
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Prêmio Milton Leite da Costa

Edições 2007 e 2008

Edição Especial

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - Diretor

Raulino Jacó Brüning

Abel Antunes Mello

Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães

Rogério Ponzi Seligman

José Orlando Lara Dias

As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral
de Justiça do Estado de Santa Catarina e da
Associação Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mp.sc.gov.br

Catálogo na publicação por: Solange Margarida José (CRB 14/122)

Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de
Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério
Público.- v. 1, n. 1, set./dez. 2003- .-Florianópolis: PGJ:
ACMP, 2003-

Edição Especial, 2008.

Prêmio Milton Leite da Costa: Edições 2007 e 2008.

ISSN 1981-1683

1. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público.
II. Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05

CDD 34(05)

Revisão: A revisão dos artigos é de responsabilidade de seus autores

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: Ago. 2008

Av. Othon Gama D’Eça, 900, Torre A, 1ª andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 3224.4600 e 3224.4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 3229.9000
pgj@mp.sc.gov.br
www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Gercino Gerson Gomes Neto

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Paulo Antônio Günther

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Gladys Afonso

Grupo Especial de Apoio ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

Gladys Afonso - *Coordenadora*

Raul Schaefer Filho

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Secretária-Geral do Ministério Público

Cristiane Rosália Maestri Böell

Procurador de Justiça Assessor do Procurador-Geral de Justiça

Raul Schaefer Filho

Promotores de Justiça Assessores do Procurador-Geral de Justiça

Eliana Volcato Nunes

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Alex Sandro Teixeira da Cruz

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Pedro Sérgio Steil

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Paulo de Tarso Brandão - *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto Antenor Chinato Ribeiro
Paulo Ricardo da Silva Narcísio Geraldino Rodrigues
Paulo Roberto Speck Basílio Elias De Caro
Raul Schaefer Filho André Carvalho
Odil José Cota *Secretária:* Cristiane Rosália Maestri Böell

Corregedor-Geral do Ministério Público

Paulo Ricardo da Silva

Subcorregedora-Geral do Ministério Público

Lenir Roslindo Piffer

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessores do Corregedor-Geral do Ministério Público

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol
Ivens José Thives de Carvalho
César Augusto Grubba

Coordenadoria de Recursos - CR

Tycho Brahe Fernandes - *Coordenador*

Assessores da Coordenadoria de Recursos

Laudares Capella Filho
Alexandre Carrinho Muniz

Ouvidoria do Ministério Público

Anselmo Jeronimo de Oliveira - *Ouvidor*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações - CCF

Vera Lúcia Ferreira Copetti - *Coordenadora-Geral*
Leonardo Henrique Marques Lehmann - *Coordenador*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional Cível e Eleitoral - CCE

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade - CECCON

Raulino Jacó Brüning - *Coordenador-Geral*

Affonso Ghizzo Neto - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Consumidor - CCO

Alvaro Pereira Oliveira Melo - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional Criminal - CCR

Robison Westphal - *Coordenador-Geral*

Andrey Cunha Amorim - *Coordenador*

Fabiano Henrique Garcia - *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude - CIJ

Marcelo Gomes Silva - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente - CME

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa - CMA

Fabício José Cavalcanti - *Coordenador-Geral*

Benhur Poti Betiolo - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária - COT

Rafael de Moraes Lima - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional às Investigações Especiais - CIE

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - *Coordenador*

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - *Diretor*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Rui Carlos Kolb Schiefler

Vice-Presidente

Rogério Ferreira

1º Secretário

Eraldo Antunes

2º Secretário

Milani Maurílio Bento

Diretor Financeiro

Fabiano Henrique Garcia (e.e.)

Diretor de Patrimônio

Fabiano Henrique Garcia

Diretora Cultural e de Relações Públicas

Lara Peplau

Diretor Administrativo

Fernando da Silva Comin

Diretora da Escola

Walkyria Ruicir Danielski

Conselho Fiscal

Presidente

Fábio de Souza Trajano

Secretário

Abel Antunes de Mello

Membros

César Augusto Grubba

Ivens José Thives de Carvalho

Fábio Strecker Schmitt

I PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007

REGULAMENTO..... 9

TRABALHOS VENCEDORES

CATEGORIA A: PEÇAS PROCESSUAIS

1º LUGAR: Affonso Ghizzo Neto 13
2º LUGAR: José Orlando Lara Dias 33
3º LUGAR: Eduardo Sens dos Santos 55
3º LUGAR: Max Zuffo 75

CATEGORIA B: ARTIGOS

1º LUGAR: Max Zuffo 105
2º LUGAR: Isaac Sabbá Guimarães 139
3º LUGAR: Eduardo Sens dos Santos 163

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008

REGULAMENTO..... 181

TRABALHOS VENCEDORES

CATEGORIA A: PEÇAS PROCESSUAIS

1º LUGAR: Eduardo Sens dos Santos 185
2º LUGAR: José Orlando Lara Dias 209
3º LUGAR: Henrique Laus Aieta 225

CATEGORIA B: ARTIGOS

1º LUGAR: Marcelo Gomes Silva	243
1º LUGAR: Sidney Eloy Dalabrida	273
2º LUGAR: Rui Arno Ritcher	289
3º LUGAR: Isaac Sabbá Guimarães	311

I PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007

EDITAL DE REGULAMENTO

A ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ACMP), objetivando incentivar o aprimoramento cultural dos Membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e considerando o disposto nos artigos 2º, inciso V^{1[1]} e 49^{2[2]}, do seu Estatuto Social, que prevêem a realização de concurso anual premiando o melhor trabalho ou arrazoado forense apresentado pelos Promotores e Procuradores de Justiça, **RESOLVE** instituir o **PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA**, em homenagem ao seu primeiro Presidente, editando o seguinte regulamento:

Art. 1º - Poderão concorrer ao Prêmio Milton Leite da Costa todos

1 ^[1] Art. 2º A Associação tem por finalidade:

[...]

V - patrocinar concurso, conferindo prêmios aos autores dos melhores trabalhos apresentados.

2 ^[2] Art. 49. A Associação promoverá concursos de trabalhos jurídicos e, anualmente, sobre o melhor arrazoado forense, regulamentando-os e conferindo-lhes prêmios.

os associados da ACMP, exceto os integrantes da Diretoria.

Art. 2º - O concurso envolve duas categorias: **A**, relativa a peças processuais judiciais e extrajudiciais e **B**, atinente a artigos jurídicos.

Parágrafo único. A critério da Comissão Julgadora, poderão ser concedidas menções honrosas, em número de até 3 (três) para cada categoria.

Art. 3º - Na **categoria A**, cada interessado poderá inscrever somente 1 (um) trabalho forense (denúncia, petição inicial, parecer ou razões e contra-razões de recursos), que tenha sido efetivamente apresentado em processo judicial, civil ou criminal, no período de 1º de julho de 2006 a 30 de junho de 2007, ou peça extrajudicial (promoção de arquivamento e termo de ajustamento de conduta), elaborada no mesmo período e já homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP).

Parágrafo único. A inscrição deverá ser feita mediante ofício endereçado à Diretoria, com indicação do nome do candidato, bem como da Vara, Câmara, Cartório e número do processo no qual se encontra a peça processual inscrita e número do Procedimento Administrativo ou Inquérito Civil e cópia do ato de homologação pelo CSMP, no caso de peça extrajudicial.

Art. 4º - Na **categoria B**, somente será aceita a inscrição de 1 (um) artigo jurídico por associado, que conterà no mínimo 10 (dez) e no máximo 20 (vinte) laudas, todas rubricadas, a ser redigido de acordo com as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

Parágrafo único. A inscrição deverá ser feita mediante ofício endereçado à Diretoria, com indicação do nome do candidato.

Art. 5º - O trabalho deverá ser encaminhado pelos Correios, por correspondência registrada com Aviso de Recebimento (AR), ou protocolado na Secretaria da ACMP, situada na Av. Othon Gama D'Eça, 900, Centro Executivo Casa do Barão - Bloco A, 1º andar, Centro, Florianópolis/SC, com 3 (três) fotocópias impressas e legíveis, juntamente

com o CD-ROM ou Disquete da peça ou artigo inscrito, **ATÉ O DIA 31 DE JULHO DE 2007**.

§1º - Os trabalhos recebidos após esta data estarão automaticamente inscritos para o concurso de 2008.

§2º - Não serão aceitos trabalhos encaminhados por e-mail.

§3º - Os candidatos poderão participar simultaneamente das categorias A e B.

Art. 6º - Haverá uma Comissão Julgadora para cada categoria.

§1º - Para a categoria **A**, a Comissão Julgadora será composta pelos seguintes integrantes: Vidal Vanhoni Filho, Guido Feuser e Pedro Roberto Decomain.

§2º - Para a categoria **B**, a Comissão Julgadora será composta pelos seguintes integrantes: Paulo de Tarso Brandão, Ricardo Luiz Dell' Agnollo e Zenildo Bodnar.

Art. 7º - Encerradas as inscrições, as Comissões Julgadoras terão o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para julgar os trabalhos inscritos.

Parágrafo Único - Na avaliação dos trabalhos, as Comissões Julgadoras levarão em conta os seguintes critérios:

- a) Forma de apresentação - até 2 (dois) pontos
- b) Correção de linguagem - até 2 (dois) pontos
- c) Conteúdo Jurídico - até 6 (seis) pontos

Art. 8º - Ficam instituídos os seguintes prêmios para os trabalhos classificados em cada categoria:

1º lugar - R\$ 1.000,00

2º lugar - R\$ 700,00

3º lugar – R\$ 500,00

Art. 9º - A Diretoria da ACMP estará autorizada a publicar os trabalhos vencedores, bem como comunicará a concessão do Prêmio à Corregedoria-Geral do Ministério Público e à Procuradoria-Geral de Justiça, com a solicitação de anotação nos assentamentos funcionais dos vencedores.

Art. 10º - Os casos omissos serão resolvidos pela Diretoria da ACMP.

Florianópolis, 1 de junho de 2007.

RUI CARLOS KOLB SCHIEFLER

Presidente da ACMP

LARA PEPLAU

Diretora Cultural e de
Relações Públicas

I PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007
Categoria A: Peça Processual - 1º lugar

Affonso Ghizzo Neto
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Parecer n. 001/2007/CECCON

Requerente: Procurador-Geral de Justiça

Objeto: a Defensoria Pública e os legitimados ativos da Ação Civil Pública

Senhor Procurador-Geral de Justiça:

Trata-se de parecer elaborado com o objetivo de analisar possível (in)constitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei Federal n. 7.347/85, com a nova redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007, referente à legitimação ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública.

Inicialmente cumpre destacar a importância histórica da instituição da Defensoria Pública no constitucionalismo nacional e sua origem

nos ordenamentos internacionais. O acesso facilitado à justiça, como é sabido, tem sua origem na Antigüidade. O Código de *Hamurabi*, por exemplo, garantia a defesa dos mais fracos perante a opressão dos mais fortes.¹ No Brasil, a criação da Defensoria Pública ocorreu por meio da previsão constitucional do art. 134 da CR, de 1988, sendo abordada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, devendo ser criada e instalada como órgão da própria estrutura estatal. Estabelece o dispositivo constitucional em exame que à Defensoria Pública incumbe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, na forma do art. 5º, inciso LXXIV.

Maria Aparecida Lucca Caovilla alerta que

A criação de órgãos estatais, como as Defensorias Públicas, é absolutamente necessária para a garantia desse direito humano inerente ao cidadão, razão pela qual, acreditando ser a implantação de Defensorias Públicas uma das vertentes pela qual se pode garantir o efetivo acesso à justiça ao cidadão [...].²

O inciso LXXIV do art. 5º da CR, por sua vez, estabelece a obrigação, do Estado, de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos que comprovem insuficiência de recursos financeiros.

O art. 134 da CR foi regulamentado pela Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que, em seu art. 1º, confirma a atuação institucional da Defensoria Pública em favor dos necessitados.

A Defensoria Pública representa importante instrumento de cidadania, com o desiderato primeiro de pôr fim à opressão e à desigualdade social brasileira, em defesa dos necessitados, ou seja, de todos os cidadãos comprovadamente hipossuficientes, comprovada a insuficiência de recursos econômicos próprios.

Sobre a importância da Defensoria Pública, com precisão cirúrgica, Caovilla arremata

1 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 4.

2 CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. Chapecó: Argos, 2003, p. 119.

Dessa forma, a defensoria Pública age como instrumento de justiça, capaz de desempenhar a função jurisdicional do Estado, não atuando somente em face do Poder Judiciário, mas como uma das formas de acesso a ele. Assim, é função da Defensoria Pública a prestação de assistência jurídica e não somente judiciária, possibilitando melhor desenvolver o acesso à justiça da população carente, como a assistência jurídica preventiva e a assistência jurídica curativa [...].³

Aliás, Santa Catarina é único Estado da Federação que ainda não implementou o comando constitucional, deixando de criar e instalar as Defensorias Públicas na defesa dos cidadãos catarinenses necessitados. Caovilla adverte

Causa perplexidade o fato de que o estado de Santa Catarina, ao que parece, objetivando disfarçar o cumprimento do preceito constitucional, mandou editar um roteiro de cidadania no guia telefônico estadual, onde lê-se a existência de órgão da defensoria Pública, entre outros, que na prática sabe-se não existir, deixando transparecer a verdadeira falta de respeito e consideração aos cidadãos catarinenses, afrontando principalmente a dignidade dos seus jurisdicionados.⁴

Buscando pôr fim à omissão, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina representou ao Senhor Procurador-Geral da República para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o desiderato ver declarada a ilegitimidade constitucional do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, por afronta à Constituição da República Federativa do Brasil.⁵

3 ___ IDEM. p. 122.

4 ___ IDEM. p. 133.

5 Protocolo MPF ADIN 1.00000003743/2007-61, autuado em 16.04.2007: Frustra-se, assim, o ideal constituinte de assegurar justiça a todos, em razão do descaso e da falta de vontade política do Governo, ao relegar a último plano a defesa dos necessitados do Estado catarinense.

Ocorre que, com o advento da Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985, incorporou-se de vez a terminologia Ação Civil Pública ao sistema jurídico brasileiro. Tratou a norma de designar a Ação Civil Pública como instrumento de tutela jurídica para a proteção de alguns interesses transindividuais: do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros, coletivos e difusos. Com o advento da CR de 1988, o instituto da Ação Civil Pública passou a ter *status* constitucional, consolidando-se como valioso instrumento de defesa de interesses sociais, difusos e coletivos, consoante o preceito do art. 129, inciso II, e § 1º.

A Ação Civil Pública vem a ser, conforme Édís Milaré, “o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional”.⁶ Interesse público é “aquele pertinente aos valores transcendentais de toda a sociedade, e não do Estado, enquanto estrutura político-administrativa”.⁷ Quanto à sua natureza, o Autor lembra que a Ação Civil Pública “não é direito subjetivo, mas direito atribuído a órgãos públicos e privados para a tutela do interesse público”.⁸

Anteriormente à edição da Lei n. 7.347/85, a previsão legislativa limitava-se, regra geral, a harmonização dos conflitos interindividuais. Tal situação advinha da norma garantidora de acesso à justiça, contida no art. 153, § 4º, da Constituição de 1969, segundo a qual “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Nota-se, claramente, que o texto estabelecia obstáculos à defesa dos chamados interesses transindividuais, referindo-se, unicamente, aos interesses meramente individuais. Novo horizonte surgiu com o advento da Lei da Ação Civil Pública, com a efetiva proteção dos interesses sociais, coletivos e difusos, tais como: a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural etc.⁹

A CR de 1988, logo em seu Preâmbulo, reza que o Estado Brasileiro assegurará os direitos sociais e individuais, e, em seu art. 5º, inciso XXXV, expressa que “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

6 MILARÉ, Édís. *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 6.

7 ___ IDEM. p. 9.

8 ___ IDEM. p. 6.

9 ___ IDEM. p. 6 e 7.

lesão ou ameaça a direito”. Observa-se que não mais se está falando em direito exclusivamente individual, mas incluem-se também os transindividuais. A prestação jurisdicional deixou de ser mero instrumento de direitos subjetivos individuais, expandindo-se também para a seara da tutela dos interesses transcendentais da sociedade.

Outro importante marco para a defesa dos direitos coletivos se deu com o advento da Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor. A partir dessa inovação legislativa infraconstitucional, a Ação Civil Pública passou a ser disciplinada tanto pela Lei n. 7.347/85 como pelos dispositivos processuais do Estatuto Consumerista, compondo, assim, um sistema processual integrado (art. 21 da primeira e art. 90 do segundo).

Hugo Nigro Mazzilli¹⁰ observa que o legislador ordinário, procurando uma melhor sistematização da defesa dos direitos transindividuais, dando continuidade à evolução legislativa encaminhada pela Lei da Ação Civil Pública, passou a defini-los, no Código de Defesa do Consumidor (art. 81) como: *interesses individuais homogêneos*; *Interesses coletivos*, em sentido estrito; e *Interesses difusos*.

Pode-se afirmar que Ação Civil Pública é aquela pela qual o órgão do Ministério Público ou outros legitimados ativos ingressam em juízo com o escopo de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente, o consumidor, ou, ainda, quaisquer outros interesses difusos e coletivos, com vistas à responsabilização do causador do dano e à reparação pelos que foram causados. De forma sucinta, os interesses transindividuais tutelados podem ser divididos da seguinte forma:¹¹

Interesses	Grupo	Objeto	Origem
Difusos	indeterminável	indivisível	Situação de fato
Coletivos	determinável	indivisível	Relação jurídica
Individuais Homogêneos	determinável	divisível	Origem comum

Aliás, além de importante instrumento constitucional de direitos e garantias, a Ação Civil Pública evita a incidência de decisões contra-

10 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48 e 49.

11 ___ IDEM. p. 55.

ditórias e, mesmo opostas, sobre fatos jurídicos idênticos ou similares. Tem como finalidade, portanto, proporcionar o máximo de resultado no campo jurisdicional com o mínimo de esforço procedimental.

Cumpra indagar, portanto: a quem cabe defender estes relevantes interesses sociais em juízo? Quem são os legitimados ativos para a propositura da Ação Civil Pública? A Defensoria Pública estaria legitimada a propor a Ação Civil Pública em defesa de interesses difusos?

Ter legitimidade é ter qualidade para agir ou legitimação para agir. Paulo de Tarso Brandão ressalta que

Os doutrinadores ensinam que nem todas as possibilidades de lides existentes no mundo estão ao dispor de cada um dos cidadãos, uma vez que somente podem demandar os que sejam titulares da relação de direito material deduzida em juízo.¹²

Na legitimação ordinária, o indivíduo lesado defende interesse próprio em juízo. Aquele que invoca a condição de titular do direito material hipoteticamente violado é a quem cabe a defesa do direito lesado e a respectiva busca pela tutela jurisdicional.¹³

Já, na Ação Civil Pública, ocorre a chamada legitimação extraordinária, verdadeira substituição processual. “É a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender em juízo interesse alheio”.¹⁴ Assevera Hugo Nigro Mazzilli que

Em matéria de lesão a interesses de grupos, classes ou categoria de pessoas, seria impraticável buscar a restauração da ordem jurídica violada se tivéssemos de sempre nos valer da legitimação ordinária, e, com isso, deixar a cada pessoa lesada a iniciativa de comparecer individualmente em juízo, diante do ônus que isso representa, não só aqueles relacionados com o custeio da ação, como aqueles de caráter probatório. A necessidade de

12 BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ação Civil Pública. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 73.

13 MAZZILLI, Hugo Nigro. Obra Citada, p. 59.

14 ___ IDEM. p. 59 e 60.

comparecimento individual à Justiça, sobre impraticável quando de lesões idênticas a milhares ou milhões de pessoas, produziria ainda dois efeitos indesejáveis: a) os poucos que se aventurassem a comparecer em juízo receberiam inevitáveis decisões contraditórias, o que, sobre injusto, ainda seria grave descrédito para o funcionamento do sistema; b) a grande maioria dos lesados acabaria desistindo da defesa de seus direitos, o que consistiria em verdadeira denegação de acesso à jurisdição para o grupo.¹⁵

Conforme conteúdo da Lei Federal n. 7.347/85, em seu art. 5º, estão legitimados para propor a Ação Civil Pública:

I - o Ministério Público

II - **a Defensoria Pública**; (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (grifo nosso).

Hugo Nigro Mazzilli lembra que “a Constituição e as leis vêm alargando a legitimação ativa em defesa de interesses transindividuais”.¹⁶ Dentre os legitimados para propor a Ação Civil Pública, conforme

15 ___ IDEM. p. 60.

16 ___ IDEM. p. 294.

nova redação dada pela Lei Federal n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, está a Defensoria Pública.

Seguindo a esteira do alargamento da legitimação ativa em defesa dos interesses transindividuais, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei n. 11.448/2007, fez acrescer à Lei n. 7347/85, em seu art. 5º, inciso II, a Defensoria Pública como um dos legitimados a propor Ação Civil Pública.

Assim, cumpre indagar sobre a efetiva legitimidade ativa da Defensoria Pública para promover ações coletivas. Quais seriam os limites constitucionais de sua legitimação? A questão a ser debatida é se a Defensoria Pública possui legitimidade universal à propositura da Ação Civil Pública.

Como é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência pátria, a questão processual da tutela de interesses coletivos é realmente complexa, exigindo apuro metodológico e, principalmente, uma interpretação de acordo com o Texto Constitucional.

Existem diversas considerações e teorias formuladas para justificar a legitimação ativa para a interposição da Ação Civil Pública, com o reconhecimento da legitimidade dos chamados *corpos intermediários*. A questão é identificar que os legitimados a propor a Ação Civil Pública não são titulares do direito posto em causa. Como considerado anteriormente, ou a legitimidade é autônoma¹⁷ ou é extraordinária, presente a condição de substituição processual.

A Defensoria Pública, consequência de sua função constitucional, é instituição que representa e substitui processualmente os necessitados que comprovarem a insuficiência de recursos financeiros para demandar em nome próprio.

O reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública, com o advento da Lei n. 11.448/2007, é questão superada, encontrando no Texto Maior o amparo constitucional necessário para validade e interpretação dos limites de sua atuação institucional.

Destaca-se que legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas já constava de algumas Constituições Estaduais,

17 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil anotado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 1.866.

como a Constituição do Rio de Janeiro¹⁸, estando previsto no inciso III do art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994, o patrocínio de ação civil¹⁹.

A relevância da função institucional da Defensoria Pública na defesa dos direitos individuais, individuais homogêneos e coletivos dos comprovadamente necessitados, é certa, necessária e inquestionável. Assim, resta apenas estabelecer, a teor do disposto no art. 134; no art. 5º, inciso LXXIV, ambos da CR; e no art. 1º Lei Complementar n. 80/1994, os limites constitucionais de sua legítima atuação institucional.

A Defensoria Pública será parte legítima para interpor a Ação Civil Pública somente na defesa dos direitos dos hipossuficientes, ou seja, de todos aqueles necessitados que comprovem a insuficiência de recursos para demandar em nome próprio.

Assim, a aparente legitimidade universal estampada no inciso II do art. 5º da Lei Federal n. 7.347/85, acrescido pela Lei n. 11.448/07, deve ser interpretada restritivamente, conforme o comando constitucional.

Vejamos:

O art. 134 da CR de 1988 reconhece a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, devendo ser ela criada e instalada como órgão da própria estrutura estatal. Estabelece o dispositivo constitucional em exame que

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Já, o art. 5º da CR, ao destacar a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção e com as garantias constitucionais inerentes, determina, em seu inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita **aos que comprovarem insuficiência de recursos**” (destacamos).

18 São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras que lhe são inerentes [...] patrocinar [...] ação civil pública em favor das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a proteção ao meio ambiente e a de outros interesses difusos e coletivos (Art. 179, § 2º, inciso V, letra e).

19 São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras [...] patrocinar ação civil (Art. 4º, inciso III).

De outro norte, a norma constitucional prevista no art. 134 foi devidamente regulamentada pela Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que determinou o prazo de seis meses para que os Estados providenciassem a devida instalação de suas defensorias públicas. O respectivo art. 1º da Lei Complementar destaca que a

Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei (grifo nosso).

Não é outro o entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA.

1. A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da Lei 8.078/90 (Cód. de Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4.º, XI, da LC 80/94, bem como o art. 3.º, parágrafo único, da LC 11.795/02-RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria Pública a defesa dos consumidores.

2. APELAÇÃO PROVIDA.²⁰

Aliás, do corpo do respectivo Acórdão extrai-se a lição necessária para melhor compreensão e interpretação constitucional da matéria. Segundo se sustenta, a missão constitucional da Defensoria Pública consiste em patrocinar judicialmente todos aqueles que comprovarem insuficiências de recursos, situação esta que deverá ser obrigatoriamente

²⁰ TJRS – 4ª Câmara Cível – Apelação Cível n. 70014404784, de Erechim – Rel. Des. Araken de Assis, *Diário de Justiça*, 21 junho de 2006.

identificada para a eficácia do provimento judicial. Evidentemente, não há que estender a defesa genericamente a todos os cidadãos. Aqueles que possuem condições econômicas próprias para demandar processualmente em juízo não poderão se valer da substituição processual, *verbis*:

Volvendo ao ponto, não vejo obstáculo algum, não me adiantando acerca de outros aspectos, no que tange à comprovação da necessidade dos consumidores “lesados”. Conforme explica GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA (ob. cit., pp. 500-501), basta a firmação da existência dos direitos individuais homogêneos, decorrendo do acolhimento do pedido uma condenação genérica, que será oportunamente liquidada, individualizando-se os beneficiários do comando do provimento judicial. Em tal oportunidade, posterior à emissão do pronunciamento (e, portanto, impossível erigir condição a priori), demonstrar-se-á a condição de “necessitado”. **Por óbvio, não se há de se pretender que quaisquer consumidores, incluindo os de grande renda (e consumo), sejam beneficiados pela ação da Defensoria Pública.**²¹ (grifo nosso).

Exceção ao reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação coletiva visando também à defesa de interesses difusos, o que não podemos concordar em virtude da absoluta incompatibilidade entre a pretendida legitimidade ativa e a impossibilidade de identificação dos substituídos processuais, decorrentes do objeto indivisível e dos interesses de grupos indetermináveis, a decisão gaúcha é exemplar.

Modificando o que deve ser modificado, cuida-se de interpretação similar àquela relativa às associações civis, também legitimadas a propor ação civil pública, as quais devem possuir representatividade adequada do grupo que pretendem defender em juízo. Para a associação civil, por exemplo, dentre os dois requisitos necessários à legitimação ativa para propor a ação civil pública, a **pertinência temática** é “o requisito

21 ___ IDEM.

indispensável, que corresponde à finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse”.²² A pertinência temática “é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional”²³. Hugo Nigro Mazzilli ressalta que

As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. [...] Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limitaria às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. **Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas a até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses.**²⁴ (grifo nosso).

Márcio Ferreira Elias Rosa, com base nos incisos XIX e XX do art. 37 da CR, observa que, consoante ao **princípio da especialidade**, “as entidades estatais não podem abandonar, alterar ou modificar os objetivos para os quais foram constituídas. Sempre atuarão vinculadas e adstritas aos seus fins ou objeto social”.²⁵

22 MAZZILLI, Hugo Nigro. Obra Citada.p. 270.

23 ___ IDEM. p. 272.

24 ___ IDEM.

25 ROSA, Márcio Ferreira Elias. Direito Administrativo, 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2003. p. 20.

Assim, fácil concluir ser aplicável à Defensoria Pública um requisito essencial para sua legitimação ativa processual referente ao manuseio da Ação Civil Pública, o qual podemos nomear de **pertinência temática específica**, identificada através da substituição processual exclusiva em defesa dos direitos dos necessitados que efetivamente comprovem a insuficiência de recursos para demandar em nome próprio. Trata-se de verdadeira hipótese de adequação entre a identificação da parte hipossuficiente representada em juízo e a finalidade constitucional da Defensoria Pública.

A legitimidade de atuação da Defensoria Pública pressupõe, por força normativa da Constituição Federal de 1988, a existência de dois requisitos básicos: ser direcionada aos necessitados; e que estes comprovem insuficiência de recursos. “Com isso já se pode afirmar que a Defensoria Pública somente poderá atuar quando individualizados os interessados, todos imperiosamente necessitados”.²⁶ Situação de hipossuficiência que deverá ser comprovada para efetivo benefício da substituição processual.

A tendência hodierna de todo o Direito Constitucional universal “é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas constitucionais, que conduz, *pela deformação da vontade soberana do poder constituinte*, à erosão da própria consciência constitucional”.²⁷

Sílvio Dobrowolski entende Constituição como

[...] um documento político e jurídico através do qual se intenta fundar, de modo racional, os princípios básicos da convivência de um povo. Nela se equaciona o modo de vida da sociedade, como estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social. Por outro lado, a Constituição

26 GARCIA, Emerson. *A Legitimidade da Defensoria Pública para o Ajuizamento da Ação Civil Pública: Delimitação de sua Amplitude*.

Disponível em: http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&ID_MATERIA=1255 Acesso em 2/5/2007.

27 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 568.

estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território.²⁸

Luis Roberto Barroso ensina que

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.²⁹

Não restringir o alcance da norma infraconstitucional perante a interpretação do texto constitucional representa ignorar a força normativa da Constituição da República, situação que, por si só, representa séria ameaça ao Regime Democrático de Direito. Não se pode, portanto, esquecer a força normativa da Constituição. Jamais poderá (deverá) esta se sujeitar ao poder dos fatos. Nem mesmo um eventual estado de necessidade suprapositivo, momentaneamente conveniente, poderia justificar o desrespeito à observância da interpretação constitucional. Aliás, como imporíamos limites a esse estado de necessidade? Impossível renunciar a vontade da Lei Fundamental. A preservação e do fortalecimento da força normativa constitucional é medida fundamental que se impõe ao intérprete. Como ressalta o constitucionalista Konrad Hesse

Assim, a renúncia da lei Fundamental (Grundgesetz) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do direito Constitucional diante do poder dos fatos (Macht der Fakten). O desfecho de uma prova de força

28 DOBROWOLSKI, Sílvio. *Os Meios Jurisdicionais Para Conferir Eficácia às Normas Constitucionais*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, abr-jun, 1990, n. 106. p. 28-29.

29 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 54.

decisiva para a Constituição normativa não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta apenas saber se, nesse caso, a normalidade institucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.

Não se deve esperar que as tentações entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade da Constituição.³⁰

Conforme abordado anteriormente, as ações de cunho coletivo, de acordo com o art. 81 da Lei n. 8.078/90, são voltadas à defesa de três tipos de interesses:³¹

Interesses	Grupo	Objeto	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivisível	Situação de fato
Coletivos	Determinável	Indivisível	Relação jurídica
Individuais Homogêneos	Determinável	Divisível	Origem comum

Com base na disposição legal esquematizada no quadro acima transcrito, pode-se concluir facilmente pela constitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei Federal n. 7.347/85, com a nova redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007, pertinente à legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública quando na defesa de interesses individuais homogêneos e coletivos de cidadãos hipossuficientes,

30 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 32.

31 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Obra Citada*. p. 55.

comprovada a insuficiência de recursos econômicos.

Entendimento diverso deve ser adotado em relação ao reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria Pública na defesa de interesses difusos. Ocorre que, presentes interesses difusos, a incompatibilidade entre a pretendida legitimidade ativa e a impossibilidade de identificação dos substituídos processuais, decorrentes do objeto indivisível e dos interesses de grupos indetermináveis, é absoluta, não comportando quaisquer exceções. Falece, portanto, legitimidade à Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública em defesa de interesses difusos, havendo de ser reconhecida obrigatoriamente a inconstitucionalidade parcial do inciso II do art. 5º da Lei Federal n. 7.347/85. Emerson Garcia destaca que

17. A Constituição, por ocupar uma posição de preeminência no ordenamento jurídico, deve ser concebida como o fio condutor de sua unidade, evitando ou, mesmo, solucionando as antinomias porventura existentes. A unidade, por sua vez, somente será alcançada se as demais normas, infraconstitucionais ou oriundas do poder reformador, forem concebidas e interpretadas de modo a harmonizá-las com a Constituição. Nessa linha, pode-se conceber a unidade do ordenamento jurídico como um dos fundamentos da interpretação conforme a Constituição.

18. Conclui-se, assim, pela necessidade de se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985, de modo a excluir a possibilidade de a Defensoria Pública promover a defesa de interesses difusos.³²

Mas poder-se-ia questionar a respeito da exclusão da defesa dos interesses difusos por parte da Defensoria Pública. Ausente sua legitimidade ativa, não restariam prejudicados os direitos difusos dos necessitados? Ora, como referido alhures – sendo impossível a divisão do objeto e a determinação dos representados – não havendo como precisar (e comprovar) a identificação de eventuais necessitados, incabível a subs-

32 GARCIA, Emerson. *Obra Citada*.

tituição processual pela Defensoria Pública, carecendo-lhe legitimidade ativa para propor eventual ação coletiva. Nada impede, entretanto, que a Defensoria Pública – não atuando somente em face do Poder Judiciário – preste assistência jurídica (e não judiciária) ao eventual necessitado (embora não determinável), orientando-o como detentor, em tese, de interesses difusos, remetendo-o aos legitimados ativos universais para propor a Ação Civil Pública hipoteticamente cabível.

Não é outra a interpretação aplicável ao disposto no art. 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/85. A interpretação constitucional deve considerar o contexto social e político em que o constituinte de 1988 edificou as normas constitucionais, especialmente, *in casu*, o papel constitucional dos outros legitimados ativos (alguns dos quais: universais) a propor ações coletivas. Por certo, o intérprete deverá orientar sua pesquisa e investigação de acordo a realidade contextual, desenvolvendo uma interpretação lógica e coerente de todos os dispositivos correlatos. Servindo a Constituição como uma bússola orientadora, deverá o intérprete se sujeitar à responsabilidade da jurisdição constitucional, condição essencial à determinação da interpretação decisiva. Como pondera o constitucionalista Peter Häberle “*Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação*”.³³

Assim, o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/85, com a nova redação dada pela Lei n. 11.448/2007, deverá ser interpretado de acordo com a Constituição da República. “*A única solução que se harmoniza com o sistema e os mais mezinhos padrões de justiça é dispensar ao preceito uma interpretação conforme a Constituição*”.³⁴ Consoante J.J. Gomes Canotilho,

Este princípio deve ser compreendido articulando as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas

33 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 14.

34 GARCIA, Emerson. *Obra Citada*.

interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela [...]³⁵.

Segundo afirma Zeno Veloso,

[...] a norma impugnada continua vigendo, na forma originária. O texto continua o mesmo, mas o Tribunal limita ou restringe a sua aplicação, não permitindo que ela incida nas situações determinadas, porque, nestas, há a inconstitucionalidade. Nas outras, não.³⁶

Resta evidente que a instituição da Defensoria Pública, segundo a força normativa da Constituição Federal de 1988 e conseqüente interpretação irradiada às normas hierarquicamente inferiores, é importante instrumento de cidadania, criada com o objetivo primordial de fazer cessar, ou, ao menos, atenuar, a opressão e a desigualdade social brasileira, na defesa exclusiva dos necessitados, ou seja, de todos aqueles cidadãos comprovadamente hipossuficientes.

Importante esclarecer – inteligência do art. 5º, inciso LXXIV, da CR –, que este estado de hipossuficiência não é meramente presumível, devendo restar efetivamente comprovado por meio da insuficiência de recursos para demandar em nome próprio em juízo, situação esta incompatível com a defesa de interesses difusos.

Como se vê, a Constituição da República define claramente o papel institucional da Defensoria Pública, estabelecendo parâmetros para a sua atuação jurisdicional. Emerson Garcia esclarece que

No âmbito das funções essenciais à justiça, foram incluídos (1) o Ministério Público, (2) a Defensoria Pública, (3) a Advocacia Pública e (4) a Advocacia Privada. A primeira dessas instituições foi incumbida da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

35 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Portugal: Almedina, 2002. p. 1211.

36 VELOSO, Zeno. *Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 165.

indisponíveis”, terminando por abarcar um rol de atribuições, efetivo ou potencialmente outorgável pela legislação infraconstitucional, de indiscutível amplitude. A segunda, por sua vez, vale dizer, a Defensoria Pública foi incumbida da orientação jurídica e defesa dos necessitados [...].³⁷

Certo é que a Defensoria Pública tem sua atividade destinada à defesa da população pobre, em favor dos cidadãos menos favorecidos econômica e comprovadamente insuficientes de recursos. A Constituição da República delimita as funções institucionais da Defensoria Pública de modo a legitimar sua atuação institucional na defesa de interesses individuais homogêneos e coletivos de todos os cidadãos hipossuficientes, desde que comprovada a insuficiência de recursos econômicos por parte dos representados/necessitados. Eis a relevância da tarefa constitucional da Defensoria Pública!

Pelo exposto, opina esta Coordenadoria no sentido do acolhimento da tese de constitucionalidade parcial do inciso II do art. 5º do da Lei Federal n. 7.347/85, com a nova redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007, referente à legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública, para restringi-la exclusivamente à defesa de interesses individuais homogêneos e sociais dos necessitados comprovadamente carecedores de recursos econômicos.

É o parecer.

Florianópolis, 24 de maio de 2007.

RAULINO JACÓ BRÜNING
Procurador de Justiça
Coordenador-Geral do CECCON

AFFONSO GHIZZO NETO
Promotor de Justiça
Coordenador do CECCON

37 GARCIA, Emerson. Obra Citada.

1º PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007
Categoria A: Peça Processual - 2º lugar

José Orlando Lara Dias
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE
PALMITOS:**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, pelo Promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça de Palmitos, com fundamento no art. 129, inciso III, da Constituição Federal; art. 25, inciso IV, *a*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; art. 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor e art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública; e art. 82, inciso VI, *b e e*, da Lei Complementar Estadual n.º 197/2000; vem propor a presente **AÇÃO**

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
Edição Especial – Florianópolis – pp 33 a 53

CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ORDEM LIMINAR, contra **S7 - ADMINISTRAÇÃO E AGENCIAMENTO DE TÍTULOS LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina sob n.º 42202547277, de 13.07.98, com sede na Rua Assis Brasil, 1967-E, bairro Passo dos Fortes, na cidade de Chapecó - SC; **VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob n.º 03.433.757/0001-67, com sede na Rua João Loureiro Cony, s/n.º, na cidade de Águas de Chapecó - SC; **RENEU THIES**, brasileiro, casado, comerciante, inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas sob n.º 031.906.929-04, domiciliado na Rua Rosina Hermes, 92, na cidade de Águas de Chapecó - SC; e, **OTTO DAVID STAUFFER**, brasileiro, casado, contador, inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas sob n.º 460.319.529-04, domiciliado na Rua Assis Brasil, 1967-E, bairro Passo dos Fortes, na cidade de Chapecó - SC; pelas seguintes razões:

I - DOS FATOS

I.1 - O “SISTEMA FINANCEIRO” JOKER 88

Em 13 de julho de 1998, os requeridos RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER registraram na Junta Comercial de Santa Catarina a “**S7 ADMINISTRAÇÃO E AGENCIAMENTO DE TÍTULOS LTDA.**”, sociedade por cotas de responsabilidade limitada que tinha “*por objeto a intermediação, administração e o agenciamento de títulos financeiros bem como prestar serviços auxiliares na intermediação de títulos financeiros, podendo inclusive prestar tais serviços a empresas do exterior*” (destaquei). O capital social da pessoa jurídica era de R\$ 3.000,00 (três mil reais),

divididos em três mil cotas, sendo que **RENEU THIES** subscreveu **2.400 (duas mil e quatrocentas) cotas (80%)** e **OTTO DAVID STAUFFER** subscreveu **600 (seiscentas) cotas (20%)**, ficando **ambos responsáveis pela gerência** e uso do nome comercial (**doc. 01**).

Foi prestando “*serviços auxiliares na intermediação de títulos financeiros à empresas do exterior*” que os requeridos iniciaram as atividades ilícitas, já que divulgavam e vendiam os títulos do sistema “**Joker 88**”, supostamente oriundo da Alemanha.

Em panfleto publicitário traduzido para o português havia garantia de que “*o lucro de + ou - R\$ 74.358,00 pode ser seu a partir de mais ou menos 12 semanas após sua entrada*”. Há, ainda, explicações sobre “*as regras do sistema*”, que assim podem ser resumidos: ao adquirir um título o cliente depositaria R\$ 34,00 (trinta e quatro) reais na conta de quem consta em primeiro lugar no certificado, devendo pagar, ainda, uma taxa de expediente. Após a remessa dos documentos para a Alemanha o cliente receberia 3 (três) novos certificados, com seu nome em 7º lugar, os quais deveriam ser repassados (vendidos) para “*conhecidos de confiança*” (**doc. 02**). Uma típica pirâmide financeira, também conhecida como cadeia ou bola-de-neve.

Em outro documento,, distribuído junto com o “*certificado do título financeiro*”, intitulado “**CONHEÇA O SISTEMA FINANCEIRO JOKER 88**”, havia a informação de que “**com um investimento de R\$ 120,00, você poderá receber R\$ 76.545,00**”, dentro de 8 (oito) a 10 (dez) meses. Conforme a explicação constante no documento, o valor de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais) deveria ser pago ao líder da cidade (**doc. 03**).

Mais uma vez, consta a explicação de que, na 7ª rodada (“7ª geração”), “*o seu nome*” constará de 2.187 certificados, cada um deles transferindo-lhe R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), o que resultaria em R\$ 76.545,00!

Aliás, como a promessa de ganho é na 7ª rodada, parece ser daí o nome de “*Sistema Financeiro Super 7*”.

Muitos foram os compradores dos certificados do **SISTEMA FINANCEIRO JOKER 88**.

I.2 - O “SISTEMA FINANCEIRO” SUPER 7

Como todo sistema de pirâmide, após alguns meses de atividade do “**Joker 88**”, a base de “sócios” parou de crescer e, antes que a pirâmide ruísse, os requeridos RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER criaram uma nova, com a sistemática exatamente igual a anterior: o “**Sistema Financeiro Super 7**”.

O “**Sistema Financeiro Super 7**” sucedeu ao “**Joker 88**”. Nas “*atas de criação do grupo de participação do sistema financeiro super 7*” há expressa referência ao “**Joker 88**” nas cláusulas 09 e 10 (doc. 04), assim como na “*ficha cadastral*” dos integrantes do grupo do “**Super 7**” havia um questionamento se o aderente era ou não integrante do “**Joker 88**”.

No documento chamado “*ATA DE CRIAÇÃO DO GRUPO DE PARTICIPAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO SUPER 7*”, firmada pelos participantes de cada grupo formado, há explicações de como funcionava o sistema: “*1 - O grupo em formação deverá conter 06 pessoas*”; “*6 - O grupo se completa com 06 rodadas onde cada participante investe R\$ 180,00 e todos se comprometem a convidar outras pessoas para formar novos grupos do Sistema Super 7*”; “*7 - Em cinco rodadas mais o certificado inicial o grupo chega em primeiro lugar. A partir daí os depósitos estarão sendo feitos em nome e conta bancária do grupo. Quando o grupo decidir dividir o valor existente em conta poupança, os participantes, ao receber o dinheiro, assinarão um recibo no qual constará o valor recebido*”.

Há uma diferença entre o “**Joker 88**” e o “**Super 7**”. No “**Joker 88**” cada sócio recrutava diretamente outros três novos sócios e recebia de cada um deles a importância de R\$ 35,00; o restante do valor (R\$ 85,00) era passado aos requeridos RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER sob a promessa de, descontadas algumas despesas (R\$ 15,00), eles remeteriam o dinheiro para uma empresa alemã que administraria o sistema. No “**Super 7**” o título era comprado diretamente dos requeridos e dos “*líderes*” e eram eles que “*administravam*” o esquema, criando os “*grupos*” de seis sócios, tornando o sistema muito mais lucrativo aos requeridos.

Importante destacar que tanto o “**Sistema Financeiro Joker 88**”,

como o “**Sistema Financeiro Super 7**”, são esquemas de **pirâmides puras**, ou seja, apenas financeiras, sem qualquer produto ou serviço envolvido, o que deixava a ilegalidade escancarada.

I.3 - A VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS

Em inegável aperfeiçoamento do meio fraudulento utilizado, os requeridos trataram de incluir um “*produto*” ao seu “*sistema financeiro*” e, desta forma, tentaram dar aparência de legalidade às suas atividades. Assim é que, em 25 de setembro de 1999, os requeridos constituíram a “**VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS**”, uma espécie de clube social e recreativo, sendo RENEU THIES seu presidente e proprietário de 75% (setenta e cinco por cento) dos títulos patrimoniais, e OTTO DAVID STAUFFER, tesoureiro, e dono de 25% (vinte e cinco por cento) dos títulos, conforme se pode observar da “*ATA DE CONSTITUIÇÃO DA VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS*” (doc. 05).

Assim como é inegável que o “**Sistema Financeiro Super 7**” sucedeu ao “**Joker 88**”, é irrefutável que a “**Vale das Águas**” surgiu após o “**Sistema Financeiro Super 7**”.

O material publicitário da “**Vale das Águas Empreendimentos Turísticos**” demonstra a intenção dos requeridos com a formação da empresa. Em um documento firmado pelo requerido RENEU THIES, informa-se que a nova empresa é destinada à “*líderes e sócios participantes do empreendimento Vale das Águas - Super 7*”, “*empresa que surgiu da necessidade de tornar o programa Super 7 num empreendimento sólido, útil e interessante para todos*” e que “*incorporou a S7 Administração e Agenciamento de Títulos Ltda.*”.

Apesar da inclusão de um “*produto*” no sistema, o negócio dos requeridos ainda era uma típica pirâmide. Ao aderir a “**VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS**” o novo sócio (e vítima/prejudicado) recebia um folheto, chamado “*Manual de Marketing*”, com explicações como: “*alguns dias após você adquirir um Título de Usuário Não Contribuinte e aderir ao Plano de Marketing e da Política de Bônus, você receberá três cadastros com os quais você buscará a adesão de mais três novos sócios cada um, e assim sucessivamente até*

completar a sexta comercialização”, “a cada título, vinculado ao seu, que chegar à sétima comercialização, você receberá um bônus no valor de R\$ 64,00, podendo chegar a R\$ 46.656,00”; “o valor do título, tanto para contribuintes ou não, é de R\$ 124,00 (cento e vinte e quatro reais) a serem pagos em única parcela, a ser depositado em uma das contas bancárias do Clube constantes no cadastro” (doc. 06).

Cada nova vítima da “VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS” também firmava um “TERMO DE ACORDO E CONCORDÂNCIA” em que o sistema era assim explicitado: “5 - O grupo se completa com 06 rodadas e cada participante investe R\$ 186,00 e todos se comprometem a convidar outras pessoas para formar novos grupos para autofinanciar a aquisição de títulos da Vale das Águas - Empreendimentos Turísticos de Águas de Chapecó - SC, da categoria de usuários não contribuintes, não prometendo vantagens além das constantes no plano de expansão do empreendimento” - o sublinhado consta nos originais - (doc. 07).

É verdade que o clube social admitia dois tipos de sócios (usuários): não-contribuinte e que participava da pirâmide financeira, ou sócio contribuinte, que estava fora do esquema. Jamais se teve notícia de algum sócio contribuinte.

Como era de se esperar, mesmo depois de sua criação, o clube social “Vale das Águas Empreendimentos Turísticos” era secundário. O destaque continuava sendo a promessa de ganho fácil e rápido através da pirâmide financeira.

Assim é que os requeridos, com o intuito de recrutar novos sócios, promoviam reuniões em diversas cidades de Santa Catarina e em outros Estados. Na cidade de Palmitos as reuniões aconteciam semanalmente, no Clube Mocrepal. Nestas reuniões, sempre com a participação de centenas de pessoas, os requeridos e outros “líderes” enfatizavam o ganho financeiro que seria conseguido pelos sócios, convencendo os participantes de que com um investimento inicial de R\$ 186,00 (cento e oitenta e seis reais) haveria um retorno de R\$ 46.000,00 (quarenta e seis mil reais).

Aliás, o convite para as reuniões promovidas já evidenciava o teor das palestras:

“Estamos convidando você caro amigo(a) para

participar de uma reunião, onde será explicado um sistema de Ajuda Mútua.

“Vale das águas Emp. Turísticos - Super 7

“Você quer melhorar sua situação financeira?

“Você quer ajudar pessoas amigas ou a sua família?

(...)

“Lembre-se: ‘As oportunidades surgem para todos, a diferença é que alguns sabem aproveitá-las’

(doc. 08).

É evidente que o texto do convite é uma exortação ao ganho fácil, não uma proposta de adesão a um clube social.

Mas não é só. Em algumas reuniões havia distribuição de dinheiro para um ou outro “sócio”, aumentando a crença dos presentes de que o sistema realmente funcionava.

É claro que as milhares de pessoas que se associaram ao “Clube Vale das Águas” somente o fizeram pela expectativa de ganhar muito dinheiro, em pouco tempo e com pequeno investimento inicial, jamais pelo interesse de participar de um incipiente clube social e recreativo. Se não fosse assim, como explicar que, em muitos casos, uma pessoa ou família adquiriu vários “títulos”, quando o título social da “**Vale das Águas Empreendimentos Turísticos**” era do tipo familiar?

Foi assim, através de processos fraudulentos, que os requeridos S7 - ADMINISTRAÇÃO E AGENCIAMENTO DE TÍTULOS LTDA., VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS, RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER obtiveram grandes ganhos ilícitos em detrimento de milhares de pessoas.

Estima-se que a conduta ilícita dos requeridos tenha ocasionado prejuízo econômico há mais de 11.000 (onze mil) pessoas, num montante aproximado, na época, de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

I.4 - O PROCESSO FRAUDULENTO

Os esquemas tipo pirâmide financeira recebem o nome em razão da forma que representa graficamente o sistema. O fundamento do esquema é o recrutamento de novos elementos. São os novos sócios que pagam o antigo e, para serem restituídos, necessitam buscar outros novos sócios.

O problema é que para que ninguém perca dinheiro o esquema teria que continuar *ad infinitum*, o que é impossível, já que o número de sócios, mesmo se considerarmos toda a população da Terra, é limitado.

Na verdade, os novos “sócios” esgotam-se rapidamente, fazendo com que o esquema quebre e a maioria perca tudo o que aplicou. Qualquer esquema de pirâmide está condenado porque exige um número infinito de novos “sócios”.

Não é difícil perceber como o esquema dura pouco e prejudica muitos: se começasse com 01 (uma) pessoa no topo que recrutasse mais 10 (dez) pessoas e cada uma delas mais 10 (dez) e assim por diante, no 10º nível (rodada) a pirâmide reuniria 10 bilhões de pessoas. Bem mais que toda a população da terra em apenas 10 (dez) rodadas!

Eis a representação gráfica:

1
10
100
1.000
10.000
100.000
1.000.000
10.000.000
100.000.000
1.000.000.000
10.000.000.000

Veja-se que a grande maioria das pessoas estaria na base da pirâmide e elas não ganhariam absolutamente nada! Mesmo se ninguém quebrar a “*corrente*” (o que é impossível), 90% (noventa por cento) dos “*sócios*” nada receberia!

Os esquemas de pirâmide são sempre uma fraude. As pessoas são convencidas a participar na ilusão de ganhar muito dinheiro. Na maioria das pirâmides as pessoas são enganadas para dar dinheiro ao seu recrutador. No caso dos autos, as pessoas davam dinheiro aos administradores da pirâmide, os requeridos RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER.

I.5 - O PROCEDIMENTO CRIMINAL

Em 31 de julho de 2000, a Promotoria de Justiça de Palmitos apresentou denúncia contra os ora requeridos RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER, imputando-lhes os crimes contra a economia popular (art. 2º, inc. IX, da Lei n.º 1.521, de 26.12.51) e de estelionato (art. 171, *caput*, do Código Penal).

No dia 28 de abril de 2003 foi publicada a sentença de procedência da denúncia para condenar RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER às penas, cada um, de seis meses de detenção e mais um ano e oito meses de reclusão e dezoito dias-multa, à razão de um trigésimo do valor do salário mínimo vigente à época do fato para cada dia (**doc. 09**).

Finalmente, ao julgar recurso de apelação manejado pelos condenados, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina proveu parcialmente o recurso para afastar da condenação o crime de estelionato e, de ofício reconhecer a prescrição, na forma retroativa, declarando extinta a punibilidade (**doc. 10**).

Mesmo antes de iniciar a ação penal, com fundamento no artigo 125 e seguintes do Código de Processo Penal, visando garantir a indenização aos prejudicados pelo crime, o MINISTÉRIO PÚBLICO ingressou com pedido de seqüestro de todos os valores depositados em contas correntes, imóveis e automóveis em nome da ora requerida VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMIENTOS TURÍSTICOS, e de bens imóveis e automóveis registrados em nome dos requeridos RENEU THIES e OTTO

DAVID STAUFFER, adquiridos após 25 de setembro de 1999, data da constituição da empresa administrada por eles.

O requerimento de seqüestro foi deferido (**doc. 11**) e mantêm-se até hoje, apesar dos inúmeros pedidos e recursos impetrados pelos requeridos.

Os bens objeto do seqüestro determinado nos autos 046.00.000401-0 estão descritos nos documentos ora juntados (**doc. 12**).

Além do mais, importante destacar que, em razão da ação penal, quer pela simples tramitação dela ou pela decisão condenatória, embora reconhecida a prescrição, não se pode cogitar de prescrição civil, por força do artigo 200 do Código Civil.

II - DO DIREITO

I.1 - O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Além de tipificado como crime pela Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1.951, em seu artigo 2º, inciso IX, o que resultou na condenação dos requeridos na esfera criminal e por si só justificaria medida judicial para o ressarcimento dos prejudicados, o procedimento adotado pelos requeridos afronta princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

(...)

Como se viu alhures, o procedimento dos requeridos era extremamente malicioso, pois induzia e instigava consumidores a participarem da *pirâmide financeira*, com a encenação e promessa de lucro fácil e vida afortunada.

Em qualquer das peças publicitárias criadas e divulgadas pelos requeridos é evidente a abusividade e enganosidade da propaganda, não apenas pela promessa de ganhar vultosas somas em dinheiro mas, também, por não prever a possibilidade de desistência com a devolução - nem que fosse em parte - da quantia paga, além de omitir todos os riscos envolvidos no negócio, especialmente o maior deles: o de não receber nada.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 6º, inciso IV, também assegura ao consumidor a proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais e contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos. À evidência, o método de vendas adotado pelos requeridos é coercitivo e desleal, na medida em que vincula todo um grupo de pessoas, na promessa de lucro fácil, à aquisição de um título de clube social que não existia.

O mesmo dispositivo legal, em seu inciso VI, garante ao consumidor efetiva prevenção e reparação contra danos patrimoniais e, na hipótese vertente, a sistemática de venda de títulos de associação arquitetada pelos requeridos traduz, inevitavelmente, prejuízos às pessoas participantes, visto que, em verdade, as pessoas pretendiam participar de uma *pirâmide financeira* e não ingressarem em um incipiente clube social.

Como conseqüência da ilícita sistemática de vendas implantadas pelos requeridos, a contratação imposta aos consumidores contém cláusulas abusivas, consoante artigo 51, incisos II, III, IV, XV e § 1º, inciso I, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, vez que subtraem opção de reembolso; colocam o consumidor em posição de desvantagem exagerada; apresentam-se incompatíveis com a boa-fé e a equidade; estão em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor e ofendem princípios fundamentais do sistema jurídico, constituindo, inclusive, ato criminoso, fato já reconhecido judicialmente.

II.2 - A NATUREZA DOS INTERESSES TUTELADOS

A presente ação civil pública pretende a indenização dos prejuízos sofridos por todos aqueles que foram vítimas de acidente de consumo decorrentes de abusividade das cláusulas contratuais, propaganda enganosa e atos criminosos praticados pelos requerentes.

É certo que, quanto ao interesse reparatório, não se pode falar em indivisibilidade do direito tutelado, uma vez que o ressarcimento dar-se-á em cotas para cada um dos prejudicados. Inegável, contudo, que há homogeneidade fática na origem dos danos que se busca reparar, tendo em vista haverem eles derivados do fornecimento de “serviços” ilegais e prática abusiva, que suscitaram acidentes de consumo.

Daí decorre o ajustamento de tais interesses ao conceito legal de interesses individuais homogêneos, delineado no inciso III, do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo o escólio de ARRUDA ALVIM:

“(...) os interesses ou direitos individuais podem ser também objeto de defesa coletiva, enquanto significativo de interesses e direitos individuais homogêneos do consumidor (ou seus sucessores), que tenham tido origem ou causa comum, no que diz com os fatos geradores de danos, juridicamente iguais e aptos, por isto mesmo a embasar esta ação coletiva. Por homogêneos entendem-se aqueles decorrentes de origem comum, que sejam homogêneos e, por isso, apresentados com uniformidade, o que viabiliza também a chamada defesa a título coletivo, através de um processo de conhecimento, a qual abrangerá esses interesses e direitos nos seus aspectos comuns”.

(Código do consumidor comentado. São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 180).

III - DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III, confere legitimidade ao Ministério Público para *“promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”*.

Incontestável a legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela dos interesses nesta ação versados, tendo em vista expressa disposição do Código de Defesa do Consumidor que, depois de prescrever ser cabível a defesa coletiva na hipótese de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inc. I, II e III), o indica como um dos legitimados para a respectiva ação (art. 82, inc. I).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece no artigo 81 e parágrafo único, inciso III, que *“a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”*, sendo que *“a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”*.

Não é demais lembrar que o artigo 91 afirma que *“os legitimados de que trata o art. 81 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”*.

Diante do exposto, resta evidente a legitimidade do Ministério Público.

IV - DO FORO COMPETENTE

Nos termos do art. 2º da Lei nº 7.347/85, o foro competente para a propositura da ação civil pública é o do local onde ocorrer o dano, não o lugar do ato ou do fato, como seria a regra geral (CPC, art. 100, inc. V, a).

De acordo com o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor a determinação do foro competente varia na conformidade da extensão

do dano.

Art. 93 – Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar em que ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Entendemos, apesar de reconhecidos entendimentos contrários, que se trata de competência relativa.

No mesmo sentido a lição do eminente HUGO NIGRO MAZZILLI:

“Então, qual a natureza da competência em matéria de defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores? Relativa ou absoluta?”

“A nosso ver, tendo o CDC imposto o foro do local do dano para as ações coletivas que versem interesses individuais homogêneos, sem erigi-lo à natureza funcional ou absoluta, e ao propor critérios alternativos para a determinação da competência, e ao propor critérios alternativos para a determinação da competência, com isso instituiu uma modalidade de competência territorial ou relativa. É o que também faz no tocante à aceitação do foro do domicílio do autor, para as ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, quando cria mais uma facilidade para a defesa do consumidor. Com efeito, tanto no caso do art. 93 como no caso do art. 101 do CDC, a competência para as ações coletivas será relativa, embora com algumas peculiaridades, como a impossibilidade de eleger, derogar ou prorrogar foro, pois que não poderiam alguns dos co-legitimados à ação coletiva pactuar ou escolher

foro que vinculasse os demais.

“Em suma, de um lado, é verdade que o CDC fez como a LACP, e também preferiu o local do dano para firmar a competência para a ação coletiva. De outro lado, porém, não seguiu os passos do CDC nem os do ECA para afirmar, por expresso, a competência absoluta para as ações coletivas que versem interesses individuais homogêneos. Isso nos leva a crer que, em matéria de defesa de interesses individuais homogêneos, por ter a lei instituído critério territorial (foro do local do dano ou do domicílio do autor), mas sem ter imposto para a hipótese a competência absoluta, então a competência aí é territorial, em sentido estrito, e, portanto, relativa. Não obstante tenhamos chegado a esta conclusão, devemos convir, porém, que a admissão do critério territorial exigirá algumas peculiaridades, como acima já foi ressaltada, pois a defesa de interesses transindividuais não comporta, v.g., foro de eleição, já que não poderiam os legitimados ativos pactuar foro contratual de sua preferência, que vinculasse os demais co-legitimados.

“Assim, conquanto em regra a competência para as ações civis públicas e coletivas seja absoluta, ainda que determinada pelo local do dano, já o CDC admite critérios de competência territorial ou relativa no tocante à defesa de interesses individuais homogêneos, ou no tocante às ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, que podem ser propostas no domicílio do autor.

“Quanto à competência de que cuidam os arts. 93 e 101 do CDC, entendemo-la, pois, relativa uma vez que, ao contrário do que o fazem o art. 2º da LACP, ou o art. 209 do ECA, os arts. 93 e 101 não

aludiram nem ao critério funcional, nem absoluto, para qualificar a competência.”

(A defesa dos interesses difusos em juízo. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 253/254).

É inegável que, no caso dos autos, nem todos os milhares de prejudicados com a ação criminosa dos requeridos têm domicílio na Comarca de Palmitos. Sabe-se que há vítimas de diversos municípios da região.

Por ser a hipótese de competência relativa, aliada a questões de ordem prática, especialmente a coleta de provas para a ação coletiva, justificam a propositura da ação civil pública na Comarca de Palmitos. É que a ação penal e medidas cautelares penais, como a busca e apreensão de documentos e seqüestro de bens, tramitaram na Comarca. Todo o material apreendido relativo ao caso e que possibilitará identificar os prejudicados e avaliar a extensão do dano, encontra-se aqui depositado.

V - DA CONDENAÇÃO GENÉRICA

Como nesta demanda busca-se a reparação de danos causados a consumidores dos “serviços” prestados pelos requeridos, cumpre consignar que, consoante dispõe o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

A propósito, ADA PELLEGRINI GRINOVER, preleciona que:

“Nos termos do art. 95, porém, a condenação será genérica: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu e a obrigação de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos causados e não dos prejuízos sofridos.

(...)

“Logo se vê que o fato de a condenação ser genérica não significa que a sentença não seja certa ou precisa. (...). E essa certeza é respeitada, na medida em que a sentença condenatória reconhece

o dano e estabelece o dever de indenizar, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação de sentença (...). A sentença genérica do art. 95 é, portanto, certa e ilíquida. Enquadra-se no disposto no art. 586, § 1º, do CPC, que contempla a condenação genérica como aquela que, reconhecendo em definitivo o direito, há de ser liquidada para estabelecer o quantum, ou a res, ou o facere ou non facere”

(Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pp. 813/814).

Conforme já se disse alhures, os prejudicados são milhares. Assim, surge o interesse na prolação de uma única sentença que condene os requeridos a pagar os danos individualmente sofridos pelos prejudicados, interesse este que encontra amparo nos artigos 81, inciso III e 91/100, do Código de Proteção ao Consumidor, os quais prevêm a possibilidade de proteção, na ação civil pública, dos interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

No presente caso, a origem do direito à reparação do dano é a mesma para todas as vítimas que contrataram com os requeridos. Em fase de liquidação, caberá a cada um dos prejudicados, comprovar que contratou com o réu e os prejuízos individuais sofridos (CDC, art. 97).

VI - DA NECESSIDADE DE DIVULGAÇÃO DA AÇÃO

Em razão da inviabilidade ou até mesmo da impossibilidade de se processar a intimação pessoal na hipótese de demanda coletiva, torna-se necessária a divulgação da ação proposta, para possibilitar a intervenção dos interessados no processo, como litisconsortes, que, *in casu*, são indetermináveis (art. 94, do Código de Defesa do Consumidor).

VII - DA MEDIDA LIMINAR

Impõe-se, no caso *sub examine*, a concessão de medida liminar, nos termos do artigo 12 da Lei nº 7.347/85 – “*poderá o juiz conceder mandado liminar com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo*” – e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 84 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

“(…)

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

Assim, de acordo com o dispositivo acima transcrito, os pressupostos para a concessão da medida liminar, de plano ou após justificação prévia, são a **relevância do fundamento da demanda** e o **justificado receio de ineficácia do provimento final**, que nada mais são do que os tradicionais *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni juris* traduz-se na violação, *in casu*, dos direitos básicos do consumidor previstos no artigo 6º, incisos IV e VI, do CDC, já mencionados, uma vez que a prática estabelecida pelos requeridos foi inexoravelmente ilícita (criminosa, até) e danosa aos interesses dos consumidores.

Note-se que o requisito da plausibilidade do direito afirmado também está escudado na condenação criminal dos requeridos, havendo, assim, o reconhecimento judicial da ilicitude dos atos praticados por eles.

Quanto ao *periculum in mora* emerge da necessidade de se assegurar uma sentença judicial útil que, efetivamente, alcance o objetivo de ressarcir os prejudicados pela conduta dos requeridos.

O que se pretende em medida liminar é, simplesmente, a indisponibilidade dos valores depositados em contas correntes, imóveis e automóveis em nome da requerida VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS, e de bens imóveis e automóveis registrados em nome dos requeridos RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER, adquiridos após 25 de setembro de 1999, data da constituição da empresa administrada por eles.

Os bens e valores abarcados pela medida liminar seriam, então, exatamente os mesmos seqüestrados na ação penal (**docs 11 e 12**).

Tal medida é necessária porque os requeridos, sob a alegação inverídica de absolvição na ação penal, estão tentando levantar a medida assecuratória. Fácil imaginar que, liberados os bens e valores bloqueados em razão do seqüestro determinado na ação penal, em poucos dias não haverá mais bem ou valor em nome dos requeridos que garanta indenização aos prejudicados.

Assim, diante da plausibilidade da ação civil pública, urge que, liminarmente, sejam tomadas medidas para a manutenção do bloqueio dos bens determinado no procedimento criminal, sob pena de se tornar ineficaz o provimento jurisdicional requerido, uma vez que poderá não haver patrimônio algum dos requeridos para cobrir a indenização dos prejudicados pela pirâmide financeira promovida por eles.

VIII - DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

a) a concessão de **MEDIDA LIMINAR**, *inaudita altera parte*, com fundamento no artigo 12 da Lei nº 7.347/85, para o fim de se determinar o bloqueio e a indisponibilidade das contas bancárias, imóveis e automóveis em nome da requerida VALE DAS ÁGUAS EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS, e de bens imóveis e automóveis registrados em nome dos requeridos RENEU THIES e OTTO DAVID STAUFFER, seqüestrados nos autos 046.00.000401-1-0/002, visando garantir a satisfação de prejuízos causados as vítimas, tal qual se fez nos autos do pedido de seqüestro n.º 046.00.000401-0;

b) a citação dos requeridos para, querendo, apresentarem resposta à ação civil pública, no prazo de 15 (quinze) dias;

c) seja a presente ação julgada procedente para:

c.1) condenar os requeridos a, genericamente, consoante estabelece o artigo 95 da Lei n.º 8.078/90, indenizarem os prejudicados, ou os seus sucessores, pelos danos por eles individualmente sofridos em consequência da prática ilegal dos requeridos, conforme for apurado, oportunamente, em sede de liquidação de sentença, aplicando-se, se for o caso, o disposto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor;

c.2) a condenação dos requeridos ao pagamento das despesas processuais e verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios cuja destinação será o Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina, conforme previsão do art. 4.º do Decreto 2.666, de 22.11.2004;

d) a publicação do edital a que se refere o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor;

e) provar o alegado por todos os meios de prova admitidos, mormente a documental, vistoria, pericial, testemunhal, cujo rol será depositado em cartório no prazo facultado pelo art. 407 do Código de Processo Civil; e, depoimentos pessoais dos requeridos;

f) a isenção de custas, emolumentos, honorários e despesas processuais (Lei n.º 7347/85, art. 18).

Dá-se à causa, apenas para efeitos processuais, o valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

Pede deferimento.

Palmitos, 30 de novembro de 2006.

JOSÉ ORLANDO LARA DIAS,

Promotor de Justiça

DOCUMENTOS JUNTADOS:

- 01 - Contrato social da a “S7 ADMINISTRAÇÃO E AGENCIAMENTO DE TÍTULOS LTDA.”;
- 02 - panfleto Joker 88;
- 03 - panfleto “conheça o sistema financeiro Joker 88”;
- 04 - ata de criação de grupo Super 7;
- 05 - ata de constituição da Vale das Águas;
- 06 - “Manual de Marketing Vale das Águas”;
- 07 - termo de acordo e concordância;
- 08 - convite para reuniões da Vale das Águas - Super 7;
- 09 - sentença ação penal autos 046.00.000656-0;
- 10 - acórdão ação penal;
- 11 - sentença pedido de seqüestro;
- 12 - bens e valores seqüestrados.

OBSERVAÇÕES:

a) os documentos de n.º 02 a 10 são cópias extraídas dos autos da ação penal 046.00.000656-0.

b) os documentos de n.º 11 e 12 são cópias extraídas dos autos do pedido de seqüestro 046.00.000401-0/0020.

1º PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007
Categoria A: Peça Processual - 3º lugar

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 4ª REGIÃO**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2006.72.05.000194-0

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça Substituto no exercício das atribuições concernentes à Promotoria de Justiça da Comarca de Pomerode, apresenta **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com pedido de antecipação de tutela recursal, contra a decisão proferida pelo juízo federal da 1ª Vara Federal de Blumenau (fl. 145 a 147), que indeferiu pedido de antecipação de tutela em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face da **BRASIL TELECOM CELULAR S.A.** e da **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES**.

Requer o recebimento do recurso e o processamento, de acordo com as formalidades legais, com a reforma da decisão interlocutória, na forma das razões anexas.

Pomerode/SC, 13 de julho de 2006

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça Substituto

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
Edição Especial – Florianópolis – pp 55 a 73

NOME E ENDEREÇO COMPLETO DOS ADVOGADOS

- Agência Nacional de Telecomunicações: Dr. Raimundo Nonato Magalhães de Assunção, procurador federal, mandato ex lege, **sem procuração nos autos**, rua Saldanha Marinho, 205, centro, Florianópolis/SC, CEP 80.010-450;

- Brasil Telecom S.A.: sem procurador constituído nos autos (**ainda não apresentou contestação**), com sede na Avenida Madre Benvenuta, 2080, Bairro Itacorubi, na cidade de Florianópolis/SC, CEP 88.035-900;

- Ministério Público Federal: Dr. João Marques Brandão Neto, procurador da República, rua XV de Novembro, 1305 - 10º andar, Centro, Blumenau/SC, CEP 89.010-003;

- Ministério Público do Estado de Santa Catarina: Dr. Eduardo Sens dos Santos, promotor de Justiça, rua XV de Novembro, 700, Pomerode/SC, CEP 89.107-000.

DOCUMENTOS QUE INSTRUEM O AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Decisão agravada
- Cópia do comprovante de intimação da decisão agravada
- Petição inicial
- Documentos acostados à petição inicial

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES
FEDERAIS
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

RAZÕES RECURSAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

1. SÍNTESE DO PROCESSADO

Em litisconsórcio ativo, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propuseram ação civil pública perante a 1ª Vara Federal de Blumenau com o objetivo de ver tarifadas como locais as chamadas telefônicas realizadas entre Pomerode e Blumenau e entre Blumenau e Pomerode, com a cominação de multa em caso de descumprimento da obrigação.

Alegou-se, em síntese, que o Município de Pomerode compõe a região metropolitana de Blumenau, conforme disposição legal em vigor¹, e que existe comprovada conurbação entre os municípios, de modo que constituem um todo contínuo, como se comprovou por fotografias e croquis.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo magistrado a quo, entendendo ausente a verossimilhança da alegação sob o fundamento de que os critérios de tarifação não se prendem necessariamente à divisão político-geográfica dos municípios envolvidos.

Contra essa decisão se insurge o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, pelas razões que adiante exporá, requerendo sua reforma para o fim de deferir integralmente o pedido formulado.

2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Os pressupostos processuais objetivos estão presentes: o recurso

1 Art. 6º da Lei Complementar Estadual nº 162/1998: “O Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana do Vale do Itajaí será integrado pelos municípios de Blumenau, Pomerode, Gaspar, Indaial e Timbó”.

de agravo de instrumento é o cabível e adequado (art. 522 do CPC); é interposto tempestivamente (art. 188 e art. 522 do CPC²); apresenta regularidade formal (art. 514 do CPC); o recorrente está dispensado de preparo (art. 511, §1º, do CPC); e, por fim, não há fatos impeditivos ou extintivos do direito recursal.

Igualmente estão presentes os pressupostos subjetivos: o recorrente tem interesse jurídico e legitimidade (art. 499, §2º, do CPC).

No que diz respeito à legitimidade do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, note-se que, em face da redação do art. 5º, §5º, da Lei da Ação Civil Pública, bem como por força da regra do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, é plenamente admitida a legitimidade ativa concorrente entre os Ministérios Públicos³. Assim, via de conseqüência, por similitude de raciocínio, também é concorrente a legitimidade recursal, já que uma decorre da outra (se a parte é admitida como autora deve ser admitida como recorrente).

Hugo de Nigro Mazzilli, no capítulo de sua obra em que enfoca a questão do litisconsórcio entre Ministérios Públicos, ensina que “a organização do Ministério Público de hoje necessariamente nada tem a ver com a dos órgãos jurisdicionais: o Ministério Público tem inúmeros órgãos que não exercem atuação em juízo, assim como tem outros que oficiam em mais de um juízo [...] Em nada se desnatura o princípio federativo se o Ministério Público estadual detiver algumas funções perante a Justiça Federal ou se o Ministério Público federal as tiver perante a Justiça Estadual, como até há poucos anos ocorria nas execuções fiscais e ainda ocorre na Justiça eleitoral e trabalhista”⁴.

E conclui: “Admitido o litisconsórcio, diz a lei que cada um dos litisconsortes será considerado, em relação à parte adversa, como litigante distinto, e os atos e omissões de uns não prejudicarão nem beneficiarão os outros (CPC, art. 48). Entretanto, no litisconsórcio de

2 O Ministério Público do Estado de Santa Catarina foi intimado da decisão somente no dia 3 de julho de 2006, por mandado que foi juntado aos autos em 7 de julho.

3 Vide §5º do art. 5º da Lei n. 7.347/85: “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei”. Vice a interpretação dada pelo STJ no REsp nº 222.582/MG.

4 MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 303.

Ministérios Públicos diversos em ação civil pública, os atos benéficos de um aproveitarão ao outros, e a ação deverá ser decidida da mesma maneira para eles (ex.: produção de provas, interposição de recurso contra a improcedência etc.). Por outro lado, cada litisconsorte terá o direito de promover o andamento do processo, devendo todos ser intimados dos respectivos atos (CPC, art. 49)”⁵.

Nada obsta, portanto, seja admitido o recurso que ora é interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina no caso dos autos.

3. MÉRITO

Este recurso se insurge contra a decisão proferida fundamentalmente por entender que não podem as ligações entre o município sede da região metropolitana e outro município da mesma região, como é o caso de Blumenau e Pomerode, ser tarifadas como de longa distância.

Além disso, entende o Ministério Público que os critérios técnicos exigidos pela Anatel são plenamente atendidos na hipótese dos autos, como se comprovou documentalmente em primeiro grau, motivo pelo qual o sistema de tarifação de longa distância não só é extremamente prejudicial às populações envolvidas como – talvez seja melhor não conhecer os motivos – atende exclusivamente a interesses da operadora de telefonia fixa.

3.1. SITUAÇÃO FÁTICA

Entre o centro de Blumenau e o de Pomerode há aproximadamente 25 km de distância, trecho equivalente ao que há de Porto Alegre a Guaíba, por exemplo. Por outro lado, o bairro mais afastado de Blumenau, a Vila Itoupava, fica a aproximadamente 30 km do centro de Blumenau.

Em todo o trajeto entre Blumenau e Pomerode, como é notório, a região tem grande densidade populacional e inúmeras empresas instaladas. A partir de Blumenau o comércio de veículos novos e usados,

5 Obra citada, p. 304.

grandes empresas têxteis como a Karsten S.A., gigante no ramo, todo o pequeno comércio e as residências tradicionais que já fazem parte da cultura da região do Vale do Itajaí preenchem a paisagem de forma constante, podendo-se falar em verdadeira área conurbada⁶, ou seja, um conjunto só entre as duas cidades, em continuidade, em seqüência, praticamente como se estivesse ainda em um bairro de Blumenau.

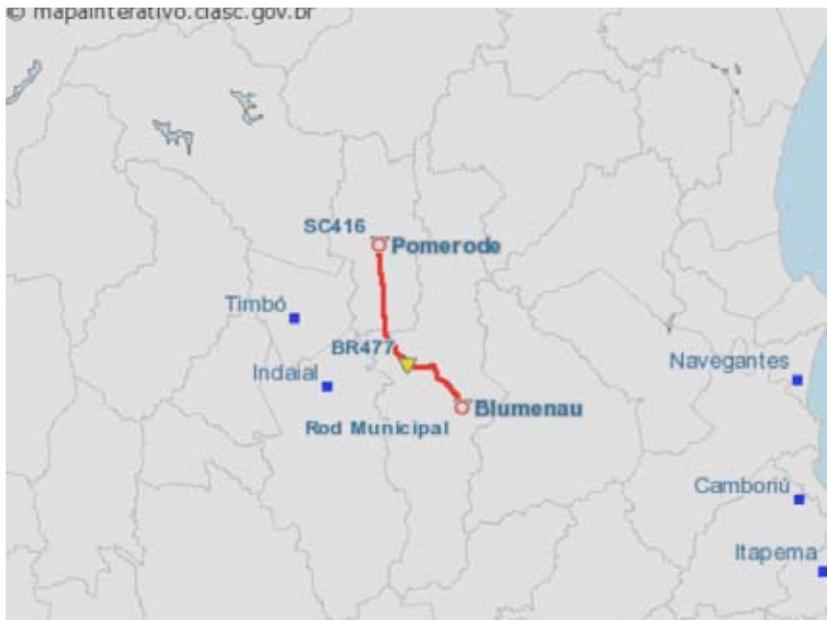
Já em Pomerode, a poucos metros da divisa entre os municípios, está situada a empresa Weiku do Brasil, multinacional alemã na área de PVC, seguida pela empresa Kyly Ltda., produtora e exportadora de roupas infantis, demonstrando novamente a continuidade urbana.

O mapa abaixo demonstra mais claramente a posição geográfica de ambas as cidades.



6 Colhe-se do Aurélio Eletrônico: Verbete: conurbação: conjunto formado por uma cidade e seus subúrbios, ou por cidades reunidas, que constituem uma seqüência, sem contudo, se confundirem.

E o mapa que segue ilustra o trajeto percorrido de uma cidade a outra:



Note-se que entre o centro de Blumenau e o centro de Pomerode há distância inferior à que existe entre o centro de Blumenau e o ponto mais setentrional de Blumenau, o bairro Vila Itoupava.

Além disso, como se demonstrou pelo croqui elaborado pela Secretaria Municipal de Planejamento de Pomerode e acostado à inicial da ação civil pública, neste trajeto a distância entre a última casa da cidade de Blumenau e a primeira casa da cidade de Pomerode não passa de 60 metros.

Justamente pela ocorrência desta verdadeira conurbação é que a Lei Complementar Estadual nº 162/1998 reconheceu **Pomerode como integrante da região metropolitana de Blumenau**. Eis o teor do art. 6º da Lei Complementar Estadual nº 162/1998: “O Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana do Vale do Itajaí será integrado pelos municípios de Blumenau, Pomerode, Gaspar, Indaial e Timbó”.

Ademais, o Código de Zoneamento de Pomerode, como se demonstrou pelos documentos juntados em primeiro grau, considera o

trajeto entre os municípios como área urbana: em Pomerode, **a rodovia que liga as cidades, a SC-418, é denominada rua XV de Novembro, a mesma onde está instalada a prefeitura e o fórum.**

A continuidade se evidencia também pelas estreitas relações econômicas entre uma cidade e outra. Ao passo que Blumenau dispõe aos cidadãos de Pomerode comércio e serviços mais complexos, Pomerode serve ao povo de Blumenau por seus restaurantes, suas empresas e suas indústrias, que empregam grande quantidade de blumenauenses.

Há, na verdade, profunda e permanente relação entre Pomerode e Blumenau, não só no aspecto cultural, mas também no aspecto econômico, relação idêntica à que há entre os bairros mais afastados de Blumenau e o Centro, como aliás ocorre em qualquer cidade e qualquer centro metropolitano.

E esta relação íntima entre os municípios, como já se espera estar claro neste momento, é gerada exatamente pela continuidade urbana entre os municípios, **fato admitido pela própria Anatel, em resposta a questionamento formulado pelo Ministério Público.** Segundo relatório de fiscalização nº 53, datado de 30 de julho de 2004, foi "**constatada continuidade urbana na área limítrofe, através do bairro Testo Salto (não cadastrado no STAA) pertencente à localidade sede de Blumenau, com o bairro Testo Central (não cadastrado no STAA) pertencente à localidade sede de Pomerode (VIA SC-418)**" (fl. 64).

Em decorrência desses fatos, como se viu em primeiro grau, tem a Anatel a obrigação de determinar à Brasil Telecom S.A. que tarife as ligações entre Blumenau e Pomerode como locais, e não como de longa distância, como vem procedendo até o momento em desrespeito ao Direito do Consumidor e aos próprios regulamentos.

Na prática, os consumidores de ambos os municípios não terão de se utilizar dos códigos de longa distância nacional (14 ou 21) e as tarifas telefônicas diminuirão consideravelmente, fato da mais alta relevância em tempos em que os valores por chamada alcançam patamares absurdos.

Deve-se frisar, por fim, que, em tratamento claramente anti-isonômico, a Anatel e a Brasil Telecom S.A. consideram o município de Gaspar como área contínua a Blumenau, mas, sem qualquer razão plausível, não conferem o mesmo tratamento a Pomerode, igualmente

cidade da região metropolitana de Blumenau, conforme texto da Lei Complementar Estadual nº 162/98.

Por outro lado, não apontam qualquer dificuldade em tarifar como locais as ligações entre o centro de Blumenau e o distante bairro de Vila Itoupava, que distam mais de 30 km.

3.2. REGIÃO METROPOLITANA - JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

Como ressaltado e comprovado em primeiro grau, **Pomerode faz parte da região metropolitana de Blumenau**, conforme disposição expressa da Lei Complementar nº 162/1998: “O Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana do Vale do Itajaí será integrado pelos municípios de Blumenau, **Pomerode**, Gaspar, Indaial e Timbó”.

No entanto, a Brasil Telecom S.A. e a Agência Nacional de Telecomunicações, sabedoras e reconhecedoras deste fato, mantêm-se na posição inerte e flagrantemente ilegal que fecha os olhos para tal fato. Como argumento, levantam questões como engenharia de redes e aspectos técnicos dos mais diversos, sem nunca, contudo, indicar em que consistem tais questões engenharia.

Em outras palavras, o argumento da Anatel é o de que a “engenharia das redes” de telecomunicações não permite de forma razoável a tarifação como local entre os dois municípios. E ponto! Não demonstram a situação atual da engenharia das redes, não informam em que consiste a tal engenharia e, em suma, trazem ao Judiciário um argumento tecnocrático para impedir que se alcance a verdade dos fatos, pois a verdade, se é que existe, essa apenas a alguns ilustrados da própria Agência toca.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no entanto, consciente desta flagrante injustiça, vem seguidamente determinando que as operadoras de telefonia fixa se ajustem à realidade social e, entre duas cidades da mesma região metropolitana, façam operar tarifação local.

O primeiro precedente que se colhe da jurisprudência é o acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2001.04.01.07165-5/PR, julgado em 6 de dezembro de 2001, cuja ementa é a seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DEFERIMENTO DE LIMINAR. TARIFAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS. **REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA/PR. MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE DO SUL. TARIFA DE LIGAÇÃO LOCAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 14/73. MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO. § 4º DO ART. 461 DO CPC.**

Os requisitos à concessão da liminar pleiteada são expressos na legislação processual pátria, não havendo ilegalidade na decisão guerreada, é de ser mantido o decisum 'a quo', a fim de evitar danos à parte adversa.

Uma vez que pela Lei Complementar nº 14/73 o município de Campina Grande do Sul compõe a região metropolitana de Curitiba, a tarifação dos serviços telefônicos entre o referido município e os demais componentes da citada região se dará considerando as ligações efetuadas como locais, sob pena de acarretar prejuízos irreparáveis à população de usuários.

A teor do § 4º do art. 461 do CPC, é lícito ao juiz aplicar multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Essa orientação, embora em desacordo com posicionamento anteriormente assumido em relação à matéria discutida, reflete o atual entendimento da unanimidade desta Quarta Turma [grifou-se].

Posteriormente, em decisão que reflete caso muito semelhante ao dos autos, também o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que, se um município como o de Eldorado do Sul/RS dista de Porto Alegre mais do que o município de Guaíba, e se este tem tratamento local, não há razão para o mesmo tratamento não ser dado ao município de Eldorado do Sul.

Aqui o raciocínio é exatamente o mesmo. Se o município de Pomerode dista de Blumenau menos que o bairro de Vila Itoupava e tanto

quanto o município de Gaspar, não há razão para que Pomerode seja tratado como área diversa e Vila Itoupava e Gaspar como áreas locais.

Eis a ementa do acórdão proferido na Apelação Cível nº 2002.71.00.014675-5, julgada em 30 de junho de 2004:

ADMINISTRATIVO. **REGIÃO METROPOLITANA DE PORTO ALEGRE. MUNICÍPIO DE EL-DORADO DO SUL. LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. REGIME TARIFÁRIO. CONURBAÇÃO.**

Consoante o disposto nos arts. 4º e 8º, da Resolução ANATEL 85/98 (Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado), o serviço telefônico local destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados e situados em uma mesma área local, definida esta com a consideração do interesse econômico, da continuidade urbana, da engenharia das redes de telecomunicações e das localidades envolvidas.

Se o Município de Guaíba, limítrofe do Município de Eldorado do Sul e mais distante de Porto Alegre do que esse, recebe tratamento de área conurbada, **justamente por compor a Região Metropolitana de Porto Alegre**, não há como sustentar que o Município de Eldorado do Sul tenha qualquer outra restrição ou limitação que impeça o mesmo tratamento.

Por fim, mais recentemente, agora num caso em Santa Catarina, em que também se litisconsorciaram ativamente o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, o Tribunal da 4ª Região considerou obrigatória a tarifação como local entre São Pedro de Alcântara e Florianópolis, por estar aquele incluído na região metropolitana da Capital.

Eis a ementa do Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.051616-3/SC:

ADMINISTRATIVO. TELEFONIA FIXA. TARI-FAS INTERURBANAS. **REGIÃO METROPOLI-**

TANA DE FLORIANÓPOLIS. CONURBAÇÃO.

Uma vez que o município de São Pedro de Alcântara compõe a Região Metropolitana de Florianópolis, a tarifação dos serviços telefônicos entre o referido município e os demais componentes da citada região se dará considerando as ligações efetuadas como locais, sob pena de acarretar prejuízos irreparáveis à população de usuários.

Em resumo, portanto, podem-se extrair duas regras da jurisprudência do Tribunal Regional Federal: a) devem ser tarifadas como locais ligações entre municípios da mesma região metropolitana; b) por isonomia, se as ligações realizadas entre municípios próximos é considerada local, também devem ser consideradas locais as ligações realizadas entre outros municípios próximos (Guaíba e Porto Alegre, Eldorado do Sul e Porto Alegre, Campina Grande do Sul e Curitiba, São Pedro de Alcântara e Florianópolis).

No caso dos autos não há razão, portanto, para que a cidade de Pomerode não seja considerada área local de Blumenau: faz parte de sua região metropolitana e dista aproximadamente 25 Km de Blumenau.

3.3. LEGISLAÇÃO DESRESPEITADA

De tudo o que se vê nos autos não há dúvidas: a Agência Nacional de Telecomunicações e a empresa Brasil Telecom S.A. fazem pouco caso da legislação brasileira e de seus próprios regulamentos, isolando aos poucos a cidade de Pomerode de sua irmã Blumenau. E esta prática, não é demais salientar, é absolutamente arbitrária, porque **Pomerode preenche todos os requisitos ditados pela própria Agência Reguladora.**

Pelo que se nota da Resolução nº 85/1998 (fl. 15) que dispõe sobre o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, por questão simples de hermenêutica, pesam muito mais, na definição das áreas locais, o interesse econômico e a continuidade urbana que a chamada “engenharia de redes de telecomunicações”, pois no artigo 4º expressa o Regulamento a seguinte definição:

Art. 4º. As Áreas Locais são definidas pela Agência,

considerando:

I - o interesse econômico;

II - a continuidade urbana;

III - a engenharia das redes de telecomunicações;
e

IV - as localidades envolvidas.”

E, frise-se novamente, a Lei Complementar Estadual nº 162/1998 também é clara ao declarar que “O Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana do Vale do Itajaí será integrado pelos municípios de Blumenau, **Pomerode**, Gaspar, Indaial e Timbó”.

A bem da verdade, a legislação estadual nada faz além de materializar juridicamente uma situação fática econômica e social existente - a conurbação entre as áreas dos municípios limítrofes a Blumenau -, de modo que a Anatel e a Brasil Telecom não podem simplesmente optar por manter a tarifação como bem lhes aprouver, e menos ainda sob o frágil e obscuro argumento de que a engenharia de redes impede outra solução.

Em outras palavras: Pomerode preenche todos os requisitos ditados pela própria Agência Reguladora que, no entanto, insiste em desafiar a jurisprudência já tranqüila do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Ao Poder Judiciário cumpre reparar tamanha arbitrariedade. É inadmissível que empresas concessionárias de serviços públicos, essenciais à população, atuem de forma tão ilegal, afastando as famílias, pessoas ligadas por laços bem mais estreitos do que se pode aferir numa simples reflexão, de forma a prejudicar o comércio, a integração regional e dificultar o progresso que tem como premissa a comunicação entre os cidadãos.

Não há dúvidas, por outro lado, de que a ação das agravadas desrespeitou direitos básicos dos consumidores. Dentre as violações, podemos destacar os artigos 39 e artigo 51 da Lei nº 8.078/90, que rezam:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, **dentre outras práticas abusivas:** [...]

V - exigir do consumidor **vantagem manifesta-**

mente excessiva;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]

§ 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...]

III – se mostra **excessivamente onerosa** para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

No caso em exame, há claro abuso na definição do sistema de tarifação pela Anatel, em evidente e desmedida vantagem da Brasil Telecom S.A., tudo em prejuízo dos usuários de telefonia fixa, especialmente dos residentes em Pomerode.

Veja-se que situações como a engenharia de redes não podem ser suscitadas para justificar a atual situação porque, em casos semelhantes, a tarifação é local e não há qualquer dúvida de ser esta a solução mais justa⁷. Veja-se, por exemplo que se um morador do bairro Vila Itoupava, em Blumenau, distante mais de 30km do centro de Blumenau, discar para o prédio da Justiça Federal em Blumenau, pagará uma ligação local, ao passo que se um morador do bairro Testo Central, em Pomerode, fizer a mesma ligação, embora esteja a pouco mais de 15 km do centro de Blumenau, pagará uma ligação de longa distância.

Diante desses fatos, e da injustiça que representa a falha no sistema

⁷ Veja-se que no Informe nº 312, da Anatel, ficou consignado que “4.2.8. A continuidade urbana, em face de sua importância como parâmetro definidor de área local, e o fato de localidades de municípios distintos pertencerem à mesma área local, na data da vigência do regulamento, foram considerados, no projeto, como condição necessária e suficiente para que seja aplicado tratamento de área local à prestação de serviços de telecomunicações em localidades com essa característica, em qualquer situação, mesmo quando a continuidade urbana seja observada entre localidades de áreas de numeração distintas” (fl. 51).

de tarifação imposto pela Agência Nacional de Telecomunicações aos consumidores do serviço de telefonia fixa na região, é imprescindível a urgente tutela jurisdicional para o fim de compelir as requeridas a considerarem como locais todas as ligações realizadas entre Pomerode e Blumenau.

3.4. DECISÃO AGRAVADA

Apesar de toda a cultura do magistrado de primeiro grau, a decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela merece reforma. Como se observa de sua leitura, a decisão se pautou pelo argumento de que os critérios de tarifação obedecem não apenas a critérios político-geográficos, mas também a “critérios preponderantemente técnicos, os quais, por isso, refogem ao âmbito de exame pelo Judiciário, pena de este, ao intervir em questões tais, comprometer a qualidade dos serviços prestados”.

Com o devido respeito, o fundamento não é o mais correto.

Observou-se durante o transcorrer deste recurso e da petição inicial que atualmente a Anatel pauta sua decisão sobre a forma de tarifação pelo disposto na Resolução n. 373/2004.

Tal Ato Normativo é bastante claro ao determinar que “serão observados os seguintes critérios para efeito de prestação do STFC: [...] III – devem ter tratamento local e ser incluídas no Anexo II as localidades de áreas locais distintas que, a qualquer instante, **se enquadrem na definição de áreas com continuidade urbana**”⁸.

Aí se tem bastante claro o principal elemento na formação da convicção da Agência Nacional de Telecomunicações sobre as áreas locais: a continuidade urbana.

E, como já se repetiu aqui, não há dúvidas acerca da continuidade urbana entre os municípios, fato confessado pela própria Anatel e materializado pela **Lei Complementar nº 162/1998, que declara Pomerode município da região metropolitana de Blumenau**.

Não se há de fazer preponderar, em momento algum, critérios

8 Art. 7º, III, da Resolução nº 373/2004.

técnicos desconhecidos até mesmo pelos representantes da Agência de Telecomunicações (não indicam quais seriam esses critérios), motivo pelo qual a decisão de primeiro grau, ao sustentar tal posicionamento, deixa ao arbítrio da Agência toda e qualquer decisão, retirando até mesmo do Judiciário a possibilidade de impedir o dano.

Em outras palavras: a vingar a tese de que os critérios técnicos impedem a revisão de atos flagrantemente ilegais da Anatel, haverá em verdade um Quarto Poder, mais forte que o próprio Executivo e que o próprio Legislativo, pois, ao passo que estes podem ter suas decisões revistas em juízo, o da Anatel jamais o terá, já que é órgão técnico por excelência.

4. NECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL

Segundo dispõe o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, “na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Para tanto, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

No caso dos autos, pretende-se, além das indenizações, comando judicial que determine o cumprimento de obrigação de fazer, consistente em **alterar o sistema de tarifação para permitir ligações telefônicas locais entre os consumidores de Pomerode e os de Blumenau.**

O fundamento da demanda (*fumus boni juris*) é relevante, como apontado, até porque há farta jurisprudência a respeito, inclusive no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O *periculum in mora* também é justificado, pois uma vez exigida tarifa superior à devida, será improvável que os consumidores consigam futuramente ver-se ressarcidos dos valores cobrados indevidamente.

Saliente-se, ainda, que por se tratar de questão diretamente afeta à economia de duas cidades, o dano não é experimentado apenas pe-

los consumidores do serviço de telefonia fixa, mas colateralmente pela população em geral, notadamente quando por via reflexa serviços se tornam mais caros em decorrência das altas tarifas.

Deve, portanto, ser imposta multa diária às rés, entendendo o Ministério Público ser suficiente e compatível com a obrigação valor não inferior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por dia de atraso, para cada uma das requeridas.

Por outro lado, frise-se não haver perigo algum de irreversibilidade do provimento antecipatório, porque, de qualquer forma, podem ser facilmente reavidos os valores que deixarem de ser cobrados, bastando para tanto a inclusão do débito nas faturas seguintes.

Por isso, urge que a decisão seja reformada para conceder a tutela inibitória requerida em primeiro grau de jurisdição em sua integralidade.

5. LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL

Por força da alteração promovida no art. 522 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.187/2005, incumbe agora ao Ministério Público demonstrar que a manutenção da decisão agravada até a sentença é suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação.

E, de fato, no caso dos autos não há a menor dúvida de que a decisão gera incomensurável prejuízo difuso (lesão grave), porque mantém sistema de tarifação flagrantemente ilegal e anti-isonômico, exigindo vantagens indevidas de número imenso de cidadãos dos municípios envolvidos (Blumenau tem aproximadamente 350 mil habitantes e Pomerode pouco mais de 27 mil).

Essa lesão, não bastasse apenas a sua gravidade para sustentar o recebimento deste agravo de instrumento, é de dificílima reparação. Ao contrário da operadora de telefonia, que pode facilmente exigir em faturas seguintes o valor que entende correto, em caso de a antecipação da tutela ser revogada ao final, jamais poderá cada um dos lesados exigir com a mesma eficiência o que lhe é devido se não for deferida a antecipação da tutela recursal.

Em outras palavras, recebido o recurso como agravo retido, fa-

talmente o dano gerado durante todo o trâmite do processo jamais será compensado adequadamente, nem mesmo pela compensação financeira ao final. Vale lembrar, a respeito do tema, a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

Se a Justiça Civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com metro da pecúnia⁹.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina requer:

a) o recebimento do presente agravo de instrumento;

b) a antecipação dos efeitos da tutela recursal para o fim de reformar a decisão interlocutória proferida e deferir os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, determinando à Brasil Telecom:

b1) a imediata sustação da cobrança de tarifas de longa distância sobre ligações telefônicas realizadas entre terminais telefônicos instalados na cidade de Pomerode e Blumenau, com a eliminação da necessidade de discagem do código de operadora para ligações locais, concedendo-se, para tanto, prazo de 10 (dez) dias para a efetiva implantação da obrigação de fazer;

b2) que insira nas faturas dos consumidores dos Municípios de Blumenau e Pomerode, no mês subsequente ao da intimação da decisão, a seguinte inscrição: “De acordo com decisão proferida pela Justiça Federal, a pedido do Ministério Público Federal e do Ministério Público

9 *Temas de Direito Processual*. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 24.

do Estado de Santa Catarina (Promotoria de Pomerode), foi suspensa a cobrança de tarifa de longa distância (interurbano) nas ligações entre os municípios de Pomerode e Blumenau”;

c) a fixação de multa diária, para cada requerida, de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para caso de descumprimento da decisão de antecipação de tutela – no caso da Anatel, a multa deve ser pessoal ao Presidente da Agência;

d) a publicação de edital nos termos do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor;

e) a intimação das agravadas para, em assim querendo, responderem ao presente recurso;

f) ao final, o provimento integral do recurso para confirmar a antecipação da tutela recursal e todos os pedidos formulados nos itens “b” e “c” acima.

Pomerode/Blumenau, 13 de julho de 2006

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça Substituto

1º PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007
Categoria A: Peça Processual - 3º lugar

Max Zuffo
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXCELENTÍSSIMO JUIZ ELEITORAL DA 74ª ZONA ELEITORAL
DE SANTA CATARINA**

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, por intermédio de seu Promotor Eleitoral, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, vem perante V. Exa., com amparo no 47 da RES 21.608/2004 TSE e demais dispositivos legais, interpor o presente **RECURSO CONTRA A DECISÃO DA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA** movida pelo Ministério Público Eleitoral contra **ABEL SCHROEDER**, brasileiro, casado, RG n.º 482908-5/SSP/SC, CPF n.º 311.392.809/53, domiciliado e residente na R. Barão do Rio Branco, 174, Vila Nova, Rio Negrinho/SC, nos moldes das razões que seguem anexas.

Requer o Ministério Público Eleitoral, desse modo, sejam adotados os ditames da Resolução TRE-SC 7.526/2007, no trâmite do presente recurso.

Rio Negrinho, 21 de fevereiro de 2007.

MAX ZUFFO
Promotor Eleitoral

AUTOS N.º 002/2007 - 74ª ZONA ELEITORAL - RIO NEGRINHO/SC

PROTOCOLO 518

RECURSO INOMINADO

RAZÕES DE RECURSO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

RECORRIDO: ABEL SCHROEDER

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL

O Ministério Público Eleitoral impugnou o registro da candidatura de Abel Schroeder ao pleito eleitoral que será realizado em 11 de março de 2007 em Rio Negrinho, nos moldes da Resolução TRE-SC n.º 7.526/2007, em razão dos seguintes argumentos constantes da petição inicial, os quais não serão aqui transcritos na íntegra para evitar tautologia:

a) por ter sido comprovado que o réu Abel Schroeder, em razão da prática da conduta vedada na alínea “b” do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/1997¹, de molde a caracterizar abuso de poder político e econômico, teve seu diploma de Vice-Prefeito cassado, com suporte no

1 Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...];

VI – nos três meses que antecedem o pleito:

[...]

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

art. 262, inciso IV², c/c os arts. 222³ e 237⁴ do Código Eleitoral, tendo causado assim, com base no disposto no art. 224 do Código Eleitoral⁵, a anulação daquela eleição e sua conseqüente **RENOVAÇÃO**, sendo este fato, segundo a atual interpretação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE – RESPE N° 25775 e e RESPE 19.878), impeditivo do registro de sua candidatura, já que a referida corte entende que aquele que tiver dado causa à anulação do pleito não poderá participar da sua **renovação**, em observância ao princípio da razoabilidade;

b) por ter o réu, em razão dos inúmeros recursos manuseados na Ação de Investigações Judicial Eleitoral, no Recurso contra a Diplomação e na Impugnação de Mandato Eletivo, postergado a realização das eleições previstas no art. 224 do Código Eleitoral por muito tempo, tendo, apenas quando se aventou a possibilidade da realização de eleições indiretas, em virtude do decurso de mais da metade do mandato 2004/2008, conforme disposto no art. 92 da Lei Orgânica Municipal⁶, renunciado ao cargo de Prefeito Municipal, visando, com isso, realizar novas eleições, circunstância que reforça, ao sentir do Ministério Pú-

2 Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos:
[...]

IV – concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos, na hipótese do art. 222

3 Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

4 Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

5 Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

6 Art. 92. Em caso de impedimento do Prefeito e do Vice-Prefeito ou vacância dos respectivos cargos serão sucessivamente chamados ao exercício do cargo o Presidente da Câmara e o Vereador eleito pelo Plenário com a maioria absoluta dos votos, que completarão o período se as vagas ocorrerem na segunda metade do mandato.

Art. 93. Ocorrendo as vagas na primeira metade do mandato, far-se-á a eleição direta noventa (90) dias depois de aberta a última vaga, cabendo aos eleitos completar o período de mandato.

Parágrafo único. Enquanto o substituto legal não assumir, responderão pelo expediente da Prefeitura, sucessivamente, o Secretário Municipal de Negócios Jurídicos e o Secretário Municipal de Administração, com o auxílio da consultoria jurídica. (Redação conforme a Emenda à Lei Orgânica nº 11, de 20 de julho de 2004)

blico Eleitoral, ainda mais a necessidade de cassação de seu registro, uma vez que além de dar causa à renovação da eleição municipal em razão da prática da conduta vedada na alínea “b” do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/1997, o réu ainda deu causa à eleição em virtude de sua renúncia;

c) a constatação de que o candidato réu teve suas contas rejeitadas pelo TCE-SC, fato que mesmo que ainda pendente de recurso, impõe a cassação do registro de sua candidatura, consoante a interpretação que o TSE vem dando à aplicação conjunta do art. 14, §9º, CF⁷ e da alínea “g” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, especialmente em razão de alguns fatos que ensejaram a rejeição de contas do candidato já foram ajuizadas contra o réu a Ação Civil Pública n.º 055.05.002640-7 e da Ação Civil de Improbidade Administrativa 055.06.001829-6, as quais, em síntese, apontam a prática de atos lesivos ao meio ambiente e ao erário público, com a utilização indevida de verbas do fundo de contingência do Município de Rio Negrinho, ao arrepio da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Após trâmite regular, não obstante a supressão do fase processual prevista no art. 11 da Resolução TRE-SC 7.526/2007, foi prolatada sentença pelo Juiz Eleitoral, a qual indeferiu as Impugnações ao Registro de Candidatura formulada pelo Ministério Público Eleitoral, assim como aquela interposta pela Coligação O Melhor para Rio Negrinho em razão, em síntese, dos seguintes argumentos:

I) os argumentos expendidos pelo Ministério Público Eleitoral e pela coligação impugnante foram errôneos, já que *“a eleição em Rio Negrinho será renovada não em virtude da cassação do diploma de Abel pela Justiça Eleitoral, mas sim em função de sua renúncia, e conseqüente vacância do cargo”*;

II) ausência de caracterização da hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da Lei Complementar n.º 64/90, uma vez que a rejeição de contas do candidato, nos termos do Parecer Prévio do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, ainda pende de recurso,

7 Art. 14. § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

não podendo ser declarada, nestes moldes sua inelegibilidade.

Contra essa decisão se insurge o Ministério Público Eleitoral, nos moldes que seguem.

I - DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES TSE - RESPE Nº 25775 E RESPE 19.878 AO CASO CONCRETO INDEPENDENTEMENTE DA RENÚNCIA ABUSIVA DO CANDIDATO ABEL SCHROEDER:

1.1. DO HISTÓRICO DO PROCESSO ELEITORAL PARA A LEGISLATURA DE 2004/2008 EM RIO NEGRINHO - DA CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS DOS CANDIDATOS ALMIR KALBUSCH E ABEL SCHROEDER EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO AO ART. 73, IV, ALÍNEA "B" DA LEI 9.504/97.

Como já afirmado anteriormente, o processo eleitoral destinado à escolha do Prefeito e Vice-Prefeito Municipal para a legislatura 2004/2008 iniciou-se em Rio Negrinho seguindo os ditames constitucionais e da legislação eleitoral, com especial atenção aos ditames da Resolução TSE n. 21.518/2003, que definiu o calendário eleitoral para o processo eleitoral destinado à eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores para aquele mandato.

Como se sabe, esse processo, contudo, não se encerrou com a diplomação e posse dos candidatos eleitos para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito.

Isso porque, em razão da prática de atos que violaram os ditames do art. 73, IV, alínea "b" da Lei 9.504/97, a Coligação Frente para Renovação ajuizou a Ação de Investigação Judicial Eleitoral para apurar a prática de atos de abuso do poder político e utilização indevida dos meios de comunicação pelo candidato à reeleição Almir José Kalbusch, consistente na veiculação de publicidade institucional pela coligação deste por intermédio do programa diário de veiculação do Município de Rio Negrinho, na Rádio Rio Negrinho, durante o período proscrito pelo art. 73 desta Lei 9.504/97.

A Ação de Investigação Judicial Eleitoral teve o seu trâmite

durante o pleito eleitoral de 2004, tendo sido julgada apenas após a diplomação de Almir Kalbusch e Abel Schoroeder, os quais se sagraram vencedores das eleições municipais, e que foi julgada parcialmente procedente para declarar a inelegibilidade do réu Almir Kalbusch nos três anos subseqüentes ao pleito, decisão esta mantida tanto pelo TRE-SC, quanto pelo TSE.

O Ministério Público Eleitoral, por sua vez, com fundamento no art. 73, VI, “b”, da Lei nº 9.504/97, ajuizou Ação de Impugnação de Mandato Eletivo contra Almir José Kalbusch e Abel Shroeder, eleitos, respectivamente, prefeito e vice-prefeito do Município de Rio Negrinho/SC no pleito de 2004, a qual foi julgada parcialmente procedente a ação, tendo sido cassados os mandatos dos candidatos eleitos, sendo posteriormente reformada pelo TRE-SC, o qual reconheceu a incidência da decadência, tendo essa decisão sido mantida pelo TSE.

Em virtude dos mesmos fatos, a Coligação Frente para Renovação interpôs Recurso contra a diplomação de Almir Kalbuch e Abel Schroeder por infração ao art. 73, VI, “b”, § 5º, da Lei nº 9.504/97, em razão da veiculação de propaganda institucional durante período vedado em lei, a ação foi julgada procedente em primeira instância, tendo o TRE-SC a reformado parcialmente, para cassar o diploma dos réus, dentre os quais, é óbvio o do agora novamente pretendo candidato Abel Schroeder e decretar a realização de novas eleições, como pode se observar a partir da decisão infra, a qual foi referendada pelo TSE:

**DECISÃO DO TRE-SC NO RECURSO CONTRA
A DIPLOMAÇÃO - Acórdão n.º 20035 de RIO
NEGRINHO - SC, lavrado em 20/06/2005**

*RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE
DIPLOMA - ABUSO DE PODER - VEICULAÇÃO
DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL
- POTENCIALIDADE - BENEFÍCIO -
CONFIGURAÇÃO - CASSAÇÃO DE DIPLOMA.*

**DEMONSTRADA NOS AUTOS A PRÁTICA
DA CONDUTA VEDADA NA ALÍNEA “B” DO
INCISO VI DO ART. 73 DA LEI N. 9.504/1997, DE
MOLDE A CARACTERIZAR ABUSO DE PODER,
DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**

PARA CASSAR O DIPLOMA, COM SUPORTE NO ART. 262, INCISO IV, C/C OS ARTS. 222 E 237 DO CÓDIGO ELEITORAL.

VOTOS NULOS - PERCENTUAL QUE JUSTIFICA A REALIZAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES.

A teor do disposto no art. 224 do Código Eleitoral, impõe-se a renovação do pleito majoritário no município se os votos declarados nulos atribuídos a candidato inelegível, somados aos demais votos nulos, atingirem mais da metade do total de votos apurados na eleição (precedente: TRESA. Ac. n. 19.784, de 10.12.2004, Rel. Juiz Oswaldo José Pedreira Horn).

DECISÃO DO TSE NO RECURSO CONTRA A DIPLOMAÇÃO (RESPE Nº 25496 - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL)

D E C I S Ã O

A Coligação Frente para Renovação interpôs Recurso contra a diplomação de Almir Kalbuch e Abel Shroeder por infração ao art. 73, VI, "b", § 5º, da Lei nº 9.504/97, em razão da veiculação de propaganda institucional durante período vedado em lei.

O Acórdão Regional deu provimento parcial ao Recurso, para cassar os diplomas dos Recorrentes. Esta a ementa (fl. 172):

“RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA - ABUSO DE PODER - VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL - POTENCIALIDADE - BENEFÍCIO - CONFIGURAÇÃO - CASSAÇÃO DE DIPLOMA.

Demonstrada nos autos a prática da conduta vedada na alínea “b” do inciso VI do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, de molde a caracterizar abuso de poder, dá-se provimento parcial ao recurso para cassar o diploma, com suporte no art. 262, inciso IV, c/c os arts. 222 e 237 do Código

Eleitoral.

VOTOS NULOS - PERCENTUAL QUE JUSTIFICA A REALIZAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES.

A teor do disposto no art. 224 do Código Eleitoral, impõe-se a renovação do pleito majoritário no município se os votos declarados nulos atribuídos a candidato inelegível, somados aos demais votos nulos, atingirem mais da metade do total de votos apurados na eleição (precedente: TRESA. Ac. Nº 19.784, de 1º.12.2004, Rel. Juiz Oswaldo José Pedreira Horn)”.

Os embargos de declaração foram rejeitados (fl. 203).

Daí a interposição de recurso especial pedindo a manutenção do efeito suspensivo ao recurso, a teor do art. 216 do Código Eleitoral.

No mérito, alegam que

a) houve a prescrição da ação, distribuída em 22.9.2004, para impugnar atos ocorridos em 16.2.2004 ou a prática de conduta ilícita desde o início do pleito, em 5.7.2004. Afirma que o prazo para ajuizamento da ação é de 5 dias da prática da conduta vedada pela Lei;

b) “as matérias contidas nas referidas propagandas, ao contrário do ventilado no v. Acórdão recorrido, não violam, em momento algum, a regra contida no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, não caracterizando assim o abuso do poder previsto no art. 22 da LC nº 64/90” (fl. 218-219);

c) em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é inaplicável a decretação de inelegibilidade aos recorrentes. É certo que só a aplicação de multa seria cabível;

d) “é fato notório nos autos que os recorrentes não se beneficiaram eleitoralmente com a veiculação das propagandas impugnadas, requisito este indispensável para a aplicação das sanções impostas no § 5º do art. 73

da Lei nº 9.504/97” (fl. 231);

e) há divergência jurisprudencial.

Contra-razões de fls. 315-332.

Parecer pelo não-provimento do recurso (fls. 346-355).

Decido.

Aplica-se à espécie o art. 216 do Código Eleitoral. Isto foi expressamente reconhecido pela decisão presidencial que admitiu o Recurso Especial (fls. 306-307).

O recurso foi admitido pela divergência.

O TSE na Sessão de 24.5.2005 acolheu questão de ordem levantada no RO nº 748/PA (rel. Ministro Luiz Carlos Madeira) para consignar que

“O prazo para o ajuizamento de representação por descumprimento das normas do art. 73 da Lei das Eleições é de cinco dias, a contar do conhecimento provado ou presumido do ato repudiado pelo representante”.

Como explicita o recorrente, a

“(...) ação de investigação judicial eleitoral objeto do presente recurso contra diplomação foi distribuída no dia 22 de setembro de 2004, visando impugnar atos ocorridos a partir de 16 de fevereiro de 2004, ou se considerarmos o período eleitoral, visando a impugnação de prática de conduta ilícita praticada desde o início do pleito, qual seja, 05 de julho de 2004”.

À primeira vista, o exame dos argumentos induz a se entender que os recorrentes têm razão quanto à intempestividade da representação. Contudo, a espécie guarda peculiaridades.

No precedente citado (RO nº 748/PA) fixou-se em 5 (cinco) dias, contados do conhecimento dos fatos, o prazo para ajuizar representação com fundamento no art. 73 da Lei nº 9.594/97.

Os ora recorrentes só trouxeram ao conhecimento do Tribunal Regional a matéria alusiva ao citado precedente do TSE nos embargos declaratórios. Destaco, a propósito, o seguinte excerto do voto então proferido (fl. 205):

“Saliento, ainda, que o precedente do Tribunal Superior Eleitoral - Processo nº 748/RO - e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ora invocados, não foram objeto de discussão nos autos do Recurso Contra a Diplomação em epígrafe, não se prestando os presentes embargos para apreciar referidas questões”.

Correto o entendimento transcrito, pois os embargos declaratórios não se prestam para a discussão de matéria nova (EDclREspe nº 21.320/RR, rel. Ministro Luiz Carlos Madeira, DJ de 9.9.2005, EDclRcl nº 338/RJ, rel. Ministro Peçanha Martins, DJ de 29.4.2004).

O tema referente à aferição do conhecimento dos fatos não foi objeto de discussão pelas instâncias ordinárias.

Apreciá-lo neste momento implica reexaminar fatos e provas, impraticável no recurso especial (Súmulas 7/STJ e 279/STF).

Não fosse isso, ao apreciar o recurso especial interposto pelo ora recorrente contra o acórdão que, em ação de investigação judicial eleitoral, declarou sua inelegibilidade (REspe nº 25.495/SC), consignei que

“No que pertine à alegação de prescrição, também não prospera o recurso. Correta a decisão impugnada. Extraio da decisão regional as seguintes considerações (fl. 550):

‘(...) quanto à argüição suscitada da tribuna pelo recorrente - de que a ação estaria prescrita, porque proposta após o prazo de cinco dias, contados da prática da conduta vedada, consoante entendimento do TSE no Processo nº 748/RO, de 27.5.2005, pelo que deveria ser declarada a extinção do feito - tenho que o precedente

invocado não se aplica ao caso dos autos. È que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral envolve fato ocorrido anteriormente às eleições e representado somente após o pleito, situação diversa da dos presentes autos. Ademais, na espécie, o ajuizamento da ação ocorreu na constância da conduta vedada, pois as veiculações se estenderam até 28.9.2004 e a demanda ingressou em juízo em 22.9.2004. Logo, não há que se falar no escoamento do prazo de cinco dias como invocado”.

Como se verifica, não se aplica à hipótese, dadas suas peculiaridades, o referido precedente do TSE.

Nego seguimento ao Recurso (RI-TSE, art. 36, § 6º).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de outubro de 2005.

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS

RELATOR

1.2. DO ABUSO DE DIREITO NA RENÚNCIA DO CANDIDATO ABEL SCHROEDER NO CURSO DOS RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA A DECISÃO QUE CASSOU SEUS DIPLOMAS E A LIGAÇÃO DESTES FATOS COM O PROCESSO ELEITORAL INSTAURADO PELA RESOLUÇÃO TRE-SC 7.526/2007.

A consequência da decisão lavrada no recurso contra a diplomação foi a cassação dos diplomas de Almir Kalbusch e Abel Schroeder, os quais mantiveram-se nos cargos, até que a decisão que cassou seus diplomas transitasse em julgado, o que aconteceu, no entanto, é que no curso do trâmite recursal Almir Kalbusch renunciou seu cargo, tendo Abel Schroeder assumido o cargo até que em dezembro de 2006 renunciou ao mandato de Prefeito.

Abel Schroeder, após a renúncia e após a declaração de vacância do cargo de Prefeito de Rio Negrinho, pretendeu se candidatar ao exercício desta função, fato contra o qual se insurgiu o Ministério Público Eleitoral,

no estrito cumprimento de sua função da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e do princípio da moralidade administrativa, tão pouco respeitado nesta jovem democracia brasileira.

A impugnação à candidatura interposta, contudo, foi indeferida, sob o argumento de que *“a eleição em Rio Negrinho será renovada não em virtude da cassação do diploma de Abel pela Justiça Eleitoral, mas sim em função de sua renúncia, e consequente vacância do cargo”*.

Na decisão que indeferiu a impugnação à candidatura de Abel Schroeder o juiz *a quo* tratou a renúncia ao cargo de Prefeito Municipal como um fato completamente dissociado do contexto fático acima delineado, afirmando que: *“admitir, como pretende o Ministério Público, que Abel tomou essa atitude, da renúncia, apenas porque ‘se aventou a possibilidade de realização de eleições indiretas’, é tema que absolutamente não pode ser considerado pela Justiça Eleitoral, a quem não é admitido perquirir os motivos e subjetividade da ocorrência, mas sim aplicar a lei ao caso concreto”*.

Para o magistrado *a quo* a renúncia do impugnado Abel Schroeder ainda teve o condão de tornar *“prejudicada”* toda a discussão judicial a respeito da cassação de seu diploma.

Referido posicionamento não encontra respaldo fático ou jurídico.

Como pode se observar a partir do teor do Ofício 303-06-GAB expedido por Abel Schroeder ao Presidente da Câmara de Vereadores de Rio Negrinho, comunicando a sua renúncia, o motivo que levou a renúncia foi impedir a execução da decisão do TRE-SC no Acórdão n.º 20035 de RIO NEGRINHO – SC, lavrado em 20/06/2005, a qual casou o diploma de Abel Schroeder e anulou as eleições realizadas em outubro de 2004 e consequentemente a realização de eleições indiretas em razão do decurso de mais da metade do mandato 2004/2008, nos moldes do art. 92 e 93 da Lei Orgânica Municipal⁸, como já consignado

8 Art. 92. Em caso de impedimento do Prefeito e do Vice-Prefeito ou vacância dos respectivos cargos serão sucessivamente chamados ao exercício do cargo o Presidente da Câmara e o Vereador eleito pelo Plenário com a maioria absoluta dos votos, que completarão o período se as vagas ocorrerem na segunda metade do mandato.

Art. 93. Ocorrendo as vagas na primeira metade do mandato, far-se-á a eleição direta noventa (90) dias depois de aberta a última vaga, cabendo aos eleitos completar o período de mandato.

Parágrafo único. Enquanto o substituto legal não assumir, responderão pelo expediente da

pelo Ministério Público Eleitoral na petição inicial da impugnação à candidatura de Abel Schroeder.

Os termos da comunicação da renúncia não deixam margens para dúvidas:

“Senhor Presidente,

*Os grandes homens públicos deste País, sempre defenderam a democracia sobre todas as coisas. Democracia, vale dizer, é respeitar a vontade do povo. **POR TAL RAZÃO E PARA QUE TODOS OS CIDADÃOS DE RIO NEGRINHO POSSAM EXERCER O DIREITO DE ESCOLHEREM O SEU PREFEITO E VICE, É QUE LEGALMENTE SÓ ME RESTOU UMA SAÍDA, RENUNCIAR MEU MANDATO, COMO DE FATO RENUNCIO o cargo de Prefeito Municipal de Rio Negrinho, na forma da Lei Orgânica Municipal, COMO FORMA DE DEVOLVER AO POVO DE NOSSA TERRA A DECISÃO DE ESCOLHER QUEM ESTARÁ A FRENTE DOS DESTINOS DE NOSSO MUNICÍPIO.***

É preciso dizer que enquanto existia esperança de reverter a sentença que cassou os diplomas outorgados de fato pelas urnas em outubro de 2004, lutei até o último momento. Porém, quando soube que os demais recursos poderiam ser apenas protelatórios, determinei, em agosto de 2006, que os mesmos fossem retirados, portanto, desde tal época, já queríamos que a escolha dos governantes fosse pelo voto popular.

Agradeço essa Casa de Leis pelo apoio recebido durante o transcurso de meu mandato de Prefeito Municipal.

Realizo este gesto em respeito ao povo de Rio

Prefeitura, sucessivamente, o Secretário Municipal de Negócios Jurídicos e o Secretário Municipal de Administração, com o auxílio da consultoria jurídica. (Redação conforme a Emenda à Lei Orgânica nº 11, de 20 de julho de 2004)

Negrinho.”

A renúncia do candidato impugnado Abel Schroeder deu-se apenas no dia 19 de dezembro de 2006, data no qual foi publicado o Acórdão que não conheceu dos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25496, interposto pelo impugnado contra a decisão prolatada no Acórdão n.º 20035 do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que cassou seu diploma e declarou seus votos e de Almir Kalbusch nulos.

Percebe-se que a renúncia ao cargo de Prefeito Municipal realizada pelo candidato Abel Schroeder guarda estrita ligação com o trâmite dos recursos interpostos contra a decisão que cassou a seu diploma em virtude da prática de condutas vedadas no trâmite do processo eleitoral de 2004 e representa uma tentativa de furta a eficácia da decisão lavrada pela Justiça Eleitoral Catarinense e referendada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Nesse contexto, ao contrário do consignado pelo juiz *a quo* a Justiça Eleitoral tem sim o dever de perquirir os motivos que levaram a renúncia e deve rechaçar tentativas como essa de frustrar a eficácia de suas decisões.

O que se extrai do exposto é que a renúncia ao cargo de Prefeito Municipal nesse contexto caracteriza-se como um ato ilícito, em razão do abuso de direito, o qual é vedado pelo direito pátrio, nos moldes do art. 187 do Código Civil⁹.

É certo que os detentores do cargo de Prefeito Municipal possuem o direito de renunciar o seu exercício, contudo, essa renúncia não pode ter por mote impedir o cumprimento da decisão judicial que cassou o diploma dos renunciantes, tampouco permitir que se afaste a aplicação do entendimento jurisprudencial plasmado pelo Tribunal Superior Eleitoral nos RESPE N° 25775 e RESPE 19.878, conforme requerido na petição inicial do Ministério Público.

Deve se salientar que a situação se amolda perfeitamente ao con-

9 A situação de Abel Schroeder é bem diversa daquela vivenciada por Almir Kalbusch, o qual renunciou ao cargo de Prefeito Municipal em virtude de problemas de saúde, discutidos no âmbito do mandado de segurança 055.05.001262-7, que tramitou perante a Justiça Estadual Comum na Comarca de Rio Negrinho.

ceito de abuso de direito exposto por civilistas de quilate, como Cláudia Lima Marques, abaixo transcrita:

“Note-se que, no Brasil, o novo Código Civil de 2002 (art. 187) incluiu o abuso de direito na categoria dos atos ilícitos, sem especificar, porém, se a sanção seria a mesma dos outros atos ilícitos.

[...]

O abuso de direito seria a falta praticada pelo titular de um direito que ultrapassa os limites ou que deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido. Assim, apesar de presente o prejuízo (dano) causado a outrem pela atividade (ato antijurídico) do titular de direito (nexo causal), a sua hipótese de incidência é diferenciada. O que ofende o ordenamento jurídico é o modo (excessivo, irregular, lesionante) com que foi exercido um direito, acarretando um resultado, este sim, ilícito.

Qual será, porém, a reação do direito diante do abuso de direito? A reação do direito é negar efeito àquela vontade declarada através do exercício abusivo de um direito: a desconsideração prática do direito assim exercido, a invalidade e ineficácia da cláusula e a sanção do abuso. Não vê o ordenamento jurídico, em princípio, necessidade de sancionar (punir) a perdas e danos aquele que abusou, preferindo reequilibrar a situação e assegurar a volta ao status quo ante.”¹⁰

No mesmo sentido, manifesta-se Silvio Venosa:

“No vocábulo abuso encontramos sempre a noção de excesso; o aproveitamento de uma situação contra a pessoa ou coisa, de maneira geral. Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como o fato de se usar de um poder, de uma faculdade,

10 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p.900/901.

de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem.

Ocorre abuso quando se atua aparentemente dentro da esfera jurídica, daí ser seu conteúdo aplicável em qualquer esfera jurídica, ainda que isso no direito público possa ter diferente rotulação.

[...]

Concluímos, portanto, que o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo que tal conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nessa situação, o ato é contrário ao direito..."¹¹

A renúncia operada pelo réu Abel Schroeder, nos termos constantes de sua carta de renúncia e no contexto eleitoral e não administrativo em que ela se situa, amolda-se perfeitamente ao conceito de abuso de direito exposto pelos brilhantes civilistas.

Tem-se assim, que em razão do abuso do direito à renúncia, o qual no caso concreto teve a única finalidade de impedir a execução do comando jurisdicional que determinou a cassação do diploma de Abel Schroeder, bem como impedir que o Vice-Prefeito cujo diploma foi cassado e que foi responsável pela anulação da eleição realizada em outubro de 2004 se candidate a renovação do pleito anulado, deve o ato de renúncia ser considerado inválido, aplicando-se ao candidato Abel Schroeder os ditames dos precedentes do TSE nos RESPE N° 25775 e RESPE 19.878.

Destarte, deve ser reformada a decisão do juiz *a quo*, determinando-se a cassação do registro de candidatura do réu Abel Schroeder por ter sido comprovado que, em razão da prática da conduta vedada na alínea "b" do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/1997, de molde a caracterizar abuso de poder político e econômico, motivos pelos quais ele teve seu diploma de Vice-Prefeito cassado, com suporte no art. 262,

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Vol. I. Parte Geral. 6ed.* São Paulo: Atlas, 2006. p. 561/563.

inciso IV, c/c os arts. 222 e 237 do Código Eleitoral, tendo causado assim, com base no disposto no art. 224 do Código Eleitoral, a anulação daquela eleição e sua conseqüente RENOVAÇÃO, sendo este fato, segundo a atual interpretação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE - RESPE N° 25775 e e RESPE 19.878), impeditivo do registro de sua candidatura, já que a referida corte entende que aquele que tiver dado causa à anulação do pleito não poderá participar da sua renovação, em observância ao princípio da razoabilidade.

1.3. DOS EFEITOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO LAVRADA NO ACORDÃO N.º 20035 TRE-SC.

Quanto mais se aprofunda o estudo do caso concreto mais se constata o quão intrigante e instigante é o tema, justificando a sua remessa para que as Cortes Superiores se manifestem sobre o tema, como bem salientado pelo réu impugnado em sua contestação (fls. 270).

Observa-se que ao contrário do afirmado pelo juiz *a quo* a renúncia de mandato realizada pelo candidato Abel Schroeder, a qual como foi demonstrado acima não possui qualquer validade jurídica, em razão do abuso de direito, não tem o condão de “*prejudicar*” toda a discussão judicial a respeito da cassação do diploma de Abel Schroeder e de Almir Kalbusch.

Isso porque a decisão do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina no Acórdão n.º 20035 cassou os diplomas de Almir Kalbusch e Abel Schroeder, tendo reconhecido a prática da conduta vedada no art. 73, VI, alínea “b” da Lei 9.504/97, declarando nulos os votos atribuídos a esses candidatos¹².

12 RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA - ABUSO DE PODER - VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL - POTENCIALIDADE - BENEFÍCIO - CONFIGURAÇÃO - CASSAÇÃO DE DIPLOMA. DEMONSTRADA NOS AUTOS A PRÁTICA DA CONDUITA VEDADA NA ALÍNEA “B” DO INCISO VI DO ART. 73 DA LEI N. 9.504/1997, DE MOLDE A CARACTERIZAR ABUSO DE PODER, DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA CASSAR O DIPLOMA, COM SUPORTE NO ART. 262, INCISO IV, C/C OS ARTS. 222 E 237 DO CÓDIGO ELEITORAL. VOTOS NULOS - PERCENTUAL QUE JUSTIFICA A REALIZAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES.

Essa decisão transitou em julgado em 5 de fevereiro de 2007, como pode se constatar pelo extrato do processo no site do Tribunal Superior Eleitoral.

O trânsito em julgado do recurso contra a diplomação cria uma situação peculiar, pois o mandato que ele abusivamente renunciou nunca existiu, pois os votos que lhe conferiram esse mandato era nulos, conforme declarado pela Justiça Eleitoral em decisão agora transitada em julgado.

O exercício do mandato, tanto por Almir Kalbusch, quanto por Abel Schroeder se deu a título precário, não obstante o exercício das funções ser pleno, nos moldes do art. 216, CE, em razão da interposição de uma miríade de recursos, tanto na Investigação Judicial Eleitoral, quanto na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e no Recurso contra a Diplomação, onde, contrariando os ditames do art. 257, do Código Eleitoral¹³¹⁴, foi conferido efeito suspensivo aos recursos interpostos, mantendo os recorrentes Almir e Abel no exercício dos cargos a que foram eleitos, mediante votos nulos.

Agora, passados mais de dois anos de longos e numerosos recursos interpostos, a Justiça Eleitoral se vê diante de um aparente paradoxo criado pela violação, frise-se, à época justificada, do art. 257 do Código Eleitoral, pois o Vice-Prefeito que assumiu o cargo de Prefeito Municipal em razão da renúncia de seu colega, renuncia ao cargo para afastar a incidência da decisão que cassou seu diploma e declarou nulos os votos que lhes foram atribuídos, quando na verdade esse cargo só foi exercido porque os efeitos da decisão que lhe cassou o diploma e declarou nulos seus votos estavam suspensos.

De fato, o candidato impugnado nunca deteve mandato algum, pois seu diploma foi cassado e seus votos foram declarados nulos

A teor do disposto no art. 224 do Código Eleitoral, impõe-se a renovação do pleito majoritário no município se os votos declarados nulos atribuídos a candidato inelegível, somados aos demais votos nulos, atingirem mais da metade do total de votos apurados na eleição (precedente: TRES. Ac. n. 19.784, de 10.12.2004, Rel. Juiz Oswaldo José Pedreira Horn).

13 Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.

14 Destaca-se ainda que a manutenção do candidato Abel no cargo se deu em razão da aplicação do disposto no art. 216 do Código Eleitoral, conforme reconhecido pelo TSE no seu acórdão relacionado ao caso.

quando do julgamento do recurso contra a diplomação interposto pela Coligação Frente para Renovação, sendo que os efeitos dessa decisão não foram sentidos no plano da eficácia única e exclusivamente porque a Justiça Eleitoral concedeu efeito suspensivo aos recursos interpostos contra essa decisão.

O efeito suspensivo incidente sobre essa decisão, contudo, deixou de existir em razão do trânsito em julgado operado em 05 de fevereiro de 2007 e agora cabe a Justiça Eleitoral definir para a população rionegrinhense como proceder no caso em comento.

Já restou consignado pelo juiz *a quo* que a renúncia de Abel Schroeder teria o condão de prejudicar toda a discussão judicial a respeito da decisão que cassou o seu diploma eletivo.

Essa não é a resposta que pode ser esperada da Justiça Eleitoral, que não pode simplesmente agora ignorar os reflexos da concessão de efeito suspensivo, utilizando-se da tática do avestruz, mencionada pelo Ministro Marco Aurélio na sua posse como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral:

A repulsa dos que sabem o valor do trabalho árduo se transformou em indiferença e desdém, como acontece quando, por vergonha, alguém desiste de torcer pelo time do coração e resolve ignorar essa parte do cotidiano. É a tática do avestruz: enterrar a cabeça para deixar o vendaval passar. E seguimos como se nada estivesse acontecendo. Perplexos, percebemos, na simples comparação entre o discurso oficial e as notícias jornalísticas, que o Brasil se tornou um país do faz-de-conta. Faz de conta que não se produziu o maior dos escândalos nacionais, que os culpados nada sabiam - o que lhes daria uma carta de alforria prévia para continuar agindo como se nada de mal houvessem feito. Faz de conta que não foram usadas as mais descaradas falcatruas para desviar milhões de reais, num prejuízo irreversível em país de tantos miseráveis. Faz de conta que tais tipos de abusos não continuam se reproduzindo à plena luz, num

desafio cínico à supremacia da lei, cuja observação é tão necessária e em momentos conturbados.¹⁵

Ou seja, sem querer desmerecer o trabalho da Justiça Eleitoral, ou criticá-lo por todo o esforço no sentido de moralizar o processo eleitoral brasileiro, não se pode fazer de conta agora, no caso concreto, que o recurso contra a diplomação não foi provido, que os votos que concederam ao impugnado o mandato eletivo que ele exerceu em razão de um efeito suspensivo concedido em um recurso não eram nulos e que a sua renúncia simplesmente afasta toda essa discussão e crie uma situação de vacância causada por motivos não eleitorais, a qual deve ser sanada por meio da aplicação do disposto no arts. 92 e 93 da Lei Orgânica Municipal de Rio Negrinho.

Deve-se reconhecer, no caso concreto, inicialmente que a renúncia é inválida, já que corresponde a uma situação de manifesto abuso de direito, reconhecido inclusive pelo impugnado, que em sua declaração de renúncia expressamente reconheceu ter agido deste modo para afastar a incidência dos efeitos da decisão prolatada pelo TRE-SC no Acórdão n.º 20035.

Por outro lado, ainda que não seja reconhecida a abusividade desta renúncia, deve-se reconhecer a sua nulidade, uma vez que o renunciante não detinha de forma integral o cargo a que renunciou, uma vez que ele apenas o exercia de forma precária, em razão da concessão de efeito suspensivo e da aplicação do art. 216, CE à decisão que cassou seu diploma e declarou seus votos nulos, não podendo ele renunciar algo que não detinha de direito.

A Justiça Eleitoral deve, ainda que tardiamente e sem que essa mora seja efetivamente de sua responsabilidade, como bem salientado pelo Ministro Marco Aurélio em outro trecho de seu discurso de posse¹⁶,

15 Discurso do Ministro Marco Aurélio na posse como Presidente do TSE. IN: <http://www.mail-archive.com/voto-eletronico@encoder1.iron.com.br/msg00551.html>. Acesso em 20/02/2007.

16 “Nesse processo de convalescença e cicatrização, é inescusável apontar o papel do Judiciário, que não pode se furtar de assumir a parcela de responsabilidade nessa avalanche de delitos que sacode o País. Quem ousará discordar que a crença na impunidade é que fermenta o ímpeto transgressor, a ostensiva arrogância na hora de burlar todos os ordenamentos, inclusive os legais? Quem negará que a já lendária morosidade processual acentua a ganância daqueles que consideram não ter a lei braços para alcançar os autoproclamados donos do poder? Quem sobriamente apostará na punição exemplar

fazer com os efeitos de sua decisão sejam sentidos e que os candidatos que tenham se valido de condutas vedadas, como aquela prevista no art. 73, VI, alínea “b”, da Lei 9.504/97, não concorram a renovação das eleições anuladas, como pretende o candidato impugnado Abel Schoeder, mesmo que para isso tenha que declarar nulo o ato de renúncia, com forte no art. 166 do Código Civil.

Em caso semelhante, o Tribunal Superior Eleitoral no famoso Caso Capelinha, cujo questionamentos levantados pelos Ministros do TSE são de natureza e grau de complexidade semelhantes ao do caso concreto¹⁷, já se manifestou no sentido de que a renúncia nas vésperas do julgamento de ações de investigação judicial eleitoral e impugnação de mandato eletivo não geram a perda de objeto dessas ações, raciocínio que deve ser aplicado ao caso concreto, como já demonstrado anteriormente:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

*ACÓRDÃO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
N2 21.327 – CLASSE 22! – MINAS GERAIS (67º
Zona – Capelinha).*

Relatora: Ministra Ellen Gracie.

*Recorrente: Coligação Povo Unido, Capelinha Solidária
(PMDB/PFLIPL/PT*

PC do B).

*Advogado: Dr. João Batista de Oliveira Filho e
outros.*

Recorrida: Maria da Conceição Vieira.

dos responsáveis pela sordidez que enlameou gabinetes privados e administrativos, transformando-os em balcões de tenebrosas negociações?

Essa pecha de lentidão - que se transmuta em ineficiência - recai sobre o Judiciário injustamente, já que não lhe cabe outro procedimento senão fazer cumprir a lei, essa mesma lei que por vezes o engessa e desmoraliza, recusando-lhe os meios de proclamar a Justiça com efetividade, com o poder de persuasão devido. Pois bem, se aqueles que deveriam buscar o aperfeiçoamento dos mecanismos preferem ocultar-se por trás de negociatas, que o façam sem a falsa proteção do mandato. A República não suporta mais tanto desvio de conduta.”

17 Para se vislumbrar a complexidade do Caso Capelinha basta consultar o acórdão retro mencionado.

Advogado: Dr. Aristides Camargos Sena e outros.

Recorrido: Gelson Cordeiro de Oliveira.

Advogado: Dr. Anstides Camargos Sena e outros.

1. QUESTÃO PRELIMINAR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL E AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DO ART. 224 DO CE. RENÚNCIA DO PREFEITO E VICE-PREFEITA AO MANDATO ELETIVO NA VÉSPERA DO JULGAMENTO PELO TSE. PERDA DE OBJETO AFASTADA.

[...]

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em dar provimento ao recurso para determinar a imediata diplomação e posse dos candidatos da Coligação Povo Unido, Capelinha Solidária, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Francisco Peçanha Martins e presidente, nos termos das notas taquigráficas.

Sala de Sessões do Tribunal Superior Eleitoral.

Brasília, 4 de março de 2004.

Qualquer outra solução que se apresente, certamente resultará em descrédito a tão respeitada Justiça Eleitoral, que ao menos no Município de Rio Negrinho vêm demonstrando desvelo na aplicação da lei, nos exatos moldes preconizados pelo Ministro Marco Aurélio ao término de seu discurso de posse, sintetiza os anseios da população brasileira e rionegrinhense:

“No que depender desta Presidência, o Judiciário compromete-se com redobrado desvelo na aplicação da lei. Não haverá contemporizações a pretexto de eventuais lacunas da lei, até porque, se omissa a legislação, cumpre ao magistrado interpretá-la à luz dos princípios do Direito, dos institutos de hermenêutica, atendendo aos anseios dos cidadãos, aos anseios da coletividade. Que

ninguém se engane: não ocorrerá tergiversação capaz de turbar o real objetivo da lei, nem artifício conducente a legitimar a aparente vontade das urnas, se o pleito mostrar-se eivado de irregularidades. Esqueçam, por exemplo, a aprovação de contas com as famosas ressalvas. Passem ao largo das chicanas, dos jeitinhos, dos ardis possibilitados pelas entrelinhas dos diplomas legais. Repito: no que depender desta Cadeira, não haverá condescendência de qualquer ordem. Nenhum fim legitimará o meio condenável. A lei será aplicada com a maior austeridade possível - como, de resto, é o que deve ser. Bem se vê que os anticorpos de que já falei começam a produzir os efeitos almejados. Esta é a vontade esmagadora dos brasileiros.”

O resultado do reconhecimento da nulidade da renúncia de Abel Schroeder não é outro senão a cassação de seu registro de candidatura, em razão da já explanada comprovação de que, em razão da prática da conduta vedada na alínea “b” do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/1997, de molde a caracterizar abuso de poder político e econômico, ele teve seu diploma de Vice-Prefeito cassado, com suporte no art. 262, inciso IV, c/c os arts. 222 e 237 do Código Eleitoral, tendo causado assim, com base no disposto no art. 224 do Código Eleitoral, a anulação daquela eleição e sua conseqüente RENOVAÇÃO, sendo este fato, segundo a atual interpretação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE – RESPE N° 25775 e e RESPE 19.878), impeditivo do registro de sua candidatura, já que a referida corte entende que aquele que tiver dado causa à anulação do pleito não poderá participar da sua renovação, em observância ao princípio da razoabilidade.

1.4. DA NÃO CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA EM RAZÃO DOS DEMAIS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELO JUIZ A QUO.

1.4.1. DA AUSÊNCIA DE CONTEXTUALIZAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES DA PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL E DA JUÍZA ELIANA PAGGIARIN MARINHO NA CONSULTA N.º 2267 TRE-SC TRANSCRITAS NA DECISÃO RECORRIDA.

O magistrado *a quo*, buscando reforçar os argumentos utilizados para indeferimento da impugnação à candidatura formulada, em determinado momento de sua decisão afirma que a Procuradoria Regional Eleitoral já teria se manifestado favoravelmente a respeito da candidatura de Abel Schroeder nos autos da consulta n.º 2267 do TRE-SC, transcrevendo o seguinte trecho da manifestação da Procuradoria Regional Eleitoral: *“conclui-se que o vice-prefeito, que se tornou Prefeito em virtude da renúncia do chefe do Poder Executivo, e que posteriormente também renunciou, pode concorrer novamente como Prefeito nas eleições majoritárias para o preenchimento da vaga decorrente do mandato-tampão.”*

Prossegue o magistrado afirmando que essa parecer foi acolhido pela magistrada Eliana Paggiarin Marinho, que teria inclusive ressaltado que essa renúncia é que *“deu causa às eleições extraordinárias”*.

O magistrado *a quo*, contudo, deixou de levar em consideração ao elaborar seu raciocínio que as manifestações da Procuradoria Regional Eleitoral e da Juíza Eliana Paggiarin Marinho foram exaradas em um contexto fático diverso daquele relatado na Ação de Impugnação à Candidatura interposta pelo Ministério Público Eleitoral em Rio Negrinho.

Como pode se perceber a partir da seguinte transcrição do parecer da Procuradoria Regional Eleitoral, a resposta de Procurador Regional Eleitoal André Stefani Bertuol foi exarada sem considerar quaisquer circunstâncias secundárias ou acessórias que pudessem gravitar no caso concreto, levando em consideração apenas a questão formulada na consulta, ou seja, *“Pode o vice-prefeito, que por força legal assumiu o cargo de Prefeito, com a renúncia daquele, e que também renunciou, efetuar registro*

para concorrer ao cargo de Prefeito para a nova eleição que prestará para eleger o Prefeito e o Vice que cumprirão o restante do mandato?":

"Em relação ao conteúdo principal, cumpre esclarecer, em primeiro plano, que a indagação foi efetivada em termos singelos, com abstração de quaisquer circunstâncias acessórias e, portanto, nesses moldes será respondida. Assim, quanto à solução do caso, não será analisada, por exemplo, a hipótese concernente à possível inelegibilidade decorrente de reeleição, porquanto abriria margem para várias situações.

Por conseguinte, partindo da premissa anterior, desconsiderando as peculiaridades secundárias que podem girar em torno do questionamento, responde-se..."

O caso concreto, como visto acima, encontra-se repleto de circunstâncias acessórias e peculiaridades secundárias, as quais não foram consideradas pelo Procurador Regional Eleitoral, como ele mesmo mencionou, mas que deveriam ter sido apreciadas pelo juiz *a quo* e que certamente serão enfrentadas tanto pela Procuradoria Regional Eleitoral, quanto pelos magistrados do Tribunal Regional Eleitoral, devendo o resultado da análise, em respeito a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e aos ditames legais e constitucionais aplicáveis ao caso concreto, ser diverso daquele obtido no primeiro grau de jurisdição.

Por outro lado, o voto vencido da Juíza Eliana Paggiarin Marinho além de ter sido lavrado no mesmo contexto fático do parecer da Procuradoria Regional Eleitoral, ou seja, sem considerar as circunstâncias acessórias e as peculiaridades do caso concreto, chegou a conclusão diversa do magistrado *a quo*, não podendo ter sido usado o raciocínio daquela magistrada para reforçar o pensamento da decisão recorrida de primeiro, pois para a Juíza Eliana Paggiarin Marinho o vice-prefeito, no caso da consulta formulada, pode concorrer, desde que não tenha sido ele, direta ou indiretamente, o causador da nulidade da eleição para o qual concorreu anteriormente como vice-prefeito e da qual restou vencedor.

Ou seja, para essa magistrada, no âmbito da consulta formulada devem ser aplicado os precedentes dos RESPE Nº 25775 E RESPE 19.878

ao caso consultado, impedindo-se o registro da candidatura do vice-prefeito que tenha sido, direta ou indiretamente, o causador da nulidade da eleição para o qual concorreu anteriormente como vice-prefeito e da qual restou vencedor.

Felizmente o Tribunal Regional Eleitoral não conheceu da consulta formulada em razão de ter se compreendido que a consulta não versava sobre fato em tese, mas sobre fato concreto, que deveria ser sanado pela instância adequada, com eventual possibilidade de reexame recursal pelo Tribunal Regional Eleitora, que agora poderá se manifestar sobre o tema, tendo conhecimento de todas as circunstâncias acessórias e as peculiaridades do caso concreto.

1.4.2. DA AFIRMAÇÃO, POR PARTE DO MAGISTRADO *A QUO*, DE QUE O CANDIDATO IMPUGNADO NÃO TERIA SIDO RESPONSÁVEL PELA CASSAÇÃO DE SEU DIPLOMA.

O magistrado *a quo*, ao afastar a aplicação dos precedentes do TSE nos RESPE Nº 25775 E RESPE 19.878 ao caso concreto afirma textualmente que Abel Schroeder não teria dado causa à cassação de seu diploma, nos seguintes termos:

“Então, sob esse prisma indaga-se: Abel deu causa á cassação de seu diploma?

Com a devida vênia, parece-me que não. Era vereador à época dos fatos, não participava do Poder Executivo, nem mesmo como secretário, simplesmente compunha a chapa com o Prefeito, este sim, candidato á reeleição.”

Ao que tudo indica, olvida-se o magistrado *a quo* do fato que por meio de decisão transitada em julgado a Justiça Eleitoral, por intermédio de seus órgãos judicantes superiores (Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Regional Eleitoral), expressamente reconheceram que o réu Abel Schroeder, no âmbito do Recurso contra a Diplomação interposto contra Almir Kalbusch e Abel Schroeder foi sim responsável pela prática de condutas vedadas na alínea “b” do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/1997, de molde a caracterizar abuso de poder político e econômi-

co, ele teve seu diploma de Vice-Prefeito cassado, com suporte no art. 262, inciso IV, c/c os arts. 222 e 237 do Código Eleitoral, tendo causado assim, com base no disposto no art. 224 do Código Eleitoral, a anulação daquela eleição e sua conseqüente RENOVAÇÃO.

Mesmo que a interpretação pessoal do magistrado a respeito do fato seja aquela consignada em sua decisão e acima transcrita, o seu convencimento pessoal não têm o condão de reformar a decisão lavrada pelo Tribunal Regional Eleitoral e confirmada pelo Tribunal Superior Eleitoral que expressamente consignou, que no âmbito do recurso contra a diplomação interposto contra o candidato Abel Schroeder restou:

DEMONSTRADA NOS AUTOS A PRÁTICA DA CONDUTA VEDADA NA ALÍNEA “B” DO INCISO VI DO ART. 73 DA LEI N. 9.504/1997, DE MOLDE A CARACTERIZAR ABUSO DE PODER, DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA CASSAR O DIPLOMA, COM SUPORTE NO ART. 262, INCISO IV, C/C OS ARTS. 222 E 237 DO CÓDIGO ELEITORAL.

Estando demonstrado que o réu Abel Schroeder, por intermédio da coligação partidária com a qual concorreu ao pleito de 2004, na condição de candidato a vice-prefeito ao lado de Almir Kalbusch, deu causa à anulação daquelas eleições, conforme consignado na decisão do TRE-SC (Acórdão n.º 20035 de RIO NEGRINHO – SC, lavrado em 20/06/2005) no Recurso contra a Diplomação ajuizado Coligação Frente para Renovação contra Almir Kalbusch e Abel Schroeder, deve ser aplicado ao caso concreto o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral de que em caso de anulação das eleições, no âmbito do processo eleitoral, havendo renovação da eleição, por força do art. 224 do Código Eleitoral¹⁸, os candidatos não concorrem a um novo mandato, mas, sim, disputam completar o período restante de mandato cujo pleito foi anulado, sendo que nessas hipóteses aquele que tiver dado causa à anulação do pleito não poderá participar da sua renovação, em observância ao princípio da razoabilidade.

18 Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

II - DA INELEGIBILIDADE DO RÉU ABEL SCHROEDER EM RAZÃO DA APLICAÇÃO CONJUNTA DO ART. 14, §9º, CF¹⁹ E DA ALÍNEA "G" DO INCISO I DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90.

O magistrado *a quo*, em sua decisão afirma que a inelegibilidade do candidato Abel Schroeder não pode ser reconhecida em face da recomendação da rejeição de contas, nos termos do Parecer Prévio n.º 0287/2006 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, porque esse parecer ainda pode ser contestado por meio de Pedido de Reapreciação e porque as ações civis pública e de improbidade administrativa já ajuizadas pelo Ministério Público em razão de fatos relacionados com atos que deram causa ao parecer prévio que recomendou a rejeição de suas contas ainda não foram julgadas.

Como restou consignado no impugnação formulada, o Ministério Público Eleitoral fundamentou seu pedido na atual linha jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, que vem reformando alguns entendimentos jurisprudenciais consagrados, visando garantir mais eficácia a seus julgados e fazer com que a Justiça Eleitoral se torne um órgão reforçador da necessidade de cumprimento do princípio da moralidade administrativa por parte dos agentes políticos brasileiros, especialmente após a população ter tido acesso à informações da prática de inúmeros atos lesivos ao erário público no ano de 2006, os quais também foram denominados pela mídia brasileira de "escândalos", tais como o "escândalo do Mensalão", o "escândalo do caixa 2", o "escândalo dos dólares na cueca", o "escândalo da máfia das ambulâncias", dentre outros.

Nessa nova linha jurisprudencial, brilhantemente capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio, que lutou arduamente pela higidez das eleições majoritárias de 2006, verifica-se que o TSE atualmente vem indeferindo o registro de candidaturas de agentes políticos que tiveram suas contas rejeitadas pelas Cortes de Contas, ainda que a rejeição pudesse estar pendente de recursos perante aqueles Tribunais, ou mesmo perante o

19 Art. 14. § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Poder Judiciário.

Os acórdãos mencionados pelo Ministério Público Eleitoral e que lastream seu pedido encontram-se transcritos na inicial e não serão aqui transcritos para evitar tautologia.

O Ministério Público Eleitoral, tampouco ignora, como já restou anteriormente consignado que o Parecer Prévio do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina possa ser eventualmente rejeitado pela Câmara Municipal de Rio Negrinho, nos moldes do art. 31, §2º da Constituição Federal²⁰, todavia sustenta que não se pode negar o valor de referido documento, ante a atual compreensão que o TSE vem dando ao art. 1º, I, g da Lei Complementar 64/90²¹ e ao art. 14, §9º da Constituição Federal.

Para o Ministério Público Eleitoral a leitura conjunta do Parecer Prévio n.º 0287/2006 do TCE/SC, que rejeitou as contas do réu na condição de Prefeito Municipal, bem como a demonstração da prática, em tese, de atos de improbidade administrativa e atos lesivos ao meio ambiente perpetrados pelo candidato na utilização indevida de verbas do fundo de contingência do Município de Rio Negrinho, ao arripio da Lei de Responsabilidade Fiscal, denotam que o reconhecimento da inelegibilidade de Abel Schroeder e cassação de seu registro de candidatura,

20 Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º - O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º - É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

21 Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

nos termos do art. 1º, I, “g” da Lei Complementar 64/90 é medida que se impõe, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato, especialmente quando levada em consideração a vida política progressa do réu, nos moldes da interpretação atual dada pelo TSE à aplicação conjunta do art. 14, §9º, CF e da alínea “g” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, justificando-se a reforma da decisão recorrida.

III - CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS

Ante o exposto, presentes os pressupostos recursais extrínsecos e intrínsecos, pugna o Ministério Público de primeiro grau seja conhecido o recurso, para que, ouvida a douta Procuradoria Regional Eleitoral, seja-lhe dado provimento, a fim de reformar a decisão lavrada pelo magistrado *a quo*, cassando-se o registro da candidatura do candidato Abel Schroeder.

Rio Negrinho, 21 de fevereiro de 2007.

MAX ZUFFO

Promotor Eleitoral

1º PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007
Categoria B: Artigo - 1º lugar

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Max Zuffo
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

SUMÁRIO

1. Das discussões acerca da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas. 2. Da análise da questão sob a ótica do Direito Administrativo: o termo de ajustamento de condutas enquanto contrato administrativo. 3. A evolução na teoria contratual no direito privado - a socialização dos contratos. 4. Os interesses públicos como elos entre a função social do contrato no Direito Civil e a supremacia do interesse público nos contratos administrativos. 5. Da função social do termo de ajustamento de condutas. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 - DAS DISCUSSÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS.

O termo de ajustamento de condutas, introduzido no ordenamento jurídico a partir do art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi incorporado no texto da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) por intermédio do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, que incluiu o §6.º ao art. 5.º do referido diploma legal, criando a possibilidade de

que os órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública tomassem dos interessados um compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que tenha eficácia de título executivo extrajudicial, sanando em parte a grande discussão doutrinária existente a respeito da possibilidade de celebração de acordos envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

O termo ou compromisso de ajustamento de conduta surge dessa forma como o instrumento que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública dispõem para celebrar um acordo com o autor de um dano aos interesses tutelados por esta ação, visando à integral reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, através da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios que garantam eficácia para essa modalidade de autocomposição de um litígio envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

Seu objeto, como pode se extrair da sua previsão legal, é necessariamente a adequação da conduta do agente que tenha causado ou venha a causar dano a qualquer um dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos tutelados por meio de ação civil pública às determinações legais, sendo condição de validade do ajustamento de condutas a integral reparação do dano causado ao bem lesado ou o completo afastamento do risco ao bem jurídico difuso¹.

Como era previsível, em se tratando do advento de um novo instrumento jurídico, a discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica e de seus limites vem sendo intensa, especialmente por se tratar de um mecanismo destinado à tutela de interesses metaindividuais, área na qual os conflitos doutrinários e jurisprudenciais são mais ferrenhos, em razão da ausência de uma teoria geral própria para o processo coletivo.

Um dos tópicos sobre os quais a doutrina especializada debruçou-se com mais afinco, e sobre o qual os debates foram e continuam sendo mais intensos, foi o da discussão a respeito da natureza jurídica

1 Sobre o tema: “Aliás, é entendimento pacífico o que impõe como condição de validade do termo de ajustamento de conduta a necessidade de ele estar a abarcar a totalidade das medidas necessárias à reparação do bem lesado, ou o afastamento do risco ao bem jurídico de natureza difusa ou coletiva” IN: AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: RT, 2003. p. 69.

do termo de ajustamento de condutas.

A controvérsia a respeito da natureza jurídica deste novo instituto ficou centrada na discussão a respeito da admissão do termo de ajustamento de condutas como uma transação, nos moldes propostos pelo art. 840 do Código Civil de 2002 e o respectivo art. 1.025 do Código Civil de 1916.

Sobre o tema, vários foram os autores que defenderam a possibilidade de reconhecimento ou não do termo de ajustamento de condutas como uma forma de transação regulamentada pelo art. 1.025 do Código Civil de 1916, enquanto outros muitos diziam justamente o contrário, fundamentando seus raciocínios no art. 1.035 do Código Civil de 1916 ou no art. 841 do Código Civil de 2002, os quais limitam a aplicação da transação a direitos patrimoniais de caráter privado e nos arts. 1.025 e 840 dos mesmos diplomas retro referidos, por entenderem não ser possível haver concessões pelos órgãos públicos legitimados, já que o interesse metaindividual é indisponível.

Pode-se afirmar, contudo, que o resultado deste intenso debate foi a convergência das duas principais correntes doutrinárias a uma terceira linha de raciocínio mediana que admite que o termo de ajustamento de condutas seja uma forma peculiar de transação, ou acordo, na qual não há concessões mútuas na obrigação essencial de reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, havendo apenas concessões nos aspectos formais de cumprimento da obrigação principal, ou seja, no regramento do tempo e modo de cumprimento do elemento essencial do ajustamento de condutas.

É o que se extrai dos seguintes excertos doutrinários:

“Primeiro é preciso levar em conta que, a rigor, não se trata exatamente de uma transação, ou seja, de um acordo, no sentido de uma composição alcançada por “concessões mútuas” (CC, art. 840) [...]

Na verdade o espaço transacional que pode sobejar não inclui a parte substantiva da obrigação cominada ou a que se obrigou o responsável pela lesão ao interesse metaindividual (v.g. a recuperação de área degradada, com o replantio de espécies nativas não é transacionável); já os aspectos formais,

a saber, o tempo, o modo de cumprir o preceito possam sê-lo [...]”²

“Porém, se estamos tratando de interesses indisponíveis, pode causar perplexidade entabular compromissos se “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Sabidamente os direitos do consumidor não são direitos patrimoniais, e as cláusulas pactuadas que impliquem renúncia ou disposição de direitos são nulas.

Contudo, é preciso afirmar que o objeto do ajustamento de conduta do fornecedor não são os direitos dos consumidores, esses verdadeiramente indisponíveis, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento das obrigações destinadas a reparar os danos causados. Essas obrigações possuem conteúdo patrimonial, uma vez que se destinam a reparar fatos de produtos ou serviços. E, ainda que não tenham conteúdo patrimonial imediato – por exemplo, danos morais –, a sua reparação será avaliada nestes termos.”³

O debate doutrinário a respeito da natureza dos termos de ajustamento de condutas evidencia a situação muito bem descrita pelo Promotor de Justiça de Santa Catarina, Paulo de Tarso Brandão, de absoluta incompatibilidade da utilização de institutos e conceitos jurídicos tradicionais, os quais não se harmonizam com os novos mecanismos destinados à tutela dos interesses e direitos metaindividuais:

“Os conceitos que têm influenciado a doutrina e a práxis no que se refere às Ações Constitucionais ainda são decorrentes de conceitos ultrapassados

2 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 9 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 330-331.

3 GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. alli.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 975.

de Teoria do Estado e do Direito, que já não têm qualquer sentido no Estado Contemporâneo: a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado; o mito da separação das funções no exercício do Poder do Estado; a teoria da ação do Processo Civil informando o estudo das Ações Constitucionais.

De outro lado, mesmo quando há a percepção por parte da maioria dos doutrinadores no sentido de que se deva encontrar instrumentos efetivos para a tutela dos direitos adjetivados como “novos”, a proposta principal é a da necessidade de modificação do Processo Civil, sem que haja a percepção de que esse instrumento é incompatível com interesses de outra ordem que não os de natureza intersubjetiva. É exatamente por isso que tais doutrinadores ou operadores sempre afirmam a necessidade de criação de novos instrumentos processuais capazes de cumprir essa finalidade, mas, repita-se, pensam sempre esses novos instrumentos como um Processo Civil mais avançado.”⁴

Um aspecto a respeito dos termos de ajustamento de condutas, que foi pouco abordado pela doutrina especializada, é a sua natureza contratual e os efeitos decorrentes dessa constatação. Sem que esteja esgotado o debate a respeito da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas, essa nova abordagem visa analisar a forma pelo qual esse instituto se materializa no plano fático. Dentre os autores que discorreram sobre o tema destaca-se Daniel Roberto Fink:

“Nesse sentido, a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias.

[...]

4 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 191.

Por outro lado, a transação, ainda que seja a rigor da forma de extinção de obrigações litigiosas, quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, do qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência de todos os princípios e regras aplicáveis a esse. Capacidade das partes, objeto lícito e solenidade, como condições gerais de validade dos contratos, e bilateralidade, cláusulas penais, vícios nas declarações de vontade são princípios e regras plenamente aplicáveis. Apenas é preciso lembrar que o objeto contratual é o estabelecimento de obrigações com vistas à plena recuperação do meio ambiente, que, por sua vez, se constitui em interesse público indisponível. Essa lembrança serve de advertência, pois um instituto trazido do direito privado, como é a transação, deve amoldar-se aos princípios que norteiam a tutela do interesse público.”⁵

Nesse sentido, independentemente de ser o termo de ajustamento de condutas uma transação nos exatos moldes do art. 840 do Código Civil, ou não, o debate acerca do aperfeiçoamento do termo de ajustamento de conduta com vistas a lhe dar um grau de eficácia maior na tutela dos interesses metaindividuais deve levar em conta o fato de que ele corresponde a um contrato.

2. DA ANÁLISE DA QUESTÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS ENQUANTO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Como restou demonstrado com clareza por Daniel Roberto Fink, o termo de ajustamento de condutas, independentemente da solução que a doutrina abalizada apresente para e sua natureza jurídica, é materializado por intermédio de um contrato firmado por um ente público legitimado à propositura da ação civil pública (Ministério Público e os

5 FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento conduta)*. IN: MILARÉ, Edis. (coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001. p. 119

órgãos públicos legitimados⁶).

Não obstante a doutrina não descrever o termo de ajustamento conduta como um típico contrato administrativo, todas as características desta espécie de contratos são explicitadas por aqueles que se debruçam sobre o tema, especialmente no que diz respeito à incidência das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo nos termos de ajustamento de conduta, senão vejamos.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o contrato administrativo como a relação jurídica formada entre as partes por um acordo de vontades, em que elas se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas, as quais podem ser alteradas unilateralmente ou extintas pelo Poder Público:

“Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

[...]

Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordo de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar “contratos”.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

6 Não será abordado neste artigo o debate a respeito da utilização indevida pelo legislador do termo “órgãos públicos” para especificar os entes públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas, recomendando-se a leitura dos ensinamentos de Rodolfo Camargo de Mancuso a respeito do tema em sua obra *Ação Civil Pública (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9 ed. São Paulo: RT, 2004. p.323 e seguintes).*

a) contratos de Direito Privado da Administração da Administração;

b) “contratos administrativos”.

[...]

Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra-referidos -, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração Pública instabilizar o vínculo, seja:

a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;

b) extinguindo unilateralmente o vínculo.”⁷

A mutabilidade unilateral, característica marcante do contrato administrativo, é explicitada com brilhantismo por Fernando Reverendo Vidal Akaoui, que, no entanto, não o classifica como contrato administrativo, limitando-se a conceituá-lo como ato administrativo (em sentido amplo), gênero do qual os contratos são espécies⁸, como já

7 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 574-576.

8 Não obstante não haver indicação se o conceito usado pelo autor é de ato administrativo em sentido amplo, colhe-se que o conceito de ato administrativo em sentido estrito é inaplicável ao termo de ajustamento conduta, pois não se trata de ato unilateral da Administração Pública, afeiçoando-se mais este instituto da tutela coletiva ao conceito de contrato administrativo. Sobre o tema colhem-se as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello após expor seu conceito de ato administrativo:

“O conceito que acaba de se dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados

visto no item 2 supra (vide nota 8):

“Com efeito, o compromisso de ajustamento de conduta obtido pelo órgão público, seja ele qual for, não se torna imutável, não sendo correto tentar equipará-lo à sentença, que sofre os efeitos da coisa julgada.

Portanto, verificando-se a necessidade de reajustamento dos termos do compromisso anteriormente firmado, não deverá o órgão público relutar em tentar obter a composição com o interessado, e, não obtendo êxito neste intento, lançar mão das medidas judiciais cabíveis.”⁹

A classificação dos termos de ajustamento de conduta como contratos administrativos é mais evidente, quando se utiliza o conceito de contrato administrativo proposto por Marçal Justen Filho e partilhado por outros administrativistas, pelo qual o contrato administrativo é caracterizado pela presença de pelo menos uma das partes atuando no exercício da função administrativa:

“Prefere-se definir contrato administrativo como o acordo de vontades destinado a criar, modificar, ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função ad-

contratos administrativos.

O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo.[...]

Ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em sentido estrito.[...]

Em acepção estrita pode-se conceituar o ato administrativo como os mesmos termos utilizados, acrescentando-se as características da concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício das prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgãos jurisdicional).”

IN: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357-358.

- 9 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: RT, 2003. p.99-100.

ministrativa”¹⁰

Em se tratando de um contrato administrativo, o termo de ajustamento de condutas deve obediência aos princípios de direito público, aplicando-se subsidiariamente os princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, consoante a redação do art. 54 da Lei 8.666/93, aplicada aos termos de ajustamento de conduta por analogia:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Como consequência da aplicação dos princípios de direito público aos termos de ajustamento de conduta constata-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado – princípio basilar aos contratos administrativos – tem papel central na regência dos termos de ajustamento de conduta, como pode se observar a partir das lições de Jessé Torres Pereira Júnior acerca da aplicação deste princípio aos contratos administrativos:

“O que se deduz da presença da Administração Pública no contrato é que a ordem jurídica passa a garantir a prevalência do interesse público que a Administração encarna e ao qual o interesse privado, representado no pólo oposto da relação, deve sujeição, nos termos e limites da lei e do contrato.”¹¹

O reconhecimento de que o termo de ajustamento de condutas é um contrato administrativo, aplicando-se a ele os princípios inerentes a esta categoria contratual, possibilita uma evolução na exegese deste instrumento de tutela coletiva, especialmente no que diz respeito à análise de sua função social e do cumprimento desta, o que será o objeto central do presente estudo.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277

11 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 554.

3. A EVOLUÇÃO NA TEORIA CONTRATUAL NO DIREITO PRIVADO - A SOCIALIZAÇÃO DOS CONTRATOS.

Para que se possa analisar a função social do termo de ajustamento de conduta, mostra-se imperioso realizar uma breve retrospectiva da evolução da teoria contratual no século XX, demonstrando a sua crise e a superação desta por meio da socialização do contrato, especialmente pela introdução da função social do contrato como um dos princípios fundamentais desse novo regime contratual.

A compreensão da atual realidade contratual demanda o retorno aos eventos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, em especial aos processos de industrialização e de massificação das relações de consumo por intermédio dos contratos de adesão, os quais evidenciaram a crise da teoria contratual tradicional, em razão da constatação de que os princípios da autonomia da vontade privada e do *pacta sunt servanda* não mais espelhavam a nova realidade dos contratos, onde a manifestação da vontade era mais aparente do que real e o descompasso entre a o conteúdo do contrato e a realidade fática que ligava as partes era marcante, ao ponto de se apregoar o fim do contrato, como pontua Cláudia Lima Marques ao relatar esse momento da teoria contratual:

“Com a industrialização e massificação das relações, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.

Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente -, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

[...]

A crise na teoria contratual era incontestável. Em

1937, Gaston Morin sabiamente preconizava a ‘revolta dos fatos contra os códigos’, o declínio e o fim da concepção clássica do contrato. Pois, apesar de asseguradas, no campo teórico do direito a liberdade e autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos, o desequilíbrio daí resultante, já era flagrante.”¹²

Ao contrário do apregoado por alguns, a crise não resultou na extinção dos contratos, mas sim na sua transformação e reformulação, no que pode se chamar de socialização da teoria contratual, a qual não foi um evento isolado no direito privado, mas sim parte integrante de uma tendência mais ampla, consistente na adequação do direito civil às mudanças sociais e econômicas do mundo pós-guerra¹³.

Afirma-se que a doutrina civilista, inspirada por uma série de movimentos tendentes à socialização do direito, tais como a “jurisprudência de interesses” baseada nas idéias de Jhering, a doutrina social da Igreja Católica exposta em suas encíclicas e as doutrinas socialistas, passou por um considerável processo de socialização, inicialmente por intermédio da positivação de temas como a responsabilidade civil por danos, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico, a proteção da confiança nas relações contratuais, as restrições sociais ao direito de propriedade, dentre outras, inicialmente no Código Civil Italiano de 1942 e posteriormente em muitos outros instrumentos normativos¹⁴.

12 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 163.

13 Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Et. Al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 503.

14 “Desde fins do século XIX, o direito não ignorava o aparecimento das doutrinas socialistas, exigindo normas de tutela específica da classe operária e de suas relações com o empresariado.[...]”

A Igreja Católica propõe, em suas encíclicas, uma doutrina social a mudança de uma moral individual para uma ética social, combatendo tanto as idéias marxistas quanto as do liberalismo selvagem, pois considera que a razão do Estado é velar pelo bem comum, devendo, portanto amparar os direitos dos cidadãos, especialmente os mais fracos.

[...]

As idéias de Jhering foram o ponto de partida da “jurisprudência de interesses” do início do nosso século e tiveram uma atuação libertadora para os juízes ao interpretar as leis e preencher as lacunas, pois poderiam eles aplicar os juízos de valores contidos

Os reflexos dessas transformações do direito no civil são facilmente detectáveis na teoria contratual, que passou a levar em consideração não apenas o momento de manifestação da vontade pelas partes, mas especialmente os efeitos do contrato na sociedade e as condições econômicas das pessoas envolvidas no contrato, dotando-o de uma nova função – a função social – ou seja, a busca e realização da justiça e do equilíbrio contratual:

“O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve de se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

...É o que o novo Código Civil denomina “função social do contrato”, novo limite ao exercício da autonomia privada.”¹⁵

Com a atribuição dessa nova função ao contrato, designada de “função social do contrato”¹⁶, opera a denominada socialização da teoria contratual, onde o papel da vontade na auto-regulamentação das rela-

na lei sem descuidar do caso concreto em julgamento. Porém, infelizmente, a “função social do direito privado” preconizada por Jhering permaneceu nas páginas dos livros e revistas doutrinárias, não chegando a sensibilizar o legislador de direito civil. Temas como a responsabilidade por dano, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico (Geschäftsgrundlage), a onerosidade excessiva, as restrições sociais ao direito de propriedade, a proteção da confiança nas relações contratuais, as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, só encontrariam alguma disciplina legal após a Segunda Guerra ou no pioneiro Código Civil italiano de 1942.” IN: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed.* São Paulo: RT, 2005. p. 164/165.

15 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed.* São Paulo: RT, 2005. p. 167.

16 O conceito de Cláudia Lima Marques é compartilhado por Mariana Ribeiro Santiago, em sua obra “O Princípio da Função Social do Contrato”, onde após analisar uma série de conceitos de “função social do contrato” elaborados por Antonio Junqueira de Azevedo, Gino Gorla, Orlando Gomes, Álvaro Villaça, Adriano Lichtenberger Parra, Rogério Ferraz Donnini, Carlos Alberto Ghersi, Luiz Roldão de Freitas Gomes e Humberto Theodoro Júnior, afirma que “Atualmente, na definição de função social do contrato, a totalidade dos autores por nós pesquisado ressalta o caráter condicionador de tal princípio, que submete o interesse privado ao interesse público, limitando, assim, a autonomia privada.” IN: SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O Princípio da Função Social do Contrato*. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 77/80.

ções privadas encontra-se limitado por normas imperativas pautadas pelo interesse social, conforme leciona de forma precisa Cláudia Lima Marques:

“A nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição das pessoas nele envolvidas ganha em importância.[...]”

A procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas da boa-fé da partes contratantes.

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade prevalecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar um elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.”¹⁷

Destaca-se que a socialização da teoria do contrato e o cumprimento de sua função social se concretizam pelo intervencionismo estatal nas relações contratuais, fenômeno esse denominado dirigismo contratual, onde o Estado, por meio de normas cogentes, passa a interferir de forma direta na liberdade contratual, sem, contudo, extinguir a autonomia da vontade privada, como expõe Nelson Nery Junior:

17 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 210/211.

“Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a situação sociopolítica das sociedades européias até então estáveis se modificou, de sorte que a realidade impôs a adoção de regras que atendessem às necessidades oriundas da guerra, bem como conduzissem a sociedade pós-guerra de volta às tão esperadas estabilidade e paz social.

E é nesses períodos de grande comoção econômica, aliada às vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do dirigismo contratual, como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar”¹⁸.

A socialização da teoria contratual em nosso ordenamento jurídico deu-se de forma tardia, mas marcante, inicialmente por intermédio do papel revolucionário do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no ordenamento princípios como o da boa-fé objetiva, seguindo pela evolução jurisprudencial da teoria contratual que foi buscar inspiração no Código de Defesa do Consumidor, alargando o seu espectro de atuação em muitos casos e mesmo aplicando seus princípios em contratos que não caracterizavam relações de consumo e posteriormente com a edição do Novo Código Civil, que, dentre muitas outras inovações, positivou o princípio da função social do contrato no ordenamento pátrio.

4. OS INTERESSES PÚBLICOS COMO ELOS ENTRE O A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO CIVIL E A PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Observa-se que o ponto fulcral da socialização da teoria contratual no direito civil é a limitação da esfera de auto-regulamentação das partes por meio da introdução do princípio da função social na teoria contratual, o que, em última análise, acarreta a submissão do princípio

18 , Ada Pelegrini. Et. Al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 500.

da autonomia da vontade privada aos interesses sociais vigentes¹⁹.

O princípio da função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil é, conforme afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, mais uma manifestação concreta do princípio basilar do direito administrativo – o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado –, o qual rege não apenas a disciplina contratual dos termos de ajustamento de conduta, mas o agir dos órgãos públicos legitimados a celebração destes compromissos e a própria convivência em sociedade, como pode se verificar pelos ensinamentos do mestre administrativista:

“O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que em inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros.”²⁰

A aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no âmbito dos contratos administrativos é fonte de algumas das características que justamente os distinguem dos demais contratos, especialmente pela possibilidade da Administração Pública instabilizar o vínculo contratual unilateralmente na busca da concretude do interesse público:

“... o consenso entre a Administração e o particular,

19 Interesses sociais oriundos dos valores plasmados em nosso ordenamento jurídico, como bem expõe Rafael Chagas Mancebo: *“Os valores que fundamentam todo o ordenamento jurídico informam a função social do contrato e por meio desta incidem o regime contratual privado, sendo esta a razão em dizer que os fundamentos do art. 421 do Novo Código Civil encontram-se além da lógica contratual, em verdade naqueles valores sociais – justiça e ordem, certeza e segurança – que fundamentam expressões como fim social e o bem comum, justiça e justiça social, que se tornam razões de existência para o ordenamento jurídico.”* IN: MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25.

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

que dá ensejo ao ato obrigacional e à conseqüente responsabilidade dos contratantes, não será idêntico àquele firmado entre particulares; a razão disso está na própria relevância do fim a ser atendido pela Administração; que é inteiramente diverso daquele perseguido pelo particular. Enquanto a Administração busca atingir o bem-estar geral, o particular age tão-somente em seu benefício. Tal situação de desigualdade levou a doutrina a buscar no Direito Público uma disciplina das peculiaridades das contratações que envolvessem interesses públicos, sem, contudo, dissociar-se da teoria geral dos contratos, sob pena de descaracterizá-los como instrumento de captação de bens e serviços juntos aos particulares, que, então, se afastariam dessa indispensável colaboração.”²¹

Constata-se assim que apesar de se tratarem de princípios aplicáveis a ramos distintos do direito, o princípio da função social do contrato e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado tem a mesma finalidade primordial, qual seja, a de garantir a convivência harmônica em sociedade, limitando o âmbito de vigência dos interesses privados à sua harmornização com o interesse público.

Ambos os princípios, como visto, encontram-se ligados pelo papel preponderante do interesse público sobre os interesses privados, sendo necessário para que se compreenda a função social do termo de ajustamento de conduta delimitar os contornos jurídicos do interesse público mencionado nestes princípios.

A discussão a respeito da conceituação do interesse público é vasta na doutrina especializada, havendo aqueles que como Celso Antonio Bandeira de Mello definem-no como sendo o “*interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelos simples fato de o serem*”²², enquanto outros como Marçal Justen Filho abordam-no sob a ótica de um critério mais amplo, qual seja, o da supremacia e indisponibilidade

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A inadimplência contratual da Administração Pública e suas conseqüências*. Boletim ADCOAS, julho de 1993, p. 633.

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53.

dos direitos fundamentais como fundamento do interesse público.

A exposição de Marçal Justen Filho a respeito do conceito de interesse público mostra-se importante para a compreensão do tema.

O administrativista inicialmente demonstra que a supremacia de interesse público sobre o privado encontra-se fundada em um conceito indeterminado que é o de interesse público, sendo tarefa complexa a delimitação de seus contornos, mas extremamente necessária em razão da possibilidade de arbítrios e ofensas ao regime democrático caso isso não seja feito:

“A supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia.”

[...]

Essas concepções são relevantes, mas propiciam problemas insuperáveis, relacionados com a ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público. Isso dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais.

[...]

Não é fácil definir “interesse público”, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta uma exatidão de conteúdo. Mas a função primordial atribuída ao interesse público exige contornos mais precisos.”²³

Justen Filho prossegue, buscando dar contornos mais precisos ao interesse público, inicialmente distinguindo os interesses do Estado

23 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35/36.

do interesse público²⁴ e, na seqüência, refutando as soluções propostas pela doutrina para identificação do conteúdo do interesse público, especialmente em virtude de seu cunho antidemocrático²⁵.

24 *“O primeiro equívoco é confundir interesse público e interesse estatal, o que gera um raciocínio circular: o interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público. Essa concepção é incompatível com a Constituição, e a maior evidência reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve, em especial, o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais.”* IN: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

25 As soluções propostas pela doutrina de um modo geral e os argumentos de negação dessa teses expostas por Marçal Justen Filho são, sinteticamente: a) a identificação do interesse público com o interesse privado comum a todos os cidadãos, a qual é contestada sob o argumento de que o interesse público abarca interesses que muitas vezes não são interesses da maioria da população e que ainda assim em um Estado Democrático de Direito devem ser tutelados; b) o reconhecimento do interesse público como sendo um interesse privado não egoístico com alguma homogenização coletiva, que é refutado em razão dos mesmos argumentos expostos na solução “a” e c) a afirmação de que o interesse público seja o interesse da “sociedade”, entendida como o mero somatório dos indivíduos, o que também é rechaçado por sua natureza antidemocrática.

“O conceito de interesse público é, usualmente pressuposto como algo sabido, mas é muito difícil expor seu conteúdo. Há varias alternativas possíveis.

A solução mais simplista seria identificar interesse público como o interesse privado comum a todos os cidadãos.... ..Essa concepção é inútil, porque a unanimidade nunca será atingida. Basta um único sujeito ter interesse divergente dos restantes para que não surja o interesse público.

Uma alternativa reside, então, em afirmar que o interesse público é o interesse privado comum e homogêneo da maioria da população. Esse entendimento também não pode ser aceito, porque conduz à opressão. O “interesse público” a ser respeitado não pode ser, numa democracia, apenas o interesse da maioria da população. Isso significa a destruição do interesse das minorias.

[...]

Uma variante teórica reside em reconhecer que nem todo interesse privado pode ser reconhecido como público. Haveria duas categorias de interesses privados. Primeiramente, interesses privados pertinentes à existência individual egoística, cuja conjugação nunca resultaria no surgimento de um interesse público. Seriam interesses essencialmente individuais.

Ao lado deles, haveria interesses privados que poderiam dar origem a um interesse público, na medida em que ocorresse alguma homogeneidade coletiva. Seriam interesses privados de natureza não egoística. Esses interesses privados especiais podem ser relevantes a ponto de dispensar o requisito da maioria. Bastaria que parcelas significativas da sociedade apresentassem interesses comuns dessa ordem para o reconhecimento da publicidade do interesse.

[...]

O raciocínio desenvolvido por Marçal Justen Filho constata, amparado nas críticas tecidas à teoria do interesse público, que não há apenas um interesse público, mas que em nossa sociedade complexa existem inúmeros interesses públicos todos merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis, tornando-se imperiosa a identificação do atributo peculiar que diferencia esses interesses dos demais:

“Uma crítica insuperável reside em que a teoria do interesse público pressupõe a existência de um interesse público único, o que representa desnaturação da realidade social e jurídica.

Quando se afirma que os conflitos de interesse se resolvem por via da prevalência “do” interesse público, produz-se uma simplificação que impede a perfeita compreensão da realidade.

[...]

Ou seja, as situações concretas demonstram a existência de diversos interesses públicos, inclusive em conflito entre si. Logo, a decisão a ser adotada não poderá ser fundada na pura e simples invocação do “interesse público”. Estarão em conflito diversos interesses públicos, todos em tese merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis.”²⁶

Marçal Justen Filho propõe então, de forma brilhante e importante para a compreensão do problema proposto de análise da função social do termo de ajustamento de condutas, que a delimitação dos contornos dos interesses públicos se dê não apenas em razão de questões técnicas ou econômicas, mas, sobretudo a partir de uma questão ética, qual seja, a indisponibilidade de princípios e valores fundamentais, especialmente

Uma terceira alternativa também é insatisfatória. Consiste em afirmar que o interesse público é o interesse da “sociedade”, entendida como algo inconfundível com o mero somatório dos indivíduos. Nesse caso, admite-se que o todo (conjunto de indivíduos) é mais do que o resultado da soma das unidades. Essa construção é rejeitada por sua natureza antidemocrática.” IN: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39/41.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

o da dignidade da pessoa humana, valores esses que quando ligados a determinado interesse cuja tutela se torne indisponível, qualificam-no como sendo um interesse público:

“Nesse ponto, é necessária uma radical modificação no panorama jurídico. A disputa sobre o direito administrativo não é uma questão técnica. A incidência de um regime jurídico diferenciado deriva não de razões puramente técnicas, mas de imposições éticas. É necessário investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas. A distinção entre público e privado se assenta não numa questão puramente econômica ou técnica. O núcleo da distinção apresenta natureza ética. Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível e não o inverso.O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.

Não se admite subordinar as necessidades indisponíveis à disciplina jurídica própria dos interesses individuais disponíveis. A ausência de satisfação daquelas necessidades configura infração a valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Tudo evidencia que a questão não reside num “interesse público”, de conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público,

mas nos direitos fundamentais.”²⁷

Desse modo, para o autor, a delimitação dos contornos dos interesses públicos deve se dar a partir da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, os quais são critérios anteriores à própria supremacia dos interesses públicos sobre os privados.

Para Marçal Justen Filho, os interesses públicos passam a ser fruto de um processo democrático e contínuo de produção e aplicação do direito, não sendo mais elementos justificadores da atuação da Administração, mas qualificadores deste agir na medida em que apenas as decisões obtidas por meio de procedimentos regulares e em respeito aos direitos fundamentais poderão ser reputadas como traduções dos interesses públicos:

“A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.

[...]

Então, somente seria possível aludir a “interesse público” como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo “o interesse público”. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse “interesse público”, e sim porque compatível com os direitos fundamentais.”²⁸

Em suma, o que legitima a atuação da Administração Pública de

27 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43/44.

28 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

um modo geral, bem como seus contratos administrativos, dentre os quais os termos de ajustamento de condutas, e o que torna os contratos firmados entre particulares válidos dentro da atual teoria contratual socializada por meio da inclusão do princípio da função social do contrato é o respeito aos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma, o respeito aos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico passa a ser também o elo entre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e do princípio da função social do contrato.

Desse modo, a análise da função social dos termos de ajustamento de conduta deve se dar com base na sua harmonia com os direitos fundamentais previstos em nosso texto constitucional.

5 - DA FUNÇÃO SOCIAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.

A função social dos termos de ajustamento de conduta, consoante o raciocínio desenvolvido acima, se dá por intermédio da constatação de que esses instrumentos contratuais administrativos estejam efetivamente tutelando os direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico por intermédio da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios, destinadas a garantir a reparação ou a prevenção de lesões a esses direitos.

A tarefa de comprovação do cumprimento da função social dos termos de ajustamento de condutas em razão da vagueza dos termos usados para defini-la é extremamente complexa, o que pode causar um elevado grau de insegurança nos operadores jurídicos.

A insegurança retro mencionada, contudo, deve ser compreendida no âmbito de uma manifestação sociológica mais ampla do que a própria socialização da teoria contratual acima descrita brevemente, intitulada crise da pós-modernidade, a qual atinge a sociedade de forma acentuada e que demanda do direito modificações no seu estilo de pensamento de modo a fornecer respostas aos anseios cada vez mais complexos e mutáveis da sociedade:

“Com a sociedade de consumo massificada e seu indi-

vidualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que permeiam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais do cidadão.”²⁹

A crise pós-moderna faz com que a ciência do direito tenha que desenvolver um modo de raciocínio cada vez mais tópico, caracterizado pela criação de figuras jurídicas, conceitos e princípios abertos, destinados a assumir significação em função do problema a ser resolvido no caso concreto:

“... o direito deixa o seu ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas. É um estilo de pensamento cada vez mais tópico, que se orienta para o problema, criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais, delimitados sem tanto rigor lógico, como veremos no CDC, pois só assumem significação em função do problema a resolver, são fórmulas jurídicas de procura de solução do conflito, fórmulas que jamais perdem a sua qualidade de tentativa. Esta parece ser a fase do direito atual,

29 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 168.

pois, superado o ceticismo quanto ao declínio do pensamento sistemático, a infalível descodificação, evoluímos para considerar a realidade positiva da função do pensamento tópico e da reetização do direito.

Como resultado desta mudança de estilo de pensamento, as leis passam a ser mais concretas, mais funcionais e menos conceituais. É o novo ideal de concretude das leis, que para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela realidade social, opta por soluções abertas, as quais deixam larga margem de ação ao juiz e á doutrina, usando freqüentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os da boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros. São topoi da argumentação jurídica, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de inegável força para alcançar a solução justa ao caso concreto.³⁰

As alterações impostas à ciência do direito pela crise pós-moderna mostram-se evidentes em ramos do direito que abarcaram a tutela de direitos e interesses de terceira geração, utilizando aqui a nomenclatura de Norberto Bobbio, tais como o direito do consumidor e do meio ambiente, especialmente no que diz respeito à principiologia própria destes ramos jurídicos, os quais como se sabe são dotadas de um razoável grau de indeterminação manifestada em princípios como o da prevenção/precaução, do poluidor-pagador, da função socioambiental da propriedade, da boa-fé objetiva, da função social do contrato, dentre outros.

Sendo justamente nessas searas onde a utilização dos termos de ajustamento de condutas é mais freqüente, a análise da função social deste instituto da tutela coletiva passa a ser uma atividade típica do direito pós-moderno, pois a constatação do cumprimento da função social do termo de ajustamento de conduta dar-se-á sempre caso a caso, mediante a comprovação de que o direito fundamental subjacente à

30 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 213/214.

própria pactuação do contrato administrativo foi tutelado de forma efetiva no caso concreto.

Assim, o termo de ajustamento de condutas irá cumprir sua função social apenas quando efetivamente promover a integral reparação do *status quo ante* o evento danoso a um direito fundamental, ou prevenir a ocorrência desta lesão, tutelando de forma eficaz o direito fundamental inserido no instrumento contratual, o que significa dizer que o termo de ajustamento de conduta só atingirá sua função social quando puder alterar a realidade fática e efetivamente sanar a lesão ao direito fundamental que se presta a tutelar.

Um termo de ajustamento que se limitar a sanar “formalmente” uma lesão a um direito fundamental, apenas no plano contratual, sem a constatação de sua eficácia, não terá cumprido sua função social.

A análise da função social do termo de ajustamento de condutas passa deste modo a ser mais um tópico no debate a respeito da eficácia da tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico, tema este que começa a ganhar força após os vinte anos desde a publicação da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), como se pode perceber na recente obra publicada e coordenada por Edis Milaré, que inaugura sua obra afirmando que os desafios atinentes à implementação da tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico são muitos, destacando-se dentre eles, aqueles oriundos do manuseio inadequado dos instrumentos da ação civil pública, os quais podem dar azo a seu descrédito:

“Retomando o que se disse quando da comemoração dos dez anos da Lei 7.347/85, não apenas a ciência jurídica enriqueceu-se com o estudo e a prática da ação civil pública, mas, sobretudo, alargaram-se as fronteiras dos direitos da sociedade civil mediante iniciativas e procedimentos que, mais do que jurídicos e processuais, foram social e politicamente pedagógicos, porquanto despertaram mais e mais a consciência de cidadania e, por isso, desencadearam processos participativos orientados à defesa do patrimônio coletivo e da sadia qualidade de vida dos cidadãos.

[...]

De outra, infelizmente, é necessário reconhecer que tanto o ordenamento jurídico nacional tem muito caminho por fazer como também o sistema político inspirado no ideal democrático ainda é frágil, com muitos percalços a vencer.

[...]

Em contrapartida, cumpre reconhecer que o recurso indiscriminado e mal fundamentado aos instrumentos da ação civil pública pode desfigurar, também ele, a verdadeira imagem da tutela jurisdicional dos interesses pelos quais essa medida é invocada. Neste caso parece oportuno recordar que se, por um lado a lei não pode ser ignorada, por outro a sua aplicação não pode ser banalizada por iniciativas infundadas e motivos arbitrários, juridicamente inconsistentes ou socialmente sec-tários, como tem sucedido”³¹

No que diz respeito especificamente ao termo de ajustamento de condutas, observa-se que ainda prepondera uma visão romantizada a respeito de sua aplicação, no sentido de que a simples formalização do ajustamento de conduta, ou mesmo a instauração de inquéritos civis e procedimentos preliminares, já se basta para garantir uma tutela eficaz dos interesses metaindividuais, circunstância essa que pode levar aos efeitos deletérios do uso indiscriminado desse importante instrumento de tutela coletiva, como se pode observar nas seguintes afirmações:

“Tanto o inquérito civil, privativo do Ministério Público (art. 8º, §1º, da LACP), quanto o compromisso de ajustamento de conduta, que pode ser tomado do interessado por qualquer órgão público legitimado (art. 5º, §6º), são instrumentos que se vêm mostrando muito idôneos para a resolução rápida e efetiva de conflitos envolvendo os direitos coletivos sem a necessidade de se recorrer à via judicial.

31 MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 5-6.

Freqüentemente só a instauração de um inquérito civil ou procedimento administrativo pelo Ministério Público basta para que o infrator, objetivando evitar a condição de réu e outros transtornos que a atividade ministerial possa lhe causar, corrija espontaneamente a sua conduta tornando desnecessária até mesmo a negociação que redundaria em um compromisso de ajustamento de conduta. Este, por sua vez, mais vantajoso por viabilizar a execução judicial das obrigações assumidas e das multas por seu descumprimento, ainda possibilita um debate mais aprofundado sobre as formas de solucionar situações que costumam envolver inúmeras variantes relacionadas a áreas do conhecimento estranhas ao direito, bem como interessados outros que não só o infrator, incluindo membros da sociedade atingidos por sua atividade e que, na via judicial, teriam muito restringida sua possibilidade de intervir no equacionamento da situação lesiva.”³²

Impõe-se assim, com a finalidade de garantir o cumprimento de sua função social, que os órgãos públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas implementem mecanismos mais rigorosos de controle da eficácia dos termos de ajustamento de das obrigações pactuadas nos termos de ajustamento.

Esses mecanismos podem ser internos, como, por exemplo, através de controles estatísticos administrativos, tais como os previstos no Ato nº. 03/03 CGMP/SP, de 17 de dezembro de 2003³³; ou podem

32 GAVRONSKI, Alexandre do Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. IN: MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 32.

33 Este ato da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo exige que os promotores de justiça prestem informações a respeito do número de termos de compromisso de ajustamento de conduta: a) firmados no período; b) em verificação; c) cumpridos e d) das execuções judiciais em andamento, o que não é verificado em outros Ministérios Públicos, que se limitam a colher dados a respeito do número de termos de ajustamento de condutas firmado, não havendo controle formal

ser externos, por meio da intervenção da sociedade civil, a qual pode ser implementada a partir de um aumento no grau de publicidade dos termos de ajustamento de condutas firmados, sugerindo-se a indicação clara de um link para os termos de ajustamentos de conduta na página inicial dos sites dos ministérios públicos, aliada à divulgação de todos os termos firmados, medida que aumentaria de forma sensível o grau de eficácia do princípio da publicidade, possibilitando assim que a sociedade auxiliasse o Ministério Público e as demais partes legitimadas na fiscalização do cumprimento destas obrigações.

E, além disso, sugere-se a incorporação de mecanismos de garantia de execução das obrigações firmadas nos termos de ajustamento de conduta, por intermédio da aplicação de técnicas de garantia e avaliação de risco contratual que já vêm sendo aplicadas pela Administração Pública, especialmente pelos bancos de desenvolvimento³⁴, como método

de sua efetividade.

34 Não serão abordados de forma mais profunda neste momento os métodos para análise de risco, os quais podem ser incorporados no processo decisório para celebração de um termo de ajustamento conduta atuando com uma importante ferramenta de auxílio dos entes públicos, evitando a pactuação de contratos que a análise de risco apontaria como muito arriscados sob a ótica da inadimplência. Apenas a título de ilustração, interessante mencionar o processo básico de avaliação de risco nas palavras de Sebastião Bergamini Jr., Luiz Ferreira Xavier Borges, Regis da Rocha Motta, Guilherme Marques Calôba e Letícia Nabuco Villa-Forte no artigo Modelo de Avaliação de Risco de Crédito em Projetos de Investimento quanto aos Aspectos Ambientais, publicada no site do BNDES (<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/risco.pdf>):

“A concessão de crédito tradicional geralmente envolve modelos estatísticos e regressões, para a avaliação do potencial de inadimplemento de um dado cliente, empresa ou projeto. Tais modelos são diferenciados visando adaptar o instrumental analítico a dimensões extremamente diversificadas: desde o crédito pessoal, passando por créditos a pequenas empresas, chegando a avaliações de grandes empresas exploradoras de petróleo ou mineradoras, de porte mundial.

Um modelo para avaliação de risco de crédito de empresas considera, em geral, os indicadores extraídos das demonstrações contábeis, ou seja, estuda os dados advindos do balanço patrimonial e outras declarações contábeis, buscando extrair indicadores que tenham alto poder explicativo e elevado grau preditivo em termos de endividamento, lucratividade e outras dimensões. Outro importante dado que compõe o modelo é o comportamento histórico da empresa, em outros empréstimos que possa ter solicitado.

Em geral um modelo de avaliação de risco de crédito e de concessão de financiamento envolve três etapas:

(1) Pontuação: consiste em gerar, a partir dos indicadores, do histórico e de outros dados, uma determinada pontuação indicativa da situação/evolução do desempenho da

de obtenção de um grau de eficácia maior deste instrumento de tutela dos interesses metaindividuais³⁵, permitindo desse modo que a sua função social seja cumprida.

6. CONCLUSÃO.

Todo e qualquer estudo ou debate a respeito da tutela de interesses e direitos metaindividuais insere-se, como visto, no cenário amplo da crise pós-moderna e de seus reflexos na ciência do direito, a qual, nos dias de hoje, caracteriza-se pela criação de figuras jurídicas, conceitos e princípios abertos, destinados a assumir significação sempre em função do problema a ser resolvido no caso concreto.

Nessa paisagem caótica a reação dos operadores jurídicos é descrita com precisão por Pauline Marie Rosenau, que os classifica em pós-modernos cépticos ou afirmativos conforme seu grau de incredulidade na capacidade do direito em resolver os problemas sociais que são postos em debate no atual cenário jurídico:

“Segundo Pauline Marie Rosenau, com a atual crise das ciências sociais, dois tipos de reação estão acontecendo. Há os que, tomados pelo ceticismo do momento, fotografam a crise e a destruição, prevêem o fim das certezas científicas, constata-

empresa analisada com relação a parâmetros representativos do desempenho médio de uma amostra de empresas setorial ou global;

(2) Classificação ou rating: consiste em, através de uma tabela de intervalos de pontos, transformar a pontuação em uma classe específica de risco de crédito, tipicamente entre A e D, denotativos de uma qualidade intrínseca de risco, sendo o rating AAA o melhor que uma empresa poderá alcançar, e D o pior, significando potencial de inadimplência muito elevado (e.g., MOTTA & CALÔBA, 2002);

(3) Decisão de Concessão do Crédito: caso o rating possibilite a concessão do empréstimo, é determinada uma taxa de juros, que obedecerá, necessariamente, o critério de conceder menores taxas de juros para as empresas com melhor rating, na medida em que estão associadas perdas esperadas diferente para cada nível de risco.

35 Sobre o tema vide ZUFFO, Max. *Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas*. **ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Florianópolis, v. 3, n. 7. set/dez. 2005. p. 29-53. O texto encontra-se também a disposição em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista07internet.pdf.

o vácuo dos valores, o egocentrismo, a exclusão, a complexidade e o consumismo exacerbado, que vagueia em nossa sociedade atual; desconstroem as teorias antes gerais, criticam severamente as soluções universalistas, mas acabam paralisados, minoritários, a utilizar os mesmos instrumentos jurídicos dos séculos passados, agora subjetivados ao extremo. Há os que, saudosos de algumas certezas da modernidade, procuram reconstruir as teorias em novas narrativas, frisam o diálogo das fontes, constataam a existência de novos paradigmas e verdades, verdades que, mesmo mais tolerantes, fluidas, menos universais e agora tópicas e microssistêmicas, povoam de sentido e luz o ordenamento atual. Sua reação é afirmativa, afirmativa da necessidade de reconstrução da ciência, de evolução dos instrumentos colocados à disposição dos juristas e cientistas sociais, da necessidade de consciência da crise e de força para superá-la. Aos primeiros denominou pós-modernos cépticos, aos segundos, pós-modernos afirmativos..."³⁶

O presente estudo, que conclui que a função social do termo de ajustamento de condutas, interpretado aqui como um contrato administrativo voltado à tutela de direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico por intermédio da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, cumulada com a aplicação de amplos preceitos cominatórios, destinados a garantir a reparação ou a prevenção de lesões a esses direitos, se dá mediante a comprovação de sua eficácia, no sentido de tutela efetiva do direito fundamental subjacente à celebração do termo de ajustamento de conduta, deve ser lido em consonância com as palavras da mestra consumerista Cláudia Lima Marques, que afirma que apesar da complexidade das relações sociais da sociedade pós-moderna e dos desafios impostos à ciência do direito deve prevalecer uma dogmática renovada de modo a tornar o direito mais eficaz

36 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 179.

e a sociedade mais justa para os mais fracos³⁷, sendo este trabalho mais um esforço no sentido de aprimoramento dos importantes mecanismos de tutela coletiva existentes em nosso ordenamento.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: RT, 2003.

BERGAMINI, Sebastião Jr. **et. al.** *Modelo de Avaliação de Risco de Crédito em Projetos de Investimento quanto aos Aspectos Ambientais*. Disponível em <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/risco.pdf>>. Acesso em 1 nov. 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento conduta)*. IN: MILARÉ, Edis. (coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001.

GAVRONSKI, Alexandre do Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. IN: MILARÉ, Edis (coord.) *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. alli.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MANCIBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 9 ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed.* São Paulo: RT, 2005.

37 “Efetivamente, apesar da complexidade das relações atuais e do sistema do direito, há que prevalecer uma ética reconstrutiva, uma dogmática renovada e uma interpretação protetiva e justa para os mais fracos da sociedade de modo a tornar eficaz o direito.” IN: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed.* São Paulo: RT, 2005. p. 179.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A inadimplência contratual da Administração Pública e suas conseqüências*. Boletim ADCOAS, julho de 1993, p. 633.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O Princípio da Função Social do Contrato*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

ZUFFO, Max. *Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas*. **ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Florianópolis, v. 3, n. 7. set/dez. 2005. p. 29-53.

1º PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007
Categoria B: Artigo - 2º lugar

AGENTE PROVOCADOR, AGENTE INFILTRADO E O NOVO PARADIGMA DE PROCESSO PENAL

Isaac Sabbá Guimarães

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

1. A matéria referida à regulamentação dos meios de prova em processo penal é das mais complexas por colocar em confronto direto duas ordens de raciocínio: por um lado, evidencia-se o crescimento do fenômeno criminal em determinados domínios até bem pouco tempo insondáveis, manifestando-se de forma organizada, com a utilização de meios sofisticados e, algumas vezes, ocupando estratos sociais distantes da marginalidade comum (as modalidades dessa nova onda criminal estão especialmente relacionadas com as organizações criminosas, processos de lavagem de dinheiro, tráfico de mulheres, tráfico de drogas e terrorismo), para o que nem sempre a polícia judiciária está preparada, vendo-se na condição de também inovar, agindo com tanta astúcia quanto os criminosos; por outro lado, uma tal circunstância de combate ao crime, que é querida pelas instâncias oficiais do Estado (que deve fazer frente ao risco social representado pela atividade criminal, ela própria fonte criminógena, porque o crime alimenta o crime) e da comunidade, está, por vezes, na zona limítrofe entre o direito e o ilícito, tendo sua legitimidade contestada por afrontar as mais mezinhas noções dos direitos fundamentais e, até mesmo, dos princípios que norteiam o *corpus* jurídico constitucional-processual. Ante a incapacidade de refrear a criminalidade, o Estado – o Estado de direito que se quer material, ultrapassando, portanto, os postulados da Constituição formal –, vê-se

na contingência de fazer concessões ao sistema de direitos fundamentais estruturado durante a primeira *onda do constitucionalismo* (Hauriou), de cariz notadamente liberal e que, em boa verdade, ultrapassou o Estado chamado *burguês* (Schmitt) para se tornar aquele patrimônio irrenunciável da sociedade democrática, seja no tipo de *Welfare State*, seja nesta configuração pós-moderna de Estado (do Estado em crise constitucional, estrutural, ética e de identidade e que já não se conforma com uma rotulação pura e simples), mais ou menos como já havia prenunciado Bobbio num de seus estudos¹. Surge aí, portanto, uma tensão que se manifesta entre a legítima finalidade-dever de minimizar os efeitos da criminalidade sobre a sociedade e a necessidade de preservação do sistema de direitos fundamentais que, para além de conquista da sociedade democrática ocidental é a própria justificativa do Estado que surge, primeiro, nos Estados Unidos da América, depois na França da Revolução de 1789, quando se depõe o *Ancien Régime*.

Mesmo que o momento mais emblemático disso possa ser localizado após o *11 de setembro*, quando a polícia norte-americana passou a lograr facilidades para empreender investigações cujos métodos põem em causa o direito à privacidade, o problema já vem sendo discutido há muito por doutrinadores europeus, ao que parece sempre mais predispostos à defesa de um processo penal *ético* (em consonância com o Estado de direito material, como refere Figueiredo Dias) e que é, portanto, absolutamente contrário ao recurso de práticas ilícitas (ou de caráter oficioso) para o desbaratamento do crime. Entre nós, o tema é novo, e encontra resistência por parte da doutrina abertamente *funcionalista* e mesmo do posicionamento jurisprudencial das mais altas cortes. Mas não temos dúvida de que é hoje uma ingente necessidade sua análise, mormente quando o País assiste a um verdadeiro espetáculo de ações da Polícia Federal (muitas delas mais estrepitosas do que eficientes) no sentido de identificar criminosos de colarinho branco, organizações

1 O filósofo italiano, mesmo tendo sido fiel ao pensamento progressista, não deixava de ser crítico e, de forma lúcida (e absolutamente atual) referiu: “Ainda hoje, contra os abusos do poder, por exemplo na Itália, os comunistas invocam exatamente aqueles direitos de liberdade, a separação de poderes (a independência da magistratura), a representatividade do Parlamento, o princípio da legalidade (nada de poderes extraordinários para o executivo), que constituem a mais ciosa conquista da burguesia na luta contra a monarquia absolutista”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 278.

criminosas, narcotráfico transnacional, sem que haja paradigmas legais a serem seguidos, a não ser um arcabouço fragmentário de normas procedimentais (presentes em leis penais especiais, como a Lei Antidrogas) e a noção dos direitos-garantias individuais². A única diretriz acerca das proibições sobre meios de prova em nosso sistema constitucional-processual é encontrada num enunciado vago, de caráter amplo, amplíssimo, que é aquele contido no art. 5º, LVI, CR: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. E nada mais. Assim, propomo-nos, no presente artigo, analisar o problema dos meios de prova radicando-o em duas figuras hoje bastante solicitadas pelas investigações policiais, que são o agente *provocador* e o agente *infiltrado*, tentando uma abordagem crítica sobre sua validade no processo penal, aqui entendido a partir do referencial com o moderno Estado de direito material.

2. Não há dúvida de que o processo mantém estreita correspondência teleológica com a idéia de garantia da liberdade, como bem se depreende de sua mais remota noção abrigada na *Magna Charta Libertatum*, de 1215, onde se prescreveu, no seu capítulo 29, que *nullus liber homo capiatur vel imprisonatur... nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*, de forma, portanto, que a liberdade humana restava já delimitada pela *lei da terra* (do que deriva o princípio da *rule of law* dos ingleses) e a salvo dos atos arbitrários, na medida em que só caberia sua restrição com base na lei³. Os contornos mais bem acabados da garantia derivada do processo aparecem, também por inspiração inglesa

-
- 2 Temos entendido que certos direitos individuais ultrapassam a dimensão do *status negativus*, tradicional do modelo constitucional garantístico (ou liberal), em que se exige a abstenção de atuação estatal para a preservação da liberdade: requerem, também, uma dimensão (ou componente) positiva, que corresponde à atuação estatal para se dar efetividade (material) à liberdade. O *habeas corpus*, seguindo esta linha de raciocínio, seria, portanto, um direito-garantia: é garantia, porque contém regra de ação estatal no sentido de resguardar a liberdade; é direito, porque a norma de atuação se refere à esfera de individualidade, sendo possível, portanto, o recorte ou individuação do interesse da pessoa humana. Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: crítica e perspectiva (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 2ª ed. atual. Curitiba: Juruá, 2001, p 211 e ss.
- 3 Cf. o *Caso Darnel*, de 1627, propulsor da *Petition of Right*, in SHARPE, R. J. **The law of habeas corpus**. Oxford: Clarendon Press, 1976, p. 9-12; COLLINGS JR., Rex. *Habeas corpus for convicts – Constitutional right or legislative grace?*. **California Law Review**, v. 40, 1952, p. 335-361, *maxime*, p. 336; SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**... cit., *maxime* p. 128 e s.

– ao fim e ao cabo a matriz do sistema constitucional-processual norte-americano – na *Declaration of Rights*, da Virgínia, de 1776, onde seu art. 8, dispõe que todo processo em que se vise à aplicação de pena capital ou simples processo penal

[...] *a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty [...].*

E na parte final, o mesmo artigo refere que o homem só perde sua liberdade em razão do que dispuser a *law of land* e do julgamento de seus pares. Mais tarde, a Constituição dos Estados Unidos (1787) emprega, expressamente, o termo *due process flaw* na décima quarta emenda, sem cuja obediência por parte do Estado ninguém poderá ser privado de sua vida, da liberdade ou da propriedade. Observe-se que isto, aliado ao direito que os cidadãos norte-americanos conquistaram à *inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra prisão, busca e apreensão arbitrária*; as formalidades que devem estar presentes nos mandados judiciais arrimados num juízo prévio de culpabilidade (exigências prescritas na quarta emenda constitucional); assim como o direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial (sexta emenda), constituem, segundo entendemos, um verdadeiro *sistema de garantias* da liberdade pessoal – sistema presidido pelo direito-garantia do *due process of law*⁴. As coisas vistas desta forma, permitem-nos desde já identificar no advento do Estado liberal (de forma incipiente na Inglaterra do século XVIII, de forma acabada com a independência dos Estados Unidos da América e na Europa continental de após Revolução Francesa) o surgimento de um processo penal conforme à planificação de democracia do mundo ocidental, que estabelece a dúplice idéia de, por um lado, existência de uma *esfera de liberdade do indivíduo* [que] *se supõe como um dado anterior ao Estado, ficando a liberdade do indivíduo ilimitada em princípio*, enquanto que a *faculdade do Estado para invadi-la é limitada em princípio* e, por outro lado, de organização do Estado, com funções bem definidas, mecanismo impeditivo de abusos e arbitrariedades⁵; sendo assim, o processo penal

4 Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**, cit., p. 173 e ss.

5 SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Trad. castelhana de Francisco Ayala. Madri:

é erigido à condição de garante da liberdade dos cidadãos, na medida em que impede a supressão de um bem jurídico de relevância, como a liberdade, por ato arbitrário e abusivo, de todo em todo deslocado das regras do jogo; e, por fim, como decorrência disso, o processo penal antes de encarar o homem como objeto, um ser funcionalizado *do* processo, concede-lhe o estatuto de *interveniente* processual, ou seja, um ser *no* processo, que dele dispõe inclusive para controlar a atuação estatal. É por isso que vemos no *due process of law* norte-americano mais que um princípio fundamental: trata-se de um verdadeiro direito-garantia individual, que coordena as demais garantias constitucionais de índole processual, tudo se enfeixando na idéia de proteção da liberdade individual. Ou, por outras palavras, o processo penal é a própria expressão ativa garantidora da liberdade.

Mas se o processo penal mantém essa ligação ideológica com a salvaguarda da liberdade individual, de maneira a que os atos do Estado em vez de atropelarem os interesses do cidadão – e, por mais elementar que seja a idéia, é sempre bom lembrar do alerta feito por Ortega y Gasset, quem dizia que o Estado existe em função do homem e não o contrário (e que, completariamos nós, não deve ser *funcionalizado*, sob pena de perder sua individualidade, sua dignidade) – devem, para além de se conformar a eles, garanti-los, minimizando os danos a que estão sujeitos pelo prosseguimento das funções estatais, ao menos preservando o núcleo duro da idéia dos direitos de liberdade, há, por outro lado, uma outra ordem de interesses identificada com aquilo que Pontes de Miranda denominou de *técnica* de garantia dos direitos de liberdade, segundo a qual *As liberdades individuais têm de ser asseguradas até onde não ofendam a ordem pública*⁶. O problema que aqui surge (quando se tenta dirimir as tensões entre interesses individuais e a *ordem pública*, ou, de maneira mais conforme ao atual quadro político, interesses sociais), no entanto, se relaciona com eventual (e indevida) ideologização do Estado, que por vezes, agindo em nome dos interesses sociais (ou a pretexto deles), capitaliza para determinada situação ideológico-política o modo de atuar estadual. Nestas circunstâncias, tanto uma democracia populista (que tem, na realidade, uma face oculta), o socialismo (como esse propugnado pelo ideal bolivariano que anda a circundar o Brasil),

Alianza Editorial, 1982, p. 138.

6 PONTES DE MIRANDA. **Democracia, liberdade, igualdade** (os três caminhos). São Paulo: Saraiva, 1979, p. 287.

como um regime autocrático de direita, aquilo, em suma, que Radbruch denominava de Estado supra-individualista (por não respeitar a dignidade da pessoa humana e, portanto, o seu direito à individuação)⁷, acabam por funcionalizar o homem: em vez de autonomia, inclusive no modo de participar no processo (como interveniente), tem-se nele um objeto atrelado ao instrumentalário processual; e o processo, portanto, em vez de garante da liberdade individual, torna-se instrumento técnico de realização dos fins estatais, sem tangenciar a esfera ontológica do homem, nem a órbita dos valores axiológicos da comunidade. Daí que o direito acaba se tornando um *direito simbólico*, porque antes de referir-se a um conteúdo axiológico, estará a serviço de uma dada ideologia (ou convicções políticas), situação contra a qual se insurge, entre nós, de forma veemente, Silva Franco⁸.

3. A atual fase de desenvolvimento do processo penal está relacionada com a viragem de consciência operada após a segunda Grande Guerra, quando a nova *onda do constitucionalismo* estabelece como marco inarredável para a estruturação do sistema de direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana. O homem é, a partir de então, encarado como um ser complexo, nele compreendendo-se as dimensões moral, psíquica e espiritual; é espécie ontológica, mas que tem sua existência radicada em sua experiência como *ser-em-sociedade*, para além do que toda ontologia acaba por se tornar sem sentido; no entanto, tem especial vocação para o aperfeiçoamento e para a autodeterminação, signos da hominidade nos quais se funda uma dimensão puramente individual. Perspectivando as coisas por essa ótica, as Constituições modernas, como a da Alemanha Federal (1949), a da República Portuguesa (1976), a da Espanha (1978) e a nossa, passaram

7 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. de Cabral de Moncada, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997, p. 325 e ss.

8 O penalista refere-se ao direito penal simbólico, que é dado pelo legislador como forma de aplacar uma opinião pública adversa, mais ou menos como se dissesse, através da lei, que é operoso e diligente, quando, em realidade, deixa de tratar o problema genético da criminalidade ou da falta de segurança. Rótulo que serve, também, para certas leis de cunho processual. Cf. FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, a. 6, fasc. 2, abr/jun 1996, p. 175-187; SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Dogmática penal e poder punitivo**. Novos rumos e redefinições (em busca de um direito penal eficaz). 2ª ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2001, *maxime* p. 38 e ss.

a ser presididas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que determina dois níveis de relacionamento, como percebemos na primeira das Constituições mencionadas:

1 A dignidade do homem é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção. 2. O povo alemão reconhece, em conseqüência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo (art. 1º).

A dignidade, então, é exigida não apenas nas relações do plano horizontal, do homem para com o homem, mas, também, num plano vertical verificado nas relações entre o cidadão e o poder político. De maneira a que, em suma, todos estejam obrigados à dignidade da pessoa humana, inclusive o Estado em seus programas idealizados para dar consecução a seus fins. Em seguida, no art. 2º, a mesma Constituição dispõe: *Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade sempre que não ofendam os direitos de outrem nem atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.* Esse Estado de direito democrático já não se compadece com uma expressão meramente formal de sua Constituição, pois que o aperfeiçoamento do homem exigirá a participação do Estado, que intervirá com meios, promovendo a *liberdade positiva* (Berlin); o *livre desenvolvimento*, apela, por outro lado, para a feitura de um Estado não-doutrinador e não-ideologizado. O que, sem dúvida, contrasta com o modelo de Estado supra-individualista, que considera o homem apenas como ser *da* coletividade. Em consonância com isto, o processo penal propugnado segue, podemos dizer, as linhas gerais traçadas por Figueiredo Dias⁹: a) estará dirigido pelo princípio axiológico da dignidade da pessoa humana e, no que se refere à matéria da prova, há de se respeitar o contido no art. 32º, 6 da Constituição da República Portuguesa e no art. 261º do Código de Processo Penal¹⁰, proibindo-se no processo, por exemplo, a confissão obtida por meio de tortura; b) a possibilidade de limitação de certos interesses individuais que não contendam diretamente com a garantia da dignidade da pessoa

9 DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português. **Para uma nova justiça penal.** Coimbra: Almedina, 1996, p. 206 e ss.

10 A matéria processual está localizada, atualmente, no art. 126º, do CPP português, que disciplina a norma fundamental.

humana, explicando que [...] *se a proibição de (avaliação da) prova se não prende com a garantia da dignidade da pessoa (como, v.g., no caso de proibição do testemunho de ouvir-dizer), já poderá eventualmente vir a reconhecer-se a admissibilidade de provas consequenciais à violação daquela proibição*¹¹. Tal possibilidade de limitação, no entanto, estará sujeita aos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

4. Da necessidade de se estabelecerem limites para a atividade processual do Estado decorrem regras de proibição de prova¹², como verificamos no 1) *corpus* jurídico norte-americano, que adota o conceito de *exclusionary rules*, depreendidas da Constituição, onde se erige um rígido sistema de garantias de liberdade pessoal, presidido pelo *due process of law*. Ali não se admite, v.g., qualquer meio de prova que colida com a *5th Amendment* (que estabelece o *privilege against self-incrimination*). *As proibições carecem de flexibilidade, estabelecendo regras muito claras para o sistema de acusatório puro, no qual o State Prosecutor, orientando as investigações da polícia judiciária, deve rejeitar os meios de prova insuscetíveis de apreciação pelo tribunal*¹³. Há nesse sistema um crivo que não apenas declina irregularidades, mas nulidades absolutas com efeitos-à-distância, que contaminam as provas decorrentes da que foi nulificada; 2) no direito processual alemão observam-se as *Beweisverbote*, que pressupõem a proteção de bens jurídicos derivados da normação axiológica presente em sua Lei Fundamental: *daí destaca-se a proibição dos meios de prova que contendam com a dignidade humana [...], com o livre desenvolvimento [...] com a inviolabilidade do segredo de correspondência e das telecomunicações [...] ou com a inviolabilidade do domicílio*¹⁴. Tal regime encontra-se cimentado em seu processo penal que proíbe o acolhimento de confissão extraída através de maus-tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de quaisquer meios, tortura, hipnose etc. Há aí um terreno fragmentário de normas constitucionais, incapazes de proteger os muitos interesses do homem relacionados com o seu *livre desenvolvimento*, mas adequado para movimentações mais amplas da exegese jurisprudencial (especialmente da

11 Ob. cit., p. 208-209.

12 A respeito do problema, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992; e o nosso **Dogmática penal...**, cit. p. 127 e ss.

13 SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Dogmática penal...**, cit., p. 130.

14 *Ibidem, ibidem*.

Corte Constitucional) e doutrinal. São ocorrentes na jurisprudência da Corte Constitucional as ponderações dos bens jurídicos em jogo (entre os que digam respeito ao réu e à sociedade), de modo a que a realização do direito penal se confirme como garantidor do mínimo ético necessário à paz social; 3) já no processo penal português existe um regime autónomo de proibições de prova, dirigido pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CR), pelo direito à integridade física e moral (art. 25º, CR), pelo direito à imagem e à reserva de intimidade da vida privada (art. 26º, CR), tudo enfeixando-se num sistema de garantias que tornam *nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações* (art. 32º, CR). Não se pode negar que também no sistema constitucional-processual português ocorre um mal genético de fragmentariedade, mesmo estando a matéria disciplinada no Código de Processo Penal, de maneira que o operador do direito deverá recorrer a outras constelações legais para se guiar¹⁵.

Se, por um lado, os sistemas aqui vistos, mesmo que de forma perfunctória, permitem o estabelecimento de limites para os meios de prova em processo penal, dando certa margem de segurança para o operador do direito, o nosso, por outro lado, não apresenta um regime de proibição de provas legalmente definido, implicando, necessariamente, já que tratamos do modelo de *Estado de direito material*, na necessidade de ampararmo-nos no sistema de direitos e garantias constitucionais para a solução dos problemas nessa área ocorrentes. É a partir daí e dos princípios a ele inerentes que poderemos adensar a análise do problema proposto, antes, porém, fazendo a análise das duas figuras de investigação.

5. É freqüente na prática investigatória da polícia judiciária o uso do agente provocador, expediente, aliás, que não só encurta o longo caminho que normalmente teria de percorrer a investigação, como, também, se revela eficaz para a detecção (e prisão) do agente de crimes como o tráfico, operacionalizados pela organização criminosa e encobertos pela lei do silêncio imposta às pessoas, como moradores de certas regiões, que acabam se resignando com o cotidiano de crimes; e, mais

15 O carácter fragmentário desse sistema transparece quando o código dispõe sobre a nulidade das provas obtidas com “A utilização de força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei” (art. 126º, 2, CPP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro).

recentemente, a partir da previsão legal constante no inc. V, do art. 2º da Lei nº. 9.034/95 (modificada pela Lei nº. 10.217/2001), passando pela Lei nº. 10.409/2002 (art. 33, I) e, agora, pela Lei nº. 11.343/2006 (art. 53, I), vem-se adotando a infiltração de agente, geralmente no meio ou organização criminal. As figuras não se distinguem apenas pelo fato de uma se originar da *práxis* oficiosa, enquanto que a outra apresenta previsão legal: o *método* de atuação é o principal elemento diferenciador, reclamando sua contextualização no quadro normativo axiológico, dos princípios constitucionais e da idéia fundamental de proibição de meios de prova. Avancemos, então, na análise desses métodos de investigação.

Na doutrina alemã, as pessoas inseridas com identidade encoberta no meio criminal, com o intuito de investigarem a atuação de criminosos, ganham a denominação genérica de homens de confiança (*Vertrauens-Männer*), que podem ser categorizados como *agentes provocadores* e *agentes infiltrados*¹⁶. Esses agentes são, para Costa Andrade:

[...] *todas as pessoas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (Untergrundfahnder, undercover agent, agentes encobertos ou infiltrados), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (Polizeispitzel, detection), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment)*¹⁷.

A. O agente provocador é aquele que, ao ganhar a confiança do criminoso, mediante uso de algum ardil, o instiga ou o convence a praticar determinada conduta típica, quando, então, desencadeia a atuação policial para a positivação do fato e mesmo para sua prisão. É o que verificamos geralmente nas prisões em flagrante delito de traficantes

16 Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Nova lei antidrogas comentada** (crimes e regime processual penal). 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 195 e ss..

17 ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições**, cit., p. 220.

de drogas, que são levados a comercializá-las com um agente de identidade encoberta a serviço da polícia. Em realidade, trata-se de método que tem como eixo central um expediente enganoso, condenável por muitos em razão da falta de ética, o que colocaria Estado e criminoso num mesmo nível. Numa decisão datada de 1912, o *Reichsgericht* assim se referiu sobre o provocador:

[...] à luz dos princípios gerais da ética, a que terão de submeter-se, sem consideração pelos resultados, as autoridades da justiça penal, não pode de forma alguma coonestar-se esta prática [...]. A utilização no processo penal de tais solicitações é, em qualquer circunstância, proibida. É desonesto e, de todo modo, incompatível com a reputação das autoridades da justiça penal, que os seus agentes ou colaboradores se prestem a incitar tão perigosamente ao crime ou, mesmo, que apenas deixem subsistir a aparência de terem colocado ao serviço da justiça penal, meios enganosos (Täuschung) ou outros meios desleais¹⁸.

A doutrina portuguesa segue este referencial, havendo quem considere a atuação do agente provocador não apenas antiética, mas, também, criminosa, uma vez que inescapavelmente haverá, de sua parte (do agente), a intenção consciente de realizar a conduta típica, fazendo *nascer* o delito que não ocorreria não fosse sua intervenção¹⁹, tudo, obviamente, sem a cobertura de qualquer excludente de ilicitude. É por este paradigma doutrinal e com base no art. 126º, 2, do CPP²⁰, que o Tribunal Constitucional português já fixou o entendimento no sentido de que

é inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por

18 *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições**, p. 224.

19 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador**. Os princípios do processo penal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 256.

20 Que trata dos métodos proibidos de prova: 2. *São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com o consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios enganosos.*

*agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética [...]*²¹.

B. O agente infiltrado, também incluído no conceito de *homem de confiança* das autoridades policiais, atua com a identidade encoberta, mas, diferentemente do *provocador*, não está inserido no meio criminal para estimular a prática de um crime: trata-se de pessoa que colhe informações, investiga o *modus operandi* dos criminosos, incluindo os planos ou preparação do crime, visando oferecer elementos para a atuação policial. Gonçalves, Alves e Guedes Valente, ao comentarem o Dec.-Lei n.º 15/93, que regulamentou em Portugal essa modalidade de investigação, referem:

*A figura do agente infiltrado é, pois, substancialmente diferente da do agente provocador. O agente provocador cria o próprio crime e o criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. O agente infiltrado, por sua vez, através da sua actuação limita-se, apenas, a obter a confiança do suspeito(s), tornando-se, aparentemente, num deles para, como refere Manuel Augusto Alves Meireis, 'desta forma ter acesso a informações, planos, processos, confidências...que, de acordo com seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação'*²².

Em suma, o *agente infiltrado* mantém sua verdadeira identidade encoberta, adotando uma falsa, para ganhar a confiança dos criminosos; passa a viver no submundo do crime, inclusive fazendo parte dos planos e ações ilícitos, sem, no entanto, dar causa, diretamente, à

21 Acórdão 578/98, do TC, processo 835/98, publicado no DR, II Série, n. 48, de 26.02.1999, p. 2.950, *apud* GONÇALVES, *et al.*, ob. cit., p. 261.

22 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A lei e crime**, cit., p. 264.

prática de um crime (a atividade do agente é limitada). Pode mesmo chegar a prestar apoio moral e material, e praticar atos de execução de crime, como permite o regime legal português de ações encobertas²³, mas não pode – está proibido de – impulsionar o crime. Para além do mais, a infiltração, pelo que percebemos quanto ao seu emprego tanto no processo penal português²⁴ como no nosso, é regrada por um juízo

23 O art. 59º, do Decreto-Lei n. 15/93, de 22 de janeiro, dispunha: *1. Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal, para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas* (redação esta que reproduz quase fielmente o contido no art. 52º, do Decreto-Lei n.º 430/83). O atual Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal, aprovado pela Lei n.º 101/2001, dispõe, no seu art. 6º, sobre a isenção de responsabilidade: *Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma*. Ou seja, o agente infiltrado pode participar de crimes (e, em boa verdade, esta é uma situação da qual não escapa, pois que a recusa de tomar parte dos atos criminosos pode não só colocar em risco as investigações, como, também, a própria segurança do agente), indo muito mais além daquelas situações previstas no antigo regime legal do agente infiltrado (envolvendo o narcotráfico), mas não pode ele próprio dar origem à ação criminal ou figurar como o cabeça da organização criminal.

24 O art. 3º da Lei n.º 101/2001 (novo Regime Jurídico das Ações Encobertas) dispõe, no n.º 1, que *As ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação*. Enquanto que o art. 2º da mesma Lei dispõe um longo (e taxativo) rol de crimes em que se permite a modalidade de investigação: *a) Homicídio voluntário [...]; b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão [...], ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; c) Relativos ao tráfico e viação de veículos furtados ou roubados; d) Escravidão, seqüestro e rapto ou tomada de reféns; e) Organizações terroristas e terrorismo; f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas; h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; i) Associações criminosas; j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; l) Branqueamento de capitais, outros bens e produtos; m) Corrupção, peculato e participação económica em negócios e tráfico de influências; n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; q)*

de necessidade e pelo princípio da proporcionalidade, pois que fica a investigação restrita a crimes de maior potencialidade ofensiva e sob a pendência de autorização do Ministério Público (em Portugal) ou do juiz (no caso brasileiro).

6. Mesmo que o processo penal brasileiro não disponha de um regime jurídico específico para as ações encobertas (o que, em parte, se justifica em razão da falta de desenvolvimento na polícia judiciária de práticas investigatórias desse gênero), o agente infiltrado tem já os contornos delineados pela Lei n.º 9.034/95 e pela Lei n.º 11.343/2006. A primeira dispõe que a polícia judiciária deve criar nos seus quadros equipes especializadas, ao passo que o inc. V do art. 2º refere expressamente que a infiltração será realizada por agentes de polícia ou de inteligência, enquanto que o artigo 53, I, da Lei Antidrogas trata, apenas, da infiltração por agentes da polícia. Portanto, diferentemente do modelo que acabamos de analisar, nosso sistema não permite a infiltração de informantes ou colaboradores da polícia, o que já limita as possibilidades dessa prática investigatória. Mas o que realmente nos preocupa é o fato de não existir um disciplinamento da própria atuação do agente infiltrado, concedendo-lhe, por um lado, prerrogativas e, por outro, mecanismos de controle por parte da autoridade policial ou do judiciário ou do Ministério Público. Nada é dito, por exemplo, sobre a prática de eventuais atos de execução de crime (muitas vezes inevitáveis), ou sobre a necessidade de relato minucioso à autoridade policial da intervenção do agente no meio criminal. De forma que, embora circunscritas à idéia de licitude, as ações encobertas de nosso sistema investigatório correm riscos de resvalar não só para fora da esfera daquilo que é pretendido para as instâncias oficiais de prevenção e combate ao crime (que é a investigação gizada pela ética), como, também, de eventuais práticas criminosas ou que ingressem nos domínios da provocação do crime. Daí que a fronteira entre as atuações do agente infiltrado e do agente provocador seja tênue.

Quanto ao agente provocador, figura que se encontra à margem da esfera da licitude, constituindo-se, portanto, um expediente investigatório ditado por um arraigado costume de nossa polícia, especialmente em

Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e valores [...]; r) Relativos ao mercado de valores mobiliários.

relação aos crimes de tráfico de drogas, acaba ingressando num quadro jurisprudencial-doutrinal absolutamente estranho, ou, mesmo, paradoxal. É, como afirmamos, uma modalidade de atuação sem previsão legal e os elementos de prova daí decorrentes, por conseqüência, não se encontram sob o abrigo da licitude. Mas os tribunais, em geral, em vez de invalidarem a prova coletada pelo agente provocador, apenas entendem não configurado o crime instigado. Aliás, o STF consolidou esse entendimento na Súmula 145, que dispõe: *Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*. Por outras palavras, a conduta provocada não perfectibiliza crime porque o elemento subjetivo – *dolo* –, a vontade livre e consciente orientada para certo fim é *contaminada* pela indução do agente provocador. Mas, no entanto, há nessa linha de raciocínio uma implícita admissão não apenas da ação penal com relação aos fatos que antecedem à provocação e que, obviamente, configurem crime, mas, também, o próprio testemunho do agente provocador como meio de prova no processo penal. Daí que, no caso paradigmático do tráfico ilícito de drogas, o negócio de compra e venda levado a efeito pelo traficante e o agente provocador, não configura o crime na modalidade de *venda* (que é para doutrina apenas uma *venda ficta*²⁵), no entanto, considera-se aí configurado o tráfico na espécie de *ter em depósito* ou *manter sob sua guarda* droga. Conseqüentemente, a denúncia deverá ater-se aos fatos criminosos que antecedem à ação de provocação, enquanto que a conduta daí decorrente é considerada, pelos tribunais, situação de crime impossível²⁶.

Damásio de Jesus, que esposa essa linha de raciocínio, justifica sua posição afirmando que

25 Cf. JESUS, Damásio E. **Novas questões criminais**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 77.

26 *À simples leitura da denúncia, constata-se que esta peça restringiu a conduta do agente na expressão vender, apartando-se das demais hipóteses previstas pelo art. 12 da Lei 6.368/76, que exprimem casos de crime permanente.*

Ao assim definir a ação realizada pelo acusado, deixando de apontar a anterior guarda do tóxico para fins de mercancia – que configuraria crime permanente, legitimando o flagrante – o representante do Ministério Público relatou caso de crime impossível. Na aparência, um delito exteriormente perfeito, mas sem violação da lei penal, já que a simulação da compra do estupefaciente desencadeou a ação criminosa do recorrente.

Trata-se, no caso, de evidente flagrante preparado em que o agente policial provocou o sentenciado à prática do crime, cuidando para que este não se consumasse.

Ora, o crime impossível é impunível, não se podendo falar, em face de seu reconhecimento, em qualquer tipo de reprimenda (TJSP – 6ª C.Crim. – Ap. 283.488-3/2-00 – Pircicaba, Rel. Des. Lustosa Goulart – j. em 20.01.2000, v.u.).

Os comportamentos do traficante, nas hipóteses de guarda, depósito etc., não são induzidos pelo agente policial. Em consequência, há delito e pode ser lavrado o auto de prisão em flagrante, mas somente em relação à guarda ou depósito da droga, isto é, no tocante às condições não provocadas pelo simulador (REsp. 277, STJ, 5ª T. – Rel. Min. Costa Lima – RT, 652:358).

Em suma, temos na primeira hipótese, a de *atuação de agente infiltrado*, expediente de investigação policial legalmente autorizado para a elucidação dos crimes praticados por organizações criminosas (Lei n.º 9.034/95) e do tráfico ilícito de drogas (e afins, arts. 33 a 37, da Lei n.º 11.343/2006); e, de conformidade com a interpretação que se faz do direito-garantia da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, todos os elementos recolhidos durante as investigações, inclusive o testemunho do agente, poderão constituir meios aptos de prova em processo penal. Como consequência disso, uma rápida análise desse proto-regime de provas em processo penal que se instala entre nós conduzirá a entendermos que: a) as ações encobertas ocorridas para a elucidação de crimes não previstas em lei, desautorizam o uso em processo penal dos elementos de prova através delas juntados; no entanto, b) a atuação do agente provocador, de todo em todo fora do âmbito de licitude, portanto não apenas antiética mas, também, antijurídica, é admitida para levar ao conhecimento da justiça penal todos os fatos antecedentes à provocação e que constituam ilícito penal; de sorte que c) os meios de prova resultantes da provocação concernentes à parte *não contaminada* por ela, prestar-se-ão aos fins visados pelo processo.

Ao apresentarmos as coisas desta maneira e partindo da orientação contida no direito-garantia fundamental de inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, seremos forçados a indagar se a experiência jurídico-jurisdicional verificada em nossos tribunais, no que concerne ao aproveitamento da prova produzida durante a provocação de um crime, gera uma antinomia jurídica. Ou, de forma mais planificada: estará o Estado a recorrer a meios antiéticos para dar consecução aos seus fins na área da justiça penal, nisso igualando-se aos criminosos? O processo penal brasileiro é, puramente, um processo que *funcionaliza* o homem, desrespeitando as noções mínimas de autonomia ou de

autodeterminação pessoal? Nesta hipótese, o réu figurará no processo como mero objeto dos fins pretendidos pelo Estado, mormente o de combate de certo tipo de criminalidade? Há possibilidades de equacionar as questões problemáticas aqui sugeridas, que se reconduzirão a uma única, referida ao modelo de processo penal que pretendemos para nós, através dos princípios fundamentais de nosso *corpus iuris*? Os problemas são verdadeiramente complexos e talvez não esgotemos as possibilidades de soluções no espaço deste ensaio, mas vamos já adiantar algumas delas.

7. Já de início, e para centrarmos a discussão do problema na área axiológica da filosofia do direito, poderemos dizer que nenhuma das modalidades de investigação aqui tratadas tem uma justificativa puramente ética, a menos que tratemos seu conceito dentro do relativismo, o de todos os sistemas filosóficos. De forma mais clara, se, por um lado, a provocação do crime é levada a efeito por um expediente arditoso do agente com identidade encoberta, que dissimula uma condição de pessoa pertencente ao submundo do crime, no fundo, bem no fundo, por outro lado, o agente infiltrado recorre ao mesmo tipo de expediente para ganhar a confiança de criminosos e, assim, inserido no seu meio, recolher as informações que permitirão a atuação da autoridade policial visando à prevenção ou à repressão de determinado crime; para além disso, tanto o agente provocador quanto o agente infiltrado invariavelmente cometerão atos de execução de crime, de forma consciente e predeterminada. Pode-se, então, dizer que há diferenças éticas nos dois casos? Expondo o problema de outra maneira, o expediente de quem, visando, apenas, à recolha de informações, simula sua identidade e até pratica atos preparatórios ou de execução de crime, é menos antiético de quem leva outrem à prática de crime? A nosso ver a resposta só pode ser negativa.

Mesmo quando se lança mão do *princípio da lealdade* para justificar a recusa das informações do agente provocador como meio de prova em processo penal, não nos parece haver uma linha de raciocínio coerente com aquilo que se entende por lealdade – conceito este indiscutivelmente localizável nos domínios da ética –, tendo em vista relacionar-se com noção que [...] *impõe a administração da justiça a não recorrer a meios enganosos, a métodos arditos que traduzam a obtenção de provas de forma ilícita, que induzam o arguido à prática de factos que não praticaria se não fosse*

*ardilosamente interpelado, provocado ou incitado*²⁷. Mas, repare-se bem que os criminosos só relatam seus planos ou confiam determinado papel ao agente infiltrado dentro de uma organização para a prática de crimes porque foram, *tout court*, rotundamente enganados, sendo levados a entender tratar-se o agente como *um dos seus*. Estabelecem-se, então, linhas de comunicação entre as duas modalidades de agentes encobertos, cuja base ética, a nosso ver, é bem fraca, não resistindo a um olhar mais cuidadoso. A não ser por uma circunstância diferenciadora: o de que a atuação do agente infiltrado está alicerçada na previsão legal e no controle exercido pelo representante do Ministério Público e pelo juiz.

Ao começarmos a compor a equação desse problema jurídico, podemos afirmar que o fato de existirem leis que regulamentam a infiltração de agentes e mecanismos de controle de sua atuação, torna esse método de investigação menos repreensível do ponto de vista ético. Ora, a regulamentação por lei confere ao criminoso a possibilidade de prever a ocorrência de infiltração de informantes, de forma que o próprio envolvimento em certas modalidades de crime passa a constituir uma situação de risco para o criminoso. Podemos até ir um pouco mais adiante: *quanto melhor estiver regulamentada essa modalidade de investigação, menos oportunidades haverá para seu rechaço por parte dos criminosos diante da justiça penal, porque mais evidente o risco que quiseram ou assumiram correr*. Por outras palavras, quando uma organização criminosa admite o ingresso de alguém no seu meio, já o faz com uma calculada margem de risco, não podendo, por isso, alegar insciência do método de investigação. Para além disso, a infiltração é precedida de impulso do representante do Ministério Público (que ou concorda com o pedido efetuado pela autoridade policial, ou requer, ele próprio, no uso de suas atribuições, a providência) e de autorização judicial, que acabam por se transformar em esferas de controle legal.

Se a procura de justificativa para a atuação infiltrada é mais facilmente resolvida devido à existência de um regime legal que, embora deficiente (por não descrever, com maior precisão, as áreas de atuação e seus limites), evita a alegação de falta de possibilidade de previsão de sua ocorrência por parte do criminoso, já o problema referido ao agente provocador não será tão simples. Uma parte dele é, de pronto, equacionada pelo entendimento doutrinal e jurisprudencial quanto à

27 GONÇALVES, Fernando, *et all*, ob. cit., p. 147-148.

inadmissibilidade dos elementos recolhidos pela autoridade policial acerca da própria provocação. De fato, se a ação do criminoso sequer esteve integrada pelo elemento subjetivo, não há que se falar em crime. E, portanto, os elementos de informação concernentes ao fato provocado não interessam à justiça penal. No entanto, inexistente uma abordagem específica quanto ao tratamento a ser dado às informações prestadas pelo agente provocador sobre os fatos antecedentes que constituam autonomamente crime: há, apenas, o entendimento de que, se constituem crime, podem ser levados à prossecução pela justiça penal. A situação se agrava quando confrontamos este problema com o direito-garantia de não se ver o processo instruído com provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CR). Haverá, então, a imprestabilidade de todos os elementos de prova recolhidos pelo agente provocador? Ou será possível o aproveitamento das informações que obteve antes da provocação? A nosso ver a primeira achega para a solução do problema está em determinar a extensão do conceito de ilicitude da atuação do agente provocador. E isto passa pelo equacionamento do problema pelos princípios do direito constitucional.

8. Ora bem, tem crescido entre nós o interesse doutrinal pelo trato da questão da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos²⁸ através de um viés do direito constitucional. Que, por isso mesmo, nos remete para uma análise que co-envolve não apenas os princípios fundamentais explícitos na Constituição, mas, também, alguns não positivados que gravitam em torno da matéria, além de certos marcos fundamentais identificados pela teoria. Dessa forma, as principais noções de direito constitucional que devemos ter em mira numa aproximação inicial de seu estudo, são referidas à sua *fragmentariedade* e à *relatividade* dos direitos fundamentais. A primeira, sugere-nos que o ordenamento jurídico-constitucional é fragmentário – aliás, extremamente fragmentário –, não esgotando as possibilidades jurídicas que dele tentamos arrancar quando pretendemos a aplicação de suas normas no mundo prático. Como a Constituição deve representar a estabilidade de um Estado, não é aconselhável sejam suas normas historicamente *datadas*

28 Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. Temas escolhidos. São Paulo: Edipro, 1999, p. 29 e s.; FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85 e ss.

e, pois, vulneráveis ao *envelhecimento*, a não ser em sua parte programática, quando, naturalmente, se faz necessária a revisão constitucional. Por isso, mesmo numa Constituição como a nossa, o corpo de normas fundamentais não particulariza de forma definitiva a vida social. Além do mais, a esfera dos direitos e garantias fundamentais, devido a seu entrecorte com a constelação de valores axiológicos da comunidade, acaba por estabelecer-se como vetor para a dinâmica sócio-política, mas cujos conceitos não se apresentam de forma irreduzível (é o caso do direito à greve, direito à liberdade de expressão, direito à intimidade, e, também, o direito-garantia de provas obtidas por meios lícitos). Há, portanto, lacunas no direito constitucional, que devem ser preenchidas pela política jurídica levada a efeito pelos legisladores e tribunais, tudo visando a atender a circunstância histórico-político-cultural da sociedade. Com isso queremos dizer que o alcance da norma fundamental expressa no art. 5º, LVI, CR, iniludivelmente não se exaure no valor semântico dos vocábulos aí empregues. Por outro lado, há de se referir a inviabilidade do entendimento dos direitos fundamentais como expressões *absolutas* do direito: eles colidem entre si e geram tensões jurídicas que devem ser equacionadas por uma ordenada política jurídica, cujo precípua fim será o de estabelecer a harmonia e a paz sociais. Esta condição torna-se evidente se trouxermos ao exame o direito de liberdade de expressão em confronto com o direito individual à privacidade quando, de maneira muito fácil, constataremos essas tensões. Pois bem, em razão disso, será acertada a afirmação de que os direitos fundamentais são *relativizados* por operações político-jurídicas, contanto que elas não comprometam o núcleo duro, a idéia essencial dos direitos.

A nosso ver, o problema referido à aceitação dos elementos de prova produzidos pelo agente provocador deve ser contextualizado a partir das noções sobre a teoria constitucional acima expostas para, num primeiro instante, indagarmos se a regra contida no art. 5º, LVI, CR alcança as informações dos fatos ocorridos antes da provocação, assim inviabilizando-as no processo penal; e, num segundo instante, confrontar mencionada regra constitucional (art. 5º, LVI) com o fim (também constitucional) de tratar da justiça penal e, por conseqüência, da segurança pública. Para tal operação, entendemos possível recorrer-se ao princípio da proporcionalidade²⁹ que, embora não expressamente

29 Sobre o princípio, cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Dogmática penal e poder punitivo**, cit., p. 52 e ss.; **Habeas corpus: crítica e perspectivas**, cit., p. 102 e ss.

referido no texto constitucional, é aceito (e muitas vezes necessário) no âmbito jurídico-constitucional-penal.

Ora bem, o princípio da proporcionalidade tende para a conformação harmoniosa dos direitos fundamentais, de maneira a impedir situações antinômicas. E acaba por relacionar-se com os demais princípios fundamentais (da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da universalidade) com eles formando um verdadeiro sistema de princípios da Constituição. Os direitos fundamentais, por outras palavras, são compreendidos e concretizados na vida do direito (que é a própria vida da sociedade organizada) à luz deste sistema. No entanto, o princípio da proporcionalidade impõe-se, através de juízos de ponderação, como instrumento de concretização prático-jurídica dos direitos fundamentais de igual dignidade que se encontrem em aparente situação colidente. Trata-se de um verdadeiro equacionamento pelo qual fatalmente os direitos são redefinidos, desde que não importe em sua descaracterização, nem muito menos na diminuição do quadro de direitos fundamentais: o núcleo essencial deles deve ser preservado.

Para que se entenda a aplicação do princípio da proporcionalidade, recorrem-se às considerações de *necessidade* (que parte da verificação de uma circunstância que exija intervenção para a delimitação do direito); de *adequação* (que demonstre ser a providência adequada à solução do problema); e da *proporcionalidade stricto sensu* (que é a medida de ponderação da providência a ser tomada, para que não ocorram prejuízos aos direitos em causa³⁰). Assim, no caso problemático de que estamos a tratar, a proporcionalidade poderá ser empregue da seguinte forma:

A) ante o brutal aumento da criminalidade organizada, do tráfico ilícito de drogas, do tráfico de pessoas e de ações de terrorismo (como as que são levadas a efeito pelo PCC), que colocam em risco não apenas bens jurídicos individuais, mas aqueles de alcance social, inclusive o da segurança pública, haverá a *necessidade* de expedientes investigatórios ou de repressão pelas instâncias formais de controle diversificados. Assim, as ações de agentes encobertos, inclusive as do agente provocador, serão consideradas necessárias para refrear a crimi-

30 Para um melhor entendimento desses critérios, cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111-112; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 218-219.

nalidade categorizada como grave, mas já não se justificarão para outro tipo de criminalidade de menor potencial;

B) ante a constatação de que tais operações criminosas contam com elementos que dificultam a investigação com uso de meios tradicionais pela polícia, seja porque são organizadas, seja porque dispõem de grande estrutura humana e logística a seu serviço, para além de imporem medo às pessoas que potencialmente poderiam ajudar no seu desbaratamento, temos a nítida impressão de que o Estado arranca com grande desvantagem no caminho da prevenção e combate ao crime. Não faz frente, *tout court*, a todo esse aparato. De modo que a atuação do agente provocador é, no mínimo, *adequada* para se contrapor aos criminosos.

C) Por fim, devemos considerar que, havendo já um posicionamento consolidado acerca da imprestabilidade dos atos derivados da provocação (e, entendemos nós, sobre todas as informações colhidas pelo agente concernentes à conduta provocada), não será desarrazoado o acolhimento de provas relativas aos fatos criminosos antecedentes (não provocados). Se a dissimulação que dá causa a um delito talvez não pretendido pelo criminoso pode ser considerada “desleal”, ou lesiva à noção de *ética*, já, por outro lado, entendemos não ser *razoável* o proveito desse entendimento em relação aos crimes anteriormente praticados, que só poderiam chegar ao conhecimento da autoridade policial graças à atuação do agente provocador. Além do mais, o mesmo raciocínio evidencia a incoerência de negação do direito-garantia disposto no art. 5º, LVI, CR, uma vez que a descoberta do crime praticado anteriormente à provocação decorre de uma operação incidental do agente provocador.

9. EM CONCLUSÃO, o atual quadro de criminalidade que verificamos no Brasil, leva-nos a pretender um novo programa de política criminal que, por um lado, aperfeiçoe os instrumentos jurídico-processuais relativos à prova em processo penal, inclusive no sentido de criar-se um regime para a atuação de agentes encobertos, em que estejam previstas as áreas de atuação (mormente entre os crimes de maior potencial ofensivo) e as hipóteses de abrigo da situação de antijuridicidade em decorrência da prática (inevitável) de atos que caibam em tipo penal, além de mecanismos de controle das atividades dos agentes; por outro

lado, tendo, também, em consideração a vantagem que a criminalidade mais ofensiva iniludivelmente leva em relação aos meios investigatórios da polícia judiciária, entendemos possível, partindo do princípio da proporcionalidade, aproveitar como prova penal as informações colhidas pelo agente provocador quanto aos fatos (ilícitos) observados antes da provocação.

1º PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2007
Categoria B: Artigo - 3º lugar

CHAMAMENTO AO PROCESSO EM AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

O arranha-céu sobe no ar puro lavado pela chuva
e desce refletido na poça de lama do pátio.
Entre a realidade e a imagem, no chão seco que as separa,
quatro pombas passeiam¹.

1. INTRODUÇÃO

Este texto tem por objetivo suscitar dúvidas. Não tratará de conceitos básicos nem tampouco se perderá em divagações sobre as origens das regras processuais a serem estudadas. Tentará apenas demonstrar que a *função* de um instituto processual – e não a letra fria da lei – deve guiar sua aplicação prática.

Mas, como se verá linhas a seguir, este objetivo será por demais inútil se não estiver unido ao exame de alguns dos problemas diários a que estão submetidos os atores jurídicos, em especial aqueles que lidam com a questão da saúde pública e, mais especificamente ainda, aqueles que litigam contra o Estado (União, Estados e Municípios) para coagi-lo ao óbvio: prestar serviços de saúde pública aos cidadãos.

1 Manuel Bandeira, A realidade e a imagem.

Por isso se escolheu o instituto denominado “chamamento ao processo”. Embora por vezes se confrontem os atores jurídicos com esta exceção processual, que do ponto de vista meramente literal e formal aparenta ser inafastável, existem argumentos mais do que razoáveis para justificar o seu afastamento nos casos concretos.

Para chegar a tais argumentos, no entanto, é preciso compreender adequadamente o que vem a ser a *função* de determinado instituto processual, passando posteriormente por um trabalho de *engenharia* para *construir* os argumentos necessários à solução mais justa para as hipóteses que vão ser colocadas neste trabalho.

Consciente de que é inócuo, porém, obter provimento jurisdicional justo e célere se não se puder compelir o Estado ao efetivo cumprimento imediato da ordem judicial (está-se a falar de saúde pública), traz-se ao final, a título de ilustração, a solução dada pela jurisprudência mais recente dos tribunais superiores.

2. CHAMAMENTO AO PROCESSO - A FUNÇÃO PROCESSUAL DO INSTITUTO

Antes ainda de ingressar propriamente no exame da *função* do instituto processual que será tratado neste trabalho, vale a pena apenas lembrar dos regramentos legais do *chamamento ao processo*.

Conforme consta no art. 77 do Código de Processo Civil, é admissível o chamamento ao processo quando um dos devedores solidários for demandado sozinho por uma obrigação *de todos* os coobrigados. Ou, na linguagem imprecisa do Código, é admissível o chamamento “de todos os devedores solidários quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum”.

O réu demandado isoladamente, assim, teria o direito, pelo Código, de *exigir* que o juiz determinasse a citação dos demais coobrigados, ampliando subjetivamente o pólo passivo da relação processual ao colocar todos os titulares da relação jurídica *material* na mesma relação jurídica *processual*.

Ainda segundo o Código, admitido chamamento, o coobrigado será citado para responder à ação e, como a esta altura já houve defesa

do outro obrigado, poderá não só aderir a ela como também aditá-la e até mesmo apresentar defesa completamente diferente². O processo, segundo a regra do art. 79, *será suspenso* até que a relação processual se estabeleça por completo.

Chama-se a atenção para o fato de o Código permitir que o demandado chame *todos* os coobrigados e determinar que o juiz *suspenda* o processo durante o procedimento de ampliação do pólo passivo da demanda. São justamente estas características do instituto que não raramente provocam verdadeira inversão em sua *função*.

Como explicam os doutrinadores e assim vem reconhecendo a jurisprudência, e como parece ter sido esta também a intenção da inclusão do instituto no Direito Processual brasileiro, já que copiado do art. 330 do Código português, a *função* do chamamento ao processo é (ou deveria ser) a mesma das outras formas de intervenção de terceiros: a *economia* e *celeridade* processuais.

Tanto é assim que o chamamento ao processo é vedado nos procedimentos especiais que primam pela celeridade do processo, como, por exemplo, no procedimento sumário (CPC, art. 280, I), no processo de execução e no cautelar, nos procedimentos especiais, no rito sumaríssimo do Juizado Especial Cível (art. 10 da Lei nº 9.099/95), e no mandado de segurança (art. 19 da Lei n. 1.533/51)³.

O que se vê, portanto, é que tal qual ocorre com a denúncia da lide, a *função* do chamamento ao processo é aproveitar *uma* demanda em curso (economia) para solver *duas ou mais* lides, duas ou mais relações jurídicas controvertidas. Assim, ao invés de somar tantos processos nos escaninhos do Poder Judiciário quantas forem as lides, entende-se mais conveniente uni-las todas num só processo, decidindo-as de uma só vez.

2 Não cabe no âmbito deste estudo aprofundar-se neste aspecto, mas vale registrar que Nelson e Rosa Maria Nery entendem que o chamamento é verdadeira ação do réu-devedor contra o co-devedor, de modo que seria mesmo de se exigir não só simples pedido do réu, mas completa petição inicial, obedecendo inclusive às regras do art. 282 do Código de Processo Civil. Código de Processo Civil comentado. 9ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 259.

3 A jurisprudência catarinense tem negado o chamamento ao processo quando atenta contra a celeridade processual, como se pode ver dos seguintes precedentes: Agravo de Instrumento nº 2005.038265-3, de São José, relator Des. Francisco Oliveira Filho; Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2005.025436-1, de Criciúma, relator Des. Pedro Manoel Abreu.

A teoria é linda e a intenção a melhor possível. Todavia, quem lida no dia-a-dia dos fóruns, literalmente com os braços nos processos, sabe que a complexidade dos casos aparentemente mais comuns não raramente leva ao extremo oposto. Aquele processo que deveria ser único e em si completo se transforma num verdadeiro emaranhado de argumentos, de requerimentos de provas, de prazos dobrados – no caso da Fazenda Pública até mesmo quadruplicados! – de recursos, de efeitos suspensivos e de demais expedientes previstos no ordenamento processual, isso sem falar no volume assustador do próprio processo.

O instituto que deveria ser então um facilitador ao juiz e à prestação jurisdicional torna-se imenso entrave à rápida resolução do conflito: com o chamamento ao processo, e ordinariamente com outras formas de intervenção de terceiros, no mais das vezes o certo é que o processo complexo (assim aqui denominado aquele composto por várias lides) demorará muito mais tempo a ser julgado que aquele necessário ao julgamento da soma dos processos simples (aqueles de uma só lide) que resultariam das lides postas nele.

A *função processual* do chamamento ao processo, nestes casos, obviamente não é alcançada. Ao contrário, se a *função* do instituto reside na *economia processual*, se o seu *funcionamento* tem por objetivo a obtenção de rápido provimento jurisdicional e resolução dos conflitos de direito material, paradoxalmente a *função processual* do chamamento ao processo é negada com o próprio chamamento ao processo dos coobrigados. O processo torna-se lento, truncado, complexo e acaba prejudicando a obtenção do direito material pelo autor. Nada mais interessante aos litigantes de má-fé, principalmente àqueles que defendem os interesses fazendários, não raras vezes preocupados apenas em adiar o pagamento da obrigação para incluí-lo nos precatórios do próximo mandatário.

Em outras situações semelhantes, como por exemplo quando se postula a denúncia da lide com inclusão de fundamento novo (nova lide), a jurisprudência corretamente vem negando a intervenção do terceiro, afirmando que “a denúncia da lide visa atender ao princípio da economia processual, não devendo ser admissível quando requeira a introdução de fundamento novo, a procrastinar ainda mais a solução da ação principal, e com prejuízos ao autor”⁴. Há, todavia, entendimento

4 REsp nº 351808/MG, rel. Min. Edson Vidigal, j. 27.11.2001. Há outros precedentes: “A **denúncia da lide**, como modalidade de intervenção de terceiros, busca aos

doutrinário em sentido oposto⁵.

Está a jurisprudência, assim, atentando à função *instrumental* do direito processual em relação ao direito material. E assim, via de conseqüência, se de fato o processo é *instrumento* do direito material, é óbvio que não pode negar o que garante o próprio direito material. No caso do chamamento ao processo, no entanto, o que se vê é que o art. 77 do CPC nega vigência ao art. 275 do Código Civil, que consagra, há séculos, a opção do credor pelo devedor contra o qual se dirigirá. Esta última questão, contudo, será melhor examinada adiante.

3. A RELAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Desde a criação do Sistema Único de Saúde - o SUS - o cidadão brasileiro teoricamente tem apenas uma porta de entrada para todos os serviços e ações de saúde de que necessitar. Não importa o ente da federação a quem incumba o dever de fornecer-lhe o serviço, não importa a complexidade do tratamento nem tampouco o custo. Em qualquer deles - União, Estados ou Município - o brasileiro deveria ser perfeitamente atendido.

É o que determina, apesar da redação pouco clara, a Lei nº 8.080/90, que instituiu o SUS: as ações e os serviços públicos de saúde devem atender, dentre outros, ao princípio da “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” (inciso

princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios” (REsp 43367/SP, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.06.1996)”. Ainda: STJ, 1ª Turma, REsp 770.590/BA, Relator: Min. Teori Albino Zavascki, j. em 14.03.2006. Na jurisprudência catarinense tem-se precedente com o mesmo teor: Agravo de Instrumento n. 2005.019381-2, da Capital, rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil.

- 5 Para Cândido Rangel Dinamarco, a tese da inadmissibilidade da denunciação em caso de inclusão de novo fundamento na demanda apóia-se em conceitos vigentes apenas no Direito Processual italiano, conceitos inexistentes no Brasil, como é a distinção entre garantia própria e imprópria. Segundo seu entendimento, “A tese restritiva parte do falso pressuposto de que todo processo seja realizado para satisfazer o autor a todo custo, sem considerar que também o réu pode ser titular do direito a alguma tutela jurisdicional”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 403-404.

I do art. 7º).

Sendo *universal* o acesso em todos os *níveis de assistência*, ou seja, podendo o cidadão obter (ter acesso) o serviço de que necessita quer se encontre perante União, Estado ou Município (todos os níveis de assistência), a porta é mesmo única: o Sistema Único de Saúde, pouco importando qual a origem direta do recurso ou qual seja a posição do ente federativo na divisão de competências constitucionais.

Também por isso a mesma Lei nº 8.080/90 prevê outro princípio do Sistema Único de Saúde: “a *conjugação* dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população”.

Não por coincidência, da mesma forma que em relação ao instituto processual antes visto, aqui a teoria e os princípios que regem o SUS são lindos. Ao primar por bonitas palavras e declarações de direitos (arts. 2º e 3º), a Lei nº 8.080/90 tenta mostrar *o que não é* o Sistema de Saúde brasileiro: um local desprovido de burocracias, no qual o cidadão se apresenta, apresenta seu problema e de lá sai com a solução mais eficaz e adequada, considerando todos os aspectos da saúde pública envolvidos.

E, novamente aqui, por juridicamente aparentar ser o que não é, não se pode tentar também no processo judicial fazer a Lei nº 8.080/90 dar o que não pode dar. Em outras palavras, se a realidade do direito material é totalmente diversa da imagem que a lei passa, se a burocracia na saúde pública não foi vencida pelas belas palavras da lei que instituiu o Sistema Único de Saúde, não é com o processo judicial que se fará a imagem tornar-se realidade. Ainda para deixar mais claro: se nem mesmo no Poder Executivo se conseguiu formatar um verdadeiro sistema *único* de saúde, não é o Poder Judiciário que quando chamado a tanto o conseguirá pela via da força, impondo obrigação solidária para ser atendida indiscriminadamente por qualquer um dos entes que compõem o SUS.

É justamente nesses casos que a prática forense permite ver o quão *múltiplo* é o Sistema *único*. Em caso de condenação da União, do Estado e do Município ao fornecimento de medicamentos, por exemplo, nenhum dos três cumprirá a ordem judicial, por duas razões.

Primeiro, porque nenhum dos três se sentirá obrigado a tanto, já que os outros também são responsáveis. O gestor que for intimado da sentença condenando União, Estado e Município ao fornecimento do medicamento fatalmente se perguntará qual a sua cota de responsabilidade e, na dúvida, ou esperará pela intimação dos outros gestores ou entregará o medicamento, correndo o risco de fornecimento dobrado.

Em segundo lugar, nenhum dos entes cumprirá a ordem porque a dita conjugação de recursos financeiros da Lei nº 8.080/90 é igualmente teórica e fantasiosa. Isso porque os ajustes financeiros, como é sabido, não decorrem da efetiva necessidade de cada ente, mas de barganhas políticas de características um tanto obscuras.

A natural indivisibilidade do objeto destas ações para fornecimento de medicamentos é talvez um terceiro entrave ao cumprimento do comando judicial: considerando que o cidadão deve receber uma ampola de insulina por dia, por exemplo, como decidirão os gestores do SUS qual deles entregará as insulinas primeiro? Farão reuniões? Evidentemente que não: apenas esperarão receber a ordem para um deles, individualmente, fornecer o medicamento.

Foi o que infelizmente ocorreu, por exemplo, na cidade de Jaraguá do Sul, conforme noticiado pelo Jornal *A Notícia*. Favorecida por uma liminar, concedida em maio de 2006, que determinava à União, ao Estado e ao Município o fornecimento do medicamento, uma paciente de câncer esperava ainda em julho de 2006 a decisão dos entes sobre quem começaria a “pagar o primeiro frasco” do remédio. Noticiava ainda o periódico que o processo era mais moroso porque exigia carta precatória para intimação do Estado⁶.

Isso sem falar no caso noticiado em Florianópolis, pelo mesmo jornal, em que Kátia Regina da Silva Guimarães, paciente que aguardava há dois meses pela entrega de medicamento, conforme ordenado pela Justiça, morreu sem ao menos iniciar o tratamento⁷.

Tais questões, evidentemente básicas, seriam muito simplesmente resolvidas em uma organização dotada de planejamento e de inter-relação entre os executores. Contudo, no Sistema Único de Saúde, separando a realidade da imagem, há uma grande poça de lama no chão. E, tal qual

6 <http://an.uol.com.br/anjaragua/2006/jun/08/2ger.jsp>

7 <http://an.uol.com.br/2007/jan/04/0ger.jsp>

no poema de Manuel Bandeira, quem tem a competência para fazer algo não faz, não está nem aí; como as quatro pombas, apenas passeia.

Por isso pode-se falar diretamente e sem rodeios: condenados, União, Estado e Município, *ou* o cidadão receberá três vezes o objeto da condenação *ou* não receberá nenhum a tempo e modo (o que é mais provável), já que a integração e a conjugação de esforços entre os entes não passa de ficção.

A conclusão, neste ponto é uma só: embora no plano formal sejam solidariamente obrigados ao fornecimento do medicamento⁸ – já que o sistema de saúde é *único* e se pauta pelo princípio da *universalidade* de acesso e conjugação de recursos financeiros⁹ –, exigir atualmente no processo civil o cumprimento da obrigação por todos os obrigados inviabiliza o próprio direito material. É de todo inadequado, por este motivo, lançar-se mão do chamamento ao processo.

4. ENGENHARIA JURÍDICA - DOIS ARGUMENTOS CONTRA O CHAMAMENTO AO PROCESSO

Como se viu linhas acima, embora a regra geral do Código de Processo Civil reconheça o direito do réu de chamar ao processo o

8 A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça são pacíficas em aceitar o caráter solidário da obrigação de União, Estados, Distrito Federal e Municípios em fornecerem medicamentos. TJSC: “O Sistema Único de Saúde, estabelecido pelo art. 198 da Carta Magna e regulamentado pela Lei n. 8.080/90, descentralizou os serviços e conjugou os recursos financeiros da União, Estados e Municípios, com o objetivo de aumentar a capacidade de resolução dos serviços, bem como a universalização do acesso à saúde. Logo, trata-se de obrigação solidária, não existindo, assim, hierarquia entre os entes federativos no que se refere ao dever de custear tratamentos médicos, como alega o recorrente” (AI nº 2004.037574-1, rel. Volnei Carlin, j. 31.3.2005); TRF4: “Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda. Precedentes desta Corte” (Apelação Cível nº 2006.70.00.013376-4, rel. Vânia Hack de Almeida). STJ: “É da competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal” (REsp n. 656296/RS, rel. Francisco Falcão).

9 Art. 7º, I e XI, da Lei nº 8.080/90.

co-responsável pela obrigação, há várias exceções em que a própria legislação processual e a jurisprudência negam esta regra, sempre com vistas à rápida solução dos conflitos.

Aliás, vale lembrar o que foi dito antes. Contraditoriamente, de acordo com o art. 275 do Código Civil, o *credor* tem – a seu critério – o direito de exigir de um ou de todos os devedores o cumprimento integral da obrigação¹⁰, ao passo que pela regra processual o *devedor* é que tem o poder de decidir se quer ser processado individualmente ou em conjunto com os demais co-responsáveis.

Assim, ao passo que o direito material garante o poder do *credor* em escolher contra quem postulará a obrigação, no todo ou em parte, o direito processual passa este poder ao *devedor*, subvertendo o sistema civilista arraigado há mais de século no direito brasileiro¹¹ e a necessária *instrumentalidade* do direito processual em relação ao direito material.

Essa incongruência, por si só, já permitiria afastar parcialmente a aplicação do instituto no Direito brasileiro.

Mas não só no plano material como também no Direito Processual encontram-se razões de sobra para tanto. A regra do art. 280 do Código de Processo Civil, por exemplo. Por ela, no procedimento sumário “não são admissíveis a ação declaratória incidental e a *intervenção de terceiros*, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro” (art. 280 do CPC).

Por sua vez, no rito da Lei nº 9.099/95, não são admitidas quaisquer formas de intervenção de terceiro ou mesmo de assistência, admitindo-se, todavia, o litisconsórcio¹².

Também o art. 19 da Lei do Mandado de Segurança exclui a possibilidade de qualquer intervenção de terceiro, ao dispor que só se

10 Art. 275 do Código Civil: “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”.

11 O Ministro Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto elaborou severa crítica à introdução do chamamento ao processo no direito processual civil brasileiro: PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Chamamento ao processo de devedores solidários. Revista Forense, Volume 254, Rio de Janeiro : Forense, abr./jun. de 1976. p. 13 e seguintes.

12 Art. 10 da Lei nº 9.099/95: “Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio”.

aplicam ao mandado de segurança as regras do Código de Processo Civil que regulam o *litisconsórcio*, ou seja, nenhuma das outras normas de intervenção é aplicável ao procedimento especial.

Assim, o primeiro argumento para concluir pela inviabilidade do chamamento ao processo em ações de medicamentos é simples: se a obtenção de medicamentos, como garantia do direito à vida e à saúde, necessita de total celeridade processual, e se o ordenamento jurídico brasileiro veda a intervenção de terceiros em ações que primam pela celeridade, é por demais evidente que também nas ações que busquem o fornecimento de remédios, *ainda que processadas sob o rito ordinário*, é vedado o chamamento ao processo.

Em segundo lugar, cumpre observar que boa parte das ações propostas para a obtenção de medicamentos é intentada pelo Ministério Público pela via da *ação civil pública*, quer na qualidade de substituto processual de idosos¹³, quer na qualidade de Curador da Infância e Juventude¹⁴ ou na tutela coletiva do direito à saúde¹⁵.

Em sendo assim, outro raciocínio que leva a impedir o chamamento ao processo é o que decorre da interpretação do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, a Lei nº 7.347/85. É que tal dispositivo determina o seguinte: “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

E, dentre os “dispositivos do Título III”, estão o *art. 88* e o *art. 101*, que contêm regras eminentemente facilitadoras da defesa dos direitos tutelados pela ação civil pública.

A primeira delas, o art. 88, veda a denúncia da lide na ação de responsabilização pelo fato do produto ou do serviço; a segunda, o art. 101, II, veda chamar à lide o Instituto de Resseguros do Brasil e também a denúncia da lide, embora admita, a critério do réu, o chamamento

13 Art. 74 da Lei nº 10.741/2003: “Compete ao Ministério Público: III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei”.

14 Art. 201 da Lei nº 8.069/90: “Compete ao Ministério Público: V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal”.

15 Código de Defesa do Consumidor, art. 81, incisos I, II e III.

ao processo do segurador (regra que é admissível apenas quando não traga prejuízo à satisfação rápida do direito material)¹⁶.

Pois bem. O fundamento que anima as duas regras acima não é outro que não “a *facilitação da defesa de seus direitos*, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”¹⁷.

Fundadas as regras que vedam a denúncia da lide e o chamamento ao processo na facilitação da defesa dos hipossuficientes, e sendo comum que a pessoa tutelada nas ações para obtenção de medicamentos seja hipossuficiente, por sua natural situação física, a conclusão não pode ser diferente: as regras dos arts. 88 e 101, II, do Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis por força do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, *mutatis mutandis*, impedem o chamamento ao processo nas ações civis públicas para fornecimento de medicamentos¹⁸.

Não custa lembrar que apenas assim agindo é que se poderá, pelo menos diante do Poder Judiciário, conferir ao cidadão o verdadeiro objetivo da Lei nº 8.080/90, ou seja, o acesso *único* ao sistema de saúde. Em outras palavras, propondo a ação contra qualquer um dos entes da Federação responsáveis pelo fornecimento dos medicamentos, obterá invariavelmente o cidadão o objeto de seu direito.

Por fim, apenas para deixar mais claro: exigir que o autor, esteja

16 Nelson Nery Júnior destaca que “Caso se admitisse o chamamento ao processo em qualquer hipótese de solidariedade, além da permitida pelo art. 101, II, CDC, estaria-se ensejando a possibilidade de o fornecedor discutir sua relação jurídica com o outro obrigado solidário que, inclusive, pode verificar-se a título de culpa contratual ou extracontratual. Esse procedimento viria, certamente, em detrimento do consumidor que, como já acentuamos, tem direito a indenização plena pelo regime da responsabilidade objetiva, que independe de averiguação da culpa. De outra parte, o instituto da solidariedade no sistema da responsabilidade civil do CDC (art. 7º, parágrafo único), foi criado em favor do credor (consumidor), devendo o intérprete procurar aplicar a lei observando esse objetivo teleológico do Código, que é o de favorecer a pronta e rápida indenização ao consumidor”. NERY Jr. Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 1, 1992, p. 201-221.

17 Direito Básico do Consumidor, segundo art. 6º, VII, do CDC.

18 Nelson Nery Júnior defende igualmente não ser admissível o chamamento ao processo no caso de ação civil pública que invoque responsabilidade objetiva do réu. Código de Defesa do Consumidor Comentado, p. 1028.

substituído pelo Ministério Público ou não, promova a ação contra todos os entes, equivalerá a negar frontalmente a idéia que serviu de base à criação do Sistema Único de Saúde: o acesso universal em todos os níveis de assistência.

5. EXECUÇÃO DA TUTELA OBTIDA - A SOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Não raras vezes, mesmo depois de obtida decisão judicial compelindo o Estado ao fornecimento do medicamento, vê-se o interessado naquela que deve ser uma das mais angustiantes situações de quem quer que litigue em juízo: o descaso do Poder Público no cumprimento da ordem judicial.

Discutida a questão em qualquer foro politicamente consciente, mas alheio ao emaranhado de regras jurídicas protetivas do Estado, não só o espanto seria grande, como também o imediato questionamento: como pode o Estado não cumprir uma ordem judicial?

Infelizmente, pela jurisprudência mais conservadora, e mesmo por uma tacanha hermenêutica constitucional que até então vigia no Brasil, podia sim o Estado ignorar solenemente a ordem judicial e não prestar o medicamento conforme determinado.

Partia a jurisprudência do não menos tacanho sistema de precatórios judiciais (art. 100 da Constituição) para justificar a impossibilidade de compelir o Estado ao fornecimento imediato do medicamento. Para essa mesma jurisprudência, como somente em caso de *desobediência* à ordem dos precatórios é que se poderia determinar o seqüestro do valor necessário (§2º do art. 100 da CR), até a expedição do precatório caberia ao necessitado pacientemente apenas esperar pelo medicamento.

Com a descoberta pelos tribunais superiores do disposto no atual art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, todavia, outra esperança foi lançada em favor do sistema processual brasileiro. Na execução da tutela específica, descobriu-se, o juiz passou a ter o poder que desde sempre deveria ter a si reconhecido: mesmo de ofício, admite o texto da lei a possibilidade de o juiz determinar todas e quaisquer medidas necessárias a dobrar a vontade do devedor e a obter o resultado prático

equivalente ao do adimplemento.

Dentre estas medidas, a que a jurisprudência vem praticando atualmente em maior volume e com mais coragem é o *seqüestro* dos valores das contas do Estado e a concomitante expedição de alvará permitindo ao credor, por si só, a aquisição do medicamento. E com bastante êxito.

O REsp nº 735.378/RS, registra um dos últimos precedentes do STJ em que houve divergência de votos sobre a admissibilidade do seqüestro de bens. Felizmente, foi ali sepultado, pelo menos no Superior Tribunal de Justiça, aquele entendimento restritivo e desapegado aos fins sociais do Direito e ao princípio da dignidade humana.

No caso, julgado em novembro de 2005, os ministros Francisco Falcão e Denise Arruda votaram vencidos pela impossibilidade de seqüestro, sob o seguinte fundamento: “não há *previsão legal* para que se proceda ao bloqueio de valores em contas públicas para custear tratamento médico ou fornecimento de medicamentos. Desse modo, impossível adotar-se tal medida, em respeito ao princípio da legalidade, que rege a Administração Pública, segundo o qual o administrador somente pode atuar de acordo com o que a lei determina”.

Trazia o Estado, no caso, três argumentos fundamentais para tentar convencer os ministros acerca da inviabilidade do seqüestro: a) o bloqueio de bens afronta princípios de direito financeiro, porque haveria gasto público sem previsão orçamentária (art. 167, II, da CR); b) o Poder Judiciário, ao determinar bloqueio de bens, invade órbita de atribuições do Poder Executivo; c) bens públicos são dotados dos atributos de inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração.

No voto vencedor, do Min. Luiz Fux, constam os argumentos contrários acolhidos pelo Tribunal por maioria e que hoje são acolhidos à unanimidade. Em síntese, pautou-se o ministro pelo argumento de que o bloqueio de bens deve ser realizado com fundamento no princípio da dignidade humana, que não pode se sobrepor a princípios de direito financeiro ou administrativo. Disse também que o bloqueio de bens só acontece depois da recalcitrância do Estado em cumprir a ordem judicial, de modo que não há invasão desarrazoada das atribuições do Poder Executivo.

Além dos dois argumentos, como no precedente analisado tratava-se de medicamento de pequeno valor, o Min. Luiz Fux trouxe ao julgamento interessante analogia: “as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e *a fortiori* serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário”. Portanto, se a providência estaria proibida por conta do sistema de precatórios da Constituição da República (legalidade), segundo o entendimento do Min. Luiz Fux, nos casos de medicamentos de baixo custo com mais razão seria possível o imediato bloqueio de verba do Estado para adimplemento, porque de qualquer forma não passariam pelo sistema de precatórios.

A partir da mudança do entendimento do Superior Tribunal de Justiça outros precedentes do mesmo tribunal passaram a ser julgados de forma semelhante, trazendo novos argumentos em favor do bloqueio de verba pública.

Interessante fundamentação está exposta na ementa do EREsp nº 770.969/RS, relatado pelo Min. José Delgado. Segundo o ministro, “submeter os provimentos deferidos em antecipação dos efeitos da tutela ao regime de precatórios seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o próprio Pretório Excelso já decidiu que não se proíbe a antecipação de modo geral, mas apenas para resguardar as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97”.

E, de fato, não se poderia admitir a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública se não estivesse o Judiciário autorizado a tomar as medidas necessárias para compeli-la ao cumprimento da ordem, o que fatalmente ocorreria se cegamente observado o regime dos precatórios para o caso de fornecimento de medicamentos.

Concomitantemente à mudança de entendimento pretoriano, chegou o Superior Tribunal de Justiça à conclusão de que a própria regra do §5º do art. 461 do Código de Processo Civil permitiria por si só o seqüestro, como registra o acórdão proferido no REsp nº 900.487/RS, relatado pelo Min. Humberto Martins: “O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, pois trata-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica”.

Por fim, também o Supremo Tribunal Federal tem registrado precedentes no mesmo sentido, embora em intensidade bem menor que a do Superior Tribunal de Justiça. Chama atenção pela inteligência do argumento o voto proferido pelo Min. Cezar Peluzo no AI nº 597.182-9. Segundo o magistrado, o bloqueio de bens é medida menos onerosa para o Estado do que a aplicação de *astreintes*, motivo pelo qual não pode ser vista como ilegal ou inconstitucional¹⁹.

6. CONCLUSÃO

Este texto teve por objetivo demonstrar alguns argumentos contrários ao chamamento ao processo em ações de medicamentos, buscando a maior eficácia do provimento jurisdicional. Partiu-se da idéia de que este instituto processual, como qualquer outro, deve ser interpretado e aplicado apenas quando assim servir à sua *função processual*.

Se o chamamento ao processo, como instrumento de intervenção de terceiros, tem por *função* processual tornar mais célere e econômico o processo civil, não pode ser utilizado quando o objetivo evidente seja justamente o contrário, o de procrastinar o processo e torná-lo mais dispendioso à parte contrária.

Diante dessa situação, estudaram-se as diretrizes básicas do Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080/90), adotando-se o posicionamento de que de fato a obrigação de fornecimento de medicamento é solidária entre União, Estados e Municípios.

No entanto, mesmo solidária a obrigação, e mesmo diante da literalidade dos contornos dados pelo Código de Processo Civil ao chamamento ao processo, entendeu-se incabível esta forma de intervenção de terceiros em ações para a obtenção de medicamento, porque, em primeiro lugar, causa perplexidade no cumprimento da ordem judicial pelos agentes públicos, dada a péssima organização relacional entre os diversos entes responsáveis pela saúde pública (União, Estados e

19 Da ementa colhe-se o seguinte: “Aplicabilidade de bloqueio de valores pelo juiz para assegurar o atendimento médico urgente a paciente necessitado, com o fornecimento de medicamentos e serviços, medida excepcional que se justifica pela relevância dos bens jurídicos em liça (vida e saúde). Menor onerosidade para o Estado do que a imposição de ‘astreintes’. Inteligência do art. 461, §5º, do CPC”.

Municípios).

Em segundo lugar, porque em se tratando de pessoas jurídicas de direito público no pólo passivo, prerrogativas processuais como os prazos em dobro naturalmente fazem com que o chamamento ao processo cause retardo na prestação jurisdicional, depondo contra a própria *função processual* do instituto. É, portanto, de se invocar as mesmas razões que impedem o chamamento ao processo em procedimentos especiais para vedá-lo nas ações de medicamentos.

Além disso, entende-se aplicáveis as regras da parte processual do Código de Defesa do Consumidor à ação civil pública para a obtenção de medicamentos, notadamente no que tange à vedação da denúncia da lide (que aqui se considerou forma de intervenção de terceiros análoga ao chamamento ao processo) e à vedação do próprio chamamento ao processo do Instituto de Resseguros do Brasil.

Sendo o processo *instrumento* para a realização do direito material, e dispondo o Código Civil que a opção pela solidariedade é do credor (art. 275 CC), e não do devedor, deve-se afastar a possibilidade de chamamento ao processo quando o autor contra ela se insurgir.

Por fim, consigna-se que em casos excepcionais, quando a Fazenda Pública se negar ao cumprimento da decisão judicial que ordena o fornecimento de medicamentos, com fundamento no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, tem a jurisprudência dos tribunais superiores admitido tranqüilamente o bloqueio de dinheiro das contas dos entes públicos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª. ed. São Paulo : Malheiros, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

NERY Jr. Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 1, 1992.

NERY Jr. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

PEIXOTO, Carlos Fulgênio da Cunha. *Chamamento ao processo de devedores solidários*. Revista Forense, Volume 254, Rio de Janeiro : Forense, abr./jun. de 1976.

THEODORO Jr. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008

EDITAL DE REGULAMENTO

A ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - **ACMP**, objetivando incentivar o aprimoramento cultural dos membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e considerando o disposto nos artigos 2º, inciso V¹ e 49², do seu Estatuto Social, que prevêem a realização de concurso anual premiando o melhor trabalho ou arrazoado forense apresentado pelos Promotores e Procuradores de Justiça, **RESOLVE** lançar o **IIº PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA**, em homenagem ao seu primeiro Presidente, editando o seguinte regulamento:

1 Art. 2º A Associação tem por finalidade:

[...]

V - patrocinar concurso, conferindo prêmios aos autores dos melhores trabalhos apresentados.

2 Art. 49. A Associação promoverá concursos de trabalhos jurídicos e, anualmente, sobre o melhor arrazoado forense, regulamentando-os e conferindo-lhes prêmios.

Art. 1º - Poderão concorrer ao Prêmio Milton Leite da Costa, todos os associados da ACMP, exceto os integrantes da Diretoria.

Art. 2º - O concurso envolve duas categorias: **A**, relativa a peças processuais e extrajudiciais e **B**, atinente a artigos jurídicos.

Parágrafo único. A critério de cada Comissão Julgadora, poderão ser concedidas menções honrosas, em número de até 3 (três) para cada categoria.

Art. 3º - Na **categoria A**, cada interessado poderá inscrever somente 1 (um) trabalho forense (denúncia, petição inicial, parecer ou razões e contra-razões de recursos), que tenha sido efetivamente apresentado em processo judicial, civil ou criminal, no período de 1º de julho de 2007 a 16 de junho de 2008, ou peça extrajudicial (promoção de arquivamento e termo de ajustamento de conduta), elaborada no mesmo período e já homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP).

Parágrafo único. A inscrição deverá ser feita mediante ofício endereçado à Diretoria, com indicação do nome do candidato, bem como da Vara, Câmara, Cartório e número do processo no qual se encontra a peça processual inscrita e número do Procedimento Administrativo ou Inquérito Civil e cópia do ato de homologação pelo CSMP, no caso de peça extrajudicial.

Art. 4º - Na **categoria B**, somente será aceita a inscrição de 1 (um) artigo jurídico por associado, que conterà no mínimo 10 (dez) e no máximo 20 (vinte) laudas, a ser redigido de acordo com as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

Parágrafo único. A inscrição deverá ser feita mediante ofício endereçado à Diretoria, com indicação do nome do candidato.

Art. 5º - O trabalho e/ou o artigo deverá(ão) ser encaminhado(s) pelos correios - por correspondência registrada com Aviso de Recebimento (AR) -, ou protocolado na Secretaria da ACMP, situada na Av. Othon Gama D'Eça, 900, Centro Executivo Casa do Barão

- Bloco A, 1º andar, Centro, Florianópolis/SC, com 3 (três) fotocópias impressas e legíveis, juntamente com o CD-ROM ou Disquete da peça ou artigo inscrito, **ATÉ O DIA 20 DE JUNHO DE 2008**.

§1º - Os trabalhos ou artigos recebidos após esta data estarão automaticamente inscritos para o concurso de 2009.

§2º - Não serão aceitos trabalhos ou artigos encaminhados por e-mail.

§3º - Os candidatos poderão participar simultaneamente das categorias A e B.

Art. 6º - Haverá uma Comissão Julgadora para cada categoria.

§1º - Para a categoria **A**, a Comissão Julgadora será composta pelos seguintes integrantes: Vidal Vanhoni Filho, Guido Feuser e Pedro Roberto Decomain.

§2º - Para a categoria **B**, a Comissão Julgadora será composta pelos seguintes integrantes: Paulo de Tarso Brandão, Ricardo Luiz Dell'Agnollo e Gilson Jacobsen.

Art. 7º - Encerrado o prazo de inscrição, as Comissões Julgadoras terão o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para julgar os trabalhos e artigos inscritos.

Parágrafo Único - Na avaliação dos trabalhos e artigos, as Comissões Julgadoras levarão em conta os seguintes critérios:

- a) Forma de apresentação - até 2 (dois) pontos
- b) Correção de linguagem - até 2 (dois) pontos
- c) Conteúdo Jurídico - até 6 (seis) pontos

Art. 8º - Ficam instituídos os seguintes prêmios para os trabalhos e artigos classificados em cada categoria:

1º lugar - R\$ 1.000,00

2º lugar - R\$ 700,00

3º lugar - R\$ 500,00

Art. 9º - A Diretoria da ACMP fica autorizada a publicar os trabalhos e artigos vencedores, bem como comunicará a concessão do Prêmio à Corregedoria-Geral do Ministério Público e à Procuradoria-Geral de Justiça, com a solicitação de anotação nos assentamentos funcionais dos vencedores.

Parágrafo Único - A Diretoria da ACMP tentará viabilizar a edição de um livro contendo os trabalhos e artigos vencedores do presente certame, bem assim, dos vencedores do I Prêmio, edição 2006/2007, o qual será lançado, então, no XXX Encontro Estadual do Ministério Público, entre os dias 21 a 23 de agosto de 2008, na cidade de Itá/SC.

Art. 10º - Os casos omissos serão resolvidos pela Diretoria da ACMP.

Florianópolis, 22 de abril de 2008.

RUI CARLOS KOLB SCHIEFLER

Presidente da ACMP

LARA PEPLAU

Diretora Cultural e de
Relações Públicas

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008
Categoria A: Peça Processual - 1º lugar

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

EXCELENTÍSSIMA SENHORA JUÍZA DE DIREITO DA COMARCA DE MODELO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça, apresenta **CONTRA-RAZÕES** ao recurso de apelação interposto por **COOPERATIVA CENTRAL OESTE CATARINENSE e COOPERATIVA REGIONAL ITAIPU LTDA.** na Ação Civil Pública nº 256.07.000363-0.

Requer o recebimento e processamento da presente manifestação.

Modelo, 16 de janeiro de 2008

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
Edição Especial – Florianópolis – pp 185 a 207

1. SÍNTESE DO PROCESSADO

Move o Ministério Público em face das Cooperativas Central Oeste Catarinense (Aurora) e da Cooperativa Regional Itaipu Ltda. (Itaipu) ação civil pública que tem por objetivo compeli-las à reparação de dano ambiental causado pelo produtor rural José Nelson Schmitz, cooperado da Itaipu, cooperativa que por sua vez é filiada à Cooperativa Central Oeste Catarinense (Aurora).

Alegou-se na petição inicial que José Nelson Schmitz, sob a orientação, vigilância e incentivos das Cooperativas, é produtor de suínos na Comarca de Modelo, de modo que todo o produto de suas atividades é destinado à compra pela Cooperativa Itaipu, que depois repassa os animais para industrialização pela Cooperativa Aurora.

Mesmo com a presença quinzenal de técnicos ambientais e agrícolas das Cooperativas, José Nelson Schmitz, ao invés de dar a destinação adequada aos dejetos de suínos (fezes e urina) de sua propriedade, simplesmente instalou um tubo para escoá-los até o rio que passa por perto de sua propriedade.

A liminar foi deferida para determinar a cessação das atividades, o recolhimento dos dejetos, a proibição de fornecimento de animais ao produtor e a apresentação de projeto de recuperação da área. Reque-reu-se ainda a condenação das cooperativas a recuperarem a área e a pagarem compensação ambiental no valor de R\$ 30.000,00.

Em julgamento antecipado da lide, a magistrada de primeiro grau julgou totalmente procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público. Afastando as preliminares, entendeu comprovado o dano ambiental pelas fotografias e pelo relatório de fiscalização da Fatma, bem como pela informação técnica do órgão ambiental de que não é possível destinar os dejetos suínos, em qualquer quantidade, aos rios. Condenou as Cooperativas a pagarem solidariamente a pagarem R\$ 30.000,00 a título de indenização por danos extrapatrimoniais.

Contra a sentença insurge-se a *Cooperativa Aurora*. Suscita, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa e nulidade da sentença, por falta de prova testemunhal e pericial. Disse, ainda, que de acordo com a legislação estadual há um limite de tolerância para a recepção de coliformes fecais, fazendo crer que a mesma regra se aplica aos dejetos

suínos. Ainda em preliminar, suscitou sua ilegitimidade passiva para a causa. Entende que o fato de ser cooperativa de segundo grau, que apenas recebe os suínos para abate da Cooperativa Itaipu, que por sua vez os adquire do produtor rural, a isenta de qualquer responsabilidade sobre o ciclo produtivo. Argumenta, também, não ter objetivo de lucro, por força do art. 3º da Lei nº 5.764/71.

No mérito, alega que o fato de ter recebido suínos do produtor rural para industrialização e comercialização configura-se mero exercício regular de direito, porque previsto em seus estatutos. Diz que a aquisição de suínos de produtor rural que esteja em desconformidade com a lei ambiental não é causa de dano ambiental. Afirma que o dano foi causado exclusivamente pelo produtor rural e que, portanto, embora adquira suínos para industrialização deste produtor rural, não pode ser responsabilizada civilmente.

Diz ainda que não há prova da ocorrência do dano ambiental, por não ter sido realizada perícia. Alega também que a assinatura do Compromisso de Ajustamento de Condutas da Suinocultura e a existência de licença ambiental fazem presumir que a propriedade rural atende às exigências legais. Argumenta que a atividade fiscalizatória é exclusiva do Estado, e que não se pode exigir das cooperativas a fiscalização da atividade daquele de quem comprem suínos, o único responsável pelo processo de produção. Por fim, sustentou a impossibilidade de condenação pelos danos extrapatrimoniais causados.

A igual tempo e modo, apresenta apelação a *Cooperativa Itaipu Ltda*. Reitera as preliminares suscitadas pela Cooperativa Aurora, alegando cerceamento de defesa e nulidade da sentença. Afirma, outrossim, não ter o Ministério Público interesse processual para a demanda, por conta da assinatura de Compromisso de Ajustamento de Condutas que visava à regularização da atividade de suinocultura. Suscita ainda sua ilegitimidade passiva, por não ter sido causadora do dano, embora reconheça que toda a produção rural é por si adquirida, com exclusividade.

No mérito, em verdadeira confusão de institutos, alega que não obstante a responsabilidade seja *objetiva*, não foi comprovada a *culpa* da Cooperativa Itaipu. Afirma não ter havido dano comprovado nos autos, e que o ônus desta prova incumbiria ao Ministério Público. Negou a existência de nexo de causalidade entre a conduta do produtor rural e a atividade que explora. Insurgiu-se quanto ao valor da indenização e

quanto à fixação de honorários advocatícios.

2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Os pressupostos processuais objetivos estão presentes: o recurso de apelação é o cabível e adequado (art. 513 do CPC); foram interpostos tempestivamente (art. 188 e art. 508 do CPC); apresentam regularidade formal (art. 514 do CPC); e, por fim, não há fatos impeditivos ou extintivos do direito recursal.

Igualmente estão presentes os pressupostos subjetivos: os recorrentes têm interesse jurídico e legitimidade (art. 499 do CPC).

Os recursos, portanto, devem ser admitidos.

3. PRELIMINARES

3.1. CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADE DA SENTENÇA

Argumentam as apelantes que houve cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide, por não lhes ter sido facultada a produção de prova testemunhal e pericial.

Sabe-se, contudo, que a produção probatória não está sujeita ao capricho das partes, ou seja, não é realizada a seu bel-prazer. Está sujeita, na atual configuração do direito processual civil brasileiro, à ocorrência dos pressupostos autorizadores.

No específico caso da prova pericial, meio de prova oneroso e causador de retardo procedimental, está sujeita a condições específicas de admissibilidade, que podem ser resumidas no trinômio utilidade, necessidade e praticabilidade¹.

Sobre a necessidade da prova, escreve Luiz Rodrigues Wambier: “como meio de prova que é, encontra-se a perícia paralelamente situada no campo do direito probatório. Assim, se a compreensão do fato já tiver

1 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. vol. 1., p. 533.

sido esclarecida por outro meio, a perícia está dispensada”.

E, além disso, no que tange à possibilidade prática de realização da prova, escreve o mesmo autor: **“Não se defere prova pericial quando seu objeto não permitir mais o exame, seja porque não mais existe, seja porque sofreu alterações substanciais, não deixando vestígios. É inviável, por exemplo, a perícia sobre o veículo sinistrado, se ele já foi reparado”**².

No caso dos autos, **a perícia pretendida pelos apelantes é a um só tempo desnecessária e impraticável.**

É desnecessária, porque o embargo imposto pela Polícia Militar de Proteção Ambiental (fls. 25-35) e a aplicação da sanção administrativa pela Fatma ao réu José Nelson Schmitz demonstram de forma clara e evidente o dano ambiental causado.

O primeiro documento registra que “foi constatado que na propriedade havia acontecido despejo de dejetos de suínos através de mangueira a uma distância de seis metros do recurso hídrico, em face de declividade do terreno os dejetos escorreram sobre o solo e adentraram ao rio. Conforme evidências no local, supõe-se que o despejo foi realizado em dias anteriores à vistoria realizada pela guarnição ambiental” (fl. 25).

Por sua vez, a Fatma emitiu parecer técnico declarando que “no âmbito da agricultura **não há forma adequada para ‘escoar’ dejetos.** Muito menos escoar ou canalizar para o rio ou córrego, como consta do ofício. O que há é um manejo denominado ‘aplicação de dejetos’ no solo com o intuito de adubá-lo para as futuras culturas de interesse agrícola, seguindo recomendações técnicas da Sociedade Sul Brasileira de Ciência do Solo (manual da ROLAS 2004). **Tal forma de aplicação-recomendação é parte componente do projeto apresentado à Fatma** e encontra-se devidamente descrita e assinada pelo responsável técnico” (fl. 64).

O que se percebe, portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a Cooperativa Aurora, é que **não há limite de tolerabilidade para lançamento de dejetos suínos em cursos d’água.** Diferentemente das regras gerais, invocadas pelo apelante (fl. 298), não há mínimo razoável em se tratando de suinocultura, mesmo porque “os dejetos suínos têm

2 Idem, p. 533.

um maior poder poluente” e “**em uma comparação com uma pessoa, cada suíno produz dez vezes mais nutrientes como fósforo e nitrogênio**, que são mais difíceis e mais caros de ser tratados” (fl. 68).

Qual a necessidade de realizar perícia para comprovar o nível de poluição, se a própria Fatma já reconhece que não há nível tolerável de poluição?! Por que motivo retardar o processo e realizar custosa perícia se o despejo de dejetos suínos já está comprovado e os órgãos ambientais competentes declaram ser ilegal qualquer forma de despejo?! Evidentemente, a intenção é meramente procrastinatória.

Não bastasse a desnecessidade, a perícia, tal qual pretendida pelas apelantes é totalmente impraticável.

Veja-se que as apelantes informam que as esterqueiras (depósito de dejetos) já tiveram sua capacidade ampliada e já houve demolição da composteira construída irregularmente (fl. 272). Em outras palavras, já não há mais um tubo jorrando dejetos suínos no rio, como havia dias antes de a fiscalização flagrar o fato.

Nessa situação, como pretendem as apelantes realizar perícia para identificar se os dejetos lançados estavam ou não de acordo com a legislação vigente, ou se foram efetivamente lançados? É óbvio que não é praticável qualquer perícia nessa situação, pois, não fossem as fotografias acostadas aos autos, os registros realizados pela Polícia Ambiental e pela Fatma, não haveria qualquer vestígio de dano ambiental: as próprias apelantes já teriam se encarregado de apagar os vestígios. O que pretendem, portanto, equivale a periciar um automóvel já consertado, para citar o exemplo de Wambier: pretendem que o perito vá ao local em que meses atrás houve um dano ambiental e, diante da recuperação parcial, diga se houve ou não dano e em que medida!

O mesmo se diga da prova testemunhal: pretendem as apelantes comprovar que não houve lançamento de dejetos com testemunhas, por acaso? Ou então comprovar que as Cooperativas não controlavam toda a produção de suínos do sr. José Nelson Schmitz, ao contrário do que é notório e ficou claro com na instrução do procedimento investigativo do Ministério Público? Evidentemente, também a prova testemunhal é completamente desnecessária e inútil.

As preliminares, por todos estes fundamentos, devem ser rejeitadas.

3.2. ILEGITIMIDADE PASSIVA

Ainda em preliminar, alegaram as Cooperativas que não são partes legítimas para a causa, porque a poluição foi causada exclusivamente pelo produtor rural. Embora a preliminar se confunda com o mérito, deve ser desde já rechaçada.

Como é claro o art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/86, considera-se poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, *responsável, direta ou indiretamente*, por atividade causadora de degradação ambiental.”

E, como se disse na petição inicial, a doutrina mais moderna, já calcada nos princípios ambientais do poluidor-pagador, da prevenção e da precaução, ensina ser necessário considerar como *poluidor aquele que “tem poder de controle sobre as condições que levam à ocorrência da poluição, podendo portanto preveni-las ou tomar precauções para evitar que ocorram”*³.

Como é evidente, **as Cooperativas Aurora e Itaipu têm total controle sobre as condições que levam à poluição**, pois, como visto no decorrer da instrução do procedimento investigativo, **controlam todo o ciclo produtivo, fornecendo ração, vacinas, assessoria técnica ambiental e veterinária**. Não é por outro motivo que seus técnicos ambientais visitam a propriedade quinzenalmente.

O fato de ser a agravante Cooperativa, e estar regulada por legislação específica, não implica dizer que na prática não exerce efetivamente este controle. Se é verdade que por princípio o sistema cooperativo distingue-se pelo objetivo de “prestar serviços aos associados”⁴, não é menos verdade que as cooperativas agroindustriais do Oeste de Santa Catarina, como o são a Aurora e a Itaipu, são em verdade grandes receptoras da mão de obra excedente dos campos da região.

Não se nega que prestem serviços aos cooperados e que tenham relevante função social. Em parte isso é verdade. No entanto, como

3 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*: parte geral. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 307, citando Maria Alexandra de Sousa Aragão.

4 Art. 4º da Lei nº 5.764/71.

se comprovou no procedimento investigativo preliminar, o serviço prestado pelas cooperativas é mínimo frente ao serviço prestado pelos cooperados. Ao passo que o produtor rural dedica longas jornadas de trabalho duro com o objetivo de atingir as metas impostas pela cooperativa, esta se limita a fornecer-lhe, mediante pagamento extra (!), o serviço de técnicos agrícolas, médicos veterinários, técnicos ambientais e engenheiros.

Em outras palavras: o fardo mais pesado é carregado sozinho pelo produtor rural; os grandes lucros da industrialização do suíno acabam sendo absorvidos pelas empresas ligadas à cooperativa, ou pela própria cooperativa.

Por isso é que entende o Ministério Público ser inadmissível examinar os fatos da vida real apenas a partir da lente do simples formalismo. Não se pode, em outras palavras, pretender fugir do calor da vida para tomar decisões com base apenas em aparências.

Diz-se isso porque, no caso dos autos, como já é de conhecimento notório, as agroindústrias habilmente se fazem valer da conspurcação de conceitos jurídicos – como é o caso do conceito de “cooperativa” – para maximizarem seus lucros. Veja-se que só a Aurora obteve receita bruta de 1,5 bilhão de reais em 2004⁵.

E, pelo visto, até o momento o expediente tem funcionado. Ao passo que **operam sim como verdadeiras indústrias**, distribuindo o lucro na forma de *pro-labore* para seus diretores, os produtores rurais – seus verdadeiras *empregados* – arcam com jornadas de trabalho extenuantes, todos os dias da semana, todas as semanas do ano. E tudo sem nem mesmo obterem o reconhecimento do vínculo trabalhista ou de direitos previdenciários.

Claro, na busca pela maximização do lucro, não é só: pelo expediente de fazer crer que uma *agroindústria* que se intitule cooperativa acaba mesmo sendo uma cooperativa – como se uma mentira repetida várias vezes se tornasse realidade – tentam manter todos os ônus da

5 http://www.aviculturaindustrial.com.br/site/dinamica.asp?id=14622&tipo_tabela=negocios&categoria=agroindustrias: “A Cooperativa Central Oeste Catarinense (Coopercentral Aurora) é uma das 200 maiores empresas do País, de acordo com o anuário Melhores e maiores: as 500 maiores empresas do Brasil, publicado nesta semana pela revista Exame. Além de consolidar-se como uma das maiores organizações do país, a Aurora desfruta a 28 posição entre as maiores da região Sul do Brasil”.

atividade que exploram com o produtor rural.

Veja-se, por exemplo, que uma reforma na propriedade rural ditada pela cooperativa é integralmente suportada pelo produtor; a cooperativa apenas informa as diretrizes da reforma. E, não raras vezes, uma reforma precede a outra e assim sucessivamente, onerando cada vez mais o produtor.

Não é por outra razão que ocorrem ao gabinete deste Promotor de Justiça dia após dia produtores rurais desesperados pelo simples fato de que, apesar de terem trabalhado a vida inteira para a Cooperativa, ainda não construíram nada a não ser dívidas para o atendimento de exigências da própria Cooperativa.

Esconder esta realidade atrás de conceito falso de “cooperação” é olhar para um cavalo de chifres e chamá-lo de touro; é, em outras palavras, privilegiar o *nome* dado à realidade em detrimento da *realidade em si*.

Não é por outro motivo que a Justiça Trabalhista vem reconhecendo fraudes no sistema cooperativista de prestação de serviços. No caso, examinado pela 11ª Turma do TRT de São Paulo, considerou-se que a motoboy filiado a cooperativa de serviços devem ser reconhecidos os direitos trabalhistas, porque a cooperativa não passa de fraude à legislação trabalhista⁶.

Por isso vale aqui a transcrição do ensinamento de Ruy Rosado de Aguiar, para quem “O intérprete não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de por a ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no ambiente social onde vive, tem o dever de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunidade, tratando de realizá-los”⁷.

As preliminares suscitadas pelas apelantes devem, portanto, ser de plano rejeitadas.

6 RO nº 00384200603602003, rel. Maria Aparecida Duenhas: “COOPERATIVA. MOTOBOY. VÍNCULO DE EMPREGO. Simples adesão formal do trabalhador à cooperativa não tem o condão de ensejar a existência de relação jurídica distinta da empregatícia. O serviço de motoboy prestado através de uma cooperativa à reclamada, de forma permanente e subordinada, enseja **fraude à lei**, tornando a cooperativa mera empresa intermediadora de mão de obra”.

7 Ruy Rosado de Aguiar Jr. Interpretação. AJURIS 45/17.

3.4. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

Argumenta a Cooperativa Itaipu Ltda. que o Ministério Público não tem interesse processual na propositura desta demanda. Entende que, com a assinatura do Termo de Ajustamento de Condutas da Suinocultura, teria sido deferido aos produtores rurais e às Cooperativas a oportunidade de obterem licenciamento ambiental em até doze meses.

De fato! A cláusula 7.1 do TAC estipula o prazo de até doze meses “para a formalização, pelos produtores suínícolos, dos pedidos de **autorização/licenciamento** ambiental junto à Fatma” (fl. 135). Há que se notar, portanto, que o prazo previsto na Cláusula 7.1 do TAC diz respeito exclusivamente à formalização dos pedidos de licenciamento ambiental.

Todavia, a causa de pedir da ação não é a simples falta de **licenciamento**, como querem fazer crer as contestantes, mas sim a grave **poluição ambiental** praticada.

A poluição ambiental, que é a conduta lesiva ao meio ambiente que se apura nestes autos, esta em momento algum foi (nem poderia ser) autorizada, ainda que temporariamente!

A causa de pedir foi exposta de forma bastante objetiva. Como se pode observar à fl. 4, lá está dito que o senhor *José Nelson Schmitz*, mesmo diante da presença quinzenal da Cooperativa Itaipu, mantinha esterqueira de tamanho incompatível com a propriedade, e com um cano direcionado diretamente ao curso d'água ali próximo. Ou seja, deliberadamente o produtor rural, porque não foi orientado adequadamente pelas Cooperativas (ou teria sido orientado a fazê-lo?!), despejava os dejetos da atividade suinícola no rio.

Dizerem as Cooperativas, agora, que o Ministério Público, pela via do TAC, autorizou que durante um ano mantivessem os produtores rurais tal forma de proceder é no mínimo absurdo.

Como aliás foi comprovado pela Cooperativa Itaipu nos documentos que acostou à apelação, o Ministério Público, em casos de mera ausência de licença ambiental, não está nem mesmo propondo ação civil pública. A regularização da atividade, neste caso, tem-se feito mediante

composição civil nos Juizados Especiais, mediante a concessão de prazo para obtenção da licença.

Uma única conclusão é possível. Lêem as Cooperativas a cláusula 7.1 do ajuste de condutas com a vista míope: no ponto em que se prevê prazo de doze meses para regularização do licenciamento ambiental, forçam a interpretação para ali lerem a *permissão da poluição* ambiental que incentivam.

Além disso, como se sabe, em matéria de direitos difusos e coletivos “nenhum dos legitimados ativos tem a disponibilidade do direito material lesado. Assim, os compromissos de ajustamento que tomam são *garantias mínimas* em proveito da coletividade e nunca concessões de direito material em favor do causador do dano”⁸.

Assim, o que se torna evidente é que o Ministério Público tem sim interesse processual na propositura da presente demanda, quer porque a ocorrência de danos ambientais não foi prevista pelo TAC, quer porque a Cláusula 7.1, ao contrário do que alegam as cooperativas, não concede prazo para poluir, mas apenas para obtenção de licenciamento ambiental.

4. MÉRITO

4.1. RESPONSABILIDADE PELO DANO AMBIENTAL - NEXO DE CAUSALIDADE

Alegam as Cooperativas, no mérito, que não podem ser responsabilizadas pelos danos ambientais causados por seus cooperados, quer porque estava ele licenciado, quer porque exerciam regularmente o direito de adquirir e industrializarem os animais.

Com o devido respeito, desconhecem as Cooperativas minimamente o atual estágio do Direito Ambiental brasileiro.

Como ensina Édís Milaré, em capítulo de sua obra intitulado “O empreendedor como responsável principal”, os custos sociais decor-

8 MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 359.

rentes da poluição devem “ser suportados por aquele que, diretamente, **lucra com a atividade e que está mais bem posicionado para controlá-la**: o próprio empreendedor. É ele o titular do dever principal de zelar pelo meio ambiente e é a ele que aproveita, direta e economicamente, a atividade lesiva”⁹.

É justamente por esse motivo que Annelise Steigleder afirma que “o **explorador da atividade econômica** [veja-se que não exige a autora um vínculo especial] **coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental**, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela. Não se investiga ação, conduta do poluidor/predador, pois o risco a ela substitui-se”¹⁰.

O que se quer afirmar é que a responsabilidade – evidentemente objetiva – é *solidária* entre o poluidor e o explorador da atividade econômica. E, no caso dos autos, quem explora a atividade econômica, seja a que título for, são as *Cooperativas Aurora e Itaipu*.

Aliás, quanto a esse ponto, nada mais claro que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a *atividade normalmente desenvolvida* pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

São as Cooperativas, por outro lado, responsáveis solidárias, na mais estrita aplicação do disposto no art. 942 do Código Civil, como leciona Édis Milaré: “Desponta, aqui [na responsabilidade do empreendedor], segundo a regra do art. 942 do CC, típica *obrigação solidária*, que importa na responsabilidade de todos e de cada um pela totalidade dos danos, ainda que não os tenham causado por inteiro”¹¹.

E, como se nota claramente pela prova produzida no curso das investigações civis levadas a efeito pelo Ministério Público, o *fato* narrado nesta ação deve ser imputado não apenas ao produtor rural (que por isso deverá suspender as atividades e suportar a adequação de sua

9 MILARÉ, Édis. *Direito do Meio Ambiente*. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 838.

10 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 196.

11 Obra citada, p. 839.

propriedade), mas também e prioritariamente à agroindústria, representada aqui pelas *Cooperativas Aurora e Itaipu*, já que a conduta ocorreu no decurso de atividade realizada no *interesse* delas próprias.

Para Fernando Noronha, “quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes **de qualquer evento danoso** inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive os danos causados por empregados e prepostos”¹².

Não há, portanto, como negar que, por estarem em posição de controladora e exploradora da industrialização de suínos, e por parte desta atividade ter sido causadora de dano ambiental, devem ser as Cooperativas responsabilizadas civilmente. Da mesma forma que lucram quando a atividade do produtor rural se desenvolve com perfeição e eficiência, nada mais justo que percam quando esta mesma atividade toma rumo ilícito, como é o caso dos autos. Do contrário, todos os lucros serão da agroindústria, mas todos os prejuízos serão apenas do produtor.

4.2. INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Alegam as apelantes, por outro lado, que a sentença, ao condená-las ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais causados ao meio ambiente, extrapolou o direito vigente, que só admite danos morais em se tratando de pessoa física.

Para tanto, propositadamente, citam civilistas clássicos, em obras gerais sobre responsabilidade civil. Caio Mário, Venosa, Rui Stoco e outros são mencionados ao tratar de questão moderna, dinâmica e específica como a responsabilização civil ambiental.

Diz-se isso porque ao Ministério Público parece impossível a qualquer operador do direito enfrentar os palpitantes temas de direito ambiental a partir da lente do direito civil clássico (que é a abordada pelos autores acima citados em seus compêndios), em que nas mais das vezes os conflitos se travam entre *indivíduos isolados e identificáveis*: Tício e Caio, Mévio e Semprônio.

12 Idem, p. 486.

O direito ambiental, ao contrário, exige a análise de fenômenos contemporâneos ainda em desenvolvimento, como a revolução tecnológica, a globalização, a sociedade de massas, entre outros. Traçar as linhas mestras do direito ambiental a partir de institutos jurídicos cunhados há mais de dois mil anos na sociedade romana é, por isso, totalmente inadequado.

Ao contrário das apelantes, o Ministério Público embasa sua pretensão na doutrina atualizada e **especializada em direito ambiental** e nos **precedentes jurisprudenciais de maior vanguarda**.

Começemos por Édis Milaré. Para o autor, a reparação por danos ambientais não pode atender apenas para uma reparação *stricto sensu*. É preciso a imposição de um custo ao poluidor, de forma que se sinta dissuadido de perpetrar agressões ambientais e, assim, lucrar com o prejuízo coletivo.

Para Édis Milaré, “[...] busca o legislador a imposição de um *custo* ao poluidor, que, a um só tempo, cumpre dois objetivos principais: dar uma *resposta econômica* aos danos sofridos pela vítima (o indivíduo e a sociedade) e *dissuadir comportamentos semelhantes* do poluidor ou de terceiros”¹³.

De fato, não se compreende que numa sociedade capitalista, em que todos os valores são mensuráveis em dinheiro, a responsabilidade civil por danos ambientais possa seguir a linha geral do direito civil individual clássico como mera *reparação* do dano: exige-se sim o caráter punitivo e dissuasivo, como única forma de “convencer” o empreendedor a cumprir as normas ambientais.

Veja-se, por exemplo, que em países cujo sistema de indenização de danos difusos já se encontra mais avançado os empreendedores, ao mínimo sinal de possível dano ambiental ou dano ao consumidor, aplicam todos os esforços na solução imediata do problema, como é o caso dos *recalls* da indústria automobilística norte-americana e alemã.

No Brasil, ao contrário, preferem esperar as diversas ações, que sabidamente tramitarão por anos, para só então pagarem quantias ínfimas a título de reparação de danos. O descaso que se vê nos dias de hoje nos aeroportos brasileiros, os velhos casos da talidomida (alguns

13 MILARÉ, Édis. *Direito do Meio Ambiente*. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 742.

ainda hoje em tramitação), os casos da pílula anticoncepcional de farinha (microvlar) são meros reflexos da pouca severidade das indenizações quando se trata de danos difusos.

Na verdade, “a responsabilidade civil típica da ‘era tecnológica’ desempenha funções que se desenvolvem em dois âmbitos: como **instrumento de regulação social** e como mecanismo para a indenização da vítima”¹⁴. Ou, em outras palavras, é pela via da responsabilização civil que se vai obter a adequada tutela do direito ambiental. E, por adequada, só pode ser compreendida a **tutela que iniba o dano**. Eis o papel da imposição de altos custos ao poluidor.

Por isso, conforme ensina Annelise Steigleder, “no âmbito de ser instrumento de regulação social, **a responsabilidade exerce a função de prevenir comportamentos anti-sociais**, dentre os quais aqueles que implicam geração de riscos; de distribuir a carga dos riscos, pelo que se torna otimizadora de justiça social; e de garantia dos direitos do cidadão”¹⁵.

Além disso, o dano extrapatrimonial ambiental, ao contrário do que se vê em manifestações ainda não atentas às peculiaridades do direito ambiental, não tem caráter subjetivo, mas sim objetivo.

Em outras palavras, a indenização não leva em conta o abalo, o sofrimento, o dano causado às *pessoas* afetadas pelo evento. O que importa para a configuração do dano extrapatrimonial ambiental é apenas e tão-somente o dano em si, e a necessidade de sua punição e reparação (ainda que indireta). Daí porque, em se tratando de direito ambiental, a indenização assume mais uma feição sancionatória que reintegratória propriamente dita.

Um exemplo pode tornar mais clara a distinção: com sua atividade poluente determinada indústria contribui decisivamente para a extinção de uma espécie de rã, animal extremamente sensível a variações ambientais¹⁶. No entanto, com a extinção do anfíbio não há qualquer

14 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004. p. 178, grifou-se.

15 Idem, p. 178.

16 Veja-se, por exemplo, que a rã-de-corredeira corre sérios riscos de extinção por conta de variações ambientais: http://www.labjor.unicamp.br/midiaciencia/article.php3?id_article=125

comoção social; não há sentimentos negativos por parte da população, que nem sequer sabia da incidência do animal na região.

Neste caso, ainda que não haja dor, abalo emocional, psicológico ou sentimento negativo por parte da população, não há como negar que houve dano à natureza, *considerada em si mesma*. O prejuízo jamais será reparado diretamente e, por isso, a indenização por danos extrapatrimoniais é necessária.

É este aspecto do dano moral ambiental, ou, mais tecnicamente falando, do *dano extrapatrimonial ambiental*, que se pretende ver indenizado nesta ação: o aspecto objetivo.

A lição é extraída da doutrina de José Rubens Morato Leite, estudioso do direito ambiental brasileiro radicado em Florianópolis. Para o autor, o dano extrapatrimonial ambiental é “uma lesão que traz desvalorização imaterial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e concomitantemente a outros valores inter-relacionados como a saúde e a qualidade de vida. **A dor, referida ao dano extrapatrimonial ambiental, é predominantemente objetiva**, pois se procura proteger o bem ambiental em si (interesse objetivo) e não o interesse particular subjetivo”¹⁷.

Decorrência direta desta constatação é que o princípio reitor da indenização em dinheiro passa a ser a capacidade econômica do poluidor, não apenas aspectos atinentes ao dano em si. Do contrário, a maquiavélica lógica de mercado levará o empreendedor a preferir o risco de se submeter a uma ação cuja indenização não lhe trará abalo significativo, ao invés de preferir adequar-se ao direito, como já mencionado.

Esse aspecto objetivo do dano extrapatrimonial ambiental é denominado de “valor de existência” por Annelise Steigleder, ou seja, o valor da simples conservação, que nada tem a ver com qualquer afetação da qualidade de vida das pessoas.

Lembra a autora que danos ambientais causados em regiões remotas do globo terrestre, por exemplo, afetam o valor de existência do bem ambiental, mas não afetam pessoa alguma diretamente. Nem por isso, todavia, deixam de ser indenizáveis do ponto de vista extrapatrimonial. Nas palavras da autora gaúcha, o valor de existência “vincula-se à per-

17 LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 299-300.

cepção de que, a par do valor de consumo dos bens naturais, *as pessoas atribuem valor à simples conservação de um bem ecológico independentemente do seu consumo e de seu valor de uso atual ou futuro*. Parte do princípio de que não-usuários consideram de grande valor o fato de determinados bens ambientais escassos serem mantidos intactos¹⁸.

Justamente por este motivo é que o doutor em direito ambiental Marcelo Abelha Rodrigues fala em “dano social”, e não em dano moral. Para o autor, “o dano social é a face extrapatrimonial de lesão ao meio ambiente. Seu ressarcimento é altruísta e **não é a mera soma de interesses individuais**. [Ou seja, é objetivo, como se defende aqui] Quando a Lei nº 7.347/85 fala em responsabilidade civil por danos, materiais e morais, causados ao consumidor, meio ambiente, etc., é óbvio que o termo moral aí empregado está como contraface ao dano material. Trata-se de efeito do dano, que melhor seria denominado de extrapatrimonial. Aqui se trata de danos ambientais (ao meio ambiente – bem difusamente considerado porque é para esse desiderato essa modalidade de demanda) e **não danos pessoais resultantes da agressão ao meio ambiente**”¹⁹.

Fica claro, assim, que não se está a tratar de direito individual dos danos sofridos pela população local, ou, em outras palavras, da dimensão subjetiva do dano extrapatrimonial, mas de mecanismo de repressão e dissuasão de condutas contrárias ao direito ambiental, em aspecto puramente objetivo.

A dimensão objetiva do dano extrapatrimonial ambiental vem aos poucos chegando aos tribunais. Já no Superior Tribunal de Justiça preocupam-se os ministros em identificar as linhas regentes do instituto, como demonstra artigo publicado pelo Min. José Augusto Delgado, cuja cópia segue anexa.

O ministro, ao sintetizar os principais argumentos da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, conclui que “uma nova postura deve ser, conseqüentemente, adotada pelo intérprete no referente aos propósitos da legislação destinada a responsabilizar as pessoas físicas e jurídicas

18 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 173.

19 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 303.

que praticam danos ao meio ambiente”²⁰.

Para o Min. José Delgado, de acordo com a previsão do art. 1º da Lei nº 7.347/85, “**o dano moral ambiental é perfeitamente admissível em nosso sistema**. Além de contemplado, expressamente, pelo ordenamento jurídico, não encerra incompatibilidades empíricas para sua ocorrência ou identificação”²¹.

Embora não tenha se definido ainda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul já contam com precedentes favoráveis ao reconhecimento do dano moral ambiental.

Em autêntico *leading case*, cuja íntegra vai anexa, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que o corte ilegal de vegetação nativa enseja indenização por danos extrapatrimoniais, porque não basta o replantio, se as espécies ainda demorarão décadas para alcançarem o porte que tinham anteriormente.

Poluição Ambiental. Ação Civil Pública formulada pelo Município do Rio de Janeiro. Poluição consistente em supressão da vegetação do imóvel sem a devida autorização municipal. Cortes de árvores e início de construção não licenciada, ensejando multas e interdição do local. Dano à coletividade com a destruição do ecossistema, trazendo conseqüências nocivas ao meio ambiente, com infringência, às leis ambientais, Lei Federal 4.771/65, Decreto Federal 750/93, artigo 2º, Decreto Federal 99.274/90, artigo 34 e inciso XI, e a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, artigo 477. Condenação a reparação de danos materiais consistentes no plantio de 2.800 árvores, e ao desfazimento das obras. **Reforma da sentença**

20 DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade civil por dano moral ambiental*. Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público. Fórum de Dir. Tributário - RFDI, São Paulo, v. 8, n. 36, p. 13-59, 2006. http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/2701/1/Responsabilidade_civil_por_dano.pdf

21 Eis o teor do art. 1º da Lei nº 7.347/85: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente”.

para inclusão do dano moral perpetrado a coletividade. Quantificação do dano moral ambiental razoável e proporcional ao prejuízo coletivo. A impossibilidade de reposição do ambiente ao estado anterior justifica a condenação em dano moral pela degradação ambiental prejudicial a coletividade. Provimento do recurso²².

Noutro precedente, desta feita do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, entendeu-se igualmente cabível indenização pelos danos extrapatrimoniais decorrentes da privação do equilíbrio ambiental.

No caso, considerou o Tribunal Mineiro que o desmatamento de três hectares de Mata Atlântica (o mesmo ecossistema afetado no caso dos autos) mereceria imposição de danos morais no valor de R\$ 10.000,00. Vale transcrever trecho do voto do relator:

E, justamente pelo enorme período em que a sociedade ficará desprovida do recurso natural que **justifica a imposição de indenização pelo dano moral coletivo**, do qual se insurge o apelante. A propósito, vale ensinamento de Paulo Affonso Leme Machado, na obra “Direito Ambiental Brasileiro”, Malheiros, 11^a ed., p. 341, in verbis:

“Não é apenas a agressão à natureza que deve ser objeto de reparação, mas a privação, imposta à coletividade, do equilíbrio ecológico, do bem estar e da qualidade de vida que aquele recurso ambiental proporciona, em conjunto com os demais. Desse modo, a reparação do dano ambiental deve compreender, também o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia, por si mesmo e em decorrência de sua interação (art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81). Se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com a reposição da situação anterior do dano, depender, pelas leis da natureza,

22 TJRJ, Apelação Cível nº 2001.001.14586, rel. Des^a. Maria Raimunda Azevedo, j. 7.8.2002.

de lapso de tempo prolongado, a coletividade tem direito subjetivo de ser indenizada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação anterior”.

Então, correta a fixação dos danos morais em R\$ 10.000,00, pelo douto magistrado *a quo*²³.

Outro precedente de relevo vem de Porto Alegre. Em julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça Gaúcho entendeu-se que há dano moral difuso pela poluição ambiental sonora, impondo a indenização. Eis a ementa:

Ação civil pública. Poluição sonora. Obrigação de fazer. Perda de objeto. Danos morais. Ocorrência.

Trata-se de ação civil pública aforada pelo Ministério Público objetivando que a ré se abstenha de utilizar o jingle de anúncio de seu produto, o qual seria gerador de poluição sonora no meio ambiente, o que ensejaria danos morais difusos à coletividade. Com relação à obrigação de fazer, a ação perdeu seu objeto por fato superveniente, decorrente de criação de lei nova regulando a questão. **No entanto, em relação aos danos morais, prospera a pretensão do Ministério Público, pois restou amplamente comprovado que, durante o período em que a legislação anterior estava em vigor, a requerida a descumpria, causando poluição sonora e, por conseguinte, danos morais difusos à coletividade**²⁴.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em outro precedente de relevo para o Direito Ambiental brasileiro, decidiu que cabe indenização

23 TJMG, Apelação Cível nº 1.0183.03.062431-0/001(1), rel. Des. Nilson Reis, j. 23.11.2004. Ementa: “Ação civil pública. desmatamento. Mata Atlântica. Reparação devida. 1 - Verificado através de laudo pericial técnico o desmatamento de área de preservação, que constitui patrimônio coletivo, da sociedade, o ressarcimento é imperativo legal, devendo o seu agente arcar com os danos correspondentes.

24 TJRS, Apelação Cível nº 70005093406, rel. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 19.2.2004.

por danos extrapatrimoniais ambientais em decorrência de manutenção de aves em cativeiro.

Para o Tribunal, a privação ilegal da liberdade de aves implica danos extrapatrimoniais em ofensa ao direito difuso ao meio ambiente. Confira-se a ementa:

AMBIENTAL - MANUTENÇÃO DE PÁSSAROS EM CATIVEIRO - APREENSÃO - DANO COM EFEITO MORAL - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO.

A apreensão, pela polícia ambiental, de pássaros mantidos em cativeiro para serem reintegrados ao meio ambiente, caracteriza ofensa que extrapola o terreno dos danos meramente patrimoniais, constituindo, em verdade, danos com efeitos morais ou simplesmente danos extrapatrimoniais com ofensa ao direito difuso ao meio ambiente.

Em casos tais, torna-se satisfatório o arbitramento de um valor de indenização que, na hipótese, é fixado de forma subjetiva, diante das especificidades de cada caso concreto, tais como circunstâncias do fato, gravidade da perturbação, reparabilidade do dano, tipo de agressão, espécies afetadas e, ainda, dentre outros critérios, também a condição econômica da parte envolvida²⁵.

Por fim, em caso muito semelhante ao dos autos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que a *emissão de efluentes em riacho*, em desacordo com as normas legais, gera a obrigação de indenizar os danos extrapatrimoniais causados à Natureza. **O julgamento ocorreu há menos de três meses**, motivo pelo qual vale transcrever parte da extensa ementa:

[...] DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. Constatado que à responsabilidade civil por dano ambiental aplica-se a teoria do risco integral, basta à responsabilização do poluidor a comprovação

25 TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.03.115977-5/001, Belo Horizonte, rel. Des. Geraldo Augusto, j. 10.5.2005.

da ocorrência do dano e do nexo etiológico entre este e a atividade por aquele desempenhada. Inteligência dos artigos 225, § 3º da CF, 14, §1º da Lei nº 6.938/81 e 927, parágrafo único do CC/02. Hipótese em que restou assente, no conjunto fático-probatório dos autos, a degradação ambiental, em riacho que atravessa a propriedade dos autores, pela emissão de efluentes líquidos e resíduos sólidos pela ré [...].²⁶

Assim, em síntese, verifica-se que a vanguarda da doutrina e da jurisprudência nacionais admite a condenação do poluidor por danos ambientais extrapatrimoniais, danos estes que devem ser apurados objetiva e não subjetivamente, a partir de interpretação do art. 5º, V, da Constituição da República, e do art. 1º, I, da Lei nº 7.347/85.

Assim, em síntese, verifica-se que a vanguarda da doutrina e da jurisprudência nacionais admite a condenação do poluidor por danos ambientais extrapatrimoniais, danos estes que devem ser apurados objetiva e não subjetivamente, a partir de interpretação do art. 5º, V, da Constituição da República, e do art. 1º, I, da Lei nº 7.347/85.

5. CONCLUSÕES

Por tudo o que foi exposto, espera-se ter ficado claro o seguinte:

a) não houve cerceamento de defesa porque a prova pericial não é útil, necessária e tampouco praticável. Os danos ambientais ocorreram quando da vistoria da Polícia Ambiental, foram confessados pelo produtor rural e detalhadamente documentados por fotografias. A situação fática posteriormente foi alterada com o cumprimento da liminar deferida;

b) qualquer o despejo de dejetos suínos em curso d'água é proibido, mesmo que em ínfimas quantidades; a proibição, expressa na IN nº 11 da Fatma, decorre do altíssimo potencial poluidor dos dejetos suínos (fl. 109);

26 TJRS, Apelação Cível nº 70019470665, rel. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 30.8.2007.

c) considera-se poluidor (art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/85), aquele que, mesmo que indiretamente, seja responsável pela atividade poluente, ou, ainda, aquele que controle o processo econômico que cause poluição; as Cooperativas, como se comprovou nos autos, mantêm técnicos ambientais quinzenalmente nas propriedades rurais de seus cooperados, o que demonstra que têm total controle (direto) da produção;

d) a causa de pedir desta ação não é apenas a falta de licenciamento ambiental, mas a poluição causada pelo produtor rural e incentivada pelas Cooperativas, motivo pelo qual não falta interesse processual ao Ministério Público;

e) o TAC da suinocultura não autorizou em momento algum a poluição ambiental, mas apenas conferiu prazo para a obtenção de licenciamento ambiental; assim, há interesse processual na demanda, qual seja, obter provimento que determine a cessação da poluição ambiental e a recuperação da área degradada;

f) as cooperativas de primeiro e de segundo grau lucraram e se beneficiaram por anos da produção de suínos do sr. José Nelson Schmitz, produção que causou diversos danos ambientais. Por conta das regras que norteiam a responsabilização civil do poluidor ambiental, devem ser responsabilizadas integralmente;

g) a doutrina e a jurisprudência especializadas em direito ambiental entendem plenamente cabível e recomendável o reconhecimento dos danos extrapatrimoniais ambientais, principalmente em caso como o dos autos, que atinge curso d'água importante da cidade.

Assim, requer o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** o desprovimento integral dos recursos interpostos, mantendo-se inatacada a sentença proferida.

Modelo, 16 de janeiro de 2008

Eduardo Sens dos Santos

Promotor de Justiça

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008
Categoria A: Peça Processual - 2º lugar

José Orlando Lara Dias
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

RAZÕES DE APELAÇÃO

Apelante: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

Apelados: **ADEMAR HENCHEN**

MUNICÍPIOS DE PALMITOS e outros

Autos n.º **046.03.001119-7**

**COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO:
EGRÉGIA CÂMARA CIVIL:
INSIGNE PROCURADOR DE JUSTIÇA:**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** ajuizou *ação civil pública de ressarcimento por ato de improbidade administrativa c/c pedido de nulidade de ato administrativo* contra **ADEMAR HENCHEN, MUNICÍPIO DE PALMITOS e outros** objetivando a nulidade do concurso público 001/2002 para provimento do cargo de professor de pré-escola do Município de Palmitos; a desconstituição

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
Edição Especial – Florianópolis – pp 209 a 223

dos atos de nomeação dos aprovados para o cargo; a condenação dos requeridos a restituírem ao Município de Palmitos os vencimentos recebidos; a condenação do requerido ADEMAR HENCHEN a restituir ao Município de Palmitos os gastos com a realização do concurso, ao pagamento dos danos morais e nas cominações do art. 12, inc. II e III, da Lei 8.429/92.

O réu ADEMAR HENCHEN foi notificado (fl. 170 v.), tendo apresentado resposta às fls. 172/177.

Na decisão de fls. 194/198, foi recebida a inicial e determinada a citação dos réus, assim como, deferido o pedido liminar de indisponibilidade de bens.

Os réus foram citados (205v., 212v., 217v., 222, 597, 603v.), e apresentaram contestações às fls. 224/230, 258/262, 279/283, 294/298, 316/320, 336/340, 358/362, 380/383, 454, 390/411, 432/454, 567/571, 599/600. As rés Leonilda Turri, Vera Cristina Hupper Mior, Vania Schlemer, Cassiane Carneiro, Márcia Schena, Salete Rodrigues, Cinara Fraporti, Marlize Mior, Lúcia Marmentini, Marlei Datsch, Crislei Schmidt e Marizane Thomas não apresentaram resposta (fls. 607 e 636).

Réplica às contestações às fls. 609/634.

Decisão de saneamento do feito às fls. 637/645.

Oitiva de testemunhas indicadas pelos requeridos às fls. 708/709, 710, 743/745.

À fl. 759 foi declarada encerrada a instrução, abrindo-se prazo para a apresentação de memoriais.

Alegações finais do MINISTÉRIO PÚBLICO às fls. 775/790; dos requeridos às fls. 794/797; 799/801; 802/811 e 812/814.

Sobreveio a sentença de fls. 817/830 que julgou improcedentes os pedidos. Na mesma sentença foi julgada improcedente a ação declaratória proposta por Janete Alba Cassol.

É o necessário relatório (Lei n.º 8.625/93, art. 43, inc. III).

A sentença ora impugnada julgou improcedente a ação civil pública entendendo, em suma, que a alteração do edital do concurso público foi legal e não prejudicou o certame e, também, que o fato “*da maioria*

dos aprovados apresentarem vínculo político-partidário com o então prefeito, embora possa sugerir suspeita, por si só não indica que ocorreu manipulação do concurso”.

A seguir, analisando-se os fundamentos da respeitável sentença, ver-se-á que ela está embasada em premissas equivocadas, devendo ser reformada.

I - DO EDITAL, SUAS ALTERAÇÕES E PUBLICIDADE

Fato absolutamente incontroverso na presente ação é que o edital do concurso público foi alterado após sua publicação, circunstância expressamente reconhecido pela sentença.

De fato, o MUNICÍPIO DE PALMITOS, através do Edital de Concurso Público n.º 001, de 03.06.2002, firmado pelo apelado ADEMAR HENCHEN, então Prefeito do Município, abriu inscrições para prover vagas em vários cargos da Administração e do Magistério Municipal (fl. 25).

As inscrições aconteceram no exíguo período de 17 a 19 de junho de 2002, e apenas um extrato do edital do concurso foi publicado na imprensa, com a observação de que *“a íntegra do Edital, com o programa das provas, será entregue aos candidatos no ato da inscrição, estando a disposição para consulta no mural da Prefeitura Municipal”.*

No Anexo I do referido edital constava o **“quadro discriminativo dos cargos e respectivas vagas”** e também o **“nível de escolaridade mínima exigida (habilitação)”** (fl. 32). Entre os cargos a serem preenchidos encontravam-se:

*“- 06 (seis) vagas para Professor Pré-Escolar com Educação Infantil, com carga horária de 20 horas; **habilitação exigida: Ensino Superior – Licenciatura Específica de Graduação Plena.***

*“- 02 (duas) vagas de Professor Pré-Escolar com Educação Infantil, com carga horária de 40 horas; **habilitação exigida: Ensino Superior – Licenciatura Específica de Graduação Plena.**” (Destaquei).*

Da leitura do edital publicado e distribuído aos interessados e inscritos no concurso restava claro que, para o cargo de Professor de Pré-escola, 20 ou 40 horas, a escolaridade mínima exigida era o ensino superior com licenciatura específica e plena.

Com a divulgação do resultado do concurso verificou-se que a quase totalidade dos aprovados para as vagas de Professor de Pré-escola, 20 ou 40 horas, não tinham a escolaridade (habilitação) mínima exigida pelo edital.

Somente após a divulgação do resultado descobriu-se que havia um segundo edital do Concurso Público n.º 001, quase igual ao até então conhecido, não fosse uma diferença: a habilitação exigida para os cargos de Professor de Pré-escola, 20 e 40 horas.

Destarte, no Anexo I do edital do concurso público, o “*nível de escolaridade mínima exigida (habilitação)*” para professor de pré-escola passou a ter a seguinte redação:

*“Licenc. Plena em Educação Infantil; Magistério
2º Grau com Estudos Adicionais em Pré-Escolar
e Magistério com Habilitação em Pré-Escolar”.*
(Fl. 51).

O novo edital diminuiu a escolaridade mínima exigida no concurso, possibilitando que o cargo público de professor de pré-escola fosse preenchido por quem tivesse apenas o **Magistério com estudos adicionais ou habilitação em pré-escola**, ou seja, passou a bastar o **2º grau**.

Alegaram os apelados que o edital do concurso não foi alterado, “*sendo certo que houve alteração, mas não do edital, mas sim do rascunho encaminhado pela IOPLAN para que se procedesse a correção, como de fato fizera*” (fl. 402).

Admitindo que o edital foi alterado, mas acolhendo o argumento dos requeridos, afirmou o Juiz sentenciante: “*assim, mesmo que alterado o item do edital à habilitação exigida, tal situação não prejudicou os interessados ou mesmo o concurso, já que não ocorreu publicidade anterior quanto à exigência do ensino superior e não há notícias de que tenha ocorrida a negativa de inscrição por ausência de habilitação*” (fl. 823, destaquei).

Como não ocorreu publicidade do edital exigindo habilitação do

ensino superior?

Ora, ao edital que exigia ensino superior, o tal “*rascunho*”, é que é que se deu publicidade, pois incontestavelmente, candidatos ao concurso receberam cópias dele, fizeram suas inscrições com fundamento nele e prestaram provas acreditando que ele estabelecia as bases do certame. Evidente que para os candidatos aos cargos de professor de pré-escola, ao menos para a grande maioria, o “*rascunho*” sempre foi o edital pronto e acabado.

A prova documental deixa claro que a alteração do edital, passando a exigir apenas o segundo grau, é que não foi precedida de qualquer publicação, divulgação ou ciência, sequer aos candidatos inscritos. Tanto é assim que motivou o ingresso de **dois mandados de segurança** (046.03.000243-0 e 046.03.000244-9, fls. 67/70 e 81/84) e de **uma ação cautelar inominada** (046.03.000528-6 – fls. 87/91). Nas três ações as autoras juntaram cópia do edital a elas entregue e verifica-se que as candidatas fizeram suas inscrições, realizaram as provas e aguardavam o resultado do concurso acreditando que a escolaridade mínima exigida era o curso superior, desconhecendo a irregular alteração do edital.

Pois então, com três ações judiciais com fundamento no edital que exigia ensino superior, tratado pelos apelados como “*rascunho*”, jamais a sentença poderia afirmar que a tal edital não foi dado publicidade.

Note-se, ainda, que alguns dos requeridos, em suas respostas, confirmaram a existência de dois editais, afirmando que fizeram a inscrição com base no primeiro edital, aquele exigia curso superior. É o caso de JANETE ALBA CASSOL (contestação de fls. 224/230), CARLA BEGNINI (contestação de fls. 380/383) e, em grau menor, de ALINE ELOISA SCHUERMANN (contestação de fls. 599/600).

Interessante observar outro aspecto da questão: enquanto as três ações ajuizadas fazem prova documental inequívoca de que ao edital que exigia ensino superior foi dada publicidade através da entrega de cópia aos candidatos inscritos, inexistente nos autos qualquer prova documental que ao edital alterado foi dado a mesma publicidade.

Observa-se, daí, que a sentença faz grave confusão entre **publicação** e **publicidade**. Não é “*porque a publicação envolveu apenas o ‘extrato do edital do concurso público n. 001/2002’, o qual não indica a habilitação necessária, (...) mencionando que a íntegra do edital será entregue quando*

da inscrição” (fl. 823), que a Administração Pública Municipal poderia alterar o edital a seu bel-prazer. Pelo contrário, se a íntegra do edital era entregue na inscrição, e candidatas inscritas receberam o edital “rascunho” (fato comprovado pelas três ações judiciais comprovam), aí é que se deu **publicidade** ao edital.

Veja-se mais um detalhe: “*amplamente divulgado via rádio, entre os dias 03 e 19 de junho de 2002, conforme declaração de fls. 62, e publicado no jornal Diário Oficial (fls. 64/66)*” não foi o edital, como equivocadamente afirma a sentença à fl. 826, mas somente o extrato do edital, no qual **não consta a exigência de escolaridade**.

É claro que a Administração Pública pode alterar o edital de concurso público já publicado, mas desde que o faça baseado no interesse público e que a alteração seja publicada em tempo e forma eficazes, exatamente o que não aconteceu no caso dos autos.

Quanto à alteração de normas em edital de concurso público e publicidade eficaz, já asseverou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“CONCURSO PÚBLICO. DESPACHANTE. INSCRIÇÕES ENCERRADAS E DATAS PARA A REALIZAÇÃO DAS PROVAS PREVISTAS. ALTERAÇÃO POSTERIOR DE NORMAS. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE EFICAZ. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MORALIDADE. PREVALÊNCIA DAS REGRAS ANTERIORES. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. REMESSA DESPROVIDA.

“Encerrada a fase de inscrição a concurso público, designada a data para a realização dos testes previstos, o respectivo edital somente poderá ser alterado em suas cláusulas acaso precedida da necessária e eficaz publicidade, através da imprensa oficial. Alterações determinadas às vésperas do certame, modificando-lhe radicalmente as regras, não observam, por certo, os pressupostos da publicidade e da moralidade, sendo, por isso mesmo, inválidas e, pois, sem condições legais de

serem opostas ao candidato aprovado na forma das exigências originais, ditando-lhe, então, a reprovação.”

(TJSC – Ap. civ. n.º 98.009601-4 – Capital – 1ª Câm. Cív. – Rel. Des. Trindade dos Santos – Julg. 25.08.98 – Base de Acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

No caso julgado, o órgão promotor do concurso público, “48 horas antes da data marcada para a realização dos testes necessários, independentemente de qualquer comunicação prévia e pessoal aos candidatos inscritos”, alterou um item do edital divulgado para condicionar à aprovação à obtenção de média igual ou superior a cinco.

Do voto do ilustre relator extrai-se as seguintes lições:

“Referentemente aos concursos públicos, não se ignora, o edital é a lei que os regulamenta, vinculando quer o ente público promovente dos certames, como os candidatos que com vistas a eles se inscreverem.

“A propósito, enfatiza o respeitado José Cretella Júnior:

“Peça básica quer do concurso público, quer do procedimento concorrencial ou licitatório, funciona o edital como lei interna, que traça as diretrizes dos interessados, em todos os momentos ulteriores’ (Tratado de Direito Administrativo, Saraiva, 1967, vol. 3, pág. 107).

”Segundo o mesmo mestre, tem-se que:

“O Edital assemelha-se a um contrato de adesão, cujas cláusulas são formuladas, unilateralmente, pelo Estado e aceitas em bloco, pelos concorrentes, vinculando a ambas as partes’ (Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 3º, pág. 61).

“Alterações nessas normas vinculantes, óbvio é, podem ser praticadas; desde, no entanto, que sejam atendidos os pressupostos exigidos para a validade do ato administrativo, dentro do novo perfil que se lhe pretende emprestar,

impondo-se realçados, dentre esses pressupostos, com primazia, aqueles previstos no art. 37, caput, da Magna Carta, quais sejam os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

“Tais pressupostos, salientado impõe-se, não foram observados na hipótese vertente, vez que as inscrições para o certame em questão já haviam sido encerradas, inclusive já estando marcada a data para a submissão dos inscritos aos testes previstos, quando a autoridade administrativa impetrada, em franca violação de todos os princípios básicos aplicáveis ao caso, determinou as alterações das regras do certame.

“A alteração determinada, imperioso é consignar-se, incidiu em ostensiva afronta dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, sendo, referentemente ao impetrante, indiscutivelmente nula, não operando, quanto ao mesmo, qualquer efeito válido.

“Mesmo porque, não há como se olvidar que:

“O concurso público é procedimento aberto a qualquer interessado que preencha requisitos estabelecidos em lei, sendo destinado à seleção de pessoal, através da verificação do conhecimento, aptidão e experiência dos candidatos, por intermédio de critérios objetivos, definidos no Edital de abertura. Concomitantemente é instrumento de realização dos princípios constitucionais da moralidade, publicidade, legalidade e impessoalidade’ (ACMS n. 4.431, de Turvo, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

“De outra banda, ressalte-se que:

“Havendo o edital do concurso sido publicado pela imprensa oficial, importa que as alterações das regras do certame também sejam divulgadas pela mesma via, de forma ampla e eficaz, sob pena de caracterizar lesão aos princípios da publicidade e da moralidade dos atos administrativos’ (RT 745/357).”

II - DAS CONSEQUÊNCIAS DAS ALTERAÇÕES DO EDITAL

É óbvio que a escolaridade mínima ou habilitação exigida para um cargo público é o fator determinante do número de possíveis interessados no concurso para provimento desse cargo. Logicamente, o número de possíveis candidatos ao cargo é inversamente proporcional à habilitação exigida: maior a escolaridade exigida, menor a base de possíveis candidatos ao certame; menor a escolaridade exigida, maior o número de possíveis candidatos.

Por isto, é claro, imprescindível que a habilitação para o cargo seja amplamente divulgada, dando-se a devida publicidade, obrigatoriamente antes da abertura das inscrições do concurso. Exatamente o que não aconteceu no concurso promovido pelo Município de Palmitos através do edital 01/2002.

No momento que houve a alteração no edital do concurso, diminuindo a escolaridade exigida, ampla divulgação a ele deveria ser dada e novo prazo de inscrição aberto. Somente se assim procedesse o Município de Palmitos é que não haveria prejuízo “*aos interessados ou mesmo o concurso*”, como afirmou a sentença (fl. 823).

Note-se, mais uma vez, que as inscrições tiveram abertas por apenas **02 (dois) dias**. Assim, a exigüidade do prazo de inscrição – **somente dois dias** – e a exigência de escolaridade – **curso superior completo de Licenciatura Plena em Educação Infantil** – explicam o baixo número de escritos: 32 (trinta e dois) para professor de pré-escola 20 horas; 09 (nove) inscritos para professor de pré-escola 40 horas.

Em caso que muito se aproxima ao presente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL. ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

“1. O edital é a lei do concurso, sendo vedado à Administração Pública alterá-lo, salvo para, em razão do princípio da legalidade, ajustá-lo à nova legislação, enquanto não concluído e homologado o certame.

“2. A alteração do edital promovida pela Comissão Organizadora no transcorrer do concurso, quanto à exigência da comprovação de escolaridade, passando a ser admitida a apresentação de certificado de conclusão do curso respectivo, em vez do diploma registrado, conforme previsto no artigo 7º, inciso IX, da Resolução nº 12/93 do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, viola o princípio da igualdade entre os candidatos.

“3. Recurso provido.”

(STJ – Rec. Ord. em Mandado de Segurança 2001/0098999-0 (RMS 13578/MT) – 6ª Turma – Maioria – Rel. p/ Acórdão Min. Hamilton Carvalhido – Julg. 22.04.2003 – Pub. DJ 12.08.2003, p. 260).

No acórdão acima referido, em seu voto-vista, afirmou o Ministro PAULO GALOTTI:

“Penso que a modificação de tão importante requisito não poderia ter sido efetuada posteriormente ao conhecimento das regras antes estabelecidas, notadamente porque baseada em provimento do próprio Tribunal de Justiça.

“É de se supor, inclusive, que vários interessados deixaram de se inscrever no certame diante das condições antes impostas, que inesperadamente, no curso da disputa, vierem a ser alteradas.”

Sem medo de errar, a mesma suposição formulada pelo Ministro PAULO GALOTTI pode ser feita no caso em análise, sendo certo que vários interessados deixaram de fazer o concurso por não possuírem a habilitação até então exigida, sem que tivessem conhecimento do novo

edital com redução das exigências.

Portanto, é indubitável que a alteração no edital sem a devida publicidade – ou com publicidade restrita a alguns poucos privilegiados, como se verá adiante – resultou em quebra do princípio da igualdade e causou prejuízos ao concurso público.

III - A MANIPULAÇÃO DO RESULTADO DO CONCURSO

A sentença ora recorrida admitiu que a vinculação político-partidária entre os aprovados no concurso e o então prefeito do Município de Palmitos poderia “sugerir suspeita”, mas entendeu que tal “não indica que ocorreu manipulação do concurso” (fl. 825).

Não se trata de mera suspeita. A manipulação do resultado do concurso foi evidente e acintosa. Vamos aos fatos, **todos comprovados documentalmente**.

O apelado ADEMAR HENCHEN, então prefeito de Palmitos, foi eleito através de uma coligação partidária composta por três partidos políticos, entre eles o Partido Progressista – PP, como comprova a certidão expedida pelo Cartório Eleitoral, juntada à **fl. 128**.

Mais: pelo que se infere do depoimento da testemunha Norberto Paulo Gonzatti, às fls. 709/709, a Secretaria Municipal de Educação era ocupada pelo Partido Progressista.

Agora, vejamos o resultado oficial do concurso para o cargo de professor de pré-escola, homologado pelo apelado ADEMAR HENCHEN e publicado na imprensa, como comprovam os documentos de **fls. 123 e 125/127**, e o vínculo político-partidário de cada uma das aprovadas.

Para o cargo de professor de pré-escola ou educação infantil, 40 horas, eram 02 (duas) vagas e para elas foram aprovadas:

1º) **MARLI HELENA CARLOTTO**, filiada ao Partido Progressista, conforme certidão de **fl. 129**;

2º) **MARCIA INEZ ANDREOLLI PIGOZZO**, filiada ao Partido Progressista – PP, consoante certidão de **fl. 130**.

Já para o cargo de professor de pré-escola com 20 horas as vagas

eram 06 (seis), sendo a ordem de classificação a seguinte:

1º) **MARCIA REJANE HIRSCH**, filiada ao Partido Progressista e candidata à vereadora nas eleições de 2000, de acordo com a certidão de fl. **131**;

2º) **KELLY CRISTINA FERRONATO**, a qual vive em união estável com o então Secretário da Administração Municipal, Volmar Gandolfi, como comprovam os documentos de fls. **132/133**;

3º) **MARLI APARECIDA CANELLO**, filiada ao Partido Progressista - PP (certidão de fl. **134**);

4º) **ELUIZA FÁTIMA CAMPOS**, filiada ao Partido Progressista - PP, conforme certidão de fl. **135**;

5º) **CRISTIANE CARNEIRO**, é companheira de Alécio Mendonça Camelo, filiado ao Partido Progressista - PP (certidão de fl. **137**);

6º) **ASTA KOENIG**, sem vinculação política conhecida.

Em suma, das *oito* vagas oferecidas no concurso para o cargo de professor de educação infantil, 20 e 40 horas, *sete* delas foram preenchidas por quem tem, **comprovadamente**, relação política-partidária direta com o prefeito; são do mesmo partido que ocupava a Secretaria Municipal de Educação de Palmitos.

Somente na última colocação - *e tinha que ser na última!* - é que foi aprovada uma candidata que, aparentemente, não tinha vínculo pessoal ou político com o chefe do Poder Executivo Municipal.

A alteração no edital, portanto, deu-se com o exclusivo propósito de possibilitar que apadrinhados políticos fossem nomeados para o cargo de professor de pré-escola, já que, não fosse assim, **apenas uma das aprovadas teria condição de assumir o cargo, apesar de seu diploma ainda não estar registrado (fl. 139). As demais aprovadas não tinham ensino superior ou faltava-lhes a habilitação específica em educação infantil (fls. 140/146).**

Note-se, ainda, outra situação no mínimo estranha criada pelo resultado do concurso: as candidatas com apenas o 2º grau foram muito melhor que as concorrentes com curso superior completo e habilitação específica em educação infantil, sim, pois, apenas **uma** com curso superior foi aprovada.

Tem-se, portanto, diante do resultado oficial do concurso (fls. 123 e 125/127) e das certidões do Cartório Eleitoral (fls. 128/137), prova documental incontestada de que das **oito aprovadas**: a) **sete** tinham vínculo político-partidário com o então Prefeito; b) **sete não preenchem** o requisito de escolaridade exigido pelo edital divulgado.

Em termos percentuais, tem-se que **87,5%** das aprovadas no concurso tinham inequívoca vinculação político-partidária com o prefeito. É um índice absurdo que em hipótese alguma pode ser atribuído ao acaso. É ainda mais absurdo quando se observa que também elas ocuparam as sete primeiras colocações.

IV - DA CONTRARIEDADE À LEI DO CARGO

A alteração no edital para diminuir a exigência de escolaridade mínima também contraria a lei instituidora do cargo de professor de pré-escola.

A Lei Municipal n.º 2.215/95, que dispõe sobre os cargos e a carreira do Magistério Público Municipal, em seu anexo I, exige como habilitação profissional para o cargo de professor de pré-escola (área 4), a *“obtida em nível superior de curta duração, na área do Magistério com registro no MEC, específica na disciplina de atuação”*.

Assim, a lei que disciplina o magistério municipal abdica da licenciatura plena para o cargo de professor de pré-escola, mas exige o nível superior e a habilitação específica na disciplina de atuação.

É verdade, sim, que a Lei 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional -, em seu art. 62 admite, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil a oferecida em nível médio, na modalidade Normal.

No entanto, a questão fundamental no presente caso não é saber-se se o Magistério 2º Grau como habilitação mínima exigida era legal, mas a forma com que foi inserida no edital e o resultado do concurso.

Assim, mesmo que legal a habilitação mínima exigida pelo segundo edital do concurso, é inadmissível que alteração do edital do concurso ocorra de forma velada, sem a observância da publicidade, com evidente ofensa aos princípios da legalidade, publicidade e moralidade.

V - DAS PRESUNÇÕES

Utilizou-se a sentença das presunções de legitimidade e veracidade dos atos administrativos para julgar improcedente a ação civil pública, acreditando, ainda, que *“a presunção de boa-fé das candidatas, de legalidade e lisura no concurso e da fiscalização por ocasião da realização da prova, inclusive por parte das candidatas, não há como alterar as respostas lançadas, mesmo diante de identificação da candidata, porquanto são de natureza objetiva”* (fl. 826).

Como se pode presumir legalidade boa-fé diante da prova de que o edital de concurso, com dois dias de prazo de inscrições, foi alterado sem a devida publicidade?

Como se presumir boa-fé diante da prova inequívoca de que 87,5% das aprovadas no concurso tinham vinculação partidária com a Administração Municipal?

O concurso público, não se duvida, é o mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos e meio técnico para afastar *“os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos”* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17 ed. Malheiros, p. 375).

Em razão de sua importância, o concurso público não pode deixar dúvidas acerca da sua conformidade à lei e lisura, pois como ensina FÁBIO MEDINA OSÓRIO, *“concursos públicos, por exemplo, devem ostentar plena aparência de legalidade. (...) Não há espaço para suspeitas nos procedimentos públicos. A mera suspeita, aliás, desde que respaldada em indícios mínimos, traduz ofensa objetiva ao princípio da moralidade, ainda que o procedimento se adapte às exigências legais específicas”* (Improbidade administrativa. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 214).

Hodiernamente, a imprensa demonstra que procedimentos licitatórios e concursos públicos, de norte a sul do país, são fraudados sem nenhum pudor por homens públicos ímprobos que confiam que o risco de serem apanhados em suas maracutaias é pequeno, que o emaranhado de leis os protegerá, que os processos judiciais serão demorados ou que

a opinião pública os esquecerá.

Das instituições públicas espera-se uma postura ativa e corajosa. Decerto, a passividade e ingenuidade travestidas em presunções são mais cômodas, mas não transformar a sociedade e dificilmente convencerão os cidadãos que um concurso público com 87,5% dos aprovados da mesma corrente política que o administrador público foi sério e honesto.

Para pôr em xeque a alegada presunção de boa-fé dos concursos públicos e a afirmação de impossibilidade de manipulação dos resultados, junta-se ao presente recurso dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tratam de um mesmo concurso público promovido por um Município, anulado por comprovada vinculação familiar e política entre aprovados e administradores públicos.

Junta-se, também, cópia de notícias veiculadas no último dia 28 de junho de 2007, relativas à “Operação Gabarito”, assim chamado o conjunto de ações que pôs fim a um esquema de fraudes em concursos públicos promovidos por prefeituras de trinta e quatro municípios do interior do Rio Grande do Sul.

Ante o exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA seja a presente apelação conhecida e provida, reformando-se a sentença de fls. 817/830, para que sejam deferidos os pedidos formulados na petição inicial, especialmente, anular o concurso público de provimento dos cargos de professor de pré-escola (educação infantil), 20 e 40 horas semanais, desconstituindo-se os atos de nomeação; condenar o apelado ADEMAR HENCHEN a restituir ao Município de Palmitos os gastos que este teve com a realização do concurso público; condenar o apelado ADEMAR HENCHEN nas cominações do art. 12, incisos II e III, da Lei n.º 8.429/92.

Palmitos, 03 de julho de 2007.

José Orlando Lara Dias,
Promotor de Justiça

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008
Categoria A: Peça Processual - 3º lugar

Henrique Laus Aieta
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES DA
ÉGRÉGIA __ CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por meio do seu órgão de execução, no uso de suas atribuições institucionais, com amparo nos artigos 5º, inciso LXIX, e 129, inciso VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, comparece diante desse Egrégio Tribunal de Justiça para impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA**, com requerimento de medida liminar, contra ato ilegal praticado pelo Juiz de Direito da XX Vara Criminal da Comarca XXXXX, fazendo-o pelas razões fáticas e jurídicas que passa a expor:

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
Edição Especial – Florianópolis – pp 225 a 242

I - OS FATOS¹

II - A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Trata o presente Mandado de Segurança de ação constitucional impetrada com o fim de evitar-se a perpetuação da ofensa ao direito líquido e certo de promover a investigação criminal, de que é titular o Ministério Público, por seus agentes – violação provocada por ato ilegal do Juiz de Direito da XXX Vara Criminal da Comarca XXXXXX, ao indeferir pedido de prorrogação do prazo para a interceptação das comunicações telefônicas realizadas pelos investigados XXXXXXXX.

Sabe-se que a atividade investigativa não é exclusividade dos organismos policiais, tanto que, em nenhum dispositivo constitucional ou infraconstitucional, o legislador previu essa restrição. Ao contrário, em inúmeras oportunidades, tratou de evidenciar a multiplicidade de agentes que detêm aquela atribuição.

Foi o que fez, por exemplo, nos artigos 4º, parágrafo único, e 47 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função [grifo aposto].

[...]

Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos com-

1 *Por se tratar de mandado de segurança contra decisão em processo judicial que tramitou em segredo de justiça, segue apenas um resumo dos fatos*: Trata-se de mandado de segurança contra decisão judicial que indeferiu parcialmente o segundo pedido de prorrogação de prazo da interceptação de comunicações telefônicas, sob o argumento de que a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou a matéria, teria autorizado uma única renovação de prazo.

plementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

Ora, se ao Ministério Público é dado requisitar, a quaisquer autoridades, documentos e diligências a fim de obter novos elementos de convicção, sendo possível realizá-las diretamente não haveria porque não as fazer ele próprio.

Além do mais, no Capítulo reservado à segurança pública na Carta Política, o constituinte não previu a apuração das infrações penais exclusivamente às autoridades policiais, fazendo-o somente em relação ao exercício da polícia judiciária. No artigo 144 da Constituição da República está previsto que:

Art. 144. 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, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União [grifo aposto].

[...]

§ 4º. 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.

A expressão “com exclusividade” destinou-se apenas às funções de polícia judiciária da União a serem exercidas unicamente pela polícia federal. O mesmo, porém, não se determinou no tocante à realização das atividades de polícia judiciária pelas polícias civis, nem à apuração das infrações penais, que, embora caiba a essas e à polícia federal, pode ser exercida por outros órgãos.

O exercício da polícia judiciária difere da atividade investigativa, pois esta se relaciona à busca da verdade, ao ato de investigar, de pesquisa, não podendo ser suprimida de quem quer que seja, menos ainda das diversas agências do Sistema de Controle Penal – Poder Legislativo, Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema de Execução de Penas –, a quem incumbe dar uma resposta adequada à sociedade quando da ocorrência de fatos que perturbam a harmonia social.

Subtrair essa atribuição de qualquer um dos referidos órgãos é fragilizar ainda mais um Sistema, indispensável ao atual modelo de Estado, já maculado por inúmeras limitações e imperfeições.

A polícia judiciária, de outra parte, refere-se, preponderantemente, a funções de apoio e auxílio à prestação jurisdicional, inclusive com o emprego de força física, se necessário. É, também, atividade indispensável à eficácia do poder jurisdicional, pois é ela quem garante, em última

medida, o cumprimento dos atos e decisões daquele emanados. Cabe, assim, à polícia judiciária o cumprimento de mandados de prisão e a realização de conduções coercitivas, por exemplo, além das atividades que não exigem o emprego da força física, como, em regra, o é a apuração de infrações penais. Àquelas, só seria legítimo às autoridades policiais realizá-las, e estas, por outro lado, são atribuição de uma pluralidade de agentes, pois fogem às atividades típicas da polícia judiciária, caracterizadas, sobretudo, pela possibilidade do emprego da força física a serviço da prestação jurisdicional.

Foi o que, por outras palavras, expôs o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 16144:

1. 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.

2. Daí por que 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.”

3. 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, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

4. 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 1º, 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 4º do artigo 144 da Constituição Federal, verbis: ‘§ 4º 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 [...] (STJ. Sexta Turma. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 16144, do Maranhão. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Data do Julgamento: 22/2/2005) – grifos apostos.

Em consonância com essa realidade, o legislador constituinte cuidou de prever hipóteses em que a atividade investigativa por outros órgãos, que não a polícia, é especialmente relevante. Assim o fez, por exemplo, ao estabelecer poderes de investigação às comissões parlamentares de inquérito, nestes termos:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão

comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores [...] - grifo aposto.

Igualmente, na legislação infraconstitucional, amparada nos poderes outorgados pela Lei Maior, previu-se, nas respectivas leis orgânicas, a possibilidade de os Tribunais e Procuradorias-Gerais de Justiça e da República realizarem a apuração das infrações penais em tese praticadas por seus membros.

Consta, assim, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979):

Art. 33.

[...] Parágrafo único: Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Da mesma forma, dispôs a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993):

Art. 18.

[...] Parágrafo único: Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

Em sentido idêntico, previu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993):

Art. 41.

[...] Parágrafo único: Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Especificamente quanto às características e funções do Ministério Público, o constituinte estabeleceu, no artigo 127 da Constituição da República, ser esse uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, enumerando, no artigo 129 da mesma Carta, as suas funções institucionais. Entre essas funções estão:

Art. 129. I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

VI - expedir notificações nos procedimentos ad-

ministrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Essa enumeração, como deixou claro o inciso IX acima transcrito, não é taxativa, considerando-se função institucional do Ministério Público quaisquer outras que sejam compatíveis com a sua finalidade.

Mesmo que não houvesse expressamente essa previsão, a titularidade privativa para a promoção da ação penal pública já representaria, por si só, a possibilidade de serem exercidas, pelo Ministério Público, funções ali não descritas, destacando-se, entre esses poderes implícitos, a realização da investigação criminal, pois de nada adiantaria ser o único titular de um direito de ação se incapaz de reunir os elementos necessários ao seu exercício.

Também os incisos VII e VIII – exercício do controle externo da atividade policial e requisição de diligências investigatórias – confirmam essa possibilidade, pois caracterizam poderes voltados à garantia da indisponibilidade da persecução penal. Se ao Ministério Público não fossem permitidas essas funções, restaria esta prejudicada, porquanto a atividade acusatória limitar-se-ia ao que fosse apresentado pela autoridade policial, mesmo que insuficiente para a formação da *opinio delicti*.

O Superior Tribunal de Justiça, a partir desses fundamentos, já decidiu, por repetidas vezes, sobre a legitimidade do Ministério Público para proceder a investigações. É o que se extrai, por exemplo, dos seguintes acórdãos, proferidos por diferentes Turmas daquele Tribunal:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA PROCEDER INVESTIGAÇÕES. 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 8º, incisos II e IV, e § 2º, 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 (STJ. Sexta Turma. *Habeas Corpus* nº 38495, de Santa Catarina. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Data do Julgamento: 9/3/2006) – grifos apostos.

E, ainda:

CRIMINAL. RMS. PENAL E PROCESSUAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ATOS INVESTIGATÓRIOS PRATICADOS PELO

MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 10.174/01. RETROATIVIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. PROTEÇÃO NÃO ABSOLUTA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DA MEDIDA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO DESPROVIDO.

O entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público.

A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da investigação policial.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a vedação dirigida ao Ministério Público é quanto a presidir e realizar inquérito policial.

Esta Corte tem se orientado pela possibilidade de retroação da Lei 10.174/01, para atingir fatos geradores verificados anteriormente à sua vigência.

A proteção aos sigilos bancário e fiscal não é direito absoluto, podendo ser quebrado quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais. Precedentes. Recurso desprovido. (STJ. Quinta Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17884, de Santa Catarina. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data do Julgamento: 17/11/2005) – grifos apostos.

No entanto, apesar de incontestável a legitimidade do Ministério Público para realizar a apuração de infrações penais, viu-se esse tolhido em seu exercício. É que o Juiz de Direito da XX Vara Criminal da Comarca XXXXXX, ao interpretar equivocadamente a parte final do artigo 5º da

Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, impediu que o Ministério Público prosseguisse adequadamente nas investigações dos fatos inicialmente narrados.

Como se expôs na descrição dos fatos, o monitoramento das conversas telefônicas efetuadas pelos Investigados revelou importantes elementos de ligação entre esses, evidenciando, inclusive, características de uma verdadeira organização criminosa. No entanto, não foi possível, ainda, identificar claramente todos os agentes, nem a atribuição específica de cada um no complexo esquema, fazendo-se, assim, indispensável a prova obtida por meio da interceptação telefônica – situação que motivou o requerimento de prorrogação.

A Autoridade Coatora, entretanto, a negou, não sob o argumento de que seria a prova dispensável – até porque, tendo verificado a imprescindibilidade dessa, deferiu o pedido inicial e o primeiro requerimento de prorrogação –, mas por entender que seria possível uma única renovação da interceptação.

O dispositivo legal que versa sobre a renovação do prazo de autorização para a interceptação (artigo 5º da Lei nº 9.296/96) assim estabelece:

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Como se vê, a Lei não previu restrição à quantidade de renovações, exigindo, isso sim, a demonstração da indispensabilidade do meio de prova – requisito que a própria Autoridade Coatora verificou existir, tanto que deferiu, em parte, o pedido de prorrogação, permitindo-o em relação às linhas telefônicas identificadas durante o primeiro período de monitoramento, que não haviam sido, ainda, submetidas à renovação.

Na decisão em que negou o requerimento de nova prorrogação, o Magistrado transcreveu o já citado artigo 5º da Lei nº 9.296/96, grifando a parte final: “[...] renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

A interpretação dada pela Autoridade Coatora foi a de que o dispositivo quis significar que o prazo inicial de 15 (quinze) dias seria renovável uma única vez. No entanto, não é o que revela a simples leitura do referido artigo, principalmente se, aliada à interpretação gramatical, atentar-se à interpretação teleológica.

O trecho sublinhado pelo Magistrado poderia ser também assim escrito, sem alterar-se o seu sentido: “renovável por igual período, desde que comprovada a indispensabilidade do meio prova”; ou, ainda, simplesmente, colocando-se uma vírgula após a palavra “tempo”, na redação original. Ler-se-ia, então: “renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

A partir de nenhuma dessas grafias, incluindo-se a que consta no texto da lei, pode-se inferir uma suposta restrição do número de vezes em que poderia ser o prazo prorrogado. Há, sim, como já dito, exigência expressa de que a prova obtida por esse meio é imprescindível – e, quanto a esse requisito, não pairam dúvidas nos Autos.

Além do mais, se assim não o fosse, a ressalva constitucional ao sigilo das comunicações telefônicas, prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República e regulamentada pela Lei nº 9.296/96, seria destituída de sentido.

Ao relativizar o direito ao sigilo das comunicações telefônicas, o constituinte previu hipóteses como a presente, em que a proteção a um direito individual ameaça o interesse público e bens jurídicos de maior relevância, sendo inaceitável que aquele se sobreponha a estes. Nessas circunstâncias é, então, mitigado o direito individual, a fim de que as lesões aos bens de interesse público possam ser corretamente identificadas e eficazmente obstadas.

Não teria cabimento restringir a autorização para a interceptação a uma única renovação, pois se estaria a impedir que a colheita de provas por esse meio atingisse o resultado desejado quando necessárias repetidas prorrogações. Ou seja, o legislador teria previsto a ressalva ao sigilo das comunicações telefônicas com o objetivo de garantir a adequada produção de provas em determinadas investigações criminais, mas, ao mesmo tempo, criado embaraços a que esse fim fosse alcançado, o que, *data venia*, não faria sentido.

Tanto é assim que é pacífico, no Supremo Tribunal Federal, o

entendimento acerca da possibilidade de sucessivas prorrogações enquanto se mantiverem as causas que motivaram a autorização. É o que se verifica no Acórdão que julgou o Recurso em *Habeas Corpus* nº 85575, proferido pela Segunda Turma desse Tribunal:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento (STF. Segunda Turma. Recurso em *Habeas Corpus* nº 85575, de São Paulo. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data do Julgamento: 28/3/2006) – grifo aposto.

Nesse mesmo sentido decidiu a Corte Suprema por seu Tribunal Pleno:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. [...] Habeas corpus indeferido (STF. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 83515, do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro

Nelson Jobim. Data do Julgamento: 16/9/2004)
- grifo aposto.

Algumas dessas situações, como é a dos Autos, envolvem uma rede de agentes e procedimentos criminosos bastante elaborados, de difícil constatação, além de causarem grave lesão ao Estado e à sociedade.

As fraudes praticadas pelos Investigados, pelo o que até agora se apurou, implicaram um prejuízo aos cofres públicos municipais de aproximadamente R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), isso apenas dos anos de 2004 a 2006, que corresponde ao período investigado, suspeitando-se que o esquema já viria de exercícios anteriores, em relação aos quais já teria ocorrido a prescrição tributária.

A complexidade do esquema elaborado para a prática das baixas irregulares e a quantidade de agentes envolvidos têm exigido um empenho hercúleo desta Promotoria de Justiça na condução das investigações, que obtiveram um importante avanço a partir do material probatório colhido por meio da interceptação telefônica, conforme revelam as transcrições anexas, já em parte aqui reproduzidas, quando da narração dos fatos.

Aliás, vale registrar que as conversas entre os investigados relativas às audiências a que comparecem nesta Promotoria de Justiça, anteriormente interceptadas, têm se mostrado um importante elemento de prova para investigação.

Os investigados XXX e XXXX, por exemplo, dois dias antes da data designada para o segundo interrogatório desta, mantiveram extenso diálogo, em que demonstraram profundo conhecimento do esquema e preocupação em estar esse na iminência de ser totalmente descoberto.

Durante o segundo período de monitoramento, como já dito, foram novamente interrogados os investigados XXX, XXX, XXX. Na realização dessas audiências, o material decorrente do acompanhamento das comunicações telefônicas foi de importância ímpar para a condução dos interrogatórios. Na audiência em que o investigado XXX foi interrogado pela segunda vez, esse confessou saber que “a servidora XXX e o servidor XXX recebiam propina para praticar irregularidades na compensação de IPTU ou dar baixas em créditos do REFIS”, e que esses cobravam “30% do valor do tributo para dar baixa do débito tributário”.

Entretanto, os dois períodos de monitoramento foram insuficientes para reunirem-se todos os elementos necessários à formação da *opinio delicti*, razão pela qual faz-se indispensável a renovação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, sobretudo porque, especialmente no segundo período de acompanhamento, as conversas interceptadas e as demais diligências concomitantemente efetuadas por este Órgão de Execução – notadamente as audiências realizadas com os citados Investigados – ao mesmo tempo em que apontaram estreito relacionamento entre estes, evidenciaram existir um ânimo de acobertamento recíproco, o que impede a obtenção de elementos de prova por outro meio.

Diante do indeferimento do pedido de prorrogação, importantes diligências tiveram de ser suspensas – incluindo-se, entre essas, o segundo interrogatório dos investigados XXX e XXX –, tendo em vista que o monitoramento das comunicações telefônicas efetuadas pelos Investigados durante o período de realização dessas diligências é material indispensável à condução destas.

De outra parte, registre-se que, na hipótese, estão presentes os requisitos, extraídos do artigo 1º da Lei n. 9.296/96 e a *contrario sensu* do artigo 2º do mesmo diploma, necessários ao deferimento do pedido de interceptação, ou seja: (a) a finalidade de instruir investigação criminal ou instrução processual penal; (b) há indícios razoáveis de autoria ou participação em crime; (c) os crimes investigados são punidos com reclusão; e, por fim, (e) a prova não pode ser produzida por outro meio.

Assim, verifica-se presente, sobre as pretensões do Impetrante, o *fumus boni juris*, uma vez que perfeita e exaustivamente demonstrada a titularidade do direito que pleiteia. Da mesma forma, apresenta-se o *periculum in mora*, pois a demora na prestação jurisdicional, além de fazer perpetuar o prejuízo sofrido pelo Impetrante, ocasionando danos irreparáveis à adequada apuração dos gravíssimos crimes praticados pelos Investigados, ao retardar o prosseguimento das investigações, poderá implicar a ineficácia do provimento final.

Ante o exposto, o Ministério Público, por seu agente signatário, requer:

a) a concessão de medida liminar para suspender os efeitos do ato ilegal, determinando a prorrogação do prazo para a interceptação das

comunicações telefônicas realizadas pelos Investigados por meio das linhas com os seguintes números, todas com código de área “XX”:

- XXXX, FONES XX XXXX-XXXX;
- XXXX, FONES XX XXXX-XXXX;
- XXXX, FONES XX XXXX-XXXX;

b) a expedição de ofício ao Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais do Ministério Público (CIE), com a comunicação da decisão, a fim de que possa esse Centro de Apoio proceder à interceptação;

c) a expedição de ofício às companhias telefônicas indicadas na alínea “a”, com a comunicação da decisão a ser proferida por esse Tribunal, determinando que essas: c.1) forneçam e repassem ao CIE os dados cadastrais dos referidos terminais telefônicos interceptados, inclusive o número serial e/ou IMEI dos aparelhos, informando imediatamente, ainda, qualquer troca de número ou chip; c.2) remetam ao CIE, aquelas que prestarem serviço de telefonia móvel, as mensagens de texto e de multimídia (SMS e MMS) que os terminais telefônicos interceptados receberem ou enviarem no período da interceptação; c.3) encaminhem ao CIE as listagens das chamadas originadas e recebidas durante o período da interceptação, por meio do endereço eletrônico XXX@mp.sc.gov.br, devendo o referido arquivo ser compactado com o programa “WINZIP” no formato “TXT” com tabulação “DOC”, ou planilha “EXCEL”, salientando que os campos dos números dos telefones de chamadas originadas e recebidas devem conter, obrigatoriamente, o código DDD, devendo conter, também, o endereço das ERB’S do número alvo; c.4) no caso dos terminais telefônicos estarem com algum tipo de bloqueio, informem ao CIE o motivo, bem como, na hipótese de os terminais estarem direcionados para outro telefone (por meio do SIGA-ME), informem o número do destino com seu respectivo cadastro; c.5) informem aos agentes com atuação no CIE, durante o período da interceptação, sempre que solicitados e de forma imediata, os cadastros dos telefones que mantiverem contato com os alvos interceptados, bem como as ERB’s utilizadas pelos alvos e pelos seus interlocutores, além da remessa de extratos diários das chamadas discadas e recebidas, com utilização de senha a ser criada para garantia do sigilo;

d) no caso da necessidade de transcrição, que sejam nomeados

peritos, para a realização da degravação das interceptações, os servidores públicos XXXXXXXXXXXX, na forma dos artigos 275 e seguintes do Código de Processo Penal, inclusive com a assinatura de termo de compromisso;

e) a notificação da Autoridade Coatora, o Senhor Juiz de Direito da XX Vara Criminal da Comarca XXX, para, no prazo legal, prestar as informações que julgar necessárias;

f) a intimação do Representante do Ministério Público com atuação perante o segundo grau de jurisdição;

g) a concessão da segurança para declarar a ilegalidade do ato, mantendo-se a autorização para a interceptação telefônica até que findo o prazo da nova prorrogação, e

h) a isenção do pagamento das custas processuais.

XXXXXXXXXX, fevereiro de 2008.

HENRIQUE LAUS AIETA
Promotor de Justiça Substituto

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008
Categoria B: Artigo - 1º lugar

ADOLESCENTE, GARANTIAS E ESTÁTUAS DE SAL

Marcelo Gomes Silva
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

RESUMO

Não há como negar que ao adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, devem ser asseguradas todas as garantias previstas na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como decorrência da evolução histórica e da autonomia do Direito da Criança e do Adolescente. Entretanto, para o asseguramento de tais garantias e para possibilitar ao adolescente o máximo de respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, contra o arbítrio do Estado, não há necessidade de se socorrer do Direito Penal (Juvenil). É este o tema do presente estudo.

BREVE RESGATE HISTÓRICO

Conta a Bíblia que Deus quando destruía Sodoma e Gomorra, Ló conseguiu que sua família fosse salva. Deus só lhe impôs duas únicas condições: que não parassem em lugar algum da planície e que não olhassem para trás. Mas a mulher de Ló olhou para trás e se transformou

numa estátua de sal. (Gênesis 19:26). Assim também o é em relação à história do adolescente em conflito com a lei. Por mais que a Constituição e o Estatuto tenham inaugurado uma nova era, existem aqueles que insistem em olhar para trás e ir buscar no Código Penal as respostas para essa situação, puxando o adolescente para a seara criminal, de onde pensava já haver se libertado.

Quicá a única exceção que se possa abrir em relação a voltar os olhos para o passado seja para não repetir os seus erros. Neste passo, verifica-se que a história do Direito da Criança e do Adolescente, seja no Brasil, seja no mundo, é assunto consideravelmente recente, caso comparado à história da evolução dos direitos do ser humano, em geral. A categoria infância encontra-se ligada à idéia de ausência de fala. E aproveitando esta conceituação, Marisa Lajolo afirma que:

por não falar, a infância *não se fala e, não se falando*, não ocupa a primeira pessoa nos discursos que dela se ocupam. E por não ocupar essa primeira pessoa, isto é, por não dizer *eu*, por jamais assumir o lugar de sujeito do discurso, e, conseqüentemente, por consistir sempre um *ele/ela* nos discursos alheios, a infância é definida *de fora*.¹

Martha de Toledo Machado remete ao final do século XVII e início do XVIII o destaque da categoria infância na sociedade. Antes disto ela não era percebida de forma diferente que a idade adulta. Segundo relata, “foi com a concentração das comunidades humanas nas cidades e o contemporâneo nascimento da escola como instituição (espaço público onde parte das crianças passou a ser educada e socializada), tal situação mudou”.²

Desde as navegações portuguesas, passando pela catequização dos índios, a exploração da mão-de-obra escrava africana, a utilização dos pequenos imigrantes nas indústrias, a história brasileira mostra que se formou no final do século XIX e início do século XX uma massa de crianças e adolescentes que, dada a cultura de exploração somada à

1 LAJOLO, Marisa. **Infância de papel e tinta**. In FREITAS, Marcos Cezar de. (org). **História social da infância no Brasil**. 5ª. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 230.

2 MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 29.

omissão governamental e da sociedade, ficava lançada à própria sorte. Acrescente-se o surgimento de uma pequena burguesia que amealhando patrimônio sentia-se incomodada com a presença de jovens nas ruas ora abandonados, ora praticando pequenas infrações, surgindo os esteriótipos de “vagabundos”, “pivettes” [sic], “gatunos” e “vadios”, entre outros.³

A história das crianças e dos adolescentes, sempre foi de luta pela preservação do mínimo necessário para o seu desenvolvimento e para a formação do ser humano, nessa fase de vulnerabilidade física e emocional, contra uma cultura de exploração e menosprezo à sua condição peculiar. Porém, como bem sustenta Alessandro Baratta, os protagonistas nunca tiveram oportunidade de opinar sobre seus anseios. O mestre adverte, entretanto, que:

Os direitos da criança representam hoje, talvez, o desafio mais importante que se produziu até agora para uma refundação do pacto social da modernidade e a realização de uma sociedade nacional e internacional mais condizente com os princípios do desenvolvimento e da dignidade humana. Quem sabe, a questão infantil seja hoje a que pode levar a democracia frente aos seus limites, aquela que é *a questão limite* da democracia. Trata-se de tirar verdadeiramente todo o futuro da nossa memória, de refundar, finalmente o pacto social da modernidade, através de uma aliança entre os adultos e as crianças, as grandes excluídas daquele pacto.⁴

Com o Estado Contemporâneo, caracterizado pelo dever de efetivar os direitos fundamentais, a idéia de proteção à infância vai, gradativamente, sendo consagrada, nos sistemas jurídicos, seja no plano internacional, seja no nacional, distanciando-se da seara criminal para se situar autonomamente como ramo próprio do Direito.

3 **História das crianças no Brasil.** 4ª. ed. São Paulo: Contexto, 2004. p. 13.

4 BARATTA, Alessandro. **Criança, democracia e liberdade no sistema e na dinâmica da convenção das nações unidas sobre os direitos das crianças.** Conferência proferida no encontro “Direito e Modernidade”, em Florianópolis, em 17 de setembro de 1996. Tradução Milena Petters Melo.

Entre os diversos avanços, chama a atenção a transição da Doutrina da Situação Irregular para a da Proteção Integral. Por ela, a criança e o adolescente deixam de ser tratados com discriminação e tuteladas como se fossem seres inferiores, para passarem a ser sujeitos de direitos em função da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Pela nova postura, à família, à sociedade e ao Estado são conferidas responsabilidades, de forma solidária, para a proteção de seus direitos, tratando-os, com absoluta prioridade.

Em relação à mudança, Josiane Rose Petry Veronese lembra que quando a legislação recepcionou a Doutrina da Proteção Integral fez uma opção que implicaria num projeto político-social, obrigando as políticas públicas voltadas para esta área a uma ação conjunta entre Estado, sociedade e família.⁵ Implica, sobretudo em: a) prioridade imediata e absoluta para a infância e para a adolescência, objetivando o resguardo dos seus direitos fundamentais; b) efetivação do princípio do melhor interesse e c) reconhecimento da família como o grupo social natural para o crescimento e bem-estar dos seus membros.⁶

Mudando estes paradigmas, a Proteção Integral, típica do Estado Democrático de Direito, ao reconhecer o adolescente como titular de direitos e interesses, e não como objeto, traz consigo a necessidade de aplicar, entre outros, os princípios consagrados na Constituição. A construção de um sistema de defesa dos direitos humanos que englobe a criança e o adolescente é imperativo no mundo moderno.

AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E OS SEUS DISCURSOS

Apesar de superadas as fases históricas já vistas, verifica-se, entretanto, que determinadas práticas continuam em relação ao trato dos adolescente em conflito com a lei penal. Uma das causas para tal fenômeno pode ser apontada pela divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicação da medida socioeducativa. Seria ela pena? Qual sua finalidade? A discussão revela-se importante pois dependendo da forma pela qual é interpretada pode o ator jurídico utilizá-la de modo

5 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**: volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora. p. 9-10.

6 **Direito da Criança e do Adolescente**. Cit. p 10.

equivocado, jogando por terra todo o avanço normativo realizado nos últimos anos.

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA COMO INSTRUMENTO DE “PROTEÇÃO”

Ainda que se pudesse imaginar já restar sepultada, por vezes persiste a idéia de que as medidas socioeducativas são aplicadas na “proteção” do adolescente. Assim, interna-se para “proteger”, obriga-se a prestar serviço para “salvaguardá-lo”, etc. É uma visão tutelar típica do Código de Menores que infelizmente continua em prática.

Este fenômeno pode ser observado na utilização assistencial das medidas socioeducativas, em especial nos atos infracionais mais leves, que na maioria das vezes são conseqüências de desajustes familiares, sociais, econômicos, etc, a pretexto de afastar os adolescentes dos “perigos” que os cercam, distorcendo por completo seus objetivos e demonstrando a falência, da sociedade e do Estado, em implementar políticas e programas sociais para a prevenção ao ato infracional.

Martha Toledo Machado adverte que se derrubam as garantias dos adolescentes sob o falacioso argumento de que “quando o Estado, mediante a Justiça de Menores, privava-os de liberdade [...] estava sendo adotada uma medida de natureza *protetiva* e não repressiva”.⁷ Também João Batista Costa Saraiva, ao criticar tal ponto de vista assevera: “Ora, faz-se inconstitucional do ponto de vista das garantias das liberdades individuais que o Estado, visando a proteger o sujeito, lhe subtraia a própria liberdade”.⁸ O entendimento tutelar destoa do novo paradigma da proteção integral.

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA COMO “PENA”

Para outros, as medidas socioeducativas têm carga penal. São

7 **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Cit. p. 47-48.

8 SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da diferença à proteção integral.** 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

recorrentes as comparações entre os pontos em comum que as assemelham às penas impostas aos adultos. Confrontando ambos os conceitos, lembra Afonso Armando Konzen que:

A definição do significado material da medida socioeducativa deve levar em conta o efeito produzido no indivíduo destinatário de uma determinação unilateral e obrigatória, com origem numa decisão de mérito sobre a conformação de determinado comportamento à norma de vedação e que atinge, como reação, a liberdade de autodeterminação do indivíduo destinatário, restringindo-o em sua liberdade ou privando-o da sua liberdade.⁹

Segundo esta corrente não há que se negar o caráter punitivo das medidas socioeducativas, vez que suas características são praticamente idênticas às das penas. Antônio Fernando do Amaral e Silva afirma que a resposta estatal, seja denominada da forma que melhor convier ao legislador, será sempre a responsabilização pelo ato delituoso. E continua:

Embora de caráter predominantemente pedagógico, as medidas sócio-educativas, pertencendo ao gênero das penas, não passam de sanções impostas aos jovens.

A política criminal os aparta da sanção penal comum, mas os submete ao regime do Estatuto próprio. É útil aos direitos humanos que se proclame o caráter penal das medidas sócio-educativas, pois reconhecida tal característica, só podem ser impostas observado o critério da estrita legalidade.¹⁰

No mesmo sentido, aduz João Batista Costa Saraiva que não há de se deixar de lhe atribuir natureza retributiva, na medida em que somente ao autor de ato infracional se lhe reconhece aplicação. Tem força

9 KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 53.

10 SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. **Mito da Inimputabilidade Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. In Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Ano 5. Vol. 6. p 207.

de coercitibilidade, sendo, pois, imposta ao adolescente.¹¹

Também assim defendendo Wilson Donizeti Liberati afirma que as medidas socioeducativas têm, nitidamente, natureza punitiva, apesar de executadas com meios pedagógicos.¹² Para Karyna Batista Sposato, a medida socioeducativa cumpre o mesmo papel de controle social do que a pena, possuindo as mesmas finalidades e idêntico conteúdo. E continua a autora: “[...] representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas”.¹³

Mas o grande problema não reside (apenas) aí. Para os defensores desta linha de raciocínio é necessário assumir a “natureza” penal das medidas para, a partir desta premissa, assegurar aos adolescentes as garantias de ordem processual. É esta, em síntese, a essência da teoria do “Direito Penal Juvenil” que será objeto de análise e contestação mais adiante.

OUTROS DISCURSOS (CONSTITUCIONAIS) DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Em sentido contrário, outros autores, negando o caráter “protetivo”, bem como o penal das medidas, a examinam sob outros prismas, não necessariamente restritos ao binômio.

Paulo Afonso Garrido de Paula, ao propor a ruptura com o que chama de “velho Direito”, ou seja, aquele que só conhece a divisão entre público ou privado, civil ou penal, afirmando que as finalidades das medidas de proteção e as medidas socioeducativas

[...] ultrapassam a prevenção especial e geral e

11 SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 3ª. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 65.

12 LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e Ato Infracional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 100-101.

13 SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 114

alcançam o ser humano em desenvolvimento, de sorte que indicam uma interferência no processo de aquisição de valores e definição de comportamentos por meio de educação ou mesmo tratamento. Por fim, estão inseridas em um sistema diverso, diferenciado do civil e do penal, representando conseqüências próprias de um ramo autônomo de nosso ordenamento jurídico.¹⁴

Tânia da Silva Pereira adverte antes de iniciar o estudo particularizado de cada medida sócio-educativa, que elas não são penas. “Na verdade devem ser providências judiciais cujo objetivo principal é proteger o adolescente, promovendo o seu desenvolvimento pleno e sadio”. Para a autora, mesmo a restrição parcial ou a privação de liberdade “não possuem sentido punitivo, uma vez que estas medidas são tomadas para que o adolescente seja atendido, reeducando e reintegrando à sociedade”.¹⁵

Também Murilo Digiácomo defende que as medidas socioeducativas têm característica extrapenal, o que não prescindem da plena e irrestrita observância a todas as garantias conferidas ao cidadão contra o arbítrio estatal. Conforme observa acerca do procedimento de apuração do ato infracional: “

[...] **seu objetivo finalístico NÃO É** (tal qual ocorre com o processo penal instaurado em relação a imputáveis) **a aplicação de uma “pena” ou mesmo de qualquer sanção ao adolescente**, mas **SIM**, consoante já mencionado, a descobertas das **causas** da conduta infracional e o posterior **acompanhamento, orientação e eventual tratamento** do adolescente de acordo com suas **necessidades pedagógicas específicas**, de modo a proporcionar a **proteção integral** que lhe é prometida pela Lei

14 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização**. In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). São Paulo: ILANUD, p. 34.

15 PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 566.

e pela Constituição Federal.¹⁶ (os grifos são do original)

O autor ainda lembra que, diferentemente das penas, as medidas socioeducativas não têm fim nelas mesmas. Podem nem sequer ser aplicadas, ou aplicadas em conjunto com medidas de proteção ao adolescente, dependendo da necessidade pedagógica específica.

Com propriedade, Mário Luiz Ramidoff, ao submeter seu exame, sob a ótica dos valores humanos fundamentais à constituição de toda e qualquer pessoa humana, defende o caráter educativo-pedagógico das medidas, assinalando que:

[...] considerando o caráter educativo-pedagógico, pode-se legitimamente afirmar que a medida socioeducativa não se constitui numa sanção, vale dizer, não possui caráter, essência ou mesmo conteúdo sancionatório [...] a medida socioeducativa é preliminarmente a estipulação de uma relação conceitual normativa [...] estimativa e limitativa da intervenção estatal diferenciada, em dimensão pragmática [...].¹⁷

Assim, para Ramidoff, o que confirma que as medidas não têm o caráter penal apontado pelos demais autores, também, é o fato de que o art. 104 do Estatuto e o art. 228 da Constituição, ao prescrever que as pessoas com idade inferior a 18 anos são inimputáveis, ou seja, não responsabilizados penalmente, mas sim sujeitos a medidas constantes em legislação especial, afasta de vez qualquer influência penal para ceder lugar a uma intervenção que auxilie o adolescente num projeto de vida responsável.

Alexandre Morais da Rosa entende que a medida socioeducativa, longe de uma fundamentação jurídica, possui somente uma justificação política, de ato de força estatal, afastando qualquer pretensão retributiva

16 DIGIÁCOMO, Murilo. **Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional** – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. In **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD. 2006. p. 211-212.

17 RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente**. 1ª. Ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 80.

ou preventiva. Para ele, existiria, portanto, uma dupla funcionalidade da medida socioeducativa: “Primeiro impedir a vingança privada [...]. Em segundo lugar, restringindo a manifestação do poder político estatal [...]”.¹⁸ Para ele não se pode impor uma ortopedia moral, devastando a subjetividade e canonizando o adolescente, mas sim indicar democraticamente alguns caminhos, tais como educação, terapia, atividades, etc, buscando sua autonomia e não a normatização, dentro, obviamente, de limites a fim de evitar a total e irrestrita satisfação das pulsões.¹⁹

Já Paulo Afonso Garrido de Paula entende que “O sistema de responsabilização, portanto, integra ramos autônomo do Direito, tendo por base normativa internacional e regras constitucionais, sendo distinguido por princípios próprios, contando com diploma legal específico (ECA) que o separa das demais subdivisões”.²⁰

O tema em discussão importância vez que ao se dar conotação de pena às medidas socioeducativas, como modo de assim assegurar direitos e garantias aos adolescentes autores de atos infracionais, se está, em verdade, defendendo que os fins (garantias) justificam os meios (Direito Penal), numa lógica já conhecida e nada recomendável.

AS VERTENTES DE “RESPONSABILIZAÇÃO” DO ADOLESCENTE E SUAS GARANTIAS

Contra a vertente das medidas socioeducativas como instrumentos de “proteção” do adolescente ganhou força no Brasil a idéia de um “Direito Penal Juvenil”. Seus defensores sustentam que as garantias e benefícios, inclusive os constantes no Código Penal e no Código de Processo Penal, devem ser estendidas aos adolescentes autores de atos infracionais, sob pena de tratá-los de modo mais gravoso do que a um adulto que comete um crime.

Em sentido contrário, uma outra linha, nega a validade da uti-

18 ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional**: Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti Terror. Florianópolis: Habitus, 2005. p. 181.

19 ROSA, Alexandre Morais da. **Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 14, v. 58. jan-fev 2006. Editora Revista dos Tribunais. pp. 19-20.

20 **Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização**. p. 39.

lização dos institutos do Direito Penal e do Processo Penal, ainda que em favor do adolescente, por serem matérias estranhas ao Direito da Criança e do Adolescente.

Ante tais divergências, passa-se a questionar a legitimidade, ou não, de um “Direito Penal Juvenil” e das conseqüências advindas de sua adoção, bem como analisar se existem alternativas para o asseguramento das garantias aos adolescentes que não seja sob o viés penal.

O DIREITO PENAL JUVENIL

Para Antônio Fernando do Amaral e Silva, o Estatuto trasladou as garantias do Direito Penal, a fim de propiciar resposta à delinquência juvenil, utilizando, ao invés de penas criminais severas, medidas predominantemente pedagógicas. O autor defende que: “Ao contrário, ao invocar o Direito Penal, preconizo a humanização das respostas, as alternativas à privação de liberdade, a descriminalização e a despenalização – o Direito Penal Mínimo”.²¹

Também João Batista Costa Saraiva, ao defender o sistema de sancionamento com finalidade pedagógica, mas de natureza retributiva, fundamentado nos princípios norteadores do sistema penal como instrumento de cidadania, assinala:

Nesta lógica, não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema de responsabilidade do adolescente em conflito com a Lei que, por sua natureza garantista, inspirado por princípios assecuratórios de limites ao poder sancionador do Estado, pode e deve ser definido como Direito Penal Juvenil.²²

A idéia do autor, ao sustentar o uso do mecanismo penal especial, é no sentido de assegurar ao adolescente todas as garantias processuais

21 **Mito da Inimputabilidade Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Cit. p. 199.

22 SARAIVA, João Batista Costa. **As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional.** In **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização.** São Paulo: ILANUD. 2006. p. 178.

de que desfruta o imputado em um processo penal de adultos, mais aquelas outras que são próprias da condição de adolescente.

Para Karyna Batista Sposato²³, também adepta do Direito Penal Juvenil, o que diferenciaria o Direito Penal Juvenil do Direito Penal dos adultos não são as normas que o constituem, mas o tipo de sujeito ao qual se destina. Consoante seu entendimento: “Justamente por ser subsidiário e fragmentário, o direito penal juvenil, também como ocorre com o Direito Penal, somente deve ser acionado quando os demais mecanismos de controle social falham”.²⁴

No mesmo sentido leciona Ana Paula Motta Costa para quem o Estatuto é a legislação que prevê “como seu terceiro sistema de garantias, o ‘Direito Penal Juvenil’, ao normatizar o conjunto de medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes que cometem atos infracionais, ou seja, crimes e contravenções tipificadas na Lei Penal pátria.”²⁵

Não é diferente o pensamento de Wilson Donizete Liberati, que ao interpretar o art. 228 da Constituição explicitamente entende que a legislação especial ali constante seria um direito penal especial. Afirma o autor:

Em vista do dispositivo constitucional do art. 228, *in fine*, o autor de ato infracional, menor de 18 anos, *não* está fora do alcance do direito penal e, tampouco, sua ação delitiva será mitigada em face da menoridade. Regras *especiais*, de natureza penal, serão aplicadas em substituição àquelas do direito penal comum.²⁶ (grifos do autor).

Mas até que ponto, defendendo essas idéias, é possível sob esse aspecto não incidir no sistema penal do adulto? Existem alternativas para assegurar garantias aos adolescentes? É partindo destas indagações

23 SPOSATO, Karyna Batista. **Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo**. In **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD. 2006. p. 286.

24 **O Direito penal juvenil**. Cit. p. 51.

25 COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005. p. 65.

26 LIBERATI, Wilson Donizete. **Processo Penal Juvenil. A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 72.

que se expõe o contraponto ao Direito Penal Juvenil, conforme entendimentos que seguem.

OS ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS

Em sentido oposto, outra corrente nega a validade da utilização dos institutos do Direito Penal e Processual Penal, ainda que em aparente benefício do adolescente. Entre os diversos argumentos, tem-se que ambas as disciplinas acima são matérias estranhas ao Direito da Criança e do Adolescente. Também que se estaria a repetir um modelo viciado e provavelmente ineficaz, além de repressivo, diverso da Doutrina da Proteção Integral. Ainda pelo fato de que as garantias podem e devem partir da Constituição e do Estatuto.

Alexandre Moraes da Rosa, defendendo a autonomia de um Direito Infracional, não mais como apêndice do Direito Penal ou do Direito da Família, alerta que a leitura do ECA necessita partir da Constituição da República, a qual delineou um sistema de direitos e remete às críticas do Direito Penal com base na doutrina de Alessandro Baratta e Vera Regina Pereira de Andrade, ou seja, seguindo a vertente da Criminologia Crítica, de modo que o ato infracional, sob esse prisma não pode seguir o mesmo mecanismo de resposta do crime. Segundo o autor:

Adotando-se uma postura própria da *Criminologia Crítica*, percebe-se que o ato infracional – salvo os graves são accertamentos normais dos adolescentes, mormente numa realidade excludente como a brasileira, apontou Cirino Santos. Deste modo, não se pode dialogar com o sistema de medidas socioeducativas com a mesma lógica da resposta do penal. Pensar com a lógica do Direito Penal implica, em regra, no recrudescimento da medida socioeducativa aplicada.²⁷

Ainda, consoante entende, a falácia da Responsabilidade Penal Juvenil decorre, desde a base, da alienação de seus defensores sobre o

27 **Imposição de Medidas Socioeducativas.** Cit. p. 291.

real funcionamento do Sistema Penal.²⁸

Ao afirmar que o Direito da Criança e do Adolescente foi buscar no garantismo penal as garantias materiais e processuais que limitam a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, Paulo Afonso Garrido de Paula assevera que com a Constituição: “adveio um sistema próprio de responsabilização de autores de atos infracionais. Trata-se de um conjunto sistêmico distinto do Direito Penal, muito embora se tenha abeberado em suas conquistas por meio da incorporação de direitos e garantias classicamente alocados nesse ramo [...]”.²⁹ Isto não o transforma, segundo o autor, em Direito Penal, vez que suas bases são diversas, seus postulados são distintos e sua esfera de incidência outra.

Nesta esteira é o pensamento de Danielle Hugen Tomaz, ao dispor que a responsabilidade do adolescente trata-se de um ramo próprio que não necessita de vinculação com o Direito Penal, mas, sim, com a Constituição onde estão todas as garantias. E continua:

A comparação do sistema infanto-juvenil com o Direito Penal é produto da própria cultura repressora, que exige uma resposta imediata do Estado quando verifica a lesão de um direito, mas, a vinculação e/ou criação de um Direito Penal Juvenil é fruto da má interpretação dos princípios estatutários.³⁰

Vale lembrar, ainda, que o artigo 228, da Constituição impede a responsabilização penal do menor de 18 anos de idade e que a ele é reservada legislação especial.

Também Murilo Digiácomo sustenta que a discussão acerca de um Direito Penal Juvenil remonta à época do Brasil colonial quando a criança e o adolescente só eram alvo de atenção do Estado quando praticavam atos infracionais, de modo que defender tal movimento é retroceder à época anterior ao ECA e à Doutrina da Proteção Integral.

Para o autor:

28 **Direito infracional.** Cit. p. 25

29 **Ato infracional e Natureza do sistema de Reponsabilização.** Cit. p 44

30 TOMAZ, Danielle Hugen. **O garantismo jurídico como instrumento de (re)Legitimação do direito infanto-juvenil.** Disponível em < <http://www.uniplac.net/emaj/Artigos/005.pdf>. > Acesso em 23 nov. 06.

[...] a adoção deste **meio** para evitar os abusos cometidos seguramente não é a melhor opção, máxime ante a elementar constatação que **não é a falta de regulamentação**, mas **sim a falta de aplicação** das normas processuais **já previstas** no ordenamento jurídico e dos **princípios** que regem a aplicação e a execução das medidas sócio-educativas a **causa determinante** das distorções e arbitrariedades acima referidas.³¹ (os grifos são do original)

E prossegue asseverando que a visão “penalista” que ainda permeia a matéria é que não permite que muitos, infelizmente, consigam enxergar além do que a prática equivocada consagrou, de modo que o Direito Penal Juvenil em nada contribuirá para corrigir a visão distorcida e evitar abusos e arbitrariedades.

Para Mário Luiz Ramidoff³² o equívoco epistemológico do Direito Penal Juvenil é precisamente consagrar a natureza sancionatória à medida socioeducativa, invertendo o pressuposto fundante a partir do qual se estabelece a Doutrina da Proteção Integral que orienta, então, os sistemas de garantias das crianças e dos adolescentes. A Doutrina da Proteção Integral, alinhada com os ideais dos Direitos Humanos, é bastante em si para fundar um trabalho coletivo do novo pensamento sobre o asseguramento integral e prioritário dos direitos das crianças e dos adolescentes, não necessitando se socorrer de um pretenso direito penal.³³

O autor arremata ao sustentar que não é o Direito Penal Juvenil que resolverá o problema de assegurar a proteção integral aos adolescentes, pois, caso isso fosse possível, certamente a ciência penal já teria sido utilizada para solucionar as mazelas típicas da jurisdição penitenciária brasileira aplicável aos adultos.³⁴ Perfeito.

31 **Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional.** Cit. p. 209.

32 **Lições de Direito da Criança e do Adolescente.** Cit. p. 50.

33 **Idem.** p. 58-59.

34 **Ibidem.** p. 89.

DUAS ESTRADAS PARA O MESMO DESTINO?

Apesar dos objetivos das teses serem aparentemente semelhantes, entende-se que a mudança de paradigma é fundamental para impedir que sob o pretexto de usar os benefícios do Direito Penal, abra-se a porta para a redução da maioria penal de forma velada.

Enquanto a interpretação constitucional e estatutária consagra a proteção integral com a autonomia que o Direito da Criança e do Adolescente conquistou, a visão penalista repete fórmulas arcaicas e que nenhuma relação guardam com o novo paradigma.

Absolutamente nada garante que ao se admitir a utilização dos institutos do Direito Penal e do Processo Penal em benefício dos adolescentes, não se romperiam todas as barreiras que separam a responsabilização juvenil daquela própria dos adultos, restando velada a possibilidade da via contrária começar a ser utilizada, ou seja, atores menos (ou mais) avisados entenderem que se valem os benefícios, também valem os ônus, quais sejam, “regressão” de medida, reincidência, regime disciplinar diferenciado, etc. Em resumo, ocorrerá uma redução da idade para imputação de responsabilidade penal, de forma implícita, a pretexto de proteger as garantias dos adolescentes. É um cavalo de Tróia.

O costume da legislação brasileira em resolver os problemas sociais com o Direito Penal já foi denunciado por Vera Regina Pereira de Andrade. Segundo a autora, ao invés de o Estado assumir seu papel, fazendo cumprir a Constituição, são comuns os recursos à dogmática penal como panacéia de todos os males. Segue a autora:

Enquanto a cidadania é dimensão de luta pela emancipação humana, em cujo centro radica(m) o(s) sujeito(s) e sua defesa intransigente (exercício de poder emancipatório), o sistema penal (exercício institucionalizado de poder punitivo) é a dimensão de controle e regulação social, em cujo centro radica a reprodução de estruturas e instituições sociais, e não a proteção do sujeito [...].³⁵

35 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima:**

Alerta, ainda, que é necessário atravessar o mapa traçado pela codificação para reencontrar o caminho da segurança, de modo que possa se encontrar o homem no território da pedagogia e da cidadania, antes que no do policiamento e do medo punitivo.³⁶

Também Débora Regina Pestana é feliz, discorrendo sobre a cultura do medo e a negação da cidadania, que o direito penal até pode significar a consolidação de liberdades e garantias fundamentais diante do arbítrio e dos desmandos praticados pelo Estado e pelos indivíduos, mas não é menos verdadeiro que se traduz como instrumento de dominação através de privilégios e exclusões.³⁷

A diferença, portanto, na fundamentação e na aplicação dos institutos para assegurar os direitos dos adolescentes são enormes e com conseqüências de igual tamanho.

AS FALSAS PREMISAS

Um equívoco bastante freqüente no qual incorrem os defensores do Direito Penal Juvenil é o de acreditarem que a não adoção desta teoria implica em ausência de respeito às garantias dos adolescentes, ou seja, tem-se a falsa noção de que não há respeito às garantias senão pela adoção do Direito Penal Juvenil. A premissa é falsa. Negar o Direito Penal Juvenil não significa negar as garantias aos adolescentes. Pode-se assegurá-las de forma inequívoca com base nos princípios e normas constantes na Constituição da República e no Estatuto.

Abandonando-se o Direito Penal, e sua ramificação Juvenil, tem-se que o Estatuto assegura, de forma clara e objetiva, por exemplo, em seus artigos 171 a 190, uma série de direitos e garantias aos adolescentes autores de atos infracionais, sem a necessidade que se recorra a outro diploma legal, muito menos o penal. É falsa, portanto, a premissa de que caso não seja adotado o Direito Penal Juvenil os adolescentes não terão suas garantias asseguradas.

códigos de violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 22.

36 **Sistema penal máximo x cidadania mínima.** Cit. p. 179.

37 PESTANA, Débora Regina. **Cultura do medo:** reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 118.

Outro problema, nessa mesma linha de sustentar a tese do Direito Penal Juvenil, é que seus defensores partem da equivocada premissa de que o ECA instituiu o subsistema penal, sem, entretanto fundamentar sua origem.

Karyna Batista Sposato, por exemplo, assevera que o Estatuto da Criança e do Adolescente traduz um *direito penal juvenil garantista*, “um avanço do ordenamento jurídico brasileiro no tratamento da infração penal cometida por adolescentes, que, todavia, não deixa de constituir matéria penal.”³⁸ A hipótese de estudo já começa com a solução pronta e acabada, sem sequer fundamentar a suposta origem penal. A argumentação parte de falsa premissa de criar um direito penal especial que não existe.

Nesta linha, também Antônio Fernando do Amaral e Silva sustenta que a responsabilidade penal juvenil encontra bases doutrinárias na Carta Política e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude, incorporadas pelo Estatuto Brasileiro, que no artigo 103 conceituou o ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Segundo sustenta:

Vale dizer, remeteu o intérprete aos princípios garantistas do Direito Penal Comum, tendo como normas específicas as do Estatuto. Estas se referem tão-somente à natureza da resposta, ou seja, as medidas que, por serem sócio-educativas, diferem das penas criminais no aspecto predominantemente pedagógico e na duração, que deve ser breve, face o caráter peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Mais uma vez é possível notar que o abrigo da teoria do Direito Penal Juvenil é incorporado como se fosse consectário natural da Constituição e do Estatuto, sendo que tal argumento não resiste a uma interpretação mais acurada. Em nenhum momento, repita-se, tais diplomas acolheram esta doutrina, ao contrário, a proteção integral exige enfrentar o problema sob outra ótica. Não é possível exortar a CR e o ECA e cair nos braços do Direito Penal.

Com o máximo respeito aos escritores que defendem o Direito

38 O Direito penal juvenil. Cit. p. 64.

Penal Juvenil, os quais são conhecidos incansáveis batalhadores das causas da infância, a teoria que sustentam partem de duas premissas equivocadas, quais sejam: a) achar que as garantias aos adolescentes só são asseguradas por meio dos instrumentos do Direito Penal e b) acreditar que o Estatuto da Criança e do Adolescente criou um microsistema penal.

Ramidoff denuncia que a tentativa de deslocamento do Direito Penal Juvenil para uma nova concepção não tem o condão de instalar um novo sistema de garantias, pois cinde com a sistemática protetiva estabelecida pela Constituição Federal e instrumentalizada no Estatuto, então orientada pela Doutrina da Proteção Integral enquanto diretriz internacional dos Direitos Humanos e não da evolução garantista do Direito Penal.³⁹

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA COMO OBSTÁCULO AO DIREITO PENAL JUVENIL

Quando a Constituição, em seu artigo 228, expressamente determinou como cláusula pétrea que as pessoas com idade inferior a dezoito anos são penalmente inimputáveis e sujeitos às normas da legislação especial expurgou, de vez, qualquer tentativa de uso do Direito Penal ou do Processo Penal aos adolescentes, seja de que forma for, ainda que teses como o Direito Penal Juvenil queiram insistir de modo diverso.

A esse respeito bem anota Gercino Gerson Gomes Neto ao lembrar que a Constituição da República, ao afirmar que as pessoas menores de 18 anos são inimputáveis, encerra uma garantia de não aplicação do direito penal, “como por exemplo, as cláusulas de não-aplicação de pena de morte ou de prisão perpétua, são garantias de não-aplicação do direito penal máximo a todos”.⁴⁰

39 RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito penal juvenil: quem garante os jovens desta “bondade punitiva”?** In Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Ano 9, v. 15. p. 159. Florianópolis, 2003.

40 GOMES NETO, Gercino Gerson. **Impedimentos constitucionais para o aumento do tempo de duração da medida sócio-educativa de internação** – um paralelo em relação à diminuição da idade da responsabilidade penal. In Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. v. 3. n. 7. Set – Dez 2005. Florianópolis: PGJ: ACMP, 2003. pp. 24-25.

Um segundo argumento de ordem constitucional que se coloca contra o Direito Penal Juvenil diz respeito à Doutrina da Proteção Integral consagrada na Carta Magna. Por tal entendimento não há como incorporar o Direito Penal para responsabilizar o jovem que comete infração. Por tal doutrina a lógica de resposta aos atos infracionais é a da inclusão, participação e incorporação dos princípios constitucionais.

Para Ramidoff, é necessário se afastar da delimitação técnico-jurídica do que seja condicionado ato tido como infracional, semelhante a uma conduta delituosa, buscando na figura do adolescente e na sua história de vida, a promoção de ações conjuntas da família, do Estado e da sociedade e a aplicação da medida que seja mais adequada a um projeto de vida responsável ao jovem.⁴¹

No mesmo sentido de que a inimputabilidade tem na Constituição da República o sentido de exclusão das conseqüências jurídicas de natureza penal, também Paulo Afonso Garrido de Paula alerta para o fato de que:

Tanto a pena pode conter privação de liberdade, quanto a medida sócio-educativa. Mas esta, até por força da Constituição da República, fica subordinada a princípios que lhe dão uma feição própria, distinta daquela, de modo que não se justifica, cientificamente, a tese da existência, em nosso ordenamento, de um direito penal juvenil.⁴²

Verifica-se, portanto, que a Constituição da República, e posteriormente o Estatuto inovaram, incorporando os princípios da Doutrina da Proteção Integral, como nova perspectiva a ser seguida, não podendo se ficar amarrado aos paradigmas anteriores a 1988, ao desejar proteger direitos dos adolescentes, com dispositivos do Código Penal de 1940.

Na mesma esteira, Josiane Rose Petry Veronese destaca que como o adolescente é inimputável, seu comportamento não diz respeito ao Direito Penal, ao contrário, o Direito Penal é que lhe diz respeito, ao definir condutas que também a ele são proibidas. No dizer da autora:

41 RAMIDOFF, Mário Luiz. **A redução da idade penal: do estigma à subjetividade.** Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. p. 53

42 **Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização.** Cit. p. 45.

“É dessa maneira apenas que o Direito Penal também diz respeito ao adolescente, não lhe atribui, reforçamos, responsabilidade penal”.⁴³

Pode-se afirmar que o Direito Penal Juvenil é fruto da crise de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente. A aceitação de tal tese, ainda que com boa intenção, acaba por ser dissonante dos princípios contidos no ECA. Com o reconhecimento do caráter punitivo das medidas estão abertas as portas para que, ao contrário, o Direito Penal não seja utilizado somente em benefício do adolescente autor de ato infracional, mas também contra ele e, automaticamente, reduzindo a idade para a responsabilização penal.

Quando a Carta Maior traz as categorias inimizabilidade, legislação especial e quando o Estatuto da Criança e do Adolescente consigna ato infracional e medida socioeducativa, o fazem para determinar que o tratamento dispensado não se obtém pela esfera penal, mas sim com base em disciplina própria.

A adoção do Direito Penal Juvenil, ao dar conotação de pena às medidas socioeducativas, quando elas não a têm, para a partir daí assegurar direitos e garantias, joga toda a construção do novo paradigma na vala comum do Direito Penal, criando dois problemas: o de não cumprir a proposta de (re) inclusão social e educacional e o de repetir o fracassado modelo adulto. Não custa lembrar que estes são dois dos principais argumentos utilizados, inclusive pelos defensores do Direito Penal Juvenil, contra a redução da maioridade penal. Ou não?

A INEXISTÊNCIA DE UM DIREITO PENAL ESPECIAL

Conforme já apontado, errônea é a premissa de que possa existir, como defendem, um “direito penal especial”, ou seja, um microsistema próprio, criado a partir do Estatuto, que se socorre dos institutos do Direito Penal Mínimo, em determinadas situações. Discorda-se. Com efeito, só existe um direito penal: é aquele que todos conhecem, com todas as mazelas que lhe são próprias e que tem um direcionamento também conhecido. Querer amenizar tal categoria, acrescentando-lhe

43 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. p. 41.

a característica de “especial”, não tem o condão de lhe retirar suas características e seus vícios.

Ao denunciar o papel de defesa social, Alessandro Baratta ensina que o sistema penal cumpre função de reprodução das relações sociais e da manutenção da estrutura vertical da sociedade.⁴⁴ No mesmo sentido, Josiane Rose Petry Veronese adverte que o Direito Penal não tutela os interesses comuns a toda a sociedade, mas sim de grupos ou classes detentoras do poder político econômico. E sentencia: “O sistema penal, portanto, não apenas revela as relações de poder e propriedade existentes no sistema social, como também reproduz e legitima ideologicamente tais relações”.⁴⁵

Não existe, de forma alguma, como disseminar a cultura de aplicar apenas determinados institutos do Direito Penal (direitos e garantias materiais e processuais) em prol dos adolescentes, como se pudesse dividi-lo. Não é ele um objeto passível de fragmentação, caso o fosse, já teria sido utilizado para a responsabilização dos adultos. Ao contrário, ao se adotar o Direito Penal Juvenil, está a se comprar o pacote completo, com ônus e bônus.

A CULTURA PUNITIVA

As incursões ao Direito Penal, como forma de resolver o problema da criminalidade não são raras, nem novas. Elas decorrem de um processo histórico de exclusão das classes que não interessam ao sistema dominante. Em relação à questão da criança e do adolescente tal cultura de exclusão e punição já vem de séculos. Foi justamente contra todo este processo de criminalização dos atos infracionais, de cultura penalista, de confusões conceituais, que se lutou até hoje, de modo que não se pode voltar atrás.

Ao denunciar o que chama de “Plano B”, também Mário Luiz Ramidoff sustenta que o Direito Penal Juvenil, apesar de propalar uma

44 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 175.

45 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Entre violentados e violentadores?** São Paulo: Editora Cidade Nova, 1998. p. 17.

dita garantia aos adolescentes, na verdade é a favor de um estado de coisas convenientes ao controle social, servindo como alternativa à redução da idade da responsabilização penal, uma negociação para assegurar alguma garantia na responsabilização do adolescente. Mantém-se a maioria, porém pune-se o adolescente nos moldes da justiça criminal.⁴⁶

Para Débora Regina Pestana a cultura do medo que se criou em torno da criminalidade provoca um generalizado desejo de punição, uma intensa busca por repressão e uma obsessão por segurança. E continua: “A lei passa a se a ‘tábua de salvação’ da sociedade e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará”.⁴⁷

Esta mesma cultura punitiva é trazida para o Direito da Criança e do Adolescente por meio da alienígena introdução do Direito Penal Juvenil. Juan Carlos Vezzulla aponta que existe uma ideologia penalista que subsiste entre a maioria dos operadores do Estatuto. Conforme o autor, os moldes do Direito Penal, e a severidade repressiva e acusatória “sobrevivem nos procedimentos com adolescentes, ainda que, especialmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente determine o tratamento que devem receber”.⁴⁸

Não é difícil, portanto, admitir a autonomia do Direito da Criança e do Adolescente, como disciplina própria que encontra na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, todas as ferramentas que necessita para promover a Doutrina da Proteção Integral, sem precisar se valer de matérias ultrapassadas ou reservadas aos adultos, que já trazem em seu bojo estigmas de punição, segregação e dominação.

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

Talvez uma das maiores dificuldades na absorção da tese defen-

46 **Direito penal juvenil**: quem garante os jovens desta “bondade punitiva”? Cit. p. 159.

47 **Cultura do medo**. Cit. p. 98

48 VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação dos conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006. p. 72-73.

dida seja o apego pelas legislações infraconstitucionais e a dificuldade de compreender que todas as leis, inclusive a penal, devam ser interpretadas e aplicadas a partir de uma visão da Constituição. A Carta deve estar na base de toda e qualquer aplicação do Direito. É também fruto da falta de cultura em interpretar e aplicar princípios, em especial neste caso, os constitucionais.

Alexandre Morais da Rosa adverte que todos os dispositivos e interpretações possíveis devem passar pelo controle formal e material da Constituição. Afirmar que “ler a Constituição não sacia nem a fome, nem a sede, sendo necessário mais. E o futuro depende dessa decisão: concretizar a Constituição!”.⁴⁹

Todas as garantias aos adolescentes, portanto, podem ser asseguradas a partir de uma interpretação dos princípios informativos do Direito da Criança e do Adolescente em consonância com a Constituição. No dizer de Lênio Luiz Streck, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro, mas também a relevante função de proteger os direitos já conquistados.⁵⁰ O grande problema hoje em dia é cumpri-la.

Neste sentido sinaliza Alexandre Morais da Rosa, para quem os Direitos Humanos também são dos adolescentes, entretanto, “os positivistas de sempre buscam a redenção na regra jurídica, olvidando-se que os princípios também são cogentes”.⁵¹ Para o autor, se não se puder diferenciar princípio de regra, toda a hermenêutica principiológica se queda ineficaz. E lembra que o sistema jurídico Constitucional brasileiro é normativo aberto, isto é, composto de regras e princípios, assevera que em caso de colisão entre aquelas e estes, “os princípios que informam as regra devem ser avivados, fazendo-se, posteriormente, a ponderação dos respectivos pesos diante do caso concreto”.⁵² Vale ressaltar que os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente impedem que se utilize o Direito Penal no trato das questões

49 ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 92-93

50 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 56.

51 **Direito Infracional**. Cit. p. 19.

52 **Decisão Penal**. Cit. p. 114-115.

afetas à infância e à juventude.

Equívocado, ainda, é o argumento de que os princípios são vagos demais, dando margem a decisões arbitrárias.. Se algum ator jurídico interpreta e utiliza os princípios de modo contrário ao determinado, o faz ao arrepio da Constituição e merece reforma, assim como merece reparo uma decisão que invoca erroneamente dispositivos de uma lei. Mas isto não pode servir de justificativa para que não se faça hermenêutica principiológica, nem que se relegue a Constituição, apoiando-se no Código Penal, que além de desatualizado nada guarda de relação com o Direito da Criança e do Adolescente.

FUGINDO DA ARMADILHA

Tem-se que a resposta, então, passa pela efetiva aplicação das garantias previstas na Constituição da República e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não é necessário se socorrer de leis penais infraconstitucionais da década de 40, quando se tem uma Constituição reconhecidamente avançada e que prevê, de forma clara, os direitos e garantias da criança e do adolescente, ou o próprio ECA que expressamente assegura tais garantias.

Mário Luiz Ramidoff, afirma que já se encontram consignadas as garantias processuais, enquanto direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa (autodefesa e defesa técnica) e ao contraditório especificamente, de acordo com os arts. 110, 111 e 152, da Lei Federal 8.069/90, de 13.07.1990.⁵³

Para Murilo Digiácomo, a verdadeira e definitiva solução do problema exige abordagem diametralmente oposta ao Direito Penal Juvenil, fortalecendo o Direito da Criança e do Adolescente e seus institutos, com a correta compreensão e aplicação das normas e, acima de tudo, dos princípios estatutários que regem a matéria.⁵⁴

Defendendo que os direitos e as garantias ao adolescente podem partir do Estatuto interpretado de acordo com a Constituição, Alexandre Morais da Rosa aponta que podem ser observadas as seguintes

53 *Lições de Direito da Criança e do Adolescente*. Cit. p. 50.

54 *Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional*. Cit. pp. 209-210

modificações procedimentais: a) direito de defesa técnica, com tempo e meios adequados, inclusive na remissão; b) direito à presunção de inocência e liberdade como regra, com excepcionalidade da internação provisória; c) direito de recorrer em liberdade, mesmo sem se recolher ao centro de internamento; d) direito a um juiz e Ministério Público natural e competente; e) direito a ampla defesa, com intimação para todos os atos processuais, inclusive precatória; f) direito ao silêncio e de não se incriminar; g) vedação da *reformatio in pejus*; h) vedação do uso de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa; i) direito à publicidade do processo em sua relação; j) direito de jurisdicionalização da Execução da medida socioeducativa; l) direito de estar presente nos atos processuais e se confrontar com as testemunhas e informantes; m) prescrição da medida socioeducativa; n) direito de solicitar a presença de seus pais e defensores a qualquer tempo; o) direito de não ficar internado por mais de quarenta e cinco dias; p) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança; q) inutilizabilidade das provas não produzidas no processo e em contraditório; r) inconstitucionalidade da internação-sanção por violação do devido processo legal; s) assistência médica, social, psicológica e afetiva; t) análise das condições da ação infracional em decisão fundamentada.⁵⁵

Verifica-se que não há a mínima necessidade de se socorrer do Direito Penal (Juvenil, ou não) para possibilitar ao adolescente o máximo de respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Não se corre o risco de interpretações de seus institutos contra o adolescente, risco este real ao admitir o Direito Penal Juvenil. Hoje prescrição e progressão, amanhã reincidência, regime disciplinar diferenciado e regressão.

Por fim, entende-se que é preciso efetivar a mudança de paradigma proposta pela Doutrina da Proteção Integral. As garantias já restam explicitadas na seara do Direito da Criança e do Adolescente, disciplina esta que além de autônoma não se subordina a outra que não seja a Constitucional. Boa parte desta criticada visão penalista é fruto do arraigado hábito dos atores jurídicos brasileiros em esquecer os preceitos da Carta Magna e se fixarem nas leis infraconstitucionais como panacéia para os males que a Constituição apenas “pretende”

55 ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução Crítica ao ato Infracional**: Princípios e Garantias Constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 163-168.

resolver. A Constituição não é uma carta de boas intenções. Ao contrário é ela a linha mestra da qual não podem se distanciar o ordenamento e a prática, sob pena de se repetir modelos falidos e virarmos “estátuas de sal”, como a mulher de Ló.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. 187 p.

BARATTA, Alessandro. **Criança, democracia e liberdade no sistema e na dinâmica da convenção das nações unidas sobre os direitos das crianças**. Conferência proferida no encontro “Direito e Modernidade”, em Florianópolis, em 17 de setembro de 1996. Tradução Milena Petters Melo.

_____. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 256 p.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005. 173 p.

DIÁCOMO, Murilo. **Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente**. In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD. 2006. 592 p.

GOMES NETO, Gercino Gerson. **Impedimentos constitucionais para o aumento do tempo de duração da medida sócio-educativa de internação – um paralelo em relação à diminuição da idade da responsabilidade penal**. In Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. v. 3. n. 7. Set – Dez 2005. Florianópolis: PGJ: ACMP, 2003.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. 140 p.

LAJOLO, Marisa. **Infância de papel e tinta**. In FREITAS. Marcos Cezar de. (org) História social da infância no Brasil. 5ª. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 230.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e Ato Infracional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 134 p.

_____. **Processo Penal Juvenil. A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 225 p.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes**

e os direitos humanos. – Barueri, SP: Manole, 2003. 426 p.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização.** *In* Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006. 592 p.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 720 p.

PESTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil.** São Paulo: Editora Método, 2003. 160 p.

PRIORE, Mary Del. **História das crianças no Brasil.** 4ª. ed. São Paulo: Contexto, 2004. 444 p.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente.** 1ª. Ed. Curitiba: Juruá, 2006. 216 p.

_____. **Direito penal juvenil: quem garante os jovens desta “bondade punitiva”?** *In* Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Ano 9, v. 15. p. 159. Florianópolis, 2003.

_____. **A redução da idade penal: do estigma à subjetividade.** Dissertação de Mestrado. Curso de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. 216 p.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti Terror.** Florianópolis: Habitus, 2005. 240 p.

_____. **Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 14, v. 58. jan-fev 2006. Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Imposição de Medidas Socioeducativas: o adolescente como uma das faces do Homo Sacer (Agamben).** *In* Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD. 2006. 592 p.

_____. **Decisão Penal: a bricolagem de significantes.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. 412 p.

_____. **Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. 284 p.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Ato Infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. 175 p.

_____. **Adolescente em conflito com a lei: da diferença à proteção integral.** 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 120 p.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** 3ª. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 230 p.

_____. **As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional.** In *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. 592 p.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. **Mito da Inimputabilidade Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Ano 5. Vol. 6. 1999. p. 199-208.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito penal juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 205 p.

_____. **Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo** In *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. 592 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 5ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 343 p.

TOMAZ, Danielle Huguen. **O garantismo jurídico como instrumento de (re)Legitimação do direito infante-juvenil.** Disponível em <http://www.uniplac.net/emaj/Artigos/005.pdf>. Acesso em 23 nov. 06

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1999. 208 p.

_____. **Entre violentados e violentadores?** São Paulo: Editora Cidade Nova, 1998. 72 p.

_____. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. 151 p.

_____. **Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito** In MEZZARROBA, Orides. (org) *Humanismo Latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; [Treviso]: Fondazione Cassamarca, 2003.

_____. Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente: volume 5.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 264 p.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação dos conflitos com adolescentes autores de ato infracional.** Florianópolis: Habitus, 2006. 160 p.

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008
Categoria B: Artigo - 1º lugar

A ATUAL ARQUITETURA CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA MILITAR: ESPECIAL CONSIDERAÇÃO DA COMPETÊNCIA EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Sidney Eloy Dalabrida

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou a competência da Justiça Militar, modificando sua estrutura organizacional que, em primeira instância, passou a ser composta pelo juiz de direito e Conselhos de Justiça. Àquele transferiu-se a presidência dos Conselhos de Justiça, bem como a competência para processar e julgar crimes militares praticados contra civis. Em razão da nova regra constitucional, havendo conexão entre crimes militares, a competência para o processo e julgamento será do juiz de direito, devendo o processo criminal obedecer à cadeia procedimental prevista na legislação especial, com a adoção das regras do processo ordinário na fase de julgamento. Todas as ações cíveis relacionadas com atos disciplinares militares passaram à competência do juiz de direito da Justiça Militar Estadual.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Militar. Competência. Crimes militares. Atos disciplinares militares.

RESUMEN

La Enmienda Constitucional n° 45/2004 alteró la competencia de la Justicia Militar, modificando su estructura orgánica que, en primero grado, pasó a ser compuesta por el juez de derecho y por Consejos de Justicia. A aquel se transfirió la presidencia de los Consejos de Justicia, y también la competencia para procesar y juzgar crímenes militares practicados contra civiles. En razón de la nueva regla constitucional, ocurriendo conexión entre crímenes militares, la competencia para el proceso y juicio será del juez de derecho, debiendo el proceso criminal obedecer a la cadena de procedimientos según la legislación especial, con la adopción de las reglas del proceso ordinario en la fase de juicio. Todas las acciones civiles relacionadas con actos disciplinarios militares pasarán a la competencia del juez de derecho de la Justicia Militar Estatal.

PALABRAS CLAVES: Justicia Militar. Competencia. Delictos militares. Actos disciplinarios militares.

1 INTRODUÇÃO

Apesar da alteração substancial na competência constitucional da Justiça Militar, promovida em 2004, através da Emenda Constitucional n° 45, a realidade operativa tem evidenciado que suas implicações não foram até o momento adequadamente compreendidas no âmbito operacional.

Fundamentalmente, o artigo que segue tem o propósito de abordar as conseqüências, no âmbito da Justiça Militar, da entrada em vigor da Emenda Constitucional n° 45/2004.

Para tanto, principia-se com uma exposição do parâmetro constitucional reformulado e a indicação dos novos rumos da Justiça Militar.

Procede-se, a seguir, à análise de questões controvertidas em torno da modificação constitucional da competência da Justiça Militar, com a apresentação, em nível dogmático, do juízo competente para o

processo e julgamento de múltiplos crimes militares ligados por conexão ou continência, assim como o rito processual a ser adotado em face da inexistência de procedimento específico disciplinando o processo e julgamento singular perante a Justiça Militar Estadual.

Abordam-se, outrossim, os reflexos decorrentes da ampliação da competência da Justiça Militar Estadual para o processo e julgamento de atos disciplinares militares e da necessidade de garantir-se a simetria constitucional em relação à competência da Justiça Militar da União.

Por fim, são apresentados pontos conclusivos a respeito do tema enfrentado.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 AS NOVAS COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA MILITAR

Em face da Emenda Constitucional nº 45/2004, os dispositivos constitucionais relacionados à Justiça Militar passaram a prescrever:

Art. 125

(...)

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do

posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Da reformulação promovida através da Emenda Constitucional nº 45/04, portanto, no plano da Justiça Militar Estadual, em face do Texto Constitucional anterior, destacam-se como inovações: a) a inserção do juiz de direito como órgão do primeiro grau da Justiça Militar Estadual; b) a competência que foi reservada, com exclusividade, ao juiz de direito para, singularmente, julgar os crimes militares praticados contra civis; c) a definitiva exclusão dos crimes dolosos contra a vida de civil da competência da Justiça Militar; d) a ampliação da competência da Justiça Militar Estadual para o processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Procedeu-se, deste modo, uma ampliação substancial da competência material da Justiça Militar Estadual; uma divisão da competência interna, e o estabelecimento de regra expressa, em favor do juiz de direito, de competência funcional por objeto do juízo.

Com a reforma constitucional, modificou-se a estrutura organizacional da Justiça Militar Estadual que, em primeira instância, passou a ser integrada pelo juiz de direito, titular do Juízo Militar, e pelos Conselhos de Justiça.

A alteração implica, notadamente em Estados sem Tribunal de Justiça Militar, na necessidade de modificação das diversas Leis de Organização Judiciária e Constituições Estaduais que ainda contemplam a figura do juiz-auditor, bem como em concurso próprio para o ingresso na carreira, que deixou de ser isolada, passando a integrar a da magistratura estadual.

Ao juiz de direito transferiu-se à presidência dos Conselhos Permanente e Especial de Justiça, de modo a subtrair do Oficial Militar todos os poderes que processualmente lhe eram conferidos em face daquela

condição, passando automaticamente àquele todas as atribuições que até então a este eram reservadas. A propósito, conferir a presidência dos Conselhos de Justiça a Oficial Militar que, pelas normas processuais penais militares, sequer tinha o poder de perguntar diretamente à testemunha (art. 418 do CPPM), direito que faz jus o próprio juiz leigo durante a realização do Júri Popular, não sendo sequer o primeiro a pronunciar o voto por ocasião do julgamento (art. 435 do CPPM), sempre se me afigurou como medida absolutamente desnecessária.

Diante do panorama constitucional redesenhado pela Emenda Constitucional nº 45/04, impõe-se pontuar alguns aspectos em torno dos quais grassa intensa controvérsia doutrinária.

2.2 A CONEXÃO E A CONTINÊNCIA: JUNÇÃO DOS PROCESSOS CRIMINAIS OU QUEBRA DA UNIDADE?

De acordo com a dogmática processual, a conexão existe quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por um vínculo, um nexo, um liame que aconselha a junção dos processos, “proporcionando, assim, ao julgador perfeita visão do quadro probatório, e, de conseqüência, melhor conhecimento dos fatos, de molde a poder entregar a prestação jurisdicional com firmeza e justiça”¹, constituindo-se em técnica processual pela qual se busca evitar o desperdício de recursos públicos na tarefa de persecução penal, sendo tal economia manifestada pela reunião de causas para uma melhor otimização da produção probatória, bem como para evitarem-se julgamentos colidentes.²

Em face do comando constitucional de transferência ao juiz de direito da competência para o processo e julgamento de crimes militares praticados contra civis, havendo dois ou mais crimes militares ligados em razão de relação de conexidade ou continência com aqueles, é possível, ao menos em tese, sugerir quatro soluções diferentes: a) cisão dos processos; b) cisão apenas do julgamento, mantida a unidade do processo; c) um *simultaneus processus* perante o Conselho de Justiça; d)

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 198.

2 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 185.

junção dos processos, para julgamento singular pelo juiz de direito da Justiça Militar Estadual.

O entendimento esposado por alguns, dentre os quais merece destaque o notável Célio Lobão³, no sentido de impor-se a separação dos processos nestes casos, *data venia*, não se apresenta como a solução mais ajustada à hipótese. Embora, em princípio, possa impressionar o argumento que lhe empresta suporte - de que a competência dos Conselhos de Justiça também tem sede constitucional, sendo, portanto, improrrogável -, uma análise mais cuidadosa da norma de competência depõe em sentido contrário.

Com efeito, no texto constitucional inicialmente se identifica uma competência de ordem material (crimes militares definidos em lei), mantida a tradição jurídica, com a reeleição do critério *ratione legis*.

Assim, prescreve o § 4º, do art. 125, da Carta Política:

Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil (...).

Sabe-se que a inobservância desta competência material, por implicar em violação da garantia do juiz natural, importa naturalmente na inexistência do processo ou, como sustenta parte da doutrina, na sua nulidade absoluta.

No entanto, ao mesmo efeito não pode ser submetida à hipótese de julgamento, pelo juiz de direito da Justiça Militar Estadual, de crime militar que não seja praticado contra civil por força de uma atração decorrente de conexão ou continência, porquanto, neste caso, ao contrário do sugerido, não haverá qualquer ofensa à competência material da Justiça Militar, que permanece intocada, mas tão-somente uma prorrogação da competência em favor de um dos órgãos jurisdicionais da própria Justiça Militar Estadual.

E isto porque, ao tratar dos Conselhos de Justiça e do juiz de direito e, em relação a este, traçar o objeto do processo e do julgamento, o

3 LOBÃO, Célio. Reforma do Judiciário: A competência da Justiça Militar. **Direito Militar**, São Paulo, n. 50, nov./dez.2004, p. 6-11.

comando constitucional *sub examine* apenas tratou de regra de competência interna, que se bifurcou entre os Conselhos de Justiça e o juiz de direito da Justiça Militar, sendo a deste expressa, explícita, enquanto a daquele residual e implícita.

Dito de outro modo, num primeiro plano, a Emenda Constitucional nº 45/2004 consagrou a competência material da Justiça Militar Estadual e, a seguir, tratou da competência interna, distribuindo-a entre o juiz de direito e os Conselhos de Justiça. Contudo, em relação ao juiz de direito, estabeleceu expressamente uma regra de competência funcional por objeto do juízo militar: *crime militar contra civil*. Já em relação aos Conselhos de Justiça, a competência foi estabelecida apenas de modo residual, implícito, isto é, não se tratando de crime militar contra civil, caberá ao Conselho de Justiça processar e julgar o crime militar.

Regras desta natureza (competência interna) geralmente se encontram hospedadas em normas infraconstitucionais, sendo caso típico desta espécie a competência interna de tribunais colegiados heterogêneos, dentre os quais pode-se citar o Tribunal do Júri: juiz togado e juízes populares.

Entrementes, de modo excepcional, a própria Constituição Federal, por meio do poder reformador, estabeleceu em relação à Justiça Militar Estadual uma regra interna expressa de competência em favor do juiz de direito, de modo que, nos casos de conexão e continência com crimes da competência dos Conselhos de Justiça, àquele competirá o julgamento conjunto das infrações penais militares. *A vis atractiva*, nestes casos, não poderá ser exercida pelo órgão colegiado, porquanto, em relação a estes, a competência interna foi firmada de forma apenas residual, por exclusão.

Não há falar-se, por outro lado, que nestes casos faltaria ao juiz singular competência para processar e julgar crimes militares de outra natureza, além daqueles em que a vítima é civil, porque, como afirmado alhures, trata-se apenas de competência interna, sem regra constitucional expressa, fixa, determinando aos Conselhos de Justiça o processo e julgamento de todos os demais crimes militares. Note-se que a Constituição Federal passou a dispor: compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, e não expressamente aos Conselhos de Justiça, fazendo referência expressa somente em relação ao juiz de direito, quando tratou de crimes militares praticados contra civis.

Mutatis mutandis, é o que ocorre em relação à competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Ao estabelecer a competência do Júri Popular para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o legislador constituinte não excluiu a possibilidade de julgar outras infrações por força de conexão ou continência, já que tratou de competência mínima e não máxima, tanto que a lei ordinária poderá perfeitamente elencar outros crimes para serem submetidos ao Tribunal Popular. Como professa PAULO RANGEL, o que a Constituição proíbe é a “subtração do júri nos crimes dolosos contra a vida, porém, não impede que outros crimes sejam julgados por ele, desde que a lei assim estabeleça”⁴.

O mesmo ocorre em relação ao juiz de direito da Justiça Militar Estadual. A circunstância de a Constituição Federal dispor que compete ao juiz de direito da Justiça Militar Estadual o processo e julgamento do crime militar praticado contra civil não significa que, em hipóteses de entrelaçamento das diversas infrações por força de conexão ou continência, não possa processar e julgar crimes da competência dos Conselhos de Justiça.

Do mesmo modo, ao estabelecer a competência dos Tribunais Superiores para o processo e julgamento de certas autoridades, não excluiu a Constituição Federal a possibilidade de outras pessoas serem julgadas naquela superior jurisdição, por força da regra de conexão ou continência, em que pese o Texto Constitucional não fazer qualquer referência a esta possibilidade.

Embora alguns ainda sustentem, é forçoso reconhecer como ultrapassado o argumento segundo o qual a competência constitucional de órgãos jurisdicionais superiores como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não poderia se estender ao exame de causas que guardassem relação de conexão ou continência envolvendo agentes não previstos nos dispositivos constitucionais correspondentes.

A propósito, a Súmula 704 do colendo Supremo Tribunal Federal, consolidando a jurisprudência daquele Sodalício em torno do tema, pontificou: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo de co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos de-

4 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: 2001. p. 259.

nunciados”.

Também é o que ocorre em relação à competência da Justiça Comum Federal e da Justiça Comum Estadual.

A competência da Justiça Estadual é residual, implícita, ao passo que da Justiça Federal é expressa e taxativa. A circunstância, contudo, não impede o julgamento pela Justiça Federal de causas afetas à Justiça Estadual quando presente relação de conexão ou continência. O afastamento da competência da Justiça Comum Estadual, porquanto não prevista expressamente, apesar de sua inequívoca residualidade, igualmente não implica em qualquer subversão ao princípio do juiz natural.

Esse entendimento jurisprudencial foi consolidado na Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece: “Compete a Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal”.

Portanto, não há falar-se que, em face da competência residual em favor dos Conselhos de Justiça⁵, decorrente da previsão expressa única da competência do juiz de direito da Justiça Militar Estadual, falte ao Juiz Singular competência para o processo e julgamento dos crimes militares conexos com aqueles em que figure como vítima o civil, quando presente elo de conexão ou continência.

Ao contrário, identificada a relação de conexão ou continência, haverá unidade de processo e julgamento, sendo do juiz de direito da Justiça Militar Estadual, e não dos Conselhos de Justiça, a competência para o processo e julgamento conjunto das infrações penais militares

Alinhem-se a estes argumentos de ordem técnica, outros de índole eminentemente operacional.

Com efeito, não me parece razoável que, havendo infrações penais militares que guardem entre si uma estreita imbricação lógica (conexão), promova-se a disjunção dos processos, procedendo-se a uma instrução criminal em duplicata, com a repetição de todos os atos postulatórios,

5 OLIVEIRA, Rodrigo Tadeu Pimenta de. Reflexos da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, nas Justiças Militares Estaduais. **Direito Militar**, São Paulo, n. 50, nov./dez.2004, p. 12-15.

probatórios e decisórios, com prejuízo da perfeita visualização do panorama integral do fato pelo órgão julgador, e a exposição da matéria debatida a pronunciamentos conflitantes.

A providência, é fácil antever, certamente causará um emperramento da Justiça Militar Estadual, com a multiplicação dos processos criminais, e congestionamento das pautas, em face de intermináveis audiências.

Poder-se-ia cogitar, como forma de abrandamento destes efeitos indesejados, da separação apenas do julgamento, mantendo-se a unidade do processo, com o que se evitaria a reprodução desnecessária daqueles atos processuais. A providência, aliás, não seria inédita, na medida em que já é prevista no âmbito do processo penal comum quando um dos réus não puder ser julgado a revelia pelo Tribunal do Júri ou por força de estratégia defensiva por ocasião das escusas peremptórias (art. 79, §2º, do CPP), sendo também prevista no próprio Cód. de Proc. Penal Militar em face de circunstâncias especiais (art. 105).

No entanto, a eventual vantagem que a formação deste processo militar híbrido representaria pela não repetição dos diferentes atos processuais estaria comprometida totalmente pelos inconvenientes advindos da prolação, num um único processo, de duas sentenças definitivas, igualmente impugnáveis através de recurso de apelação, cujo processamento em conjunto praticamente não seria possível, em decorrência da improvável simultaneidade na sua prolação por força de variados incidentes processuais.

Assim, também sob o aspecto prático, de economia processual, é de rigor que o juiz de direito da Justiça Militar Estadual, singularmente, processe e julgue os crimes militares praticados contra civis e todos os demais crimes em relação aos quais se identifique relação de conexidade ou continência.

2.3 O PROCESSO CRIMINAL NOS CRIMES DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DE DIREITO DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

O processo penal perante o juízo monocrático, enquanto inexistente lei ordinária prevendo o rito processual a ser aplicado nestes casos,

deverá continuar obedecendo aquele previsto no Cód. de Proc. Penal Militar, afastando-se tão-somente a fase de debates orais, porquanto não se justifica que, em sede de um julgamento singular, seja mantida a solenidade procedimental que foi instituída justamente em razão de um julgamento colegiado.

Justifica-se aqui, para preenchimento deste vácuo normativo, a integração, por analogia, das disposições da legislação processual penal comum, adotando-se, portanto, as fases finais do procedimento-regra para os crimes apenados com reclusão, em virtude de sua maior vocação à preservação dos direitos dos acusados.

Dispõe o próprio Cód. de Proc. Penal Militar: “Art. 3º. Os casos omissos neste código serão supridos: I - pela legislação de processo comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar (...)”.

De fato, não há razões para aplicação integral do procedimento ordinário, já que o recurso ao suplemento analógico, neste caso, somente se justificaria se não houvesse possibilidade de aproveitamento das regras procedimentais especiais previstas no próprio Cód. de Proc. Penal Militar. É certo que a matéria procedimental prevista no Cód. de Proc. Penal Militar foi programada em face de um órgão jurisdicional colegiado heterogêneo: juiz-auditor e Conselhos de Justiça. Todavia, é fácil também perceber que aquelas regras não são absolutamente conflitantes com um julgamento singular, até em face da preeminência, sempre conferida naquele diploma legal, ao juiz-auditor.

Assim, melhor atende à técnica processual e às garantias da ampla defesa, a observância de toda a cadeia procedimental prevista na Lei Especial (Cód. de Proc. Penal Militar), com a adoção, na fase derradeira, das regras do procedimento ordinário que, nesta etapa, ampliaria as oportunidades de defesa, garantindo um processo justo, eqüitativo e, principalmente, livre de qualquer contaminação.

Parece-me insustentável a aplicação das regras do rito sumário, como defendem alguns, com a transformação do julgamento militar em uma simples audiência de instrução e julgamento. Esta alternativa, que comprime o procedimento previsto no Cód. de Proc. Penal Militar, reduzindo direitos processuais das partes, ineludivelmente sujeitaria o processo militar a incontornável vício de nulidade absoluta. A abre-

viação do procedimento previsto no Cód. de Proc. Militar sacrifica irremediavelmente o direito de defesa, rendendo ensejo à nulidade absoluta do feito penal.

A opção pelas regras do procedimento ordinário, ao contrário, amplia os mecanismos de defesa, já que a pretensão punitiva deduzida ao final do procedimento poderá ser contrastada pela defesa, também por intermédio de alegações escritas, em tempo muito superior àquele reservado para os debates orais, desmoralizando qualquer alegação de cerceamento de defesa.

A propósito, neste particular, a jurisprudência tem sido enfática em proclamar que somente a adoção de rito processual mais célere e abreviado tem o condão de afetar a validade do processo, jamais, porém, a observância de rito processual de maior amplitude.

Noutra angulação, vale recordar que não há como completar o vazio legal por meio de normas de outro ramo do direito (heterointegração) quando desta colmatação resultar algum prejuízo para o acusado. É a chamada analogia *em malam partem*, que é repelida pela doutrina mesmo em normas não incriminadoras. No caso, o prejuízo com a aplicação do procedimento sumário seria evidente, em face do estrangulamento do procedimento, com a supressão de inúmeras fases processuais.

2.4 A COMPETÊNCIA ANÔMALA DO JUIZ DE DIREITO DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DAS AÇÕES JUDICIAIS CONTRA ATOS DISCIPLINARES MILITARES

Não obstante a sua unicidade, resultado de uma opção política (e política aqui entendida como um processo de escolhas axiológicas voltadas ao cumprimento das funções do Estado⁶), como é cediço, a Jurisdição foi delimitada através da distribuição racional do exercício da atividade jurisdicional entre diferentes Órgãos do Estado.

A estratificação deste poder ou, mais apropriadamente, desta expressão do poder do Estado, se opera em diferentes planos e níveis,

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100.

tendo por objetivo principal, como ponto central de sua preocupação, garantir a realização da justiça. Deste modo, o limite ou a medida da jurisdição (competência) não tem em mira atender puramente a critérios de conveniência da administração da justiça, visando um funcionamento mais prático da máquina judiciária, mas fundamentalmente garantir que, em cada caso concreto, as normas de direito substancial conduzam ao resultado prático aspirado pelo Estado.

A ampliação da competência da Justiça Militar Estadual para o processo e julgamento de causas de natureza cível, envolvendo atos disciplinares militares, atende ao critério da especificidade da jurisdição, da racionalidade da sua distribuição, na medida em que atribui a um órgão da jurisdição especial, com qualificação própria, a análise de temas que exigem conhecimento específico da esfera de poder de onde emanam.

Ademais, o entrelaçamento quase sempre existente entre crimes militares e transgressões disciplinares desaconselha completamente o modelo de dualidade de jurisdição até então em vigor

De fato, as singularidades que envolvem toda a atividade militar, em especial a administrativa, não permitem que a matéria seja tratada por órgãos jurisdicionais sem vocação específica para esta área do saber.

Neste quadrante, pelo efeito pecaminoso da generalização, tem-se observado um completo descaso para com os princípios que sustentam as instituições militares.

Assim, nos conflitos intersubjetivos submetidos à apreciação do Judiciário na Justiça Comum, não raro, a prestação jurisdicional é entregue como se não houvesse distinção significativa entre os valores que transitam pelo direito comum e direito militar, como se o servidor militar não se sujeitasse a uma disciplina jurídica própria ou se a relação jurídico-administrativa comum fosse a mesma relação jurídico-administrativa militar. A hierarquia e disciplina são apenas critérios ordinários, expressões de completa vagueza semântica, valores sem concretude, dotados de total abstração. Corolário lógico desta atuação não poderia ser outro: contínuo desgaste dos princípios que sustentam as instituições militares.

Sem embargo da identidade entre alguns princípios que inspiram

a atuação administrativa comum e a militar, o certo é que o direito disciplinar militar possui características próprias e inconfundíveis, que exigem um ofício judicante vocacionado à preservação dos valores que mantém de pé as instituições militares.

Daí porque o acerto da Reforma Constitucional neste particular.

Em decorrência daquela regra constitucional, várias ações cíveis devem ser ajuizadas perante a Justiça Militar Estadual, dentre as quais o *habeas corpus*, repressivo ou liberatório, contra transgressões disciplinares, mandado de segurança contra ato ilegal de autoridade militar, ações anulatórias de ato administrativo relacionado à punição disciplinar militar, ações cominatórias, ações de reintegração de policial militar excluído da corporação, medidas cautelares típicas e inominadas, ações de reparação de danos resultantes de punição disciplinar fundada em desvio de poder, ação de indenização por dano moral, ações civis públicas, e, inclusive, ações de improbidade administrativa, em face de punição disciplinar aplicada com desvio de finalidade.

A necessidade de posicionamento simétrico entre as normas constitucionais definidoras da competência da Justiça Militar da União e Estadual resulta da própria similitude dos fins perseguidos por estes órgãos jurisdicionais.

A definição constitucional da Justiça Militar como Justiça Especializada tem o propósito de realçar o alto grau de especialização e especificidade normativa deste ramo do direito material, por conta de suas características próprias, especiais e inconfundíveis.

Não se pode ignorar que a assimetria entre as competências especiais das Justiças Militares constitui-se em fator com poder reagente à consecução do próprio fim da delimitação da jurisdição, além de representar um retrocesso em termos de preeminência da União no sistema federativo, princípio tantas vezes invocado pelas Cortes Superiores para solucionar questões de competência.

Em outros termos, se a medida da jurisdição (competência) tem como precípua escopo político, neste universo, a transferência a um órgão especializado, que é a Justiça Militar, das ações que impliquem em afetação dos bens jurídicos comuns que por ali trafegam, ainda que indiretamente, não há como racionalmente manter-se a radical distinção havida com a reforma produzida pela Emenda Constitucional nº 45.

A distinção estabelece um espaço de tensão entre as normas constitucionais definidoras da competência na Justiça Militar da União e Estadual, comprometendo sensivelmente a sua conformidade funcional, cuja preservação é fundamental à fiel concretização dos fins da jurisdição especial militar.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundado nas razões alinhadas, concluo:

a) identificada relação de conexão ou continência com crime militar em que figure como vítima exclusivamente civil, haverá unidade de processo e julgamento, sendo competente o juiz de direito da Justiça Militar Estadual para, em um *simultaneus processus*, processar e julgar todos os crimes militares.

b) no âmbito da competência interna da Justiça Militar Estadual, firmada a competência do juiz de direito, os processos deverão observar o rito processual previsto no Código de Processo Penal Militar, a exceção da fase de julgamento, oportunidade em que deverão ser aplicadas as regras do processo comum, previstas no Código de Processo Penal.

c) ao juiz de direito da Justiça Militar Estadual compete o processo e julgamento de todas as ações cíveis cuja *causa petendi* guarde relação com atos disciplinares militares.

d) a reafirmação da preeminência da União no Sistema Federativo, a observância da regra da simetria, com a conseqüente conformidade funcional das normas de extração constitucional, determinam a ampliação da competência da Justiça Militar da União para o controle judicial dos atos disciplinares.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília:

Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Título Original: *Dirrito e ragione*.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOBÃO, Célio. Reforma do Judiciário: A competência da Justiça Militar. **Direito Militar**, São Paulo, n. 50, nov./dez.2004.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

OLIVEIRA, Rodrigo Tadeu Pimenta de. Reflexos da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, nas Justiças Militares Estaduais. **Direito Militar**, São Paulo, n. 50, nov./dez.2004.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Editora do Autor, 1984.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: 2001.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Advogado, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008
Categoria B: Artigo - 2º lugar

O DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL

Rui Arno Richter
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

SUMÁRIO

Introdução - 1 A Responsabilização Civil Ambiental - 1.1 Teoria da Responsabilidade Civil - 1.2 Responsabilidade Civil Objetiva - 1.3 Dano - 1.4 Nexo de Causalidade - 2 O Dano Ambiental - 2.1 Conceito de Dano Ambiental - 2.2 A Reparação do Dano Ambiental - 2.2.1 Status Quo Ante ou Recuperação In Situ - 2.2.2 Compensação Ecológica - 3 O Dano Ambiental Extrapatrimonial - 3.1 Conceito de Dano Extrapatrimonial - 3.2 Dano Ambiental Extrapatrimonial Coletivo - 3.2.1 Dano Moral Ambiental - 3.2.2 Dano Extrapatrimonial Ambiental - 3.3 Posição Contrária - Considerações Finais - Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda um tema relativamente novo, o Dano Extrapatrimonial Coletivo, mais especificadamente no âmbito do Direito Ambiental.

No primeiro capítulo, é examinada a Responsabilidade Civil, observando a Teoria Objetiva, os seus pressupostos e implicações no

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
Edição Especial – Florianópolis – pp 289 a 309

ramo ambiental.

Posteriormente, apresenta-se teremos uma breve análise do dano ambiental no sistema jurídico brasileiro e a restauração do dano causado.

Por último, trata-se do Dano Extrapatrimonial Ambiental, explicando os preceitos legais, as correntes doutrinárias e precedentes jurisprudenciais que possibilitam a aplicação de tal instituto como reparação de danos não patrimoniais oriundos de danos ambientais.

1. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL AMBIENTAL

1.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Das atividades cotidianas de interação do homem-meio social pode-se verificar uma infinidade de resultados, dentre estes alguma lesão material ou patrimonial e/ou extrapatrimonial em face de outra pessoa ou um grupo indefinido. Assim:

O conjunto de atitudes do ser humano, as reações em face do meio social, o modo de conduzir-se, o juízo que se forma sobre pessoa ou coisa, tudo que se faz ou se pode fazer com os sentimentos são os pontos que tornam os indivíduos distintos uns dos outros. Por outro lado a vida em sociedade exige que os indivíduos respondam por seus atos, atitudes e reações ou por atos de terceiros a que possam estar ligados moralmente como seus auxiliares ou prepostos. Portanto, todo indivíduo tem o dever de não praticar atos nocivos, danosos ou prejudiciais a outro indivíduo, dos quais resultem ou possam resultar-lhes prejuízos, pouco importa que se originem de seu estado doentio em função da personalidade confusa, revoltada ou desordenada, do princípio do livre-arbítrio etc¹.

1 SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo:

É sabido que o instituto da responsabilidade civil detém atenção para o dano causado, pois a sua finalidade é o ressarcimento dos prejuízos sofridos e do equilíbrio patrimonial e espiritual do lesado.

Entretanto, além do dano, cabe fazer distinção entre as Teorias Subjetiva e Objetiva, que fundamentam a responsabilidade civil. Nestas, tem-se como pressuposto a antijuridicidade, ou seja, o ato contrário ao ordenamento jurídico vigente, havendo distinção no tocante ao dolo ou culpa do agente para o evento danoso. Ilustrando a diferenciação das duas teorias, SILVA cita o pensamento de Orlando Gomes:

[...] a *antijuridicidade objetiva*, segundo Orlando Gomes, distingue-se nitidamente da *antijuridicidade subjetiva*. Para que se configure a antijuridicidade subjetiva, é, pois, necessário que o ato seja imputável ao agente, isto é, a quem tenha procedido culposamente. Na antijuridicidade objetiva, muito pelo contrário, a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente. Ademais, a *antijuridicidade objetiva* pode ser provocada nada menos que por um fato jurídico *stricto sensu*, enquanto a *antijuridicidade subjetiva* sempre é consequência de um fato jurídico voluntário, um fato do homem ou ato jurídico².

Conclui-se, desta forma, que para a responsabilização do causador do dano, deve ser observada a intenção deste em produzir efetivamente a lesão na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, apenas naqueles casos que adote a Teoria Subjetiva.

Todavia, em se tratando de Direito Ambiental, não há necessidade de se analisar a intenção do causador do dano, apenas a ocorrência deste e o nexo de causalidade. A adoção da responsabilidade objetiva se deu inicialmente em 1981, por disposição da Lei 6.938³, com posterior

Revista dos Tribunais, 2005. 3. ed. p. 15.

2 Ibid. p. 17.

3 Art. 14 – [...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal,

recepção pela Constituição Federal de 1988⁴.

Sendo pertinente ao presente trabalho apenas a teoria objetiva, não se abordará a hipótese subjetiva de responsabilidade.

1.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Como explicitado anteriormente, a responsabilidade civil objetiva não se preocupa com a intenção do agente em produzir o evento danoso. No caso ambiental, o **risco** da atividade supre a intenção do degradador.

O risco é considerado pela atividade desempenhada, ou seja, se uma fábrica de tintas polui um rio que passa ao lado de suas instalações, tornando impróprias para o consumo humano a água, não importa o dolo dos responsáveis pela empresa. A sua mera atividade pressupõe o risco de acidentes, importando no dever de recuperar o meio ambiente e eventuais pessoas que venham a sofrer com a poluição, quando constatada.

Esta conseqüência decorre, entre outros, do Princípio do Poluidor-Pagador, segundo o qual quem causa poluição ou degradação ao meio ambiente é obrigado à restauração do equilíbrio natural ou, na sua impossibilidade, prestar obrigação análoga, geralmente prestação pecuniária.

Neste sentido se expressa BURGER:

Então, para que exista o dever de indenizar pelo dano ambiental, basta se constatar a existência do evento danoso e do nexa causal que aponte o poluidor.

O evento danoso é o fato ensejador do prejuízo ao meio ambiente. O nexa causal é a dedução de que

por danos causados ao meio ambiente.

4 Art. 225 – [...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

a atividade do poluidor contribuiu para o evento danoso, independentemente de culpa ou intenção de causar prejuízo ao meio ambiente⁵.

Para a responsabilidade objetiva em matéria ambiental, também há que se fazer menção à não importância da legalidade da atividade. Desta forma, se na legislação é preceituado um nível “x” de emissão de um determinado gás para indústrias químicas e uma destas, mesmo respeitando o limite legal, provoca alterações no equilíbrio ambiental, afetando negativamente o meio ambiente ou certo número de pessoas, ainda haverá o dever da empresa em recuperar o bem degradado. SILVA, tratando do tema, assevera:

Por isso é que se diz que o dever de indenizar alguém não se restringe à configuração do *ilícito civil*, porque o dano causado a alguém pode ser reparado por determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido, em sentido estrito, *ato ilícito*. Esta consideração é fundamental para se compreender com exatidão a *teoria da responsabilidade civil*, especialmente a chamada *responsabilidade objetiva* ou *indireta*, que nada mais é do que a responsabilidade oriunda da *antijuridicidade objetiva*⁶.

1.3 DO DANO

Não se pode obrigar alguém a indenizar outrem se não houver comprovação ou presunção da ocorrência do dano.

Nas palavras de STOCO:

O prejuízo causado pelo agente é o ‘dano’.

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável

5 BURGER, Adriana Fagundes – Responsabilidade Civil por Dano Causado ao Meio Ambiente – Revista Jurídica – Porto Alegre: Editora Síntese n. 241, novembro 1997, p. 14.

6 Op. cit. p. 22.

à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva⁷.

O tema é abordado com maior ênfase no próximo capítulo, quanto ao dano ambiental propriamente dito.

1.4 DO NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade diz respeito ao vínculo ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. É o liame entre a ação ou omissão do agente e o dano consumado. Sem nexo causal não há indenização a ser exigida⁸.

Nas palavras de NAVES, em caso de dano ambiental, não é necessária a prova do nexo de causalidade, incumbindo ao agente a demonstração de que não contribuiu para a ocorrência do dano:

A adoção da teoria objetiva inverteu o ônus da prova, isto é, não se tem mais que demonstrar a causalidade entre a atividade do agente e o dano. Há uma presunção de causalidade, cabendo ao acusado afastar sua responsabilidade⁹.

Causas de exclusão do nexo de causalidade seriam apenas o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima¹⁰. Conforme SILVA:

[...] a nosso ver, mesmo na responsabilidade objetiva, uma vez estabelecida a *presunção de culpa*, o responsável pode, perfeitamente, exonerar-se do

7 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 6. ed. 2004. p. 129.

8 PINTO, Eduardo Viana. *Responsabilidade Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 18-22.

9 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Artigo publicado no *site*: <http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/ResponsabilidadeCA.htm>, pesquisado em 10/05/2008.

10 STOCO. *Op. cit.* p. 129.

dever de indenizar quando o dano provém de *caso fortuito, força maior ou fato de terceiro*. A *presunção de culpa*, oriunda da responsabilidade objetiva, constitui *presunção júris tantum* (apenas de direito), *presunção legal condicionada* ou *presunção relativa*, ou seja, aquela que, tida como verdadeira por lei, pode ser destruída por provas que se lhe oponham (ela existe de direito, até que se prove em contrário)¹¹.

A doutrina diverge na aceitação de tais excludentes em caso de dano ambiental, em virtude da falta de clareza da legislação. Já em 1984 NERY JUNIOR pregava o não cabimento das excludentes:

Ainda que a indústria tenha tomado todas as precauções para evitar acidentes danosos ao meio ambiente, se, por exemplo, explode um reator controlador de emissão de agentes químicos poluidores (caso fortuito), subsiste o dever de indenizar. Do mesmo modo, se por fato da natureza ocorrer derramamento de substância tóxica existente no depósito de uma indústria (força maior), pelo simples fato de existir a atividade, há o dever de indenizar¹².

BURGER comenta: “Então, para que exista o dever de indenizar pelo dano ambiental, basta se constatar a existência do evento danoso e do nexo causal que aponte o poluidor”¹³.

Segundo MORATO LEITE:

[...] a lei brasileira não esclareceu qual é a amplitude da responsabilidade objetiva ou por risco, isto é, quais as atividades sujeitas a este tipo de responsabilização e, como consequência, pode trazer uma certa insegurança jurídica¹⁴.

11 Op. cit. p. 19-20.

12 BURGER. Op. cit. p. 14.

13 Idem.

14 LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimo-

[...] a tendência doutrinária prevalecente é a de não se aceitar caso fortuito e força maior como excludentes de responsabilidade, em se tratando de interesses difusos e meio ambiente, pois estes fogem da concepção clássica de intersubjetivismo¹⁵

O Édís MILARÉ ensina:

Nos casos de dano ao meio ambiente [...] a regra é a responsabilidade civil *objetiva*, - ou, nas palavras do próprio legislador, 'independentemente de culpa' -, sob a modalidade do *risco integral*, que não admite quaisquer excludentes de responsabilidade¹⁶.

A teoria do Risco Integral, de acordo com OLIVEIRA, é "*considerada uma teoria extremada do risco, pois não se admitem as excludentes de nexo causal, visando eximir do dever de indenizar*"¹⁷.

Para avaliar a matéria, podem-se utilizar os mais variados exemplos, como de uma barragem, uma usina nuclear, ou até atividades menores com risco provável para uma coletividade. A aceitação da quebra do nexos de causalidade com existência de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro seria privilegiar o agente em face da população que venha a sofrer os efeitos do dano.

O risco da atividade, como referido anteriormente, legitima a busca de indenização mesmo nesses eventos, garantindo-se à coletividade e ao meio ambiente a reparação das lesões ocorridas.

nial. São Paulo: RT, 2003, 2. ed. ver. atual. e ampl. p. 177.

15 Ibid. p. 199.

16 MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. São Paulo: RT, 2000. p. 338.

17 OLIVEIRA, William Figueiredo de. Dano Moral Ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 105.

2. DANO AMBIENTAL

2.1 CONCEITO DE DANO AMBIENTAL

Para a melhor compreensão do tema, necessita-se analisar o significado de dano ambiental. MORATO LEITE assevera que:

O dano ambiental, por sua vez, constitui expressão ambivalente que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tais alterações provocam na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto dos elementos chamados de meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental, engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses¹⁸.

ANTUNES conceitua o dano ambiental como *“a poluição que, ultrapassando os limites do desprezível, causa alterações adversas no meio ambiente”*. Especificando, o autor assinala que *“o dano ambiental é, assim como a poluição, uma categoria geral dentro da qual se inserem diversas outras”*, compreendendo o dano ecológico (alteração adversa da biota como resultado da intervenção humana); dano à saúde; às atividades produtivas; à segurança; ao bem-estar e outros bens que, integrando o conceito de meio ambiente, não se reduzam à flora, fauna ou minerais¹⁹.

Face à gama de abrangência do dano ambiental perante a sociedade e o indivíduo, os conceitos apresentados se mostram demasiadamente amplos, podendo resultar em dificuldade prática na observação de danos. Há, portanto, a necessidade de uma subdivisão para melhor

18 Op. cit. p. 94.

19 Antunes, Paulo de Bessa. Dano Ambiental: Uma Abordagem Conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 181-182

compreensão geral do tema.

Desta forma, MORATO LEITE, visualizando a “*dificuldade em identificar a concepção de dano ambiental*”, classifica-os em função da *amplitude do bem protegido, quanto à reparabilidade e aos interesses jurídicos envolvidos, quanto à sua extensão e ao interesse objetivado*²⁰.

Assim, com relação à *amplitude do bem protegido*, o dano pode ser: a) ecológico puro, relacionado apenas “*aos componentes naturais do ecossistema e não ao patrimônio cultural ou artificial*”; b) dano ambiental *lato sensu*, tratando dos interesses difusos da coletividade, abrangendo o meio ambiente natural e cultural; c) individual ou reflexo, o qual atinge o meio ambiente, mas se privilegia o interesse individual do lesado²¹.

No que diz respeito à *reparabilidade e ao interesse envolvido*, dano é classificado em: a) “*dano ambiental de reparabilidade direta, quando diz respeito a interesses próprios individuais*”, relacionado ao microbem ambiental, sendo indenizado o interessado que sofreu a lesão; b) *dano ambiental de reparabilidade indireta*, que trata dos interesses difusos, coletivos e eventualmente individuais homogêneos de dimensão coletiva, sendo referentes à proteção do macrobem ambiental, propiciando a reparação do bem ambiental preferencialmente²².

No tocante à *extensão do dano*, segundo o autor pode ser dividido em: a) patrimonial, “*relativamente à sua restituição, recuperação, ou indenização do bem ambiental lesado*”; b) Extrapatrimonial, relacionado a todo prejuízo não patrimonial ocasionado à sociedade ou ao indivíduo decorrente de lesão ambiental²³, que será objeto do próximo capítulo.

Por fim, pode-se diferenciar o dano *quanto aos interesses objetivados*, que podem ser coletivos de proteção do macrobem ambiental e individuais ou particulares, para proteção de suas propriedades (microbem) ou até mesmo para o resguardo de grande parcela do meio ambiente (macrobem), atuando como em defesa dos interesses difusos²⁴.

20 Oc. cit. p. 95.

21 Ibid. p. 95-96.

22 Ibid. p. 96.

23 Ibid. p. 97-98.

24 Ibid. p. 98.

2.2 A RECUPERAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

O Direito Ambiental prioriza os Princípios da Prevenção e da Precaução, tendo em vista a extrema dificuldade de recuperação do bem degradado às suas funções ecológicas.

Entretanto, por mais que se atue preventivamente, infelizmente os danos ambientais serão verificados. Por isso é necessário analisar as formas de reparação do meio ambiente degradado. Existem, essencialmente, duas formas de reparação: a) o retorno ao *status quo ante* ou recuperação *in situ*, ou seja, a obrigação do degradador em regenerar o meio ambiente ao estado em que estava antes da lesão; b) a compensação ecológica, que pode ser verificada com a recuperação ambiental de outra área degradada ou com o pagamento de indenização pecuniária, esta devida pela impossibilidade de recuperação ou por danos extrapatrimoniais coletivos.

Ressalta, ainda, STEIGLEDER que:

[...] os pedidos de condenação em obrigação de fazer e de indenização serão cumulados, inexistindo *bis in idem*, pois o fundamento para cada um deles é diverso. O pedido de obrigação de fazer cuida da reparação *in natura* do dano ecológico puro e a indenização visa a ressarcir os danos extrapatrimoniais, pelo que o reconhecimento de tais pedidos compreende as diversas facetas do dano ambiental²⁵.

Desta forma, se for impossível a reparação natural do dano, poderá ser imposta uma indenização pelo dano ambiental e outra, diversa, oriunda do dano extrapatrimonial, não havendo *bis in idem*.

25 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental – As dimensões do Dano Ambiental no Direito Ambiental Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 236.

2.2.1 STATUS QUO ANTE OU RECUPERAÇÃO *IN SITU*

A determinação de recuperação de áreas degradadas vem da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente²⁶, com respaldo da Constituição Federal²⁷.

A recuperação ambiental visa a reparação do dano através dos bens naturais afetados, realizado através de projetos específicos que proporcionem o equilíbrio ambiental que existia anteriormente.

Segundo SENDIM:

O dano deve considerar-se ressarcido *in integrum* quando *in casu* o fim que a norma violada protege esteja de novo assegurado (ex.: quando a água volte a ser salubre, quando o ar tenha a qualidade adequada, quando a paisagem deixe de estar comprometida ou quando o equilíbrio ecológico esteja restabelecido). Não se trata, por isso, sublinhe-se desde já, de repor o estado material que existia antes do dano – o que seria não só impossível, mas também ambientalmente perigoso – mas sim reintegrar o estado de equilíbrio dinâmico do sistema ecológico protegido pelo sistema jus ambiental²⁸.

2.2.2 A COMPENSAÇÃO ECOLÓGICA

Sobre a compensação ecológica, STEIGLEDER afirma que:

26 Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: [...] VIII - recuperação de áreas degradadas;

27 Art. 225, §1, I e §2.

28 SENDIM, José de Sousa Cunhal. Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 178-179.

O fundamento para a compensação ecológica é, ainda, o art. 84, *caput*, do CDC, ao ensejar a possibilidade de o juiz determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Possibilita-se, assim, a imposição de obrigações de fazer distintas da restauração *in situ*, mas capazes de proporcionar a recuperação de funções ecológicas equivalentes²⁹.

Como referido anteriormente, a compensação pode ser efetuada com a reparação ambiental de outra área degradada equivalente, ou com o pagamento de indenização ao Fundo de Reparação de Bens Lesados³⁰.

Sobre o a indenização, MORATO LEITE ensina:

o sistema de indenização do dano ambiental tem como pressuposto relevante, entre outros, o princípio da conservação e, como tal, exige que as sanções em direito ambiental estejam, prioritariamente, dirigidas à reconstituição e substituição do bem ambiental³¹.

Complementa o autor que:

[...] os valores pecuniários arrecadados em função da lesão ao meio ambiente ficam depositados em um fundo denominado *fundo para reconstituição dos bens lesados*, e são destinados, em última análise, à compensação ecológica. Assim, a idéia que paira neste fundo reparatório do dano é sempre buscar a reintegração do bem ambiental, pois os valores arrecadados em indenização, via de regra, servem para a execução de obras de reintegração do bem ambiental, objetivando substituir este bem por outro equivalente.

29 Op. cit. p. 249.

30 Lei. 7.347/1985, art. 13.

31 Op. cit. p. 209

A autora supracitada assevera seu entendimento de ser mais vantajosa a obrigação de restaurar outro bem natural lesado do que a conversão de pecúnia a ser paga ao Fundo previsto, tendo em vista, principalmente, a falta de valoração correta no dano ambiental, possibilitando ao degradador uma vantagem com a baixa indenização, ao invés da recuperação em si, que demanda muito mais esforços por parte do agente. O entendimento é igual no tocante à danos ambientais extrapatrimoniais³².

3. DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL

3.1 CONCEITO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL

O dano extrapatrimonial, geralmente identificado como moral, é todo aquele de natureza não material ou, mais especificamente, patrimonial. Assim, toda lesão ao particular que não possa ser calculada – de ordem física ou íntima –, ao contrário de uma lesão a um bem material (como um carro), pode e deve ser ressarcida. Entretanto, o dano moral é mais conhecido como o dano que provoca aflição, dor, angústia, na pessoa individual.

3.2 DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

Amplamente reconhecido na esfera pessoal, com o passar do tempo foi se ampliando a gama de sujeitos passivos do dano moral. Em 08 de outubro de 1999 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 227, em que estabelece a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral.

O primeiro problema aventado é a possibilidade de uma pessoa jurídica ou de uma coletividade sofrer um abalo interno, de ordem moral.

A Lei n. 7.347/85 tratava apenas das ações de responsabilidade

32 Op. cit. p. 263.

por danos causados à coletividade³³. Em 11 de junho de 1994, com o advento da Lei 8.884, a Lei da Ação Civil Pública previu-se a possibilidade de responsabilização de danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, de valor artístico, paisagístico, econômico, etc.³⁴

Conseqüentemente, em razão da previsão legal, a doutrina e jurisprudência trataram de abordar o tema, que se especifica a seguir.

3.2.1 DANO MORAL AMBIENTAL

Entendendo que o dano ambiental pode ser verificado pela lesão moral de uma coletividade, disserta PACCAGNELLA:

A definição doutrinária do dano moral na seara ambiental, corroborando, é o sofrimento, a dor, o desgosto do ser humano; só que este se faz como um sofrimento de várias pessoas dispersas em certa coletividade, ou grupo social (dor difusa ou coletiva), em vista de certo dano ao patrimônio ambiental.

E conclui que, *“em resumo, sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental*³⁵.

O explanado possui respaldo na seguinte decisão do egrégio Tribunal de Justiça catarinense:

É admissível a indenização por **dano moral ambiental** nos casos em que a ofensa ao meio ambiente acarreta sentimentos difusos ou coletivos de dor, perda, sofrimento ou desgosto³⁶.

33 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados: [...].

34 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...].

35 PACCAGNELLA, Luiz Henrique. Revista Direito Ambiental – Doutrina, RT: São Paulo, vol. 13, 1999, p. 44/51.

36 TJSC - Apelação Cível n. 2000.025366-9, da Capital. Relator: Juiz Newton Janke. DJ

De igual forma é o entendimento do. Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux:

Com efeito, originariamente, o objeto da lei que disciplina a Ação Civil Pública versava, apenas, os danos causados ao meio-ambiente, consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Contudo, a legislação sofreu significativas mudanças, no sentido de ampliar o objeto da ação *sub examine*, para abranger a responsabilidade do infrator pelos danos morais causados a quaisquer dos valores e direitos transindividuais amparados pela referida legislação.

Deveras, o meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional. Conseqüentemente, a preocupação precípua do julgador, nestes casos, é em evitar o dano ao meio ambiente, direito elevado e protegido a nível constitucional, não podendo ser dada interpretação judicial que venha a restringir essa proteção³⁷.

Em artigo, o Ministro José Augusto Delgado entende:

De tudo quanto exposto, corretas são as afirmações dos doutrinadores que visualizam o meio ambiente como sendo um direito imaterial e incorpóreo, voltado para proteger os interesses da coletividade. Esta, conseqüentemente, pode sofrer dano moral. Este consuma-se quando produz o efeito de instalar dor física ou psicológica coletiva, situações que determinam degradação ambiental geradora de mal-estar e ofensa aos sentimentos da cidadania³⁸.

23/09/2004.

37 STJ - REsp nº 598.281 - MG 2003/0178629-9. DJ 01/06/2006.

38 DELGADO, José Augusto. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL AMBIENTAL. Extraído do Site <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/2701/1/>

3.2.2 DANO EXTRAPATRIMONIAL AMBIENTAL

Com o passar do tempo, parte da doutrina passou a entender que o dano moral coletivo, ou mais especificadamente o extrapatrimonial, não advinha do foro íntimo de cada um, representando a sociedade, como se esta sofresse um dano moral. Há ainda uma divisão considerável, com alguns que entendem pela possibilidade de dano moral coletivo e outros pelo dano extrapatrimonial, levando em conta a aceção de que não se tratam de sinônimos.

RAMOS afirma que *“o ponto-chave para a aceitação do dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente de dor psíquica, que seria exclusividade das pessoas físicas”*³⁹.

Assim, o autor, ampliando o tema, expressa que:

Devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso de dano moral coletivo, a um sentimento de desapareço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade⁴⁰.

Assim, cuidando da conceituação, em se tratando de dano ambiental de repercussão **não patrimonial**, MORATO LEITE entende que: *“em sua aceção jurídica, a doutrina vacila no que tange à nomenclatura deste dano, denominando-o de dano moral e, mais recentemente, usando a designação de dano extrapatrimonial”*⁴¹. Afirma ainda que *“o nome dano extrapatrimonial é*

Responsabilidade_civil_por_dano.pdf

39 RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. São Paulo: RT, Revista de Direito do Consumidor, n. 25, jan./mar. 1998, p. 80-98.

40 Idem.

41 Op. cit. p. 265.

*menos restritivo, pois não vincula a possibilidade de dano à palavra moral, que pode ter várias significações e torna-se, desta maneira, falha por imprecisão e abrangência semântica*⁴². Assim, segundo o autor, a expressão dano moral está ligada a um subjetivismo, o que deveria ser abolido, afirmando “*ser mais condizente o critério negativista, que considera dano extrapatrimonial toda lesão que não tem uma concepção econômica*”⁴³.

Complementando o exposto, MORATO LEITE afirma que “*o dano extrapatrimonial ambiental não tem mais como elemento indispensável a dor em seu sentido moral de mágoa, pesar, aflição, sofrido pela pessoa física*”⁴⁴, mencionando a “discreta” utilização do dano moral ambiental com fundamento em comoção popular.

Citando CAHALI, o doutrinador expressa que:

O dano moral, em sua versão mais atualizada, vai paulatinamente se afastando de seus ‘contingentes exclusivamente subjetivos de dor, sofrimento angústia, para projetar objetivamente os seus efeitos de modo a compreender também as lesões à honrabilidade, ao respeito, à consideração e ao apreço social, ao prestígio e à credibilidade nas relações jurídicas do cotidiano, de modo a afirmar-se a indenizabilidade dos danos morais infligidos às pessoas jurídicas ou coletivas, já se encaminha com fácil trânsito, para o reconhecimento da existência de danos morais reparáveis⁴⁵.

A partir do pensamento de CAHALI, MORATO LEITE apresenta uma “*subdivisão o dano extrapatrimonial em aspecto subjetivo e/ou objetivo, levando em conta o sujeito lesado*”. Explicando a divisão, o autor revela que o aspecto subjetivo se configura quando, na hipótese de dano ambiental, a pessoa física venha a falecer ou sofrer deformidades, trazendo sofrimento de ordem interna e direta. Já o aspecto objetivo não condiz com a esfera interna da vítima, atacando “*uma dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo sua imagem*”, exemplificando com

42 Ibid. p. 266.

43 Idem.

44 Op. cit. p. 294.

45 Ibid. p. 268

a degradação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou à qualidade de vida⁴⁶.

Tem-se, portanto, duas acepções distintas do dano extrapatrimonial: uma aceita o conceito de que a coletividade pode sofrer dano moral e este deve ser tutelado; a outra expõe que o dano moral coletivo seria ultrapassado através da diminuição da qualidade de vida e da quebra do equilíbrio ambiental do meio ambiente, podendo ser verificado também na esfera individual da pessoa que efetivamente sofreu física ou psicologicamente o dano ambiental de forma reflexa.

3.3 POSIÇÃO CONTRÁRIA AO DANO MORAL AMBIENTAL

Ao lado de PORTO⁴⁷, STOCO firma sua posição não reconhecendo a ocorrência de dano moral ao meio ambiente. Após longa explanação o autor afirma:

Do que se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao meio ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstituí-lo e, ainda, de compor dano hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas⁴⁸.

Igual posicionamento é verificado em algumas decisões judiciais, as quais cola-se a ementa do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça citado acima, no qual o Ministro Luiz Fux restou vencido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMEN-

46 Idem.

47 PORTO, Gisele Elias de Lima. Responsabilidade pela poluição marinha, *In*: Revista CEJ. Publicação do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, ano 4, dez. 2000, p.54.

48 Op. cit.. p. 857.

TO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO⁴⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisada a responsabilidade civil ambiental, ou seja, de ordem objetiva, verifica-se a impossibilidade de exclusão da obrigação de reparação do dano ambiental, face à teoria do risco integral.

Os danos ambientais, por mais que se enfatize a prevenção, infelizmente ocorrem na sociedade, provocando diminuição da qualidade de vida e desequilíbrio do meio ambiente ecológico. O dano ambiental pode refletir na esfera material ou patrimonial e extrapatrimonial.

Há atualmente grande aceitação pela doutrina no instituto do dano moral ambiental. Entretanto, há divergência no que toca ao pressuposto da dor ou qualquer outro sentimento íntimo ligado ao dano moral individual.

A jurisprudência é relativamente pequena sobre o assunto, com posição não firmada pelo Poder Judiciário, porém os fundamentos constitucionais do instituto indicam que a sociedade tem a ganhar com a aplicação desta forma de responsabilização.

REFERÊNCIAS

BURGER, Adriana Fagundes – **Responsabilidade Civil por Dano Causado ao Meio Ambiente** – Revista Jurídica – Porto Alegre: Editora Síntese n. 241, novembro 1997,

DELGADO, José Augusto. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL AMBIENTAL**. Extraído do Site http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/2701/1/Responsabilidade_civil_por_dano.pdf

49 STJ - REsp nº 598.281 - MG 2003/0178629-9. DJ 01/06/2006.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2003, 2. ed. ver. atual. e ampl.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Artigo publicado no *site*: <http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/ResponsabilidadeCA.htm>, pesquisado em 10/05/2008.

OLIVEIRA, William Figueiredo de. **Dano Moral Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 105.

PACCANGNELLA, Luiz Henrique. *Revista Direito Ambiental – Doutrina*, RT: São Paulo, vol. 13, 1999.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PORTO, Gisele Elias de Lima. **Responsabilidade pela poluição marinha**, *In*: Revista CEJ. Publicação do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, ano 4, dez. 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo**. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 25, jan./mar. 1998.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental – As dimensões do Dano Ambiental no Direito Ambiental Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 236.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 6. ed. 2004.

II PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2008
Categoria B: Artigo - 3º lugar

A NOVA ORIENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL PARA O CRIME DE USO DE DROGA

Isaac Sabbá Guimarães
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

SUMÁRIO

Introdução - 1 Delineamento político-criminal do art. 28 da Lei 11.343/2006 - 2 Um confuso discurso político-criminal - 3 As intenções jurídico-legislativas nas entrelinhas do art. 28 da Lei 11.343/2006 - 4 O verdadeiro conteúdo da norma estabelecida no art. 28 da Lei 11.343/2006 - Conclusão.

RESUMO

O presente artigo aborda as questões ainda polêmicas envolvendo a política criminal referida ao uso de drogas que, com a edição do atual regime legal antidrogas, criou imprecisões jurídicas que tornam difícil a compreensão do sentido jurídico-legal da norma contida no art. 28 da Lei 11.343/2006, seja pelo emprego falacioso do termo *pena*, seja pela falta de exequibilidade e mesmo pela impossibilidade de sua concretização como expressão penal.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de uso. Penas. *Logos* jurídico-legal. Política criminal.

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do atual regime legal antidrogas, ocorreu a ebulição de opiniões desfavoráveis ao tratamento político-criminal dispensado ao infrator usuário. A mídia chegou a divulgar, baseada em algumas opiniões, ao que nos parecem, incautas, a descriminalização daquelas condutas tendentes ao uso de drogas, tentando, desta forma, polemizar um tema que vem já sendo amplamente discutido por diversos segmentos da sociedade, que vão desde aqueles formados por juristas, até aos de profissionais da saúde e da educação, em nível mundial, de forma desapaixorada, responsável e bastante realista. No entanto, o enfoque dado à questão, foi absolutamente apressado, com o equívoco grosseiro sobre a política criminal, para além de ter patinado no *pré-juízo* acerca das extensões de danosidade desse crime, ainda visto por alguns juristas brasileiros de alto coturno como um fator criminógeno.

As alterações de política criminal foram, no que concerne às condutas tendentes ao uso, tímidas. Não ocorreu, como se sabe, sua descriminalização. De forma que os atos de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga para uso próprio continuam na Lei penal, e são formalmente categorizados como ilícitos no art. 28. Mas, também, temos de frisar, nenhuma evolução significativa ocorreu no campo da prevenção penal, salvo a inclusão de um *tertium genus* de pena, de caráter duvidoso e de efeitos – desde o início vínhamos prevendo – simbólicos¹. Se, por um lado, o legislador penal deixou de enfrentar a descriminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, por outro lado deixou de criar uma política criminal séria no sentido de estabelecer a prevenção penal. E é aqui que começam a surgir nossos problemas: qual o discurso que vai subliminarmente aderido à posição oficial assumida pela *auctoritas*? Que tratamento penal pode ser dispensado ao infrator usuário ou dependente de drogas? Que políticas criminais podem ser realizadas no plano concreto da atividade

1 Cf. nosso trabalho **Nova lei antidrogas comentada**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, *maxime* p. 18-30; 43-49.

jurídico-jurisdicional?

1. DELINEAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

Cabe destacar, antes de mais, que o crime descrito no art. 28, da Lei n.º 11.343/06, referido em nossa tradição penal como crime de uso (que, a rigor, não pune propriamente o uso, mas todas aquelas condutas relacionadas com o consumo de drogas, como sua aquisição e guarda e seu transporte), é já categorizado como crime menor (art. 48, § 1º, da Lei n.º 11.343/06). Mas desde o antigo regime legal, quando a modalidade criminosa vinha definida pelo art. 16, da Lei 6.368/76, o conteúdo sancionador enformava-se ao conceito de crime de menor potencial ofensivo, já que se operou uma política jurídica nos tribunais que considerou aplicável à espécie o disposto no art. 2º, da Lei n.º 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais). As repercussões penais eram, do ponto de vista de prevenção especial negativa, pequenas, embora a política criminal oficial se alinhasse com os termos da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, quando se entendia que a posse de drogas constituía um autêntico fator criminógeno que devia ser combatido com punição restritiva de liberdade (art. 36, 1, da Convenção). Havia, portanto, uma paradoxal política criminal traçada pelos tribunais: por um lado, entendia-se inaplicável o princípio da insignificância, propondo-se a punição da conduta do agente mesmo que a quantidade de droga apreendida fosse ínfima e sequer justificasse aí uma intenção de uso ou perigo para o bem jurídico-penal tutelado, uma vez tratar-se de crime de perigo abstrato (TJMG - 1ª C. Crim. 209.379-7/00, rel. Des. Lauro Bracarense, DJMG 06.04.2001; TJSP - 3ª C. Crim. - A. Crim. 273.885.3/6 - Rel. Des. Walter Guilherme). Mas, por outro lado, as repercussões penais decorrentes da *desjudicialização* do procedimento penal eram (e continuarão a ser sob o novo regime legal) atenuadas (evitando-se inquérito policial, o rito e toda a carga intimidante dele decorrente e o próprio papel pedagógico inscrito na realização do direito através da atividade jurídico-jurisdicional), não se logrando com a transação penal nem os efeitos de prevenção geral (os de caráter pedagógico depreendidos da letra da Lei), nem os de prevenção especial (de reeducação ou, como tem preferido uma nova linha criminológica, de socialização).

Deste breve apanhado da história político-criminal, podemos dizer que a moderna orientação adotada pela *auctoritas* nos projetos de lei que trataram do regime antidrogas não avançou com nenhuma estratégia de descriminalização, mas, também, não foi coerente com os postulados de *law and order*, deixando de imprimir, portanto, um caráter intimidador nas sanções previstas para as condutas relativas ao uso. Manteve o crime, contudo, erigindo um sistema punitivo dito por uns, como Flávio Gomes, *sui generis* que, com toda a certeza, tem criado embaraços para a realização da atividade jurídico-jurisdicional. Vejamos, então, o que há de novo.

2. UM CONFUSO DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL

O longo processo legislativo do atual regime antidrogas iniciou-se com projeto governamental n.º 6.108/2002, seguido pelo Projeto de Lei n.º 7.134/2002, da Câmara dos Deputados, que mantiveram a criminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, mas com imperfeições gritantes. Este projeto incluía como elemento integrante do conceito do crime o termo “pequena quantidade”, o que, em primeiro lugar, conduziria o problema da tipificação para uma zona de imprecisão (o que é pequena quantidade? Como estabelecer um padrão conceitual de pequena quantidade de droga?) e, em segundo lugar, a *pequena quantidade* de droga não se prestaria a distinguir tráfico da mera conduta tendente ao uso (há os passadores de droga que a *guardam* ou a *trazem consigo* em pequenas quantidades e há usuários que fazem estoque dela). Mas os problemas não ficavam por aí. O legislador pretendeu submeter o infrator a *medidas de caráter educativo* (art. 22, do PL n.º 7.134/2002), como a do “comparecimento a programa ou curso educativo”, a “proibição de freqüência a determinados lugares” e o tratamento, imbricando (ou, talvez, confundindo) tratamento penal com as políticas oficiais de tratamento e de ressocialização de usuários e dependentes. Era algo estranho: as condutas tendentes ao uso estavam catalogadas entre os crimes, mas em vez de sanção penal se aplicaria medida educativa. Coisas desse nosso legislador fabuloso, que vê a lei penal como a solução dos problemas sociais, mesmo não estando firmemente convicto de sua eficácia. Pior: ao que parece todo o trabalho legislativo não se fez precedido de um estudo sério de criminologia

que, em outros sistemas jurídico-penais, tem já apontado um equacionamento eficiente entre custos e benefícios da criminalização do uso². Mas o fato – fato lamentável – é que nosso laborioso legislador mitifica a Lei e a usa como forma de dar respostas aos reclamos da sociedade, daí que certas normas em vez de estarem em consonância com a esfera histórico-sociocultural, são apenas retalhos mal costurados de importações ou a expressão mais simples a emprestar caráter de juridicidade a fenômenos problemáticos melhor solucionáveis por outros meios de controle social.

Pois bem, a redação definitiva da Lei, que se consolidou a partir do Projeto de Lei do Senado n.º 115, de 2002, extirpou algumas excêntridades da norma penal, deixando de exigir para a perfectibilização do crime a apreensão de *pequena quantidade* de droga, para além de estipular a sujeição do infrator não a medidas de caráter educativo, mas a sanções penais. Isto ao menos sob o aspecto estritamente formal, pois que a Lei criou, em boa verdade, um *tertium genus* de pena que não se conforma à tipologia tradicional por nós conhecida³. Tentemos explicar melhor. As “penas” a que se submeterá o infrator carecem de carga preventivo-especial. Nem conduzirão o reeducando à ressocialização, nem lhe impingirão um dever-ser de disciplina conforme à noção ético-social. Por um lado, devido ao caráter meramente simbólico das “penas”, que ou a nada submetem o infrator, ou tornam-se, por sua natureza, inexequíveis. Não acreditamos que uma advertência aplicada pelo Juiz ao reeducando terá efetividade para o conscientizar dos efeitos danosos provocados pelo uso reiterado de droga. E mesmo a medida educativa

2 Para uma certa vertente da criminologia, que poderíamos dizer vinculada aos postulados da velha criminologia crítica, em voga nos anos 60 e 70, toda conduta desviante que não cause danos aos valores (éticos) da sociedade e que, portanto, deve ser considerada como conduta sem vítima, deve ser excluída do catálogo de crimes. Figueiredo Dias e Costa Andrade escrevem, no seu conhecido trabalho sobre a matéria, que uma justiça material, calcada nos reconhecidos valores axiológicos de uma sociedade, deve propiciar o respeito à diferença, e “Este direito à diferença (poder-se-ia mesmo dizer: à infelicidade) oferece ainda um contributo não despreciando para a descriminalização de condutas ou formas de vida como o alcoolismo, o consumo de estupefacientes, o jogo etc.” (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia** – o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 430).

3 Para um exame mais aturado da questão, cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Nova Lei Antidrogas Comentada**. Crimes e regime processual penal. Curitiba: Juruá, 2006, p. 14 e ss.

de comparecimento a programa ou curso educativo (que, devido à falta de definição legal, precisará ser preenchida pela política jurídico-legal ou jurídico-jurisdicional, para lhe dar substância) não resultará proveitosa se o reeducando estiver relutante e não se interessar pelo curso. O usuário ou a pessoa dependente sabe perfeitamente dos males provocados pelas drogas, mas, tal como o fumante ou o alcoólatra, dispõe de sua saúde, fazendo opções de vida que nem sempre se conformam a um determinado padrão ético. E muitas vezes, seu problema é verdadeiramente de saúde, de forma que as “penas” de nada lhe servirão. Por outro lado, a ineficácia das “penas” advirá de problemas estruturais, pois os juízos criminais não dispõem, via de regra, de um programa de prestação de serviços à comunidade (pena que, para caso específico desta Lei, deverá ser “[...] cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais [...], que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”) e os municípios, por sua vez, não mantêm rede de entidades de prevenção ou de tratamento de toxicômanos. Os programas ou cursos educativos mencionados na norma carecem, portanto, não só de definição, mas de estruturação adequada para atenderem a reeducandos penais.

Essas são apenas algumas das dificuldades que divisamos em nosso horizonte jurídico-penal numa rápida passada de olhos pelo art. 28, da Lei n.º 11.343/2006. Mas há outras tantas que requerem aturado esquadramento de políticas jurídicas para que se evite o (completo) malogro dos objetivos previstos na Lei. Uma delas, *v.g.*, pode ser referida à atividade jurídico-jurisdicional na fase de execução das “penas”, quando, na hipótese de não cumprimento injustificado por parte do reeducando, tiver o Juiz de aplicar, sucessivamente, admoestação verbal e multa. Mecanismos jurídico-legais que igualmente padecem de efetividade e que, na prática, correm o risco de substituir as “penas” que forem atribuídas ao infrator.

3. AS INTENÇÕES JURÍDICO-LEGISLATIVAS NAS ENTRELINHAS DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

Quando discreteamos sobre esses problemas que se instalarão na *práxis* jurídico-jurisdicional (e, como mais acima referimos, são apenas

alguns que antevimos. Muitos outros, certamente, se avizinharão da atividade profissional de Juízes, Promotores e Autoridades Policiais), fica-nos uma pergunta que adere ao conjunto problemático até aqui desenvolvido: será que o legislador penal não conseguiu ter uma perfeita noção das conseqüências (de peso) para o mundo jurídico ao estabelecer essa nova política criminal que, a todas as luzes, não se coaduna com as proposições da criminologia moderna? Ou, expondo de outra forma: será que durante o processo legislativo não se percebeu a inocuidade do trato do fenômeno da toxicodependência (ou, simplesmente, do uso de drogas) pelo viés jurídico-penal? Parece-nos pouco provável que o decisionismo jurídico-legislativo tivesse se radicado numa perspectiva puramente reducionista de enfrentamento do problema do uso de drogas, como se ele fosse um autêntico problema criminal. Não, o legislador não foi acometido de uma cegueira. Pelo contrário. Tinha ele a perfeita noção da ineficácia das penas para essa modalidade de problema social. Tanto é que evitou estabelecer um regime penal nos moldes tradicionais, criando medidas de caráter educativo (mais tarde, na redação definitiva dada à Lei, dissimuladas com o emprego do termo “penas” mas, por um cochilo, deixando escapar a expressão “medida educativa” no § 6º do art. 28 e no art. 29). E aqui, nesta dialética operada durante o processo legislativo, está a chave para desvendarmos o que, de fato, vai insito no *télos* do art. 28.

Façamos aqui uma apertada interpolação sobre essa matéria que, a nosso ver, mereceria maior atenção por parte de nossa filosofia jurídica e da hermenêutica e pode ser designada como filosofia do discurso jurídico. Pois bem, a comunicação jurídica ganha diversa valoração conforme os *jogos de linguagem* levados a efeito, tornando-se inteligível somente entre as pessoas que conhecem as regras⁴. Os jogos de linguagem são inúmeros, mesmo quando travados dentro de um mesmo campo. O jurídico, a nosso ver, é fecundo, fecundíssimo. E se tentarmos compreender a comunicação jurí-

4 Cf. nosso artigo Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação à regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. **Atuação**. Florianópolis: PGJ, v. 4, n. 10, p. 9-45., set/dez. 2006.

dico-legal, esbarraremos em inumeráveis regras, que mesmo conhecidas não nos garantirão a compreensão do *logos* ínsito num enunciado legal. Exemplifiquemos: qual o sentido para a comunicação jurídica da expressão *medida educativa* inserta no art. 29 da Lei 11.343/2006, quando, um pouco antes, a Lei refere que a prestação de serviços à comunidade é uma das penas atribuíveis ao infrator do ilícito descrito no art. 28? O que, a princípio, pode ser considerado descuido do atarefado legislador, guarda um sentido, que deve, no entanto, ser procurado de acordo com as regras dos jogos de linguagem. Entre elas, devemos pesquisar as influências ideológico-políticas dominantes, uma propositada reticência para mascarar a falta de convicção político-criminal de criminalização, ou, até mesmo, uma intenção nobre de dar à prestação de serviços à comunidade caráter educativo. Para Umberto Eco, certos signos da comunicação (entre eles incluindo-se os da linguagem), podem possuir determinadas intenção e extensão: pesam, na procura do sema, os mais variados fatores que devem ser contextualizados dentro e fora do enunciado⁵. O verbo *determinará*, concedido ao âmbito de poderes do juiz criminal para que faça valer os serviços de saúde pública em favor do dependente (§ 7º, art. 28, Lei 11.343/2006), não pode, portanto, ser valorado isoladamente, mas fazendo confluír para a comunicação jurídica a intenção e a extensão do termo. Ao que nos parece, a *determinação* judicial estará apenas nos domínios da *potência* e não do *arbítrio*, uma vez que as regras dentro das quais se acha descrita a figura do juiz não lhe concedem puro arbítrio (de agir *motu proprio*), mas o dever de agir quando compelido pelas engrenagens

5 Cf. ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Trad. de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, *maxime* o capítulo I.

jurídico-processuais, o que, a nosso ver, e para encurtar nosso raciocínio, reduz o valor do verbo *determinar*.

É bom notar que o discurso do legislador – por conseqüência, o próprio discurso jurídico-legal – vai impregnado por aspectos muito peculiares, que decorrem de sua circunstância histórico-político-social. Por um lado, a Lei é uma imposição cada vez mais real num Estado que se quer de direito e democrático, e abre a noção (embora muitas vezes ilusória, porque padecemos nos dias de hoje da falácia jurídico-legal, aquela que promete a solução para todos os problemas sociais através da *norma normada* pelo legislador) de segurança jurídica (resquício, talvez, do liberalismo oitocentista). De maneira que tem sobrado poucos, pouquíssimos espaços para decisões de caráter técnico-político. A segurança pública, por exemplo, é uma destas áreas que pode ser tratada através de ações políticas. A implementação de mecanismos preventivos para a saúde pública é outra matéria que pode ser inserida aí, na área das atividades técnico-políticas do poder político. E não entendemos impossível a criação desses mecanismos inclusive para mitigar os males provocados pelo consumo de drogas (através do serviço social ou pela criação de sistemas multidisciplinares, *v.g.*). No entanto, o mito da Lei exige a operosidade do legislador, que, por seu turno, se vê na contingência de dar alguma resposta para a sociedade, realizando aquilo que Silva Franco denuncia como “função simbólica” do direito penal⁶. Mostra-se através da Lei que algo é feito para debelar os problemas sociais, mas, em boa verdade, apenas impinge-se na sociedade uma falsa crença. E sabe perfeitamente o legislador penal que o Estatuto de Desarmamento não colocará fim à criminalidade brutal que assola o País; que a resistência às políticas de descriminalização, que mantém íntegros certos tipos penais ultrapassados, não solucionará determinados conflitos hoje tidos como menores; que um especial estatuto de proteção à mulher não erradicará a violência doméstica. Da mesma forma, a aplicação de pena aos usuários ou dependentes de drogas não expressa, por um lado, os efeitos preventivo-especiais (de ressocialização e de mitigação do fenômeno desviante) e, por outro, não protegerá o bem jurídico saúde pública. No entanto, ele obstina-se em transmitir à sociedade uma impressão de

6 Cf. FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, fasc. 2º, p. 175-187, abr.-jun. 1996.

estar atento e decidido em relação a esses problemas. Em muitas circunstâncias, o legislador recorre à operação jurídico-penal “para produzir um mero efeito simbólico na opinião pública, um impacto psicossocial, tranqüilizador para o cidadão e não para proteger com eficácia os bens jurídicos fundamentais para a convivência”⁷. No caso específico de que estamos a tratar, acresce-se uma outra dificuldade: o legislador chegou a uma encruzilhada onde, para além da opinião pública, estão presentes um caminho sem consistente pavimento de política criminal e um outro muito mal traçado de criminologia (ou será que existe entre nós estudos sérios sobre fatores criminógenos e desvios sociais?). Nesta encruzilhada não há saída para uma política de descriminalização delimitada pela criminologia e pelos princípios axiológicos contidos na Constituição⁸. De maneira que o legislador resigna-se (quem sabe talvez celebre-se) com a produção da Lei.

No entanto, a norma contida no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 revela, subliminarmente, a descrença do próprio legislador na sanção penal como mecanismo apto a proteger o bem jurídico saúde pública. E, apesar de estabelecer uma categoria *sui generis* (talvez melhor diremos, simbólica) de sanção penal, manteve, pretendendo um efeito meramente simbólico, a ameaça de imposição de “penas” para as condutas desviantes, categorizadas como crime. Mas, voltamos a perguntar: que eficácia preventivo-especial há, *v.g.*, na imposição da “pena” de “advertência sobre os efeitos das drogas”? Que alcance terá essa mesma “pena” para a proteção do bem jurídico-penal saúde pública? O legislador penal sabe tão bem quanto qualquer operador do direito as respostas. Deixemo-las de lado, pois não precisamos percorrer o caminho das obviedades (isto que tem ocupado a atenção da *mediocracia*, para a qual, como discorria Ingenieros, faltam convicções e objetivos firmes para seguir). Qual, então, o *logos* presente neste novo e surpreendente discurso jurídico-legal?

7 Antonio Garcia-Pablos, *apud* Silva Franco, *op. cit.*, p. 182-183.

8 Cf. nosso **Dogmática penal e poder punitivo**: novos rumos e redefinições (em busca de um direito penal eficaz). 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001, *maxime* p. 76 e ss.

4. O VERDADEIRO CONTEÚDO DA NORMA ESTABELECIDA NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

Para nós a questão pode ser equacionada da seguinte forma: o legislador, em boa verdade, deixou de enfrentar abertamente o problema político-criminal sediado em torno do velho dilema entre as políticas de criminalização e de descriminalização, que geraria sérios impactos na opinião pública. No entanto, ao manter o crime de uso na nova Lei Antidrogas, realizou um discurso subjacente de desjuduciarização (o autor do fato não será submetido ao ritual do processo judicial, pois, via de regra, tudo poderá esgotar-se na audiência preliminar no juizado especial, com a transação de “pena”) e de despenalização⁹ (pois que estará o autor do fato sujeito a – digamos de forma mais honesta – medidas de caráter educativo – lógico, de valor duvidoso) e, por outro lado, aposta ele numa solução a longo prazo de política criminal a ser realizada não nos domínios da Lei – da atividade jurídico-legal –, mas na atividade jurídico-jurisdicional. Expliquemos melhor. Tudo leva a

9 Flávio Gomes soluciona o problema jurídico de outra forma, que a nós, no entanto, não nos convence. Ao indagar se a lei descriminalizou o uso, legalizou ou despenalizou, opta, sem grande aprofundamento investigativo sobre as alternativas por ele próprio apresentadas, pela primeira das hipóteses. E responde: “A posse de droga para o consumo pessoal deixou de ser “crime” (no sentido técnico)”, pois que a Lei teria tirado o caráter de ilícito penal da conduta, sem, no entanto, legalizar (p. 108). Mais adiante, tentando enrobustecer sua tese, descarta a hipótese da despenalização, que corresponde à política de “[...] adoção de penas alternativas para o delito, ajuntando, parece-nos, sem muita convicção, a seguinte conclusão: “A Lei dos Juizados Criminais, por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão (*sic*) (p. 109). Em seguida, refere que o legislador “[...] aboliu o caráter “criminoso” da posse de drogas para uso pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado “crime” (embora continue sendo um ilícito, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização “penal”, mas não legalização [...]” (p. 109), por aí seguindo de forma confusa e insegura seu ponto de vista. Ao final, Flávio Gomes reconhece que as condutas tendentes para o uso continuam ali, precisamente no capítulo referido a crimes, situação que o obriga a mais uma ginástica de raciocínio: nem se trata de crime, nem de contravenção “[...] porque somente foram cominadas penas alternativas (*sic*), abandonando-se a pena de prisão [...]” (como se este fosse o critério definitivo para a categorização dos delitos), mas criou-se, no entender do autor, uma modalidade de infração *sui generis*. Isto, para nós, não resolve o problema, por cair num valo de imprecisão e de incorreção epistemológica. Cf. GOMES, Luiz Flávio, *et all.* **Nova lei antidrogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108-109.

crer que os juízes encontrarão enormes dificuldades para, a curto prazo, criarem programas de prestação de serviços à comunidade e programas ou cursos educativos nos moldes exigidos pela Lei. Problemas estruturais presentes na maior parte dos municípios brasileiros serão o grande obstáculo. E mesmo que o legislador tenha armado o juiz com o poder de determinar “[...] ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado” (§ 7º, do art. 28, norma esta que, segundo a valoração que se lhe der, pode soar como uma afronta ao direito constitucional), entendemos pouco provável a criação de programas eficientes de tratamento do usuário (e aqui, mais uma série de problemas: a quem se deve destinar a medida? O usuário ocasional, não dependente, deverá se submeter a ela?). De modo que será mais freqüente (e factível) a transação da “pena” de advertência, implicando isto na prática de uma política jurídica verdadeiramente despenalizadora. Numa palavra, o que aqui podemos adivinhar (a menos que outra Lei venha a revogar a atual norma) é a *nulificação* da norma contida no art. 28, pela falta de aplicabilidade e de eficácia das “penas”, operada pelos juízes.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber, o conjunto de problemas gerado em torno do tipo penal definido pelo art. 28, da Lei n. 11.343/2006 é complexo. Se observarmos com um pouco de atenção, depreenderemos problemas semânticos (da linguagem do direito, permitindo valorações contraditórias dos termos empregues pelo legislador), que se radicam naquilo que equivocadamente nossos melhores juristas têm denominado *a vontade do legislador*; problemas de técnica jurídico-penal (quando as normas penais ficam entre as expressões *penas* e *medidas educativas*, sem precisar a natureza jurídica das conseqüências impostas ao transgressor); problemas de ordem constitucional, quando se confere ao juiz um poder que não está no âmbito de suas atividades; problemas de cariz executória, em razão da falta de aparelhamento estatal. Uma tal circunstância problemática exige mediação político-criminal calcada em elementos mais sólidos de criminologia e na consolidação do entendimento das normas de caráter constitucional-penal que, no entanto, teriam de assumir-se contrárias ao

texto da presente Lei, mas com o intuito de corrigi-la. Seria a novação legal, não, obviamente, em razão de um *alternativismo* jurídico (que, a nosso ver, colidiria com o sistema jurídico-legal), mas pela atividade legislativa. Se esse conjunto problemático não for adequadamente abordado por uma intervenção do legislador penal, a norma contida no art. 28 encontrará, como tudo por enquanto leva a crer, uma solução ditada pela *práxis* jurídico-jurisdicional (a política jurídica dos Juízes), mas que, como facilmente se pode prever, será a condição de esvaziamento da norma penal, gerando aquilo que Bobbio refere como categoria de norma válida mas sem eficácia. E, concluímos nós, gerará, mais uma vez, a mais rotunda humilhação da norma jurídico-penal.