de (Org.). **Marcadas a ferro. Violência contra a mulher:** uma visão multidisciplinar. Brasília, DF: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005, p. 25-26. Tradução nossa.

12 Para a compreensão aprofundada dos amplos mecanismos de exercício do poder nas sociedades modernas, ver FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

13 LIMA, Fausto Rodrigues de; SILVA, Karina Alves. Feminicídio. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 5 nov. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1448:femicidio-fausto-rodrigues-de-lima-e-karina-alves-silva-folha-de-spaulo-051108&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 31 out. 2009.

14 FACHIN, Rosana Amara Girardi; FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 24 mar. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=956:a-constitucionalidade-da-lei-maria-da-penha-rosana-amara-girardi-fachin-e-luiz-edson-fachin&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 31 out. 2009.

15 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. **Viva:** vigilância de violências e acidentes, 2006 e 2007. Brasília, DF, 2009, p. 141-142.

16 BRASIL. Decreto n° 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n° 89.460, de 20 de março de 1984. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 31 out. 2009.

> direitos e do respeito à dignidade humana, dificultando a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constituindo um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e impedindo a mulher de servir o seu país e a Humanidade[17].

O segundo impulsionamento foi dado pelo artigo 226 de nossa Constituição Federal de 1988, o qual, em seu *caput* e no § 8.º, expressa um compromisso constitucional que somente pôde ser concretizado faticamente dezoito anos depois, com a implementação da Lei Maria da Penha no âmbito infralegal, em 2006:

> Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]
> § 8.º – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A terceira relevante tentativa deu-se com a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, datada de 27 de novembro de 1995[18], na qual se redefiniu a violência e a discriminação contra a mulher como uma violação dos direitos humanos.

Tais incorporações de direitos e garantias decorrentes do expresso compromisso positivado em nossa Carta Maior e da celebração de tratados internacionais possuidores de *status* de lei infraconstitucional promoveram o deslocamento do debate da violência contra a mulher para o âmbito público, na perspectiva histórica da existência de relações sexistas e patriarcais ainda arraigadas em nosso país[19]. No entanto, apesar das várias conquistas obtidas graças à incessante interferência dos movimentos feministas nos espaços decisórios da sociedade brasileira, muitos direitos sociais para as mulheres precisam ainda ser concretizados.

A implementação da LMP acarretou, indubitavelmente, avanços significativos na busca de mecanismos legais de proteção à mulher, constituindo um promissor Estatuto de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Houve inovações no processo judicial, nos papéis das autoridades policiais e do Ministério Público, alterações no Código Penal (CP) e no Código de Processo Penal (CPP), na Lei de Execuções Penais (LEP). Além disso, as maiores novidades da LMP foram principalmente a consagração, pela primeira vez no âmbito infraconstitucional, da ampliação do conceito de família às uniões homoafetivas e a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal[20].

---

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** Genebra, 1979. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>. Acesso em: 31 out. 2009.

18 BRASIL. Decreto n.º 1.973, de 1.º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1 ago. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 4 nov. 2009.

19 BOCK, Gisela. **La mujer en la historia de Europa**. Madrid: Crítica, 2001 *apud* AGUADO, 2005, p. 24.

20 DIAS, Maria Berenice. A **Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24-36.

Estatisticamente, os números são ainda mais expressivos: segundo uma pesquisa elaborada em julho de 2008 pelo IBOPE/THEMIS[21], 68% das 2.002 pessoas entrevistadas conhecem a Lei Maria da Penha e 83% das que conhecem a LMP reconhecem sua eficácia no enfrentamento da violência doméstica e na diminuição de seus índices[22].

Em um esforço institucional e financeiro para efetivar e fazer cumprir a LMP, o Ministério da Justiça, por meio do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), firmou um convênio entre a Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ/MJ), a Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Tribunais de Justiça, os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas dos Estados, formalizando repasse de recursos na ordem de R$ 11 milhões para o fortalecimento de 18 JVDFM já existentes, a criação de outros 22, a estruturação de 14 novas Promotorias e de 26 núcleos especializados no atendimento às vítimas (inclusive em Pernambuco)[23].

Além disso, mais R$ 7,5 milhões foram destinados à criação de centros de referência, ao reaparelhamento de Casas Abrigo, à criação de mais 13 juizados especializados e de outros serviços de atendimento à mulher que contribuem para a plena aplicação da lei[24]. Ao final do ano de 2009, computaram-se 60 Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em todo o país.

Recente levantamento elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com informações oriundas de 23 Tribunais de Justiça de todo o país, revelou considerável mudança no quantitativo de denúncias, inclusive durante o próprio período de vigência da Lei Maria da Penha. Essa realidade foi evidenciada quando da constatação de que, até março de 2009, 75.829 processos foram decididos com base na referida Lei, resultando na detenção de 1.801 agressores – aproximadamente 2,4% dos casos. Em contrapartida, entre março e novembro do mesmo ano, encontraram-se em tramitação nas Varas Especializadas em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher 150.532 processos, ocasionando 11.801 prisões em flagrante – aproximadamente 8%. Esses dados representam notável incremento no combate à violência doméstica após três anos de implementação da LMP[25].

Esses fatos reafirmam a gradual mudança na cultura dos relacionamentos interpessoais e a patente inibição da violência contra a mulher. É o que se infere de uma análise comparativa dos dados fornecidos pelo *site* PE BodyCount[26], que relata a realidade da segurança pública no Estado de Pernambuco, com base nos dados divulgados pelo Departamento de Proteção à Mulher, da Secretaria de Defesa Social (SDS)

---

21 Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, com o apoio da Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres da Presidência da República.

22 FREIRE, Nilcéia. Lei Maria da Penha, já! **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 7 ago. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 31 out. 2009.

23 FAVRETO, Rogério. Efetivação da Lei Maria da Penha. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 17 ago. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=749:efetivacao-da-lei-maria-da-penha-rogerio-favreto-folha-de-spaulo-170808&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 31 out. 2009.

24 FREIRE, 2008.

25 LEI Maria da Penha condena com prisão 2,4% das ações. **Agência Estado**, São Paulo, 31 mar. 2009. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/agencia/2009/03/31/ult4469u39400.jhtm>. Acesso em: 5 dez. 2009.

26 O *site* www.pebodycount.com.br propõe-se a registrar os índices de criminalidade do Estado de Pernambuco.

de Pernambuco[27]. Em 2008, segundo o *site*, foram contabilizados 229 homicídios de mulheres. Esse quantitativo representa uma diminuição de 2,96% no total contabilizado em 2007, quando 236 mulheres foram assassinadas. No entanto, esse dado, quando comparado com o trágico contingente de 319 mulheres mortas em 2006, ano da implementação da LMP, revela uma drástica queda de 28,22% nos casos de violência contra a mulher em Pernambuco.

2. A AMEAÇA AOS AVANÇOS DA LEI MARIA DA PENHA: O PLS N.º 156/09, A POLÊMICA NO STJ SOBRE A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA E A TEORIA DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

Em março de 2008, foi constituída uma comissão de juristas para a elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Esse anteprojeto, transformado em Projeto de Lei (PLS n.º 156/2009), atualmente tramita no Senado Federal, em Comissão Especial, composta por 11 senadores. Se aprovado, será encaminhado imediatamente para deliberação em Plenário.

Pensa-se em alterar, em um viés claramente garantista fundado nos princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo, institutos jurídicos e procedimentos constantes no atual Código[28] que ainda se encontram em total desarmonia com o sistema de garantias individuais instituído pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, esse louvável intento legislativo merece o apoio integral da sociedade brasileira.

No entanto, o tratamento dispensado pela referida reforma à violência familiar, principalmente às mulheres vítimas de discriminação e de violência de gênero, é atentatório contra as garantias concretizadas, no âmbito infralegal, a partir da promulgação da Lei n.º 11.340/2006, constituindo um patente retrocesso social nos direitos humanos e uma manifesta "sentença de morte da Lei Maria da Penha"[29].

Entre as principais alterações trazidas pelo PLS n.º 156/09 está a retomada da incidência da competência dos Juizados Especiais Criminais (JECrim): o conteúdo do artigo 677, constante das Disposições Finais, incorpora os seus dispositivos ao CPP para o julgamento dos casos de violência doméstica e familiar.

A reformulação constante no referido artigo[30] promove um acintoso esvaziamento do artigo 41[31] da Lei Maria da Penha, que veda expressamente a aplicação da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) aos crimes praticados com violência doméstica

---

27 PIPAS coloridas lembram mulheres assassinadas em Pernambuco. **PE360graus**, Recife, 25 nov. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1543:pipas-coloridas-lembram-mulheres-assassinadas-em-pernambuco-pe3609graus-pe-251108&catid=13:noticias&Itemid=7>. Acesso em: 5 dez. 2009.

28 Muitos desses anacrônicos institutos jurídicos ainda são resquícios do Decreto-Lei n.º 3.689/41, instituído em pleno Estado Novo, período de ostensiva restrição das liberdades individuais.

29 MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. PLS n.º 165/2006: a sentença de morte da Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2211, 21 jul. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13192>. Acesso em: 14 nov. 2009.

30 Art. 677 – "Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e dá outras providências. (NR)".
"Art. 1.º – Os Juizados Especiais Cíveis, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para a conciliação, processo, julgamento, e execução, nas causas de sua competência. (NR)".

31 "Art. 41 – Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995".

e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, além de estabelecer, com respaldo no artigo 100 do CP, a consideração da referida ação penal como sendo pública incondicionada. Tal alteração legal retoma a consideração da lesão corporal leve como crime de menor potencial ofensivo, permitindo, assim, que sejam solucionados por via consensual, inviabilizando, em muitos casos, a devida punição.

Essa inadequação quer, inexplicavelmente, o retorno do modo pelo qual era tratada a violência doméstica contra a mulher, como ilustra a Prof.ª Letícia Franco, expondo a gravidade da tentativa de aplicação da justiça consensuada dos JECrim aos casos de violência doméstica:

> O que se observa, diante do estudo da justiça penal consensuada em face da violência contra a mulher, é que o procedimento criminal destinado aos crimes de menor potencial ofensivo mostra-se socialmente ineficaz, na medida em que, privilegiando uma contraditória celeridade do procedimento, não discute suficientemente o conflito, não oferecendo, às partes deste, solução, ou se reduzindo a acordos impossíveis de execução forçada; ou ainda realizando-se mediante propostas de pena antecipada prioritariamente pecuniária, (inviabilizando a ressocialização do autor do fato), ou não previstas em lei (como o pagamento de cestas básicas, que é a criação judicial), ou, raramente, de penas de prestação social cujo cumprimento é parcamente fiscalizado[32].

Ainda sobre a inaplicabilidade da Lei n.º 9.099/95 e a flagrante reiteração promovida por esse instrumento legal da cultura patriarcal, nos casos de violência doméstica, Flávia Piovesan destaca:

> O grau de ineficácia da referida lei revela o paradoxo de o Estado romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade a violações que ocorrem no domínio privado, para então, devolver a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar à vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira... Os casos de violência doméstica ora eram vistos como mera "querela doméstica", ora como reflexo de ato de "vingança ou implicância da vítima", ora decorrentes da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, pro seu comportamento, a resposta violenta[33].

Em outra manifestação de resistência, a Lei Maria da Penha, em Recurso Especial

---

32 AMARAL, Cláudio do Prado. A Lei n.º 9.099/95, a política criminal e a violência doméstica contra a Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120 *apud* MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. PLS n.º 165/2006: a sentença de morte da Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2211, 21 jul. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13192>. Acesso em: 14 nov. 2009.

33 PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a Lei "Maria da Penha". In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

a ser julgado pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n.º 11.672/2008)[34] cumulado com a Res. n.º 8/2008-STJ, foi alvo de polêmica no Superior Tribunal de Justiça, que estabeleceu, de modo vinculativo, a natureza jurídica da ação penal como sendo condicionada.

Inicialmente, o entendimento originário consubstanciava a dispensabilidade da representação da vítima para a promoção do seu ajuizamento, bem como a compreensão de que qualquer relacionamento amoroso, independentemente de coabitação, inclusive o já extinto, se envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, ensejaria a aplicação da Lei Maria da Penha. Entretanto, diante da profusão de ações ajuizadas que demonstraram a efetiva incorporação cultural do referido diploma legal, um volume considerável de recursos foram interpostos junto ao STJ, o que resultou no enquadramento legal desses recursos na novel espécie recursal Recurso Especial Repetitivo[35], fato que redundou, após o julgamento do REsp n.º 1.097.042-DF[36], por maioria, na consolidação da jurisprudência do Egrégio Tribunal em sentido contrário, passando a referida ação a ser considerada ação penal pública condicionada.

É o que se deduz do notório e recente julgamento proferido pela 3.ª Secção do STJ, formada pelas 5.ª e 6.ª Turmas – em notório retrocesso –, no sentido de exigir a representação da vítima para a propositura da devida ação penal, nos casos de lesões corporais leves, decorrentes de violência doméstica, por entender o Tribunal que o fato de se considerar a referida ação incondicionada significaria a retirada do direito da vítima de relacionar-se com o parceiro escolhido, ainda que ele seja reconhecidamente seu agressor.

Sob a justificativa de que a LMP não instituiu expressamente a incondicionalidade para a propositura da referida ação penal, nos termos do conteúdo prescrito em seu artigo 16, e invocando o artigo 88, da Lei n.º 9.099, entendeu-se pela sua compatibilidade com o instituto da representação, característico das ações penais públicas condicionadas.

O raciocínio aplicado pelo STJ à interpretação dos artigos 16 e 41 da Lei n.º 11.340/2006 e do artigo 88 da Lei n.º 9.099/95 é sintetizado no julgamento do HC n.º 157.416/MT:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) é compatível com o instituto

34 A referida lei, segundo a processualista Norma Lúcia Calixto dos Santos, assemelha-se à Repercussão Geral do Recurso Extraordinário, pois funcionaria como "filtro constitucional", *além de garantir que a decisão do referido recurso incida vinculativamente, de modo uniforme, sobre todos os recursos com matéria idêntica* (SANTOS, Norma Lúcia Calixto dos. **Comentários à Lei 11.672/08 que versa sobre os Recursos Repetitivos**. 2 nov. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008103009485044>. Acesso em: 6 jun. 2010, grifo nosso).

35 A Lei n.º 11.672/2008 acresceu o artigo 543-C ao CPC, com a seguinte redação: "Art. 543-C: Quando houver multiplicidade de recursos com fundamentação em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo". Assim, de acordo com o artigo 1.º, § 7.º da referida Lei, "*Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça*" (grifo nosso).

36 Cabe destacar que, em 19 de dezembro de 2007, o presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, ajuizou a ADC n.º 19 (Rel. Min. Marco Aurélio), pugnando pela declaração da constitucionalidade dos artigos 1.º, 33 e 41 da LMP. Ressaltou-se, nessa oportunidade, a harmonia dos referidos dispositivos legais com a Constituição Federal, mormente os princípios constitucionais de proteção do Estado à família e à mulher. Criticou-se ainda o subjetivismo da definição dos crimes de menor potencial ofensivo, argumentando-se pela observância do princípio da razoabilidade, quando do afastamento da transação penal e da composição civil, consideradas medidas ineficazes na coibição da violência contra a mulher.

> da representação, peculiar às ações penais públicas condicionadas e, dessa forma, a não aplicação da Lei 9.099, prevista no art. 41 daquela lei, refere-se aos institutos despenalizadores nesta previstos, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.
> 2. *O princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao art. 41, na medida em que condutas idênticas praticadas por familiar e por terceiro, em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade.*
> 3. *A garantia de livre e espontânea manifestação conferida à mulher pelo art. 16, na hipótese de renúncia à representação, que deve ocorrer perante o magistrado e representante do Ministério Público, em audiência especialmente designada para esse fim, justifica uma interpretação restritiva do art. 41 da Lei 11.340/06.*
> 4. *O processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois a conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas, de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família.*
> *5. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal 1.320/09 em curso na 2ª Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*[37].

Observa-se que os entendimentos jurisprudenciais teratológicos supracitados resgatam, institucionalizam e perpetuam a inconcebível concepção de que o Estado deve permanecer inerte diante da flagrante prática de violência contra a mulher perpetrada no âmbito privado, sustentada pela *ideia da privacidade da instituição familiar*, bem como pela equivocada e generalista presunção – fomentadora da impunidade[38] – de que a retratação da ofendida representou o exercício da sua liberdade de escolha, desconsiderando-se, assim, qualquer ingerência ou coação do agressor.

Merece destaque a argumentação elaborada pelo Min. Jorge Mussi, em seu voto em acórdão do REsp n.º 1.097.042-DF[39], tendo por base os ensinamentos de Maria Lúcia Karam, na qual se infere a perigosa exigência de liberalidade estatal no tocante ao combate da violência contra a mulher:

> Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, o seu direito e o seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como coisa fosse, submetida à vontade dos agentes do Estado, que, inferiorizando-a e vitimando-a, pretendem saber o que seria melhor para

37 STJ. Quinta Turma. HC 157416/MT (2009/0245373-4). Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. **DJ**, 15 abr. 2010. **DJE**, 10 maio 2010, grifos nossos.

38 Segundo Stela Cavalcanti, a possibilidade de renúncia ao direito de representação resulta no arquivamento de 90% das ações penais nos casos de violência doméstica (CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica:** análise da Lei "Maria da Penha", n.º 11.340/06. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 186).

39 STJ. 3.ª Seção. REsp n.º 1.097.042-DF. Rel. originário: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rel. para acórdão: Min. Jorge Mussi. Julgamento em 24 de fevereiro de 2010. Ementa: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA".

> ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar. E sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é, ou não, um agressor, ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.

Verifica-se que julgados fundados nessa ótica hermenêutica promoverão a reedição da ultrajante naturalização dessa triste problemática social, principalmente diante do inócuo efeito punitivo advindo da retomada da imposição do pagamento de cestas básicas como pena aos agressores das vítimas da supracitada violência, conforme bem salientado pelas autoras Flávia Piovesan e Maria Lúcia Karam.

Diante da análise das repercussões trazidas pela possível aprovação do PLS n.º 156/09, bem como do entendimento jurisprudencial consolidado recentemente pelo STJ a partir do julgamento, por maioria, do REsp 1.097.042-DF, por meio do rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n.º 11.672/2008), observa-se a flagrância da ofensa ao chamado princípio do não retrocesso social[40], no que tange, especificamente, à eficácia protetiva dos direitos fundamentais das mulheres, garantida pelo legislador infraconstitucional.

Esse princípio encontra notório respaldo doutrinário e jurisprudencial, principalmente na Europa Continental (Portugal, Espanha, Alemanha e França), possuindo como um dos seus principais defensores os ilustres constitucionalistas portugueses José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, podendo ser entendido em sentido amplo e em sentido estrito[41].

O presente trabalho, conforme anteriormente anunciado, propõe-se a analisá-lo em seu sentido estrito, o qual preceitua que os avanços obtidos pela via infraconstitucional, concretizando direitos fundamentais mencionados na Constituição, também tendem ao avanço, não se admitindo o retrocesso por meio das normas ordinárias, já que este iria contra a própria natureza da Constituição Social[42], "*em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana*"[43].

Assim, Canotilho sustenta que, após a concretização de direitos fundamentais sociais em nível infraconstitucional – como os prescritos expressamente no artigo 226, *caput* e § 8.º, somente concretizados faticamente a partir da implementação da Lei Maria da Penha –, eles consubstanciariam, simultaneamente, um direito subjetivo e uma garantia institucional, constituindo um verdadeiro limite jurídico para a atividade legislativa. Nesse sentido, quaisquer reduções ou supressões atinentes ao núcleo essencial dos direitos sociais, considerados como direitos constitucionalmente garantidos, restariam eivadas de inconstitucionalidade, em razão da flagrante infração do princípio do não

---

40 Também designado como princípio da contra-revolução social ou da evolução reacionária.

41 No Brasil, entre outros trabalhos acadêmicos de relevância acerca do tema, ver STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 e BAPTISTA, Felipe Derbli de Carvalho. **Princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

42 MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. O direito fundamental à moradia na Constituição. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos humano**s. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 4, p. 137-191 e p. 177 *apud* SILVA, Luis de Pinho Pedreira da. A irreversibilidade dos direitos sociais. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges (Org.). **Direitos sociais na Constituição de 1988:** uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTR, 2008, p. 300.

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339.

retrocesso social[44].

Essa proibição de retrocesso assume, em nosso olhar, a condição de verdadeiro direito de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objetivo a destruição ou a redução de direitos sociais – sem a criação de outros direitos alternativos ou compensatórios –, de direitos humanos das mulheres, garantidos pela Lei Maria da Penha, de dignidade da pessoa humana e de igualdade de gênero.

CONCLUSÕES

Em que pesem os referidos avanços e garantias de direitos, a implementação da Lei Maria da Penha, bem como a sua efetivação, enfrentam diferentes desafios que, no âmbito institucional do Poder Judiciário, refletem-se na tentativa de declaração de sua inconstitucionalidade[45], mormente de seu artigo 41, e nas resistências encontradas por aqueles que incorporaram em seu modo de atuar na sociedade práticas discriminatórias e de violência contra as mulheres.

A caracterização da violência de gênero contra a mulher, seja na modalidade de violência doméstica ou familiar, seja como lesão corporal leve ou ameaça, como sendo infração penal de menor potencial ofensivo pretendida pela versão original do PLS n.º 156/09 constitui inconcebível retorno de concepção naturalizadora da triste realidade social brasileira.

A ausência de compreensão de que essa problemática social necessita de tratamento diferenciado, em situações conflituosas, cuja repercussão social é difusa, conforme promovido pela Lei Maria da Penha, propicia a banalização da ocorrência desse grave delito, fato que reforça a velada hierarquização entre gêneros e a perpetuação da vulnerabilidade feminina em relação ao agressor – que concebe ser "barato bater em mulher", diante da ultrajante imposição de pagamento de cestas básicas, de prestação de serviços à comunidade, bem como de sua submissão a tratamento psicológico e à frequência em palestras instrutivas de combate à violência doméstica e de outras violações a direitos humanos como pena.

Urge, portanto, a mobilização da sociedade civil, no exercício de práticas de controle social – audiências públicas, conferências, passeatas – e o comprometimento dos atores políticos e jurídicos, objetivando o impedimento da aprovação do conteúdo original da redação do PLS n.º 156/09. Ainda no âmbito jurídico, anseia-se que seja julgado procedente o ADI n.º 4.424, para que se promova interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei n.º 11.340/06, afastando-se, assim, a incidência da Lei n.º 9.099/95, bem como a necessidade de representação da ofendida nos casos de crimes praticados com violência doméstica e/ou familiar contra a mulher.

Oportunamente, no âmbito legislativo, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 5.297/2009, de autoria de uma

44 CANOTILHO, loc. cit.

45 Sob a argumentação de que o referido artigo constituiria afronta aos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade, da razoável duração do processo e da celeridade processual, da dignidade da pessoa humana e da preservação da instituição familiar, bem como ao direito à transação penal, diante de crimes de menor potencial ofensivo e à conciliação na esfera penal. Nesse sentido: TJ/MS. Recurso em Sentido Estrito n.º 2007.023422-4/0000-00. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. **DJ**, 26 set. 2007.

deputada federal do PT-AP, que propõe a alteração do artigo 16 da Lei Maria da Penha, com o fito de promover alteração legislativa estabelecendo expressamente a incondicionalidade da propositura da ação penal pública.

De acordo com referido PLC, o artigo 16 ganhará dois parágrafos e passará a ter a seguinte redação:

> Art. 16. São de Ação Penal Pública Incondicionada os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher definidos nesta lei.
> § 1.º. Nos crimes de que trata o caput deste artigo, procede-se mediante representação da ofendida apenas nos casos de ameaça ou naqueles que resultam lesões leves ou culposas.
> § 2.º. No caso do § 1.º deste artigo, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Caso não se obtenha êxito com as referidas medidas, ocorrerá a restauração do famigerado modelo de naturalização da violência doméstica e familiar contra a mulher e a realimentação da cultura patriarcal ainda bastante arraigada na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AGUADO, Ana. Violencia de género: sujeto femenino y ciudadanía en la sociedad contemporánea. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia; OLIVEIRA, Suely de (Org.). **Marcadas a ferro. Violência contra a mulher:** uma visão multidisciplinar. Brasília, DF: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. p. 23-34.

BAPTISTA, Felipe Derbli de Carvalho. **Princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. Decreto n.º 1.973, de 1.º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 1 ago. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 4 nov. 2009.

BRASIL. Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 31 out. 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. **Viva:** vigilância de violências e acidentes, 2006 e 2007. Brasília, DF, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica:** análise da Lei "Maria da Penha", n.º 11.340/06. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Rosana Amara Girardi; FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. **Gazeta do Povo,** Curitiba, 24 mar. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=956:a-constitucionalidade-da-lei-maria-da-penha-rosana-amara-girardi-fachin-e-luiz-edson-fachin&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 31 out. 2009.

FAVRETO, Rogério. Efetivação da Lei Maria da Penha. **Folha de S.Paulo,** São Paulo, 17 ago. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=749:efetivacao-da-lei-maria-da-penha-rogerio-favreto-folha-de-spaulo-170808&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 31 out. 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Rio de Janeiro: Graal, 2010.

FREIRE, Nilcéia. Lei Maria da Penha, já! **Folha de S.Paulo,** São Paulo, 7 ago. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 31 out. 2009.

LEI Maria da Penha condena com prisão 2,4% das ações. **Agência Estado,** São Paulo, 31 mar. 2009. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/agencia/2009/03/31/ult4469u39400.jhtm>. Acesso em: 5 dez. 2009.

LIMA, Fausto Rodrigues de; SILVA, Karina Alves. Feminicídio. **Folha de S.Paulo,** São Paulo, 5 nov. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1448:femicidio-fausto-rodrigues-de-lima-e-karina-alves-silva-folha-de-spaulo-051108&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 31 out. 2009.

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. PLS n.º 165/2006: a sentença de morte da Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 14, n. 2211, 21 jul. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13192>. Acesso em: 14 nov. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** Genebra, 1979. Disponível

em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>. Acesso em: 31 out. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe n.º 54/2001.** Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Brasil12.051a.htm>. Acesso em: 1° no. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará".** Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 1° nov. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a Lei "Maria da Penha". In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela. **Correio do Estado,** Campo Grande, 17 out. 2007. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=169&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 1 nov. 2009.

PIPAS coloridas lembram mulheres assassinadas em Pernambuco. **PE360graus,** Recife, 25 nov. 2008. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1543:pipas-coloridas-lembram-mulheres-assassinadas-em-pernambuco-pe3609graus-pe-251108&catid=13:noticias&Itemid=7>. Acesso em: 5 dez. 2009.

SANTOS, Norma Lúcia Calixto dos. **Comentários à Lei 11.672/08 que versa sobre os Recursos Repetitivos.** 2 nov. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008103009485044>. Acesso em: 6 jun. 2010.

SILVA, Luis de Pinho Pedreira da. A irreversibilidade dos direitos sociais. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges (Org.).. **Direitos sociais na Constituição de 1988:** uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTR, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Crônicas de Jurisprudência

Casa das Onze Janelas (Complexo Feliz Lusitânia)

A VERDADE SOCIOAFETIVA SOBREPONDO-SE À VERDADE BIOLÓGICA: UMA RELEITURA DA ADOÇÃO À BRASILEIRA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Louise Rejane de Araújo Silva*

Resumo: Adoção à Brasileira: A maternidade socioafetiva sobrepõe-se a vínculo meramente biológico. Eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que preferiu dar relevo a verdade socialmente construída aos laços de consaguinidade, gerando consequências ao Direito de Família.

Palavras-chave: Adoção à Brasileira; Laços de consanguinidade; Maternidade socioafetiva; Superior Tribunal de Justiça; Direito de Família.

Aquele ou aquela que concebe, no sentido científico da palavra, isto é, que forma o embrião pela fecundação do óvulo, amolda-se ao conceito de pais biológicos. Contudo, a maternidade ou a paternidade socioafetiva possui elementos de constituição que transcedem os genéticos e às vezes deles se distanciam, pois se baseia na convivência, no afeto e no fato de aquele homem ou aquela mulher apresentar-se perante a sociedade como sendo pai ou mãe de uma criança. Trata-se aqui também de uma questão de identidade.

O Direito, por meio de suas fontes, como a doutrina e a jurisprudência, já começa a dar guarida a essa tão antiga forma de arranjo familiar, pautada pelo afeto, mesmo que não coincidente com a realidade biológica, com o escopo de materializar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente previsto no artigo 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Não se pretende aqui discorrer sobre as modalidades de colocação em família substituta: guarda, tutela e adoção. Essas são as formas legais de trazer para o seio familiar aquele que não possui laços de consanguinidade com a família que o recebe.

A questão está nos casos em que uma mulher ou um homem resolve registrar filho alheio como próprio com o intuito nobre, altruísta, de ter aquele ser humano como seu filho.

Inúmeras podem ser as razões que levam um homem ou uma mulher a "driblar" a legislação pátria que determina que a colocação de alguém em família substituta deve ser antecedida por um provimento jurisdicional. A par de conjeturas, o certo é que a adoção à brasileira, que é o resultado dessa via oblíqua, é uma realidade e tem implicado demandas judiciais de interessados que pretendem fazer a verdade biológica sobrepor-se à socioafetiva.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou essa questão no REsp 1.000.356-

* Promotora de Justiça do Estado do Pará. Pós-graduada *lato sensu* com especialidade em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia (UNAMA), conveniada com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e pós-graduada *lato sensu* em Ciências Criminais pela Universidade Anhaguera (Uniderp), conveniada com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

1 STJ. Terceira Turma. REsp 1.000.356-SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em** 25 de maio de 2010. **Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, n. 0436.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp Acesso em: 15 nov. 2010.

SP**, cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi,** e, no dia 25 de maio de 2010, reconheceu a maternidade socioafetiva em julgamento inédito[1].

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida, mesmo quando uma pessoa registra filho alheio como próprio. Disse a Ministra **Nancy Andrighi:** "Não há como desfazer um ato levado a efeito com a perfeita demonstração de vontade daquela que, um dia, declarou perante a sociedade ser mãe de uma criança, valendo-se da verdade socialmente construída com base no afeto".

A história começou em São Paulo, em 1980, quando uma imigrante austríaca de 56 anos, que já tinha um casal de filhos, resolveu, com inobservância dos ditames legais a respeito, registrar como se sua filha fosse uma menina recém-nascida. A imigrante, antes do falecimento, deixou a maior parte de sua herança para a aludida menina, o que parece ter incomodado, especialmente, a filha biológica mais velha, a qual iniciou um processo judicial, com o desiderato de anular o registro de nascimento, sustentando ser um caso de falsidade ideológica levado a efeito pela própria mãe.

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, se a atitude da mãe foi uma manifestação livre de vontade, sem vício de consentimento e não havendo prova de má-fé, a filiação socioafetiva, ainda que em descompasso com a verdade biológica, deve prevalecer como mais uma forma de proteção integral à criança. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea – com base no afeto – deve ter guarida no Direito de Família como nos demais vínculos de filiação.

Ponderou a Ministra:

> Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança –hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmos interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

Os demais integrantes da Terceira Turma acompanharam o voto.

O Judiciário pátrio há algum tempo já tem estipulado a norma do caso concreto em conflito desse jaez. Em outro caso submetido ao Poder Judiciário, a juíza baiana Maria das Graças Guerra de Santana Hamilton[2], quando do enfrentamento de uma ação judicial com a mesma causa de pedir remota, asseverou: "Seria lícito ao magistrado impor uma maternidade tardia, não conhecida ou consentida para fazer valer apenas o critério biológico como se os seres humanos fossem identificados por 'pedigrees'?".

A magistrada sustentou, outrossim, que o direito à personalidade, por si só já seria suficiente para a improcedência do pedido, pois, não se pode, após vinte e cinco anos de existência do ser humano, negar-lhe a identidade que constituiu nesse inter-

---

2 HAMILTON, Maria das Graças Guerra de Santana. **Maternidade socioafetiva**. Sentença publicada em 2 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.amab.com.br/site/sentenças.php?cod=18>. Acesso em: 20 jun. 2010.

3 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

regno. Identidade, diga-se, é, não só o direito ao nome, mas todo o feixe de direito que gravita no *status* da pessoa e do seu contexto social. É a sua própria história de vida.

A jurisprudência não está só. A mais autorizada doutrina brasileira a respeito do assunto comunga das mesmas idéias. Maria Berenice Dias, ícone nessa seara, consigna:

> Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade[3].

Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépore também conferem à família um conceito ampliado:

> A família é dotada de características não formais, como a afinidade e a afetividade, aproximando-se aos conceitos de sócio-afetividade (relações sociais baseadas no afeto) e de eudemonismo (conceito de busca pela felicidade extraído da doutrina grega de Aristóteles), também já aclamados pelos juristas de vanguarda do Brasil[4].

Maria Helena Diniz adota uma acepção amplíssima do termo família no sentido de que ele "abrange todos os indivíduos ligados pelo vínculo de consanguinidade e afinidade, incluindo estranhos"[5].

Por outro lado, não há que se dizer que o reconhecimento da maternidade socioafetiva afronta o artigo 242 do Código Penal, que criminaliza a conduta de registrar como seu filho o de outrem. O próprio parágrafo único do aludido dispositivo preceitua que, se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, o juiz pode deixar de aplicar a pena num exemplo emblemático de perdão judicial[6].

Comentando essa figura típica, Rogério Greco esclarece:

> Conhecida, popularmente, como "adoção à brasileira", sendo extremamente comum a sua ocorrência, praticada, principalmente, por famílias que ajudam um amigo, um parente próximo ou, mesmo, uma pessoa estranha que não possui condições para criar e cuidar de seu filho, razão pela qual existe o reconhecimento legal da nobreza do comportamento, criando, assim, nos termos do parágrafo único do art. 242 do Código Penal, um tipo penal privilegiado, permitindo-se,

4 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009os, p. 27-28.

5 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro:** Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

6 "Estrangeiro que registra, em certidão de nascimento, a filha da companheira, com o consentimento desta, como se fosse própria. Motivo nobre. Provisão de assistência financeira, afetiva e moral e convivência familiar estável à criança. Perdão judicial. Extinção da punibilidade. Ausência de dolo do agente, que visava permanecer ao lado da família constituída no Brasil" (TRF. 5.ª Região. 3ª Turma. Recurso em Sentido Estrito n.º 864/CE (2002.81.00.004479-2). Rel. Ridalvo Costa. Julgamento em 20 de setembro de 2007, unânime. **DJU**, 8. out. 2007).

7 GRECO, Rogério. Código Penal comentado. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 604.

ainda, ao julgador a aplicação do perdão judicial, oportunidade em que deixará de aplicar a pena[7].

O tipo penal em apreço continua com a sua aplicação perfeita para os casos em que alguém comete tal conduta colimando, preponderantemente, fraudar direitos, em casos envolvendo sequestro de crianças, ou ainda sob quaisquer outros fundamentos espúrios. Porém, assim como a maternidade biológica, naquelas circunstâncias, cedeu à socioafetiva, com muito mais razão não se deve mover toda a máquina responsável pela persecução criminal para punir alguém que simplesmente acolheu, amou, constituiu família. A ausência de dolo é evidente, e, por isso, de tipicidade não se cogita.

A percepção de si mesmo, da nossa condição humana demonstra-nos que somos muito mais que animais membros da espécie dos primatas bípedes. Somos fruto do desenvolvimento de relações sociais, afetivas, espirituais, experiências tristes e felizes que vivemos. Eis a nossa diferença em relação aos outros animais: travamos relações baseadas no afeto. É a nossa condição de *sapiens* que nos leva a pleitear, por meio do exercício da racionalidade, com base em princípios e regras existentes em nosso ordenamento jurídico, o reconhecimento dessa condição de família, baseada na afetividade, mais especificamente de pai e filho ou de mãe e filho, e de todas as suas consequências, sem nos restringirmos, pura e simplesmente, à nossa condição genética, ainda mais por razões outras como a patrimonial.

A interpretação singela, mas de vanguarda, da nossa legislação, anunciada pela doutrina e recepcionada por uma das mais altas Cortes deste país – o STJ –, é a reafirmação de que não poucas vezes a lei e o vínculo meramente sanguíneo, biológico devem ceder aos laços construídos e arraigados no seio social tendo como alicerce o afeto, o amor.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro:** Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado.** 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HAMILTON, Maria das Graças Guerra de Santana. **Maternidade socioafetiva.** Sentença publicada em 2 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.amab.com.br/site/sentenças.php?cod=18>. Acesso em: 20 jun. 2010.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARTIGO 44 DA LEI N.º 11.343/2006 (LEI DE DROGAS): A LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Renato Marcão*

Sumário: 1 Breve retrospecto; 2 O artigo 44 da Lei de Drogas; 3 O enfrentamento da questão no Supremo Tribunal Federal; Conclusão.

1 BREVE RETROSPECTO

A Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), em seu artigo 2.º, II, passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como o terrorismo.

São do conhecimento geral – e até por isso é desnecessário discorrer a respeito – as discussões que desde então se estabeleceram na doutrina e na jurisprudência sobre a (in)constitucionalidade da referida proibição genérica, *ex lege*.

No Supremo Tribunal Federal (STF), prevaleceu por longo período entendimento no sentido da constitucionalidade da vedação.

Com a vigência da Lei n.º 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), a discussão adquiriu novo impulso em razão do disposto em seu artigo 21, que passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes previstos nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) daquele Estatuto.

Contra tal vedação expressa, genérica e antecipada, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade[1], que resultou procedente, ficando reconhecida a afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5.º, LVII e LXI). Na ocasião, destacou-se que "a Constituição não permite a prisão *ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5.º, LV)"[2].

Resolvendo a controvérsia, a Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007, deu nova redação ao artigo 2.º da Lei n.º 8.072/90 e retirou a vedação antes expressa no inciso II do artigo 2.º, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes mencionados.

* Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio E. de Jesus e do curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes. Mestre em Direito. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP). Autor dos livros: **Tóxicos** (Saraiva), **Curso de execução penal** (Saraiva), **Estatuto do Desarmamento** (Saraiva), **Crimes de trânsito** (Saraiva) e **Lei de Execução Penal anotada e interpretada** (Lumen Juris). Co-autor dos livros: **Notáveis do Direito Penal** (Consulex) e **Comentários à Lei de Imprensa** (Revista dos Tribunais).

1 MARCÃO, Renato. **Estatuto do Desarmamento**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a, p. 209-210.

2 Ibid., p. 209.

2 O ARTIGO 44 DA LEI DE DROGAS

Dentro do quadro anteriormente apresentado, insere-se a Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas), que, em seu artigo 44, passou a dispor que os crimes previstos em seus artigos 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de liberdade provisória, entre outros benefícios também expressamente vedados[3].

Conforme sempre sustentamos[4], a Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao disposto no inciso II do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/90, retirando a proibição genérica, *ex lege*, de liberdade provisória, em se tratando de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, derrogou o artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas), de maneira que a vedação antecipada e genérica ao benefício da liberdade provisória não subsiste no ordenamento jurídico vigente.

Ainda que assim não fosse, as razões que fundamentaram o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei n.º 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) servem na mesma medida para fundamentar a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei de Drogas.

Se as situações são idênticas, como realmente são e isso não se pode negar, não há razão lógica ou jurídica para interpretações distintas e conclusões díspares, geradoras de condenável tratamento desigual.

Mesmo assim, parte considerável da jurisprudência continua inclinada a admitir a vigência e a constitucionalidade da vedação à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei de Drogas[5].

Nestes termos, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> a vedação expressa do benefício de liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais[6].

3 O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em novembro de 2008, ao denegar a ordem no julgamento do HC 95.539/CE (STF, 2.ª T.), o Ministro Eros Grau destacou que a jurisprudência do Supremo Tribunal

---

3 MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b, p. 328.

4 Ibid., p. 331.

5 Nesse sentido: STF. HC 92.747-5/SP, 1.ª T. Rel. Min. Menezes Direito. DJ, 25 abr. 2008. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, n. 50, p. 146; STJ. RHC 22.379-SP, 5.ª T. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJU, 22 abr. 2008, **Revista Jurídica**, n. 366, p. 197; STJ. RHC 22.623-MT, 5.ª T. Rel. Min. Felix Fischer. DJU, 22 abr. 2008, **Revista Jurídica**, n. 366, p. 192.

6 STJ. RHC 23.083/SP, 5.ª T. Rel. Min. Laurita Vaz. DJU, 22 abr. 2008. **Revista Jurídica**, n. 366, p. 192.

Federal estava alinhada no sentido do não cabimento da liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes.

Seguindo a mesma linha de argumentação, o Ministro Ricardo Lewandowski indeferiu liminar no HC 100.831/MG, nos seguintes termos:

> Em que pese o tráfico ilícito de drogas ser tratado como equiparado a hediondo, a Lei 11.343/2006 é especial e posterior àquela – Lei 8.072/90. Por essa razão, a liberdade provisória viabilizada aos crimes hediondos e equiparados pela Lei 11.464/2007 não abarca, em princípio, a hipótese de tráfico ilícitos de drogas[7].

Contudo, ainda que tardiamente, o Supremo Tribunal Federal tem revisto seu posicionamento, de maneira a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação *a priori* da liberdade provisória e, de consequência, a insubsistência da negativa ao benefício com fundamento exclusivo na literalidade do artigo 44 da Lei de Drogas.

Nessa linha argumentativa, em dezembro de 2008, decidiu o Ministro Celso de Mello:

> vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do '**due process**', dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República[8].

Tal forma de pensar foi novamente adotada pelo Ministro Celso de Mello ao deferir liminar no HC 97.976/MG[9].

Mais recentemente, em 17 de setembro de 2009, embora tenha novamente

7 STF. HC 100.831/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 30 de setembro de 2009.

8 STF. Med. Cautelar em HC n.º 96.715-9/SP, 2.ª T. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 19 de dezembro de 2008. **Informativo STF**, n. 533. Na mesma linha de pensamento, já havia se posicionado a Desembargadora do TJMG Jane Silva, enquanto convocada para o Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa que segue transcrita: "A gravidade abstrata do delito atribuído ao agente é insuficiente para a manutenção de sua prisão provisória, sob pena de afronta à garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade. Precedentes. Da mesma forma, a invocação da repercussão social do delito não se presta para a justificação da constrição cautelar, sob pena de antecipação do cumprimento da reprimenda, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente quando a quantidade de drogas encontrada em poder dos agentes não se mostra expressiva. Precedentes. Unicamente a vedação legal contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006 é insuficiente para o indeferimento da liberdade provisória, notadamente em face da edição da Lei 11.464/2007, posterior e geral em relação a todo e qualquer crime hediondo e/ou assemelhado. Precedentes. Dado provimento ao recurso para deferir ao recorrente os benefícios da liberdade provisória" (STJ. RHC 24.349, 6.ª T. Rel. Min. Jane Silva. Julgamento em 11 de novembro de 2008. DJU, 1 dez. 2008. **Boletim IBCCrim**, n. 194, Jurisprudência, p. 1228).

9 **DJ**, 11 mar. 2009. No v. Acórdão ficou consignado: "[...] o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas" (RTJ 160/140-141, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 176/578-579, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 1.063/DF, Rel. Min. Celso de Mello *n.g.*).

destacado que o Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes não tem direito à liberdade provisória, por expressa vedação do artigo 44 da Lei n.º 11.343/06, o Ministro Eros Grau reformulou seu posicionamento e concedeu liminar em *habeas corpus*, consignando que o Ministro Celso de Mello, ao deferir a liminar requerida no HC 97.976/MG, já havia destacado que o tema está a merecer reflexão pelo Supremo Tribunal Federal, e terminou por decidir:

> a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei n.º 11.343/06, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III, e 5.º, LIV e LVII, da Constituição do Brasil). Daí resultar inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal.

Arrematou o Ministro Eros Grau: "A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável"[10].

4 CONCLUSÃO

Ao se permitir a liberdade provisória e condenar pela inconstitucionalidade toda e qualquer vedação *ex lege* do benefício, não se está a homenagear a criminalidade, tampouco aqueles que a patrocinam. É preciso admitir que há "traficantes e traficantes".

O que se busca, em verdade, é a plenitude do irrenunciável Estado Democrático de Direito e a efetividade das garantias constitucionais alcançadas ao longo dos tempos não sem muitos esforços.

Busca-se restaurar a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório violados.

Com tal proceder, renovam-se os votos de confiança na Magistratura brasileira, acreditando-se na capacidade de discernimento na avaliação que deve ser feita por seus Ilustres integrantes, caso a caso, na análise da possibilidade, ou não, de se conceder a liberdade provisória.

Em última análise, busca-se a tratativa do humano pelo humano no enfrentamento de questões individuais que cada caso traz, sem olvidar o valor Liberdade. Não se olvidando, ainda, que "não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa"[11].

No campo em que gravitam reflexões que conduzem às discussões mais elevadas, não há espaço para discursos rasteiros e mofados, calcados em doutrina penal baseada no felizmente superado Ato Institucional n.º 5.

Aos leitores, uma reflexão de Aristóteles como fecho deste pequeno trabalho: "o ignorante afirma, o sábio dúvida, o sensato reflete".

---

10 STF. HC 100.745/SC. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 17 de setembro de 2009.

11 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCÃO, Renato. **Estatuto do Desarmamento**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

Crônicas Legislativas

Ver-o-Peso (ao fundo Mercado de Peixe)

ASPECTOS PRÁTICOS DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO, ESPECIALMENTE EM SUAS FORMAS QUALIFICADAS POR MORTE OU LESÃO CORPORAL, APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 12.015/2009

Daniel Henrique Queiroz de Azevedo*

Resumo: A recente Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, inseriu importante mudança na sistemática da ação penal do crime de estupro, qualificado pelo resultado de morte e lesão corporal, uma vez que o artigo 225 do Código Penal passou a exigir representação da vítima, ou de quem de direto, para a apresentação da peça acusatória pelo Ministério Público. Assim, tal alteração legal gerou enormes celeumas jurídicas, que se materializaram na ADIN 4301, interposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, e até em nova proposta de alteração legislativa, apresentada no Senado Federal, o que já reflete bem as dificuldades práticas surgidas. Nestes termos, o presente texto propõe-se a responder a alguns desses questionamentos, que possuem grande incidência prática. Investiga-se, aqui, a natureza da norma jurídica constante no novo artigo 225 do Código Penal, alterado pela Lei n.º 12.015/2009, a possibilidade de fazer retroagir a exigência de representação da vítima, ou de quem de direito, para atingir fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, a forma pela qual será materializada essa exigência de representação da vítima e quando seria realmente necessária, o prazo para que a vítima ou os demais legitimados (na falta da vítima) apresentem a devida representação nos inquéritos e processos em tramitação, que antes eram instaurados sem essa "condição de procedibilidade", por tratar-se de ação penal pública incondicionada, e a possível aplicação dessas novas diretrizes aos processos novos, relativos a fatos posteriores à entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009. Por fim, ao final da apresentação das soluções jurídicas, espera-se que os operadores do direito tenham maiores subsídios para trabalharem com essa nova legislação, até que todas as celeumas sejam definitivamente apreciadas pela cúpula de nossos Poderes Constituídos.

Palavras-chave: Lei n.º 12.015/2009. Novel artigo 225, *caput*, do CP. Estupro qualificado por lesões corporais graves ou morte. Aplicabilidade. Ação penal. Aspectos práticos. Norma híbrida. Retroatividade da lei benéfica. Intimação da vítima para apresentar representação. Prazo para representação. Analogia. Artigo 91 da Lei n.º 9099/95.

A recente Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe um novo tratamento jurídico para o Título VI da parte especial do Código Penal (CP), estabelecendo que os dispositivos ali contidos são ora considerados "crimes contra a dignidade sexual" e alterando a sistemática anteriormente existente, o que gerou repercussões, também, na Lei dos Crimes Hediondos e até no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este breve estudo, contudo, propõe-se apenas a tratar das questões práticas

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal) e doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha).

relativas à alteração da espécie de ação penal aplicável ao novel crime de estupro, notadamente nas formas qualificadas por lesões graves ou morte, previstas, agora, no artigo 213, § 1.º e 2.º, do CP, o qual, inclusive, passou a englobar, no mesmo tipo penal, o delito de atentado violento ao pudor, antes descrito em norma criminal autônoma.

Inicialmente, cabe observar que a alteração na legitimação ativa para a ação penal do crime de estupro simples (CP, art. 213, *caput*), trazida pela Lei n.º 12.015/2009, atendeu a considerável parte da doutrina[1], a qual sempre contestou a opção de política criminal adotada pelo legislador de deixar sob a iniciativa exclusiva da vítima o processo do agente que cometeu esse grave delito, como forma de permitir que fosse evitado o *streptus judici*[2] (escândalo do processo).

Para essa mencionada corrente doutrinária, a ação penal em crimes do jaez do estupro teria de ser pública, admitindo-se o condicionamento à representação, como forma de conciliar os interesses em jogo, quais sejam, a vontade da vítima e a necessidade estatal de coibir e punir condutas de enorme lesividade social[3].

Assim, a Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, acertadamente transformou a regra geral da ação penal nos "crimes contra a dignidade sexual" – em que se insere o delito de estupro – para a iniciativa pública, condicionada à representação da vítima, conforme as alterações introduzidas no artigo 225 do Código Penal[4].

A nosso ver, o novel tratamento legislativo dado à matéria, neste ponto, parece bem mais lógico e razoável, por não se deixar ao exclusivo alvedrio da vítima o processo criminal daquele que violou bens jurídicos da mais alta relevância social, até mesmo pelo medo e pelos constrangimentos que ela teria em exercer esse mister, ao que se soma o fato de o Ministério Público possuir melhores condições processuais para desempenhar essa função acusatória (graças às suas prerrogativas legais), de modo a zelar pelo interesse público de impedir que delitos desse jaez se repitam e agentes de visível periculosidade se mantenham impunes.

Ocorre que referida inovação legislativa, trazida pela Lei n.º 12.015/2009, não andou bem no que concerne à alteração da ação penal nos casos de estupro que resultem em lesão corporal grave ou morte da vítima. De fato, nessa hipótese, o referido crime passou a ser processado por meio de ação pública condicionada à representação, ao invés de ser utilizada a ação pública incondicionada, conforme previa a legislação anterior, revogada.

Ressalte-se, inclusive, que foi interposta a ADIN 4301, pelo Procurador Ge-

1 Nesse sentido, o professor Eugênio Pacelli leciona: "[...] se houvesse um delito que *interessasse mais* ao particular que à coletividade, talvez não houvesse razão para a criminalização da conduta, sobretudo e particularmente, sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3. ed., 3.tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 121, grifo do autor). Igualmente, o professor Lenio Streck argumentava, inclusive, sobre a inconstitucionalidade do revogado dispositivo do Código Penal (art. 225) que remetia os crimes de estupro e atentado violento ao pudor ao rol de delitos em que se atuava por meio de ação penal privada (STRECK, Lenio Luiz. **Constituição e bem jurídico:** a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do CP. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/gsa/busca.php?ie=latin1&oe=latin1&q=Constitui%E7%E3o+e+Bem+Jur%EDdico&ok.x=9&ok.y=8>. Acesso em: 7 jun. 2010. p. 2.

2 "[...] escândalo provocado pelo ajuizamento [...], com o objetivo de evitar a produção de novos danos em seu patrimônio – moral, social, psicológico etc. – diante de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato criminoso" (OLIVEIRA, 2004, p. 111).

3 "Somos que o instituto da representação já atenderia aos ponderáveis interesses que se busca tutelar através da ação privada" (JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85).

4 Artigo 225 do CP: "Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação".

ral da República, com o objetivo de ver reconhecida a inconstitucionalidade parcial do *caput* do artigo 225 do Código Penal, na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12.015/2009, de modo a excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, para que, assim, fosse restaurada em tais modalidades delituosas a regra da ação pública incondicionada.

Igualmente, já existe projeto no Senado nesse sentido, apresentado pelo Senador Antônio Carlos Júnior, da Bahia, propondo uma nova redação para o artigo 225 do CP, que ficaria assim:

> Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos I e II somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for menor de 18 anos, pessoa vulnerável, se da violência empregada resultar lesão corporal grave ou morte ou se o autor da conduta punível for ascendente, descendente, colateral até o 3º grau, tutor ou curador ou pessoa que convivia com a vítima sob o mesmo teto[5].

Nesse ponto, insta destacar um dos argumentos[6] sustentados pelo Procurador-Geral da República na ADIN 4301, uma vez que tem relevante aspecto prático, o qual é a linha de estudo deste trabalho. Sustentou-se, na referida ADIN, que as inovações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009 na ação penal aplicável ao estupro qualificado, do ponto de vista prático, gerariam uma possível extinção da punibilidade nos processos em andamento, porque passariam a exigir manifestação da vítima (representação), sob pena de decadência. Esse argumento do nobre chefe do Ministério Público Federal, contudo, não nos parece totalmente verdadeiro, pois pensamos que existem soluções jurídicas aplicáveis, como forma de serem evitados os referidos prejuízos ao *jus puniendi* estatal e à própria sociedade, antes que haja a almejada pacificação completa da questão na cúpula de nossos poderes constituídos ou antes que se passe a discutir a inconstitucionalidade da matéria, de forma incidental, gerando decisões divergentes, em casos concretos bem semelhantes, o que não parece aconselhável em sede penal, dados os interesses envolvidos e o princípio da segurança jurídica.

A problemática – para a qual acreditamos haver solução jurídica aceitável – refere-se, portanto, à nova disposição inserida pela Lei n.º 12.015/2009, a qual passou a exigir representação para a apuração e o processamento dos crimes de estupro que resultem em lesões graves ou morte, gerando a dúvida sobre a possibilidade de tal exigência retroagir para atingir fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, notadamente se considerado que essa disposição – contida na alteração feita no artigo 225, *caput*, do CP – é mais benéfica ao agente do que aquela existente anteriormente, em que era prevista a ação pública incondicionada para os mencionados delitos de estupro qualificado.

A resposta a esse primeiro questionamento torna-se clara quando se percebe

---

5 TOURINHO FILHO, Fernando. Crimes contra a liberdade sexual, em face da nova lei. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 10. n. 60, p. 203-208, fev./mar. 2010.

6 Em linhas gerais, as argumentações jurídicas exaradas pelo chefe do Ministério Público Federal em na ADIN 4301 sustentam a existência de violação da dignidade da pessoa humana, do princípio da proibição da proteção deficiente – que nada mais é do que uma das vertentes do princípio da proporcionalidade –, bem como defendem a necessidade de valorização do elemento vida, da integridade física e da saúde, pela grande importância desses bens jurídicos; por fim, levantam que as inovações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009, do ponto de vista prático, gerariam uma possível extinção da punibilidade nos processos em andamento, porque passariam a exigir manifestação da vítima, sob pena de decadência.

que o novo artigo 225, *caput*, do Código Penal, alterado pela Lei n.º 12.015/2009, trata de uma norma mista (híbrida), com forte natureza penal[7], pois, mesmo possuindo conteúdo processual, quando insere uma condição de procedibilidade para a ação penal (Código de Processo Penal (CPP), art. 38), também possui um acentuado conteúdo material, em razão de influenciar diretamente no direito de liberdade do agente, já que ele pode ser beneficiado pelo instituto da decadência, caso não seja apresentada a devida representação pela vítima, o que provocaria a extinção de sua punibilidade (CP, art. 107, IV). Nesse caso, portanto, o princípio de direito intertemporal das leis, que determina que a norma penal não retroage, *salvo para beneficiar o réu*, previsto nos artigos 2.º do Código Penal e 5.º, XL, da Constituição Federal (CF), é aquele aplicável à espécie, solucionando a celeuma ora analisada.

Definida e justificada a natureza híbrida do novo dispositivo 225, *caput*, da Lei n.º 12.015/2009 – de acordo com nosso entendimento – e a sua consequente aplicação retroativa aos fatos ocorridos antes de sua vigência, resta esclarecer, agora, outros aspectos práticos ainda nebulosos. Pergunta-se: de que forma será materializada essa exigência de representação da vítima, que foi erigida em verdadeira "condição de prosseguibilidade" da persecução penal nos crimes de estupro qualificado? E qual o prazo para que a vítima ou os demais legitimados (na falta da vítima) apresentem a devida representação nos inquéritos e processos em tramitação, que antes eram instaurados sem essa "condição de procedibilidade", por tratar-se de ação penal pública incondicionada?

A doutrina mais coerente – segundo nossa opinião – tem-se manifestado no sentido de que a lei mais benéfica ao agente deverá ser aplicada, imediatamente, na etapa em que se encontrar a persecução penal, devendo a representação ser colhida na fase inquisitorial (fase policial) ou dialética (fase processual), desde que antes do trânsito em julgado, pois, nessa última hipótese, a retroatividade de lei mais benéfica seria obstada pela coisa julgada, a qual somente pode ser ultrapassada no caso de lei exclusivamente penal. Corroborando a posição aqui defendida, merecem transcrição as palavras do penalista Rômulo de Andrade, *in verbis*:

> Ressalva-se, apenas, a coisa julgada como limite a tudo quanto foi dito, pois se já houve o trânsito em julgado, não se pode cogitar de retroatividade havendo processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse de lei puramente penal (lex nova que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2.º,

7 Na lição de Carlos Maximiliano: "Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada [...]. O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material" (MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314). Destacam-se, também, as palavras de Capez sobre o tema: "[...] Convém notar que, mesmo no caso de normas que parecem ser processuais e estão previstas na legislação processual, se a conseqüência for a extinção da punibilidade, a sua natureza será penal" (CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 48-49).

parágrafo único do Código Penal[8].

Não se deve olvidar, contudo, que a representação não possui forma definida em lei, podendo manifestar-se até mesmo de maneira verbal, conforme já sedimentado inclusive pela melhor doutrina sobre o tema[9] e pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF)[10], o que leva à conclusão lógica de que poucas situações concretas precisarão da intimação da vítima para apresentá-la, pois essa, ora "condição de prosseguibilidade", já estaria satisfeita na grande maioria dos casos de ações penais por estupro qualificado, em que a vítima ou outro legitimado, normalmente, já manifestou seu interesse na apuração e/ou na punição do agente criminoso.

Em outras palavras, com o mínimo de demonstração de interesse na persecução penal, a exigência de representação estará suprida, como, por exemplo, a deflagração das investigações por registro de ocorrência feito pelo ofendido, o depoimento da vítima em inquérito ou em juízo, narrando o fato e individualizando o autor ou suas características, o termo de comparecimento na promotoria de justiça para registrar o ocorrido, entre outras situações do mesmo jaez.

Para os demais casos em que, por exemplo, a persecução penal foi instaurada a pedido do Ministério Público e a vítima jamais se tenha manifestado por não estar sendo localizada, não restam dúvidas de que haverá necessidade de intimação dessa ofendida (ou dos demais legitimados), ou tentativa de intimação, para que ela apresente sua representação, acaso tenha interesse, sob pena de decadência do direito de punir do Estado. Frise-se, todavia, que a impossibilidade de manifestação da vítima ou dos demais legitimados (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão) em crimes do jaez aqui tratado quase sempre leva à absolvição do autor do fato, por falta de provas, o que não difere muito – pelo prisma da impunidade – do resultado de extinção da punibilidade, por incidência da decadência, possibilitado pela alteração introduzida pela nova Lei n.º 12.015/2009.

Outrossim, em relação ao prazo para que as vítimas ou os demais legitimados (na falta da vítima) ofereçam a devida representação – nas poucas situações necessárias –, entendemos que a melhor solução jurídica será a aplicação analógica do que foi estabelecido no artigo 88 (que tornou obrigatória a representação para os crimes de lesões corporais leves e culposas) e no artigo 91 (que estipulou o prazo de trinta dias para a apresentação da representação nos crimes anteriormente citados), ambos da Lei n.º 9.099/95, pois tais dispositivos disciplinaram caso muito semelhante àquele surgido após

8 MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a Lei n.º 12.015/2009. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13345>. Acesso em: 7 jun. 2010. Nesse mesmo sentido, ver ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, após a Lei n.º 12.015/2009. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 10. n. 60, p. 209-218, fev./mar. 2010.

9 Nesse sentido, ver OLIVEIRA, 2004, p. 111-112.

10 STF. Primeira Turma. HC 93535. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26 de maio de 2008. **DJe**, n. 107, v. 02323-04, p. 00812, 13 jun. 2008: "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REPRESENTAÇÃO. EMBRIAGUEZ DA REPRESENTANTE. ART. 39 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 227, CAPUT, E § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FATOS E PROVAS. VIA ELEITA INAPROPRIADA. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA. I – Os princípios constitucionais constantes do art. 227 da Constituição Federal justificam a desnecessidade de rigor formal para a representação para fins penais, no caso de atentado violento ao pudor. II – O habeas corpus não constitui a via adequada para a apreciação de fatos e provas, no caso, a eventual embriaguez completa da representante da vítima. III – Impetração conhecida em parte, denegando-se a ordem na parte conhecida".

a alteração da Lei n.º 12.015/2009, relativa à ação penal cabível no delito de estupro qualificado. Nesse sentido, manifesta-se Paulo Rangel

> Se há nos autos manifestação de vontade da vítima nesse sentido, suprida estará a representação. Do contrário, não havendo manifestação de vontade da vítima dever-se-á, no prazo decadencial de 30 dias, aplicado analogicamente o art. 91 da Lei 9.099/95, ser chamada a se manifestar. Tal exigência começa a partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09, 10 de agosto de 2009, devendo o Estado intimar a vítima para se manifestar, em 30 dias[11].

O doutor em Direito Aury Celso acompanha igualmente o referido entendimento:

> Pensamos que o melhor caminho é a analogia com o art. 91 da Lei 9099/95, que enfrentou exatamente o mesmo problema da seguinte forma:
> Art. 91 Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência.
> Isso se justifica na medida em que esta representação feita no processo já em curso, por decorrência de alteração legislativa, tem uma natureza diversa, não mais como condição de procedibilidade, mas sim de "prosseguibilidade"[12].

Desse modo, defendemos que a contagem do prazo para a representação terá início a partir da efetiva intimação da vítima ou da comprovação nos autos de que foi empreendida tal diligência sem sucesso, e findará ao final de 30 dias, contados desses marcos, o que é adequado do ponto de vista da proporcionalidade e correto pelo prisma técnico-jurídico, já que a analogia é admitida em matéria[13] de cunho processual penal (CPP, art. 3.º).

Em sentido contrário sustenta Nucci[14], de quem discordamos, afirmando que a vítima poderia apresentar a representação no prazo de até 6 (seis) meses após a entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, de modo que, ao final desse prazo decadencial, previsto no artigo 38 do CPP, seria extinta a punibilidade do autor do fato. Aqui cabe somente pontuar que tal prazo nos parece excessivo, pois a suspensão do processo por período tão longo, apenas para que a vítima se manifestasse, propiciaria um provável constrangimento ilegal, no caso de réu preso, ou, no mínimo, violaria o direito do agente de ser julgado em um prazo razoável (CF, art. 5.º, LXXVIII).

Por derradeiro, não obstante todas as observações acima feitas, destinadas a

---

11 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 304.

12 LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: as inovações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2273, 21 set. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13534>. Acesso em: 11 jun. 2010. Nesse mesmo sentido: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13479>. Acesso em: 11 jun. 2010.

13 Prazo para intimação é matéria processual.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 69.

oferecer meios e fundamentos jurídicos que permitam a aplicação prática das alterações introduzidas pela Lei n.º 12.015/2009, na ação penal pelo crime de estupro qualificado pela lesão corporal ou pela morte da vítima, o certo é que aguardamos e desejamos que o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre a matéria, em definitivo, assim como fez no passado, por meio da Súmula 608[15] ("no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada"), que solucionou celeuma semelhante àquela aqui tratada e garantiu um tratamento proporcional, equânime e justo, resolvendo as lacunas ou os equívocos do Legislador.

Nestes termos, até que o Supremo Tribunal Federal sedimente entendimento sobre a inconstitucionalidade da exigência de representação para os delitos de estupro qualificado ou até que eventual projeto legislativo altere a disciplina legal trazida pela Lei n.º 12.015/2009, é indicado e medida de boa cautela que, para os crimes dessa natureza, que foram cometidos *antes e, principalmente, a partir* do dia 10 de agosto de 2009 (data da entrada em vigor da novel legislação), seja colhida a representação de quem de direito, a fim de evitar eventuais reconhecimentos de decadência, em virtude da variabilidade interpretativa da matéria. Parafraseando Eduardo Luiz Santos Cabete[16],[17]concluímos este estudo, deixando a seguinte mensagem prática: colhendo-se a representação, se o entendimento for de que é realmente necessária, estará satisfeita plenamente a condição de procedibilidade exigida; se o entendimento for de que a ação é pública incondicionada, o colher da representação é um *plus* que em quase nada prejudica o andamento do feito, o que bem se adapta ao que diz o brocardo *quod abundant non nocet*.

15 A nosso ver, essa súmula não mais se aplica nos dias atuais, pois a novel previsão do artigo 225 do CP, trazida pela Lei n.º 12.015/2009, é posterior e especial em relação ao artigo 101 do CP, o qual servia de base para a incidência daquela construção tribunalícia, de modo que – com base no princípio da especialidade e da *lex posterior revogat priori* – não restam dúvidas de que tal entendimento perdeu seu suporte jurídico. Aqui vale esclarecer que o referido artigo 101 do Código Penal dispõe que os tipos penais complexos (formados pela junção de dois delitos distintos), tais como o estupro qualificado (estupro + homicídio ou lesão corporal), seriam de ação pública incondicionada por violarem algum bem jurídico, cujo processamento refoge a disponibilidade da vítima.

16 CABETTE, 2009.

REFÊRENCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, após a Lei n.º 12.015/2009. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 10. n. 60, p. 209-218, fev./mar. 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 13, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13479>. Acesso em: 11 jun. 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: as inovações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 13, n. 2273, 21 set. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13534>. Acesso em: 11 jun. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a Lei n.º 12.015/2009. **Jus Navegandi,** Teresina, ano 13, n. 2239, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13345>. Acesso em: 7 jun. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3. ed., 3. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição e bem jurídico:** a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do CP. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/gsa/busca.php?ie=latin1&oe=latin1&q=Constitui%E7%E3o+e+Bem+Jur%EDdico&ok.x=9&ok.y=8>. Acesso em: 7 jun. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando. Crimes contra a liberdade sexual, em face da nova lei. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal,** v. 10. n. 60, p. 203-208, fev./mar. 2010.

Pareceres

Embarcação típica da Amazônia

PARECER EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - A LIBERDADE DE ESCOLHA DA UNIDADE BANCÁRIA PARA RECEBIMENTO DOS VENCIMENTOS

Carlos Luiz Wolff de Pina*

Protocolo n.º 200800266905
Processo n.º 12/2008
Mandado de segurança
Impetrante: E. B. e outros
Impetrado: município de Silvânia (GO)

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO ajuizado por E. B. e outros em face do MUNICÍPIO DE SILVÂNIA (GO), com espeque no artigo 5.º, LXIX, da Constituição Federal.

Aduziram, em síntese, que são servidores públicos municipais e que a Administração Municipal comunicou que, a partir do mês de janeiro de 2008, somente poderiam receber os vencimentos pelo Banco Itaú (GO); que, além de o Banco Itaú não ser uma instituição bancária oficial, o monopólio instituído pelo Município suprime o direito de escolha dos servidores que alguns dos impetrantes possuem conta-corrente em outros bancos por tempo superior a 20 anos, já possuindo uma relação de confiança com a instituição bancária.

Citaram dispositivos legais e decisões.

Juntaram aos autos os documentos pertinentes.

Às fls. 217/219 houve decisão negando liminarmente a segurança.

Notificado, o município de Silvânia (GO) (autoridade coatora) apresentou informações às fls. 225/228.

Após, os autos vieram com vista ao Ministério Público.

É o breve relatório.

A Constituição Federal prescreve que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas dat*a, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5.º, LXIX).

---

* Promotor de Justiça do Estado de Goiás, integrante do grupo de Repressão ao Crime Organizado (GRC) do Ministério Público de Goiás (MPGO) e membro do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC). Foi Juiz de Direito no Estado do Pará e Delegado de Polícia do Distrito Federal

O jurisconsulto Hely Lopes Meirelles[1] assevera que o mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

De proêmio, insta consignar que o colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Rcl-AgR 3872/DF e o RE 19516/RS, pacificou o entendimento de que o crédito da folha de pagamento dos servidores públicos não constitui disponibilidade de caixa, portanto, não deve ser obrigatoriamente depositado em bancos oficiais.

Por outro prisma, os entes estatais não podem obrigar os servidores públicos a manter relação de consumo com determinado banco privado, como condição para perceber seus vencimentos.

A relação entre o Município e os servidores públicos municipais é estritamente público-institucional, decorrente do vínculo de natureza constitucional mantido por eles. *Grosso modo*, o servidor exerce suas funções legais e, em contrapartida, é remunerado pelo ente estatal.

A relação entre o servidor e a instituição bancária escolhida por ele para crédito dos vencimentos e outros serviços é unicamente pessoal e privada (relação de consumismo), ultrapassando o alcance da administração pública.

A mencionada relação é de caráter consumerista, protegida pela Constituição Federal (art. 5.º, XXXII, e 170, V) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O CDC dispõe, em seu artigo 6.º, que "São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, *asseguradas a liberdade de escolha* e a igualdade nas contratações".

O direito à liberdade de escolha, tônica de qualquer sistema de defesa do consumidor, assegura o respeito à autonomia da vontade, garantindo que o consumidor seja munido de informações adequadas para uma escolha consciente do produto e do serviço.

O servidor, como pessoa física, tem liberdade de optar pelo banco de seu interesse, sem interferência do ente público que o remunera.

O Município impetrado deveria ter dado aos servidores públicos a oportunidade de escolher uma entre as várias instituições bancárias que mantêm agências no município, ou entre outras autorizadas pelo Banco Central. Todavia, o Município vinculou todos os agentes públicos ao Banco Itaú S/A, obrigando-os a manter contas bancárias na citada empresa privada, monopolizando o serviço bancário em relação aos servidores públicos municipais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás julgou, em abril de 2007, liminar em mandado de segurança coletivo impetrado por servidores públicos estaduais contra o Estado de Goiás, tratando da mesma matéria objeto deste tópico. Na oportunidade, o Tribunal concedeu a segurança e desobrigou os servidores de manter conta no Banco Itaú, assegurando-lhes o direito de receber vencimentos em qualquer instituição do sistema financeiro nacional. Segue ementa da brilhante decisão da corte goiana:

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e *habeas data*.**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p.25.

> Mandado de segurança coletivo. Decadência. Inadequação. Não ocorrência. Pagamento de servidor público. Instituição financeira oficial. Desnecessidade. Obrigatoriedade de o servidor contratar a instituição financeira indicada pelo Ente Público ao qual está vinculado. Inexistência. 1 – O ato administrativo que gera lesão ao pagamento dos servidores públicos é de trato sucessivo, de modo que o prazo para impetração de mandado de segurança contra ele se renova a cada mês. 2 – Improcede a alegação de falta de interesse de agir por imprecisão do ato acoimado de coator e necessidade de dilação probatória, quando ato coator está por demais evidenciado, e a documentação coligida aos autos é suficiente para amparar o julgamento do writ. 3 – O pagamento dos servidores públicos não configura "disponibilidade de caixa" de modo que se trata de serviço que pode ser prestado por qualquer instituição financeira, oficial ou não, sem que implique ofensa ao art. 164, § 3.º, da CF. Precedentes do STF. 4 – *A relação jurídica que se estabelece entre o ente público e seus servidores é institucional e regula tão-somente os aspectos atinentes ao serviço público. Já a relação jurídica firmada pelo servidor com as instituições financeiras, mesmo as oficiais, são de natureza pessoal e privada, daí porque não se mostra plausível à administração invadir o âmbito particular do servidor e impor a este, de forma compulsória, a contratação de serviços de quem ela indicar. 5 – Segurança concedida, em parte*, para reconhecer a inexistência de obrigação dos servidores públicos vinculados ao impetrante de abrirem conta corrente ("de depósito") no Banco Itaú S/A para recebimento de seus vencimentos, bem como lhes *assegurar direito de receberem os respectivos créditos, com disponibilidade no mesmo dia, na conta de depósitos de que forem titulares, por sua livre iniciativa, seja no próprio Banco Itaú S/A ou em qualquer outra instituição financeira integrante do Sistema Financeiro Nacional*. Segurança deferida, em parte[2].

No âmbito desse julgamento, é oportuno transcrever trecho do voto do eminente Desembargador João Ubaldo Ferreira, *in verbis*:

> [...] em consulta ao repositório de leis estaduais e federais, não encontrei nenhum dispositivo que autorizasse ao Estado impor a seus servidores, na forma compulsória, a abertura de uma conta corrente normal na instituição financeira contratada para efetuar o pagamento do funcionalismo. [...] conclui-se que não há obrigação legal de o servidor público vinculado ao Poder Executivo estadual, abrir uma conta corrente normal ("de depósito") no Banco Itaú S/A como condição para receber seus vencimentos/subsídios. O que se pode depreender dos textos normativos consultados é que, para receber seus vencimentos, o servidor deve ter, junto à instituição financeira contratada pelo ente público, tão-somente uma conta-salário, sendo que a decisão de abrir uma conta corrente normal ("de depósito") na referida instituição deve ser feita por livre escola do funcionário. Não poderia ser diferente. A relação jurídica que se estabelece entre o ente público e seus servidores é institucional e regula tão-somente os aspectos inerentes ao serviço público. Já a relação jurídica firmada pelo servidor com as

2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. Órgão Especial. Mandado de Segurança Coletivo n.º 234-3/205 (200600953550). Rel. Des. João Ubaldo Ferreira. Julgamento em 25 de abril de 2007. **DJ** n. 15026, 22 jun. 2007, grifos nossos.

> instituições financeiras, mesmo as oficiais, são de natureza pessoal e privada, daí por que não se mostra plausível à Administração invadir o âmbito particular do servidor e impor a este, de forma compulsória, a contratação dos serviços de quem ela indicar. [...] *Em resumo, ante a falta de previsão legal, o servidor público estadual vinculado ao impetrante não está obrigado a abrir conta corrente normal ("de depósito") no Banco Itaú S/A como condição para recebimento de seus vencimentos.*

Noutro ponto, não merece prosperar eventual alegação de permissão da vinculação da folha de pagamento, em razão das Resoluções n.º 2718/00 e n.º 3402/06 do Banco Central do Brasil, versando sobre conta salário. Tais resoluções facultam ao servidor público o crédito dos vencimentos em contas salários ou contas-correntes; estas poderão ser abertas em qualquer instituição financeira.

Em resumo, o Ministério Público entende que a folha de pagamento de servidores públicos não constitui serviço público e não pode ser objeto de licitação. O servidor tem o direito, como consumidor, de escolher a instituição bancária que pretende utilizar para perceber seus vencimentos, sem interferência do Município. Nesse diapasão:

> (TJMG-077565) SERVIDOR PÚBLICO – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA PARA FINS DE RECEBIMENTO DE PROVENTOS – PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS – LEI ESTADUAL N.º 13.722/00 PREVALECE SOBRE TERMO DE CONVÊNIO – CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.
> *O Termo de Convênio, definindo o Banco do Brasil S/A como agente exclusivo para o gerenciamento da folha de pagamento dos servidores da ativa e inativos, não pode afastar a possibilidade de opção pelo servidor por receber seus pagamentos em outra instituição bancária* [...][3]

Assim, o Município impetrado abusou de seu poder, ao intervir na esfera privada dos servidores públicos municipais, em afronta à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor, favorecendo a formação de um monopólio em favor do Banco Itaú e prejudicando a livre concorrência e a liberdade de escolha do consumidor.

Para encerrar qualquer dúvida, não se pode deixar de transcrever nesta peça trechos do voto do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, ao apreciar a matéria no Agravo Regimental na Reclamação 3872-6/DF, julgado em 14 de dezembro de 2005. Das notas taquigráficas constantes do *site* www.stf.gov.br, extraem-se a seguintes opiniões do senhor ministro durante a sessão do Pleno:

> É certo, fora de dúvida, que a administração e custódia dos títulos públicos federais adquiridos pelo Estado não pode ser contratada sem licitação. Não há dúvida quanto a isso. Prevalece, neste ponto, o princípio republicano como há muitos anos professa o Desembargador José Fernandes; quer dizer: não é necessário que a lei imponha o dever de licitar. Na República, impõe-se a licitação. *Quanto à prestação de serviço de pagamento a fornecedores do Estado e da remuneração dos servidores*

3 TJMG. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível/Reexame Necessário n.º 1.0024.04.521759-3/003. Rel. Eduardo Andrade. Julgamento em 25 de abril de 2006, unânime. **DJ**, 19 maio 2006, grifo nosso.

> *do Estado, não poderia ser contratada entre o Estado e o banco. E isso porque o beneficiário da prestação desses serviços não é o Estado; quem dele desfruta são os credores, os fornecedores e os servidores do Estado. Assim, o que o Estado efetivamente pretende é criar uma clientela cativa em benefício do banco.* Em rigor, não poderia alienar carteira de clientes que não lhe pertence, até porque a cria à custa de indevida imposição aos credores. [...] Embora tenha convicção de que há uma burla ao princípio da licitação e que não se pode vender o que não se tem – isso é estelionato, 171 –, vou pedir vista[4].

Já no voto vista, lido pelo Ministro no Tribunal Pleno, lê-se:

> *Quanto à prestação de serviços de pagamentos a fornecedores do Estado e da remuneração dos servidores do Estado, em rigor não poderia ser contratada entre o Estado e o banco, eis que o beneficiário da prestação desses serviços não é o Estado. Quem deles desfruta são os credores, os fornecedores e os servidores do Estado. A relação jurídica considerada quando se faz referência a pagamentos a fornecedores do Estado e da remuneração dos servidores do Estado é travada entre a instituição financeira e seus clientes, os credores aos quais serão feitos os pagamentos.* [...] Sendo assim, dou provimento ao agravo regimental, não deixando, contudo, de registrar que, embora a decisão do Supremo no julgamento da ADI 3.578-9/DF não tenha sido afrontada, a contratação do BEC pelo Estado do Ceará sem prévia licitação importa franca violação dos preceitos veiculados pelos artigos 5.º, caput, e 170, IV, da Constituição do Brasil[5].

Posto isso, o MINISTÉRIO PÚBLICO é favorável ao DEFERIMENTO do *writ*.

Silvânia (GO), 10 de março de 2009.

Carlos Luiz Wolff de Pina
Promotor de Justiça

4 Grifo nosso.
5 Grifo nosso.

PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

JANAINA ANDRADE DE SOUSA*

Processo: 2008.2.004446-6
Indiciado: J. S. C.

Tratam os presentes autos de procedimento inquisitorial instaurado por auto de prisão em flagrante com base no registro de que J. S. C. teria sido surpreendido no Supermercado Beira Rio, estabelecido na Av. Tapajós, 897, nesta cidade de Santarém, tentando furtar 1 (um) alicate para cutículas e 4 (quatro) *kits* com lâminas descartáveis para alicate de cutículas.

Foram ouvidos o condutor (fl. 04), testemunhas (informantes), representantes do estabelecimento comercial (fls. 05/06), tendo sido o indiciado interrogado perante a autoridade policial (fl. 07).

À fl. 16, foi carreado aos autos o termo de entrega da *res furtiva* ao representante da vítima.

Com a comunicação da prisão em flagrante à autoridade judiciária de plantão, foi arbitrada fiança no valor de R$ 830,00 (oitocentos e trinta reais).

Ainda no curso do inquérito policial, em razão de realização de mutirão carcerário, tendo esta representante ministerial constatado o não pagamento da fiança, na condição de fiscal da Lei, pleiteou a concessão de liberdade provisória sem fiança ao réu, o que foi deferido por este douto Juízo.

Relatados, os autos subiram a este Juízo, sendo encaminhados ao Ministério Público para os ulteriores de direito.

É o relatório.

O conjunto probatório destes autos inquisitoriais demonstra que J. S. C. foi indiciado pela prática da conduta típica descrita no artigo 155, *caput*, do Código Penal.

O indiciado, em seu interrogatório policial (fl. 07), confessou o delito em comento, narrando que "[...] pretendia vender os objetos, para adquirir dinheiro para com este comprar um frango para levar para sua casa e alimentar-se [...]".

A lei penal – inspirada em modelos clássicos – atina para a tipicidade de uma determinada conduta, desde que a descrição objetiva de tal conduta se adeque perfeitamente à narração contida no dispositivo legal incriminador.

O conceito de tipo – no mundo da ciência criminal – surgiu no início do século (1906), quando preponderava a objetividade, pois só se concebia a exteriorização da conduta – o que em alemão é designado pelo termo *Tatbestand* (hipótese de fato), que vem do latim *facti species* (figura de fato), expressão que foi traduzida por doutos penalistas de outrora para o português na palavra "tipo".

* Promotora de Justiça em exercício cumulativo na 5.ª Promotoria de Justiça Criminal e no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Santarém

Ocorre que, nos idos da década de 30, Welzel iniciou um aperfeiçoamento do conceito de "tipo", que incluiria um aspecto objetivo e outro subjetivo, numa composição tripartida: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

A tipicidade, entretanto, não podia mais ser encarada unicamente na mera individualização que a legislação fazia de determinada conduta – à vista dos elementos descritivos e valorativos existentes no tipo penal.

Criou-se, então, a teoria da tipicidade conglobante, que, no dizer da doutrina, seria antinormativa, ou seja, exigiria a comprovação de que a conduta legalmente típica seria também proibida pela norma, chegando-se à conclusão de que a tipicidade penal seria a reunião lógica da tipicidade legal e material, que levaria ao tipo conglobado.

Assim, existindo elementos que demonstrem que a conduta perpetrada por alguém não possui relevância no mundo penal, ter-se-ia a configuração de uma atipicidade conglobante, muito diferente dos casos de justificação existente na norma penal – dispositivos legais permissivos que anulam a antijuridicidade do ato típico, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade.

A doutrina leciona:

> É precisamente esta a mais importante diferença entre a tipicidade conglobante e a justificação: a atipicidade conglobante não surge em função de permissões que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de mandatos ou fomentos normativos ou de INDIFERENÇA (POR INSIGNIFICÂNCIA) da lei penal. A ordem jurídica resigna-se a que um sujeito se apodere de uma jóia valiosa pertencente a seu vizinho e que a venda para custear o tratamento de um filho gravemente enfermo, ao qual não tem condições de pagar licitamente, mas ordena ao oficial de justiça que seqüestre o quadro e lhe impõe uma pena se não o faz, fomenta as artes plásticas, enquanto se mantém indiferente à subtração de uma folha de papel rabiscada[1].

Tais colocações – à guisa de reflexão – indicam que, no caso em tela, em virtude da pequenez da *res furtiva* – um alicate de cutículas e *kits* de lâminas de alicate –, é possível considerar o fato como penalmente insignificante e, consequentemente, excluí-lo efetivamente da tipicidade penal.

A distribuição da Justiça – no modelo penal de intervenção mínima – não mais pode vincular-se à mera satisfação da adequação fria da conduta à descrição gramatical da norma penal incriminadora.

Há, no mister do julgador, a necessidade – cada vez mais acentuada – de analisar o desvalor da conduta e sua (ir)relevância no mundo concreto, permitindo-se que haja um divórcio feliz ao apego ao formalismo exacerbado, aplicando-se a lei com a flexibilização que a própria sociedade clama.

O modelo penal de intervenção mínima caminha, pois, para a análise minuciosa de certas condutas que, sendo irrelevantes para a sociedade – tanto pelo seu resultado como pelo seu próprio desvalor –, deveriam ser tuteladas por outros ramos jurídicos, tais

1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1997, p. 463.

como o Direito Civil, em caso de dano indenizável.

A tão decantada incriminação – segundo a visão supraexplanada – deve ser conduzida pela comprovação de que somente se justifica quando há agressão a bens tidos como relevantes pela sociedade, afastando-se de condutas que – irrefutavelmente ilícitas – são, na verdade, insignificantes para a ordem da comunidade respectiva.

Leciona a doutrina sobre o moderno Direito Penal:

> [...] requer exame rigoroso dos casos em que convém impor penal (criminalização), bem como dos que demonstram a necessidade de exclusão da sanção penal (descriminalização), modificação ou atenuação da reprimenda existente[2].
>
> [...] o princípio da insignificância seria um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal [...][3].

Analisando-se detidamente os presentes autos, verifica-se que ao indiciado foi imputado o furto de 1 (um) alicate para cutículas e de 4 (quatro) *kits* com lâminas descartáveis para alicate de cutículas, tendo sido os objetos encontrados na posse do indiciado e, imediatamente, devolvidos ao seu proprietário – a vítima –, que teve seu prejuízo finalizado.

Insta destacar que a *res furtiva* convertida em pecúnia resultaria, aproximadamente, em R$ 20,00 (vinte reais), quantia pequena diante da movimentação da máquina judiciária e ministerial para avaliá-la, principalmente na marcha de eventual processo penal.

A realidade dos dias atuais – impera a criminalidade violenta em razão de uma miserável (falta de) distribuição de renda, poucos sendo aquinhoados com muito, morrendo muitos com tão pouco – apresenta-nos como estrelas do fatídico "show da vida" a fome, a miséria, a violência, a impaciência, a destruição e a desgraça.

Nesse diapasão, esse panorama da realidade brasileira, no caminhar do terceiro milênio, leva a uma profunda reflexão sobre o papel da legislação penal e, inclusive, do Ministério Público.

É relevante a conduta de J. S. C., tecnicamente primário (fl. 28), diante da comunidade silvaniense, em furtar 1 (um) alicate para cutículas e 4 (quatro) *kits* com lâminas descartáveis para alicate de cutículas, sendo ele, como milhões de brasileiros, "latino-americano, sem dinheiro no bolso, sem amigos importantes"?

Não se trata de ação de "adivinhação" dos motivos ou das razões que conduziram o indiciado a praticar tal ato censurável; trata-se antes de refletir sobre o real sentido de justiça penal.

A conduta do indiciado, ressalta-se, é totalmente censurável, no âmbito moral, mas é clara a sua irrelevância penal diante da inexistência de reflexos maiores, *in casu*, o que leva à refutação de uma mera análise gramatical e praticamente matemática da ade-

2 VICO MAÑAS, Carlos. **Princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24.

3 VICO MAÑAS, Carlos. **Princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

quação de sua conduta à letra fria do dispositivo legal incriminador já citado acima.

Não se vê, salvo melhor juízo, periculosidade no indiciado. Ademais, os objetos foram devolvidos ao proprietário, satisfazendo-se, pois, plenamente o sentido de Justiça de que esta comunidade necessita, ressaltando-se, ainda, que a prisão do indiciado, a respectiva permanência no cárcere e todo o procedimento investigativo perante a autoridade policial servem-lhe, até esta oportunidade, como punição moral diante da população desta cidade.

Há sim, data vênia, nestes autos, a presença de um delito com *nuances* claras de bagatela, dada sua insignificância diante de sua irrelevância para o mundo do Direito Penal.

À guisa de complementação acerca do tema – o princípio da insignificância –, trago à colação os seguintes julgados:

> Apelação Criminal. Furto. Pequeno valor. Procedência. Réu que furta líquido de uma garrafa de refrigerante, reconhecimento em seu favor do princípio da insignificância. Absolvição decreta[4].

> RHC – Constitucional – Penal – Princípio da Insignificância – Habeas Corpus de ofício – O habeas corpus, por seu procedimento, não comporta investigação probatória. O fato deve projetar-se isento de dúvida, concede-se, todavia, habeas corpus de ofício, caracterizada a pequenez do valor do furto. Princípio da Insignificância. O delito (materialmente examinado) evidência resultado significativo, deixa de sê-lo quando o evento é irrelevante. Não obstante conclusão doutrinária diversa, afirmando repercutir na culpabilidade, prefiro tratar a matéria como excludente da tipicidade, ou seja, o fato não se subsume na descrição legal[5].

> Habeas Corpus – Princípio da Insignificância – Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal – Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material – Delito de furto – Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade – "Res furtiva" no valor de R$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor) – Doutrina – Considerações em torno da jurisprudência do STF – Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal.

> O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema

4 Ap. Crim. n.º 13958-9, de Uruana. Rel. Des. João Batista de Faria Filho. Ac. de 1.º de dezembro de 1994.

5 STJ. RHC 04311, do Rio de Janeiro. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento em 13 de março de 1995. **DJU**, 19 jun. 1995, p. 18751.

> penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR".
>
> O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social[6].

Resta clara, pois, a tendência moderna da busca da real Justiça, não se olvidando obviamente a retribuição adequada ao homem que delinque, mas evitando-se o gasto com matérias irrelevantes e já resolvidas no próprio seio da comunidade.

Ressente-se, no presente caso, o *Parquet* de interesse em agir, pela ausência manifesta de justa causa a embasar eventual peça acusatória, condição *sine qua non* para a propositura da ação penal.

Por outro lado, com a devida vênia dos que discordam de tal posição no tocante à insignificância, verifica-se, também, a ausência de tipicidade revelada no desvalor da conduta imputada ao indiciado J. S. C..

Leciona a doutrina:

> O fato deve ser típico, isto é, deve estar inserto na norma penal, caso contrário o pedido não tem possibilidade jurídica de ser atendido; não se pode pedir a instauração da ação penal se não há interesse na punição, caso em que o Ministério Público requererá o arquivamento do inquérito porque, se propuser a ação, o juiz deverá rejeitar a denúncia, por faltar ao postulante legítimo interesse de agir [...] *omissis* [...]. Uma ação pode apresentar possibilidade jurídica de pedido enquadrando-se o fato ao tipo penal, mas pode não ser adequada à situação concreta que é deduzida na postulação, faltando, *in casu*, legítimo interesse para a propositura da ação penal. Não há interesse de agir se a pretensão do autor não for adequada, se o pedido for inidôneo a provocar a atuação jurisdicional. Onde não há interesse não há ação [...][7].

Entendendo, *data venia*, o fato como atípico – seja pela insignificância, seja pelo desvalor da conduta –, o que faz desaparecer o interesse de agir, o arquivamento dos autos na forma da lei é medida que se impõe.

Destarte, o Ministério Público, com base nos argumentos acima expendidos,

---

6 STF. Segunda Turma. HC 84412 SP. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 18 de outubro de 2004. **DJ**, 19 nov. 2004, p. 00037.

7 RIBEIRO, José do Espírito Santo Domingues. **A denúncia e suas nulidades**. São Paulo: Aide, 1992, p. 38-39.

não vislumbrando outras providências a serem tomadas neste momento, vem requerer a Vossa Excelência o ARQUIVAMENTO, com as cautelas do artigo 18 do Código de Processo Penal.

Santarém, PA, 11 de novembro de 2009.

Janaina Andrade de Sousa
Promotora de Justiça

Entrevista

Vitória-régia (Museu Emílio Goeldi)

Professor Inocêncio Mártires Coelho

O papel do Ministério Público hodierno, as implicações da criação do Conselho Nacional do Ministério Público para a vida do *Parquet*, a necessidade de uma nova revisão ou reforma das atribuições da instituição ministerial após mais de vinte anos da promulgação da CF/88, são alguns dos pontos abordados na entrevista desta edição com o professor Inocêncio Mártires Coelho.

Além de questões específicas relativas ao Ministério Público brasileiro, o entrevistado fala sobre mudanças na composição do Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de sua transformação em uma Corte Constitucional. Discute, ainda, a utilização da hermenêutica em temas polêmicos como aborto, cotas, transgênicos, anistia, união homossexual, ficha limpa, (in)fidelidade partidária, entre outros.

Radicado em Brasília há vários anos, o professor Inocêncio Coelho é paraense e exerceu cargos de natureza administrativa e jurídica no governo federal. Foi Secretário Executivo do Ministério da Justiça e Procurador-Geral da República. Além disso, em sua vida acadêmica lecionou na Universidade de Brasília e na Universidade Federal do Pará. Atualmente, é diretor do Instituto Brasiliense de Direito Público, do qual também é fundador. Ao longo de sua carreira, sempre conciliou a prática com o saber acadêmico.

1) PROFESSOR, HÁ ALGUMA DIFERENÇA ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO (MP) DA ÉPOCA EM QUE O SENHOR FOI PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (PGR) E O DE HOJE?

R – Sim, existe uma nítida diferença. O MP do tempo em que eu fui PGR, conquanto, por sua própria natureza, já fosse uma instituição respeitável e respeitada, ainda era um braço do Executivo, tanto assim que exercia as funções de representação judicial da União, que hoje pertencem à Advocacia-Geral da União (AGU).

Por Edyr Falcão e Júlio César Sousa Costa

2) COMO O SENHOR VÊ A ATUAÇÃO DO MP NA ATUALIDADE?

R – Graças ao seu novo perfil constitucional, é de se dizer que, sob a atual Carta Política, o MP adquiriu *status* de verdadeiro poder do Estado, não podendo ser obrigado, nem sequer contingenciado, a fazer o que não considere constitucionalmente adequado. A simples leitura do que a Constituição Federal (CF) diz sobre as funções desse novo MP dispensa maiores considerações.

3) QUANTO AO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP), ERA NECESSÁRIA SUA CRIAÇÃO? PARECE QUE A SUA INSTITUIÇÃO IMPLICA RECONHECER FALHAS NO ÓRGÃO QUE GANHOU ATRIBUIÇÃO PARA FISCALIZAR OS DEMAIS.

R – Não, a criação do CNMP não pode nem deve ser vista sob essa acanhada e distorcida perspectiva correcional. Num autêntico Estado de Direito, ninguém – instituição, órgão ou pessoa – é soberano, nem mesmo a Constituição, cuja existência, em última análise, depende do povo, este, sim, titular da soberania, que exerce diretamente ou por intermédio de representantes eleitos. O CNMP é uma criatura constitucional concebida para cuidar de outra criatura constitucional – o MP –, ajudando-a nas suas tarefas e procurando reconduzi-la aos trilhos constitucionais, se e quando – o que sempre é possível, conquanto indesejável – a instituição ou seus membros, por qualquer motivo, estejam "perdendo o rumo".

4) AS MUDANÇAS NAS ATRIBUIÇÕES DO MP DECORRENTES DA ATUAL CF FORAM BENÉFICAS OU APENAS SOBRECARREGARAM O MP? APÓS MAIS DE VINTE ANOS SERIA NECESSÁRIO UM AJUSTE?

R – Não, pelo contrário. São exatamente essas novas atribuições constitucionais que têm permitido ao MP estar tornando-se essa grande instituição, que todos admiram. Digo *tornando-se* porque, em razão da *abertura* dos seus preceitos constitucionais, das suas normas-princípios, quase não há limites para essa autocriação ou recriação do MP, a partir de si mesmo. Nesse sentido, eu diria que o MP será sempre um "experimento em marcha", algo que *vai sendo*, enfim, um ser *devindo,* em permanente reconfiguração.

5) A PRÓPRIA CF/88 DEMANDARIA HOJE UMA REFORMA OU REVISÃO? FOI SATISFATÓRIA A REVISÃO OCORRIDA EM 1994 COM APENAS SEIS EMENDAS APROVADAS?

R – As constituições – como todas as coisas vivas – estão sujeitas ao *panta rhei* da eterna transformação. Nesse sentido, a CF de 1988, porque é filha do seu tempo, por isso mesmo deve abrir-se ao tempo, para "sofrer" as mutações normativas que se fizerem necessárias. Noutras palavras, ela precisará deixar-se atualizar – por meio de reformas textuais ou, simplesmente, por novas leituras do seu fraseado original –, porque já virou

pretérito perfeito aquilo que foi o *presente do indicativo* da sua promulgação. Caso contrário, perderá a sua *força normativa,* deixando de ordenar as relações sociais, o que significa dizer que ela já não será *constitutiva* de coisa alguma.

6) O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), POR EXEMPLO, ESTÁ CONSENTÂNEO COM A NOSSA REALIDADE POLÍTICO-INSTITUCIONAL? NÃO SERIA MELHOR TRANSFORMÁ-LO, COMO JÁ FOI COGITADO, EM UMA CORTE CONSTITUCIONAL?

R – Pessoalmente, eu sempre comunguei dessa idéia, de se transformar o STF em tribunal exclusivamente *constitucional,* como as cortes constitucionais da Alemanha, da Espanha, da Itália e de Portugal, por exemplo, com a vantagem adicional – em verdade, um ganho substantivo – da temporariedade dos mandatos dos seus membros e da diversificação das instâncias de indicação desses superjuízes. Como todas as cortes constitucionais, que estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes do Estado, no dizer de Cappelletti, a remodelação do STF tornaria nítida essa sua natureza extraordinária e igualmente nítida a sua importância como mediador dos conflitos entre os órgãos e poderes estatais.

7) O QUE O SENHOR ACHA DAS EMENDAS QUE PROPÕEM ALTERAR O MODO DE COMPOSIÇÃO DO STF? O MODELO DE OUTROS PAÍSES, INCLUSIVE LATINO-AMERICANOS QUE SÃO MAIS PRÓXIMOS DA NOSSA REALIDADE, NÃO NOS PODE SERVIR DE EXEMPLO? O SENHOR PODERIA CITAR ALGUNS?

R – Na resposta anterior, já veiculei o meu ponto de vista: seria bom repensarmos e reformularmos o nosso formato de jurisdição constitucional, trabalhando sobre outros modelos externos, mas adaptando-os à nossa realidade, para não cairmos na esparrela de comprar uma *roupa feita* e só depois descobrirmos que ela não nos veste bem, seja por falta de pano, seja por excesso de tecido... Numa palavra, inspirar-nos noutras experiências, sim, mas só transplantá-las para o nosso país depois de submetê-las a uma cuidadosa *redução sociológica.*

8) O SENHOR ACHA QUE O STF DEVE SER, DE FATO, MAIS ATIVO, NA DEFINIÇÃO DE TEMAS COMO ABORTO, COTAS, TRANSGÊNICOS, ANISTIA, UNIÃO HOMOSSEXUAL, FICHA LIMPA, (IN)FIDELIDADE PARTIDÁRIA ETC.? SERIA ESSE REALMENTE O PAPEL DO ÓRGÃO DE CÚPULA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO?

R – Sim. Pela própria natureza irradiante das suas decisões, é mais do que necessário, é imperioso, mesmo, que o órgão de cúpula da nossa jurisdição constitucional, diante de evidente inércia legislativa, traduza com toda a clareza o que diz a Constituição sobre

esses temas, que são de relevantíssimo interesse social. Se a própria Carta Política instituiu o STF e ordenou-lhe *guardá-la* e se guardar a Constituição é mantê-la viva, então a Corte não pode furtar-se ao cumprimento desse dever pelo simples receio de parecer *ativista,* no sentido – negativo – em que ativismo é sinônimo de mau comportamento institucional.

9) O SENHOR ACREDITA NA POSSIBILIDADE DE UMA "HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL"? A HERMENÊUTICA NÃO SERIA UMA SÓ, TANTO PARA AS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS QUANTO PARA AS NORMAS JURÍDICAS EM GERAL? E QUE PAPEL CABERIA A ESSA HERMENÊUTICA A RESPEITO DE TEMAS TÃO CONTROVERTIDOS (COMO OS MENCIONADOS NA QUESTÃO ANTERIOR)?

R – Acredito não apenas na possibilidade, mas, principalmente, na necessidade da hermenêutica constitucional. Se toda atividade hermenêutica impõe-se e tem início quando a comunicação direta se frustrou ou já não está ao alcance da mão, e se os textos constitucionais, por sua extrema abertura semântica, não nos permitem uma instantânea compreensão da mensagem que veiculam, então parece óbvio que alguma interpretação se faça necessária para uma primeira aproximação do leitor com o palavreado constitucional. Primeiro a gente lê e, só depois, dizemos – para nós mesmos e para os outros – aquilo que nós achamos que o texto nos diz. Interpretar um texto, qualquer texto, portanto, é refraseá-lo, é substituir as palavras do seu autor pelas palavras do seu leitor. Toda leitura já é interpretação.

10) NA SUA AVALIAÇÃO, A POPULAÇÃO BRASILEIRA COMPREENDE A FUNÇÃO DO STF? MAIS QUE ISSO, ELA ENTENDERIA O QUE DIZ O STF EM SEUS JULGADOS? CASO NEGATIVO, COMO SERIA POSSÍVEL FACILITAR OU MELHORAR ESSA COMPREENSÃO?

R – Lê-se nalguns autores – *e.g.* em Larenz e Gadamer – que, sendo o direito uma coisa que interessa a todos, a linguagem jurídica não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral; que aquele que fala uma linguagem que mais ninguém fala, a rigor, não fala; e que, afinal, uma palavra que não chega a outro é uma palavra morta. A essa luz, temo que o discurso judicial, em geral, e não apenas o discurso do STF, muitas vezes não chegue à sociedade, que morra pelo caminho ou no próprio recinto em que é pronunciado. O remédio – quanta pretensão em dizer isso a pessoas tão ilustres – seria o autopoliciamento dos próprios magistrados, para simplificar a sua linguagem, esotérica a mais não poder, e dotá-la daquela compreensibilidade mínima, sem a qual ficará obstruída a comunicação entre o Judiciário e a Sociedade, e comprometida a legitimidade da função judicante. Afinal, como adverte Wittgenstein, "o que é de todo exprimível, é exprimível claramente; e aquilo de que não se pode falar, guarda-se em silêncio".

11) UMA MENSAGEM AO PARÁ, SEU ESTADO NATAL.

R – Eu adoro ter nascido, crescido e me desenvolvido intelectualmente no Pará, cuja mais forte lembrança é o meu velho colégio "Paes de Carvalho" (CEPC), estampado na área de trabalho do meu computador e na minha sala de estudos, no Instituto Brasiliense de Direito Público, em Brasília. Inspirando-me em nosso poeta maior, mas sem o travo da sua itabirana confidência, eu diria que para mim o CEPC não é uma simples fotografia na parede, antes é um misto de saudade e gratidão, transfundido nessas imagens.

Sugestões de Leitura

Mangal das Garças

SUGESTÕES DE LEITURA*

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009. 336 p.
Pressupostos históricos do constitucionalismo: bases da jurisdição constitucional e do juízo de ponderação - O debate teórico: constitucionalismo e democracia e os críticos do juízo de ponderação - Em favor da ponderação - A ponderação e o tema da existência de uma única resposta correta aprofundando o entendimento do juízo de ponderação - Ponderação: participação e fundamentação.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas:** Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. 310 p.
O conceito de política pública em direito Maria Paula Dallari Bucci - Dimensão jurídica das políticas públicas Patrícia Massa-Arzabe - Políticas públicas Alcindo Gonçalves - Política constitucional Cláudio Couto - Política pública Cristiane Derani - Planejamento e políticas públicas Gilberto Bercovici - A participação da sociedade Marcos Perez - Políticas públicas Carlos de Salles - A Organização das Nações Unidas e as políticas públicas / Gilberto Rodrigues - Políticas públicas / Fernando Aith - Políticas de Estado / Sueli Dallari - Direito público / Clarice Seixas - Política urbana / Renato Cymbalista - Coordenação da ação pública / Maria Luiza Granziera.

DIAS, Daniella dos Santos. **Democracia Urbana:** É possível coadunar desenvolvimento sustentável e práticas democráticas nos espaços urbanos no Brasil? Belém: Juruá, 2010. 426 p.
"A presente obra põe em evidência que, em toda parte, Estado nacional de Direito é obrigado a responder adequadamente aos desafios postos pela exclusão social e pela degradação do meio ambiente, problemas agravados pelo fenômeno da Globalização, o que envolve também a adaptação das instituições tradicionais de democracia liberal. O lugar ideal para o florescimento de novos modelos e instrumentos de participação política do cidadão é o espaço urbano, onde colidem interesses socioeconômicos, culturais e ambientais com toda força."
(http://www.jurua.com.br/shop_item.asp?id=21480)

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis (Coord.); PROENÇA, José Marcelo Martins (Coord.). **Direito societário:** Tipos societários. São Paulo: Saraiva, 2009. 326 p. (Série GVlaw).
Análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial Newton De Lucca, Alessandra de Azevedo Domingues- Sociedade simples Manoel de Queiroz Pereira Calças - Sociedade em conta de participação Maria Eugênia Reis Finkelstein - Deliberação nas sociedades limitadas Armando Luiz Rovai - A exclusão de sócio nas sociedades limitadas José Marcelo Martins Proença- O uso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da administração pública Márcio Tadeu Guimarães Nunes-

* Com colaboração da biblioteca do Ministério Público do Estado do Pará

Acordo de quotistas Larissa Teixeira - Sociedades de responsabilidade limitada María del Pilar Galeote Muñoz - Contrato social Caio Julius Bolina.

HENRIQUES, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico.** São Paulo: Atlas, 2008. 192 p. Inclui Glossário (Termos relacionados à retórica).
"Na análise dos inúmeros e multifacetados problemas que se nos deparam no correr dos tempos, ninguém permanece neutro, mesmo porque o discurso neutro é uma utopia. Toda e qualquer forma de discurso é argumentativa, uma vez que a argumentação se encontra subjacente nas manifestações da própria língua. Em sendo argumentativa, toda e qualquer forma de discurso é, por conseqüência, retórica, isto é, compromissada. Uma vez aceito que todo discurso é compromissado, o discurso jurídico o é com maior razão, uma vez que o Direito foi criado pela sociedade e para a sociedade. Esta é a razão de ser do Direito. Daí decorre a obrigação do Direito em se espelhar na sociedade, para responder devidamente aos problemas que a envolvem. A tônica do presente trabalho é procurar mostrar a estreita correlação entre a argumentação (Retórica) e o Direito. Por este motivo, a obra se direciona diretamente aos estudiosos do discurso jurídico e, por certo, a todos os que se dedicam ao estudo da argumentação, ou seja, da Retórica."
(http://www.atlasnet.com.br/Atlas/webapp/detalhes_produto.aspx?prd_des_ean13=9788522451388)

MARTINS-COSTA, Judith (Org.); MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. 446 p.
Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica Vicente de Paulo Barretto - Esperança e responsabilidade os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência Letícia Ludwig Möller - Bioética e complexidade José Roberto Goldim - "Liberdade" e "dignidade" da pessoa dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? Roberto Andorno - Clonagem uma questão de responsabilidade María Casado - A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade Cristiane Avancini Alves - O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na perspectiva do direito comparado Giorgio Resta - Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos efeitos do consentimento livre e esclarecido Heloisa Helena Barboza - Uma abordagem jurídica e bioética sobre as patentes envolvendo células-tronco humanas Márcia Santana Fernandes- Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas : notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética / Judith Martins-Costa - De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade / Francesco Donato Busnelli - Perícias genéticas, paternidade e responsabilidade pela procriação / Elena de Carvalho Gomes - Diagnóstico pré-implantatório e responsabilidade civil à luz dos direitos fundamentais / Débora Gozzo - A terminalidade da vida / José de Oliveira Ascensão.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade:** Teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010. 556 p.

Coletânea de autores resultado da participação no VII Congresso Brasileiro de Direito de Família, Minas Gerais, 2009.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras:** A proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Núria Frabris, 2010. 256 p.
"A Convenção de 1951 sobre Refugiados apresenta um elenco fechado de situações passíveis do reconhecimento de refugiado. Dentre essas hipóteses não se encontram aqueles que, diante de distúrbio ambiental grave, são obrigados a deixar seu lugar original de habitação. São milhões de pessoas que, por não se enquadrarem na definição tradicional de refugiado, permanecem com um déficit de proteção dos seus direitos fundamentais. A angústia dos refugiados ambientais clama por uma urgente tutela nacional e internacional, diante das condições degradantes em que vivem esses seres humanos e pela falta de regulamentação eficiente que favoreça uma solução adequada dessa delicada questão que se encontra na pauta dos problemas globais. A presente obra realiza uma incursão nesse árido território, procurando estabelecer marcos que permitam uma abordagem nova da matéria dos refugiados, inserindo-a na agenda política das i nações e buscando alternativas de enfrentamento prático desse verdadeiro drama humano."
(http://www.livrariafabris.com.br/site/produtoDetalhe.asp?idProduto=3968)

ROCHA, Léa Cristina Mouzinho da. **Direito penal, condições sociais adversas e exculpação.** Porto Alegre: Núria Frabris, 2010. 134 p.
"A exculpação por condições sociais adversas é tema dos mais complexos dentro e fora da seara jurídica. Em meio à situação sócio-econômica vivenciada por países periféricos como o Brasil, onde a esmagadora maioria da população é composta por pessoas do mais baixo segmento social, falar de exclusão da culpabilidade em razão de condições sociais adversas é, por assim dizer, gerar indagações e discussões fervorosas. No entanto, apesar da complexidade da temática, em um Estado que se define como Democrático de Direito e que aponta como seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e a cidadania e, como seus objetivos, a diminuição das desigualdades e a erradicação da pobreza, há que se fazer a análise, no caso concreto, de todas as circunstâncias que envolvem o evento típico e ilícito, bem como as condições pessoais do agente, a fim de se definir se dele era exigível outro comportamento naquele momento histórico. A presente obra traz o enfrentamento das questões relativas ao Estado Democrático de Direito, perpassando pela abordagem de como deve ser o Direito Penal nesse Estado para, ao final, imbricar-se na causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta conforme a norma, em razão de condições sociais adversas geradoras de conflito de deveres."
(http://www.livrariafabris.com.br/site/produtoDetalhe.asp?idProduto=4224)

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor:** Um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009. 338 p. Inclui CD com Legislação Internacional.
O surgimento das leis de defesa do consumidor- As propostas transnacionais e européias de leis de defesa do consumidor: As diretrizes da ONU. A proposta de lei modelo da *consumers international* para a América Latina. O código marco referencial de defesa do usuário e do consumidor do parlamento latino-americano- As diretrizes da Comunidade

Européia. Leis de defesa do consumidor nos países europeus - Comentários gerais a respeito das leis latino-americanas.